

La concordance des compétences juridictionnelle et législative : étude des liens entre forum et jus en droit international privé européen

Camille Pons

▶ **To cite this version:**

Camille Pons. La concordance des compétences juridictionnelle et législative : étude des liens entre forum et jus en droit international privé européen. Droit. Université de Bordeaux, 2020. Français. NNT : 2020BORD0138 . tel-03799568

HAL Id: tel-03799568
https://theses.hal.science/tel-03799568

Submitted on 6 Oct 2022

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.

université de BORDEAUX

THÈSE PRÉSENTÉE

POUR OBTENIR LE GRADE DE

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (ED N°41)
SPÉCIALITÉ DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES

Par **Camille PONS**

LA CONCORDANCE DES COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLE ET LÉGISLATIVE

ÉTUDE DES LIENS ENTRE *FORUM* ET *JUS* EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EUROPÉEN

Sous la direction de : Mme le Professeur Sandrine Sana Chaillé de Néré

Soutenue le 5 octobre 2020

Membres du jury :

Madame Sabine CORNELOUP,
Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas, ***rapporteur***
Monsieur Jérémy HEYMANN,
Professeur à l'Université Lyon III Jean Moulin, *examinateur*
Monsieur Étienne PATAUT,
Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, *examinateur*
Madame Sandrine SANA CHAILLE DE NÉRÉ,
Professeur à l'Université de Bordeaux, ***directrice de thèse***
Madame Laurence USUNIER,
Professeur à l'Université Cergy-Pontoise, ***rapporteur***

Titre : La concordance des compétences juridictionnelle et législative. Étude des liens entre *forum* et *jus* en droit international privé européen

Résumé : La dissociation des compétences juridictionnelle et législative est traditionnellement considérée comme le fondement du droit international privé moderne. Elle est revêtue d'une solide assise doctrinale et est parfois érigée par la jurisprudence comme un principe général du droit international privé. La dissociation des compétences est le résultat tant de l'indépendance des règles de compétence que de la distinction finale du *forum* et du *jus*. Or, cette architecture classique de la matière subit aujourd'hui d'importantes mutations en droit international privé européen. L'examen croisé des deux règles de compétence donne lieu à de nouvelles perspectives : une véritable tendance à la concordance des compétences juridictionnelle et législative voit effectivement le jour à l'intensité variable et aux formes diverses selon les fins poursuivies. Ce phénomène influence ensuite l'analyse faite de la discipline et particulièrement les rapports entre les règles de compétence. Par le prisme de la concordance des compétences, l'étude des liens entre *forum* et *jus* met ainsi à l'épreuve la valeur qualitative et quantitative du principe de dissociation des compétences. La présente recherche envisage alors de démontrer dans un premier temps l'existence d'un phénomène de concordance des compétences, d'en cerner ses particularités et son étendue. Une fois ce travail effectué, elle entreprend, ensuite, de cerner l'essence du phénomène de concordance, interrogeant les postulats classiques et majoritaires de la discipline.

Mots clés : conflit de juridictions ; conflit de lois ; *forum* ; *jus* ; droit international privé

Title : The concordance between judicial jurisdiction and applicable law. A study of the links between *forum* and *jus* in European Private International Law

Abstract : The separation of judicial jurisdiction and applicable law is traditionally considered to be the foundation of modern private international law. It has a solid doctrinal basis and is sometimes established by case law as a general principle of private international law. The dissociation of jurisdiction is the result both of the independence of the rules of jurisdiction and of the final distinction between forum and jus. However, this classical architecture of the subject matter is today undergoing major changes in European private international law. The cross-examination of the two rules of jurisdiction gives rise to new perspectives: a real trend towards the concordance of judicial and legislative jurisdictions is indeed emerging, with varying intensity and various forms depending on the ends pursued. This phenomenon then influences the analysis made of the discipline and particularly the relationship between choice of law and judicial jurisdiction. Through the prism of the concordance of judicial jurisdiction and applicable law, the study of the links between forum and jus thus puts to the test the qualitative and quantitative value of the principle of dissociation. The present research will first demonstrate the existence of a phenomenon of concordance of jurisdictions and identify its particularities and scope. Once this work has been completed, it then begins to identify the essence of the phenomenon of concordance, questioning the classical and majority postulates of the discipline.

Keywords: judicial jurisdiction; applicable law; choice of law; conflict of law; private international law

Unité de recherche

Centre de recherche et de documentation européennes et internationales EA4193

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à exprimer toute ma gratitude à ma directrice de thèse, Madame le Professeur Sandrine Sana Chaillé de Néré pour sa bienveillance, sa disponibilité et la confiance qu'elle m'a accordées. Je la remercie de m'avoir laissé tant de liberté dans la recherche sans jamais me laisser m'y perdre.

Je souhaite également témoigner ma reconnaissance à Madame le Professeur Geneviève Saumier qui a accepté de m'accueillir à l'Université McGill à Montréal pour un séjour de recherche et m'a délivré des conseils précieux.

Mes remerciements s'adressent ensuite à Marie Lamarche et Jean Sagot-Duvauroux pour m'avoir transmis le goût des échanges universitaires dès les premières années de ce travail.

Cette recherche n'aurait pas pu aboutir sans le soutien des amis et doctorants du C.R.D.E.I. Durant ces années de thèse, le centre de recherche a constitué un ilot d'aide et de réconfort. J'exprime ainsi ma reconnaissance à son directeur, Monsieur le Professeur Loïc Grard pour les conditions d'accueil dont j'ai bénéficié. Particulièrement, je tiens à remercier chaleureusement Mesdames Dominique Marmié et Florence Quéré pour la bienveillance dont elles font preuve à l'égard de tous les doctorants. Leur présence et leurs sourires ont constitué pour moi une source précieuse de réconfort quotidien.

Mes remerciements vont ensuite bien évidemment à mes nombreux relecteurs et amis : en tout premier lieu Djamal, Lilian et Marion qui connaissent de très nombreux recoins de la thèse. Ils sont apparus, tour à tour, comme de véritables complices intellectuels qui m'ont beaucoup apporté. Merci également à ceux qui ont accepté de s'initier au droit international privé pour poser un regard sur mon travail : Émilie, Jean-Philippe, Julien, Kieran, Hugo, Marion, Maxime, Pierre-François et Rym.

Je pense aussi à ceux qui m'ont entouré et accompagné tout au long de la thèse ou qui ont rejoint ce voyage. Mes pensées amicales vont ainsi à Hélène. Les mots me manquent pour exprimer toute ma reconnaissance de m'avoir accepté telle que j'étais. Mes remerciements s'adressent ensuite à Lina qui s'est installée comme une sœur à mes côtes au fil des années. Mes remerciements vont également à Olivier dont l'amitié a été une source de motivation et de réconfort pendant les nombreux moments de doute. Je tiens également à témoigner mon amitié à Damien, Estelle, Hector, Isabelle, Mathieu, Nicolas et Sadio.

L'on dit souvent qu'une thèse est une expérience solitaire. Je ne me doutais pas qu'elle le serait autant au regard des circonstances particulières de son aboutissement. Mais, forte de la présence même invisible de ces amis, je ressors de cette aventure doctorale entourée d'une véritable famille.

Enfin, mes pensées émues et chaleureuses vont à ma propre famille. Particulièrement, je tiens à remercier mes parents pour leurs encouragements, leur patience et leur soutien indéfectible qu'ils ont su me témoigner depuis tant d'années. Je remercie également mon frère Maxime, complice de toujours, dont la place à mes côtés est inestimable.

SOMMAIRE

INTRODUCTION **1**

PARTIE 1 : L'EXISTENCE DU PHENOMENE DE CONCORDANCE DES COMPETENCES JURIDICTIONNELLE ET LEGISLATIVE **39**

TITRE 1 : LA CONCORDANCE IMPOSÉE DES COMPÉTENCES 41

CHAPITRE 1 : LA CONCORDANCE IMPOSÉE DES COMPÉTENCES PAR LE RECOURS AUX COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLES EXCLUSIVES 43

CHAPITRE 2 : LA CONCORDANCE IMPOSÉE DES COMPÉTENCES PAR LE RECOURS AUX LOIS DE POLICE 107

CHAPITRE 3 : LA CONCORDANCE IMPOSÉE DES COMPÉTENCES PAR LE RECOURS A L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL 159

TITRE 2 : LA CONCORDANCE SUGGÉRÉE DES COMPÉTENCES 209

CHAPITRE 1 : LE PARALLÉLISME DES RÈGLES DE COMPÉTENCE 211

CHAPITRE 2 : L'ALIGNEMENT DES COMPÉTENCES 277

PARTIE 2 : L'ESSENCE DU PHENOMENE DE CONCORDANCE DES COMPETENCES JURIDICTIONNELLE ET LEGISLATIVE **329**

TITRE 1 : LES RAISONS DU PHÉNOMÈNE DE CONCORDANCE DES COMPÉTENCES 331

CHAPITRE 1 : LES RAISONS ENDOGÈNES 333

CHAPITRE 2 : LES RAISONS EXOGÈNES 407

TITRE 2 : LES IMPLICATIONS DU PHÉNOMÈNE DE CONCORDANCE 457

CHAPITRE 1 : LES IMPLICATIONS CONTEMPORAINES DU PHÉNOMÈNE DE CONCORDANCE 459

CHAPITRE 2 : LES IMPLICATIONS PROSPECTIVES DU PHÉNOMÈNE DE CONCORDANCE 459

CONCLUSION GENERALE 573

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AFDI	Annuaire français de droit international
aff.	Affaire
AJ Famille	Actualité juridique famille
AJDA	Actualité juridique droit administratif
al.	alinéa
art.	article
BGH	*Bundesgerichtshof*
CA	Cour d'appel
Cass. 1ère civ.	Première chambre civile de la cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
chron.	Chronique
CIJ	Cour internationale de justice
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
comm.	Commentaire
D.	Dalloz
dactyl.	Dactylographié
dir.	Direction
DMF	Droit maritime français
Droits	Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique
ed.	Edition

Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Grands arrêts	Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé
Ibid	Au même endroit
IHEI	Institut des hautes études internationales
Infra	Ci-dessous
JCP E	La Semaine Juridique, édition entreprise
JCP G	La Semaine Juridique, édition générale
JCP N	La Semaine Juridique, édition notariale
JDI	Journal du droit international (Clunet)
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
n°	numéro
obs.	observation
ONU	Organisation des Nations-Unies
Op. cit.	Dans l'ouvrage cité
p.	page
Procédures	Revue des procédures
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de La Haye
RDLF	Revue des droits et libertés fondamentaux
RDP	Revue du droit public
RDT	Revue de droit du travail
Rec.	Recueil
req.	Requête
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage

Rev. Crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. Gén. Proc	Revue générale de procédure
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDE	Revue internationale de droit économique
RJPF	Revue juridique personnes et famille
RLDC	Revue Lamy droit civil
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
spec./spéc.	spécialement
supra	ci-dessus
t./ T.	tome
TCFDIP	Travaux du comité français de droit international privé
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
trad.	Traduction
TUE	Traité sur l'Union européenne
V°	verbo/au mot
Vol.	volume

INTRODUCTION

1. « La distinction des règles de *compétence judiciaire* et de *compétence législative* est […] le fondement même de la conception actuelle du droit international privé »[1]. Elle est une « règle de base du contentieux international »[2]. La dissociation des compétences associée à leur indépendance apparaît comme le « point de départ stable et incontesté à partir duquel conduire une réflexion »[3] en droit international privé. Ce point de départ n'est que très rarement remis en cause[4] à tel point que cette distinction apparaît comme une « position classique »[5] et la clé de voute des méthodes et solutions de droit international privé. Ainsi, si l'on devait percevoir l'image du droit international privé à travers un miroir, nul doute que la distinction entre compétence juridictionnelle et compétence législative en constituerait le principal reflet.

2. Face à de si solides affirmations, s'engager dans une étude relative à la concordance des compétences juridictionnelle et législative s'apparente à l'idée de nager à contrecourant. Pourtant, la question des liens qu'entretiennent *forum* et *jus* a toujours suscité l'intérêt de la doctrine. Cette question est considérée comme un « sujet immense, qui a toujours été, d'une certaine façon au cœur du droit international privé »[6]. L'étude de la concordance des compétences en droit international privé européen s'inscrit dans cette voie, aidée par les recherches récentes nous invitant à effectuer une traversée du miroir pour tenter d'aller au-delà de l'approche intuitive, initiale et solidement ancrée du droit international privé. L'appréhension de la notion

---

[1] H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, T. II, 7e éd., Paris. LGDJ, 1983, p. 447, n°668. (En italique dans le texte).

[2] E. VASSILAKAKIS, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, Paris, LGDJ, 1987, p. 27, n° 23.

[3] E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, Paris, LGDJ, 1999, p. 1, n°1.

[4] A.A. EHRENZWEIG, « The Lex Fori – Basic Rules of Conflict of Laws », 58, *Michigan Law Revue,* 637, (1960); « Choice of Law: Current Doctrine and True Rule », 49 *California Law Revue*, 240 (1961); « À Proper Law in a Proper Forum: À Restatement of Lex Fori Approach », 18 *Oklahoma Law Rev*. 340 (1965); « Savigny and the Lex Fori, Story and Jurisdiction: A Reply to Professor Briggs », 53 *California Law Revue* 535 (1965); « Specific Principles of Private Transnational Law », *RCADI*, 1968, t. 124, p. 167 et s ; « La loi du forum compétent – L'harmonie ultime des règles de conflit de lois et de conflit de juridictions », in *Liber Amicorum L. FREDERICQ*, Bruxelles, ed. Story-Scientia, 1966, p. 399.
H. G. MAIER, T. R. MCCOY, « Unifying theory for judicial jurisdiction and choice of law », *American Journal of Comparative Law*, 1991, vol. 39(2), p. 249

[5] H. BATIFFOL, *Les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative*, Cours à l'IHEI, Université de Paris, 1960-1961, spec. p. 27.

[6] S. CORNELOUP, « Les liens entre *forum* et *ius*, réflexions sur quelques tendances en droit international privé contemporain », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 461, spec. p. 463.

de compétence en droit et ensuite en droit international privé ainsi que la présentation de la question de la concordance des compétences juridictionnelle et législative permettra de cerner l'originalité du sujet.

3. « Le terme de "compétence" est un de ceux qui, dans le vocabulaire juridique, sont pris dans les acceptions les plus nombreuses et les plus diverses »[7], tant sa réalité dépend du contexte dans lequel elle est étudiée, jusqu'à être qualifiée de notion « imprécise »[8]. Notion clé du droit public, la compétence sert à reconnaître la qualité d'un organe ou d'une personne pour effectuer une action. Ensuite, elle « définit ce que peut faire l'autorité ou l'organe »[9]. Enfin, le terme compétence issu étymologiquement du verbe *competere* (rechercher concurremment) implique que cet organe ou cette personne soit en situation de concurrence[10]. La compétence sert alors à résoudre cette situation de concurrence en passant d'une situation de pluralité à la détermination d'une singularité. Pour ce faire, la règle de compétence opère une répartition de cette action entre les organes en désignant positivement quel est l'organe qui est compétent et négativement quel est ou quels sont les organes qui ne le sont pas.

4. Cette notion trouve aisément un terrain d'expression en droit international privé. Puisque cette discipline entend régir le pluralisme juridique[11], la notion de compétence vient servir d'instrument de gestion de cette diversité. Plus exactement, c'est le rôle des règles de compétence juridictionnelle et législative, bien qu'une telle appellation soit discutée et nous y reviendrons, qui vont être l'outil de gestion du pluralisme juridictionnel et législatif, étant entendu que le pluralisme dont il s'agit reste dans la sphère interétatique. Le cadre de la présente recherche est effectivement celui d'une étude moniste du droit international privé limitée à l'analyse de la donnée étatique ou issue d'elle[12], en se privant également de l'analyse pourtant féconde pour

---

[7] P. THERY, v° « Compétence », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF Lamy, 2003.

[8] « Malgré l'utilisation fréquente du terme — et à cause d'elle sans doute — la notion de compétence est imprécise. » P. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, thèse dactyl., Paris II, 1981, n°8.

[9] P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. Crit. DIP* 1979, in *Choix d'articles de Pierre Mayer,* Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, p. 21, spec. n°2.

[10] *Ibid.*

[11] P. FRANCESCAKIS, avant-propos de SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), trad. Fr. *L'ordre juridique*, par P. FRANÇOIS, P. GOTHOT, Paris, Dalloz, 2002 p. XVI.

[12] Il ne s'agit donc pas du pluralisme méthodologique ou épistémologique au sens du pluralisme fondamental, c'est-à-dire du pluralisme du phénomène juridique et de ses réalités discursives. Sur lequel, C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985, spec. p. 179 ; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, spec. p. 454

l'étude des liens entre *forum* et *jus* des conflits internes de lois[13]. La recherche se bornera donc à l'examen des règles visant à régir la diversité des juridictions étatiques ainsi que des droits étatiques[14]. Dans cette étude, la règle de compétence juridictionnelle sert alors à désigner un juge compétent tandis que la règle de compétence législative sert à désigner une loi applicable. La compétence juridictionnelle ou législative apparaît ensuite comme le résultat de l'application de la règle de compétence.

5. Si les deux règles de compétence peuvent s'analyser comme des règles de sélection, l'originalité du droit international privé réside dans la dissociation possible de leur résultat. Il est couramment affirmé que le droit international privé est construit sur la distinction possible du juge compétent et de la loi applicable. Cette dissociation constitue la « condition "*sine qua non*" de l'existence même de cette discipline »[15]. Elle est indispensable à son développement. Toutefois, l'application des lois étrangères, bien que théoriquement possible, n'a rien d'évident[16]. En réalité, elle n'est pas propre

---

et s. ; en lien avec le droit international privé : G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels, Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, Paris, Classiques Garnier, 2016 ; pour une étude en droit international privé H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes de droit international privé (Des formes juridiques de l'inter-altérité) », *RCADI*, 2018, t. 389, spec. p. 269 et s.

[13] La question des liens entre *forum* et *jus* y constitue une particularité importante. Elle y trouve un terrain d'application privilégié notamment pour les conflits interpersonnels. Comme le relève Madame V. Parisot, « le *forum* et le *jus* coïncident fréquemment — sinon nécessairement — lors du règlement des conflits interpersonnels de lois, cette coïncidence se vérifiant tout particulièrement lorsque le conflit interpersonnel repose sur le rattachement de l'individu à une communauté religieuse ». V. PARISOT, *Les conflits internes de lois*, thèse dactyl. Paris I, 2009, spec. p. 469 ; A. BORRAS, « Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel », *RCADI*, 1994-V, t. 249, spec. p. 280.

[14] Sont par ailleurs exclus la condition des étrangers et le droit de la nationalité qui en France constituent des branches du droit international privé.

[15] H. BATIFFOL, « L'état du droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'Ouest », *JDI*, 1973, p. 27. Également : « Au point de vue historique, il est utile de rappeler que la naissance de la science du conflit de lois a été liée à la possibilité pour le juge d'appliquer au fond du litige une loi matérielle autre que celle du for ». A. MIAJA DE LA MUELA, « Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litige comportant un élément international », *RCADI*, 1972-I, t. 135, p. 23.

[16] Il est vrai qu'*a priori*, « les lois, œuvre de la communauté politique, sont destinées à régir cette communauté, seuls, donc, les membres de celle-ci sont aptes à en réclamer le bénéfice, à être sujets de droit. On ne peut nier la force de cette idée dans un monde, qui est encore le nôtre, où l'organisation juridique est l'œuvre de sociétés distinctes la créant séparément dans leur propre sein » H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, T I, 8e éd., Paris, LGDJ, 1993, n°9, p. 19 ; de même, s'agissant d'appliquer une loi étrangère, il est possible de préjuger que « l'emploi d'un élément venant d'un droit étranger a toujours quelque chose de dérangeant qui s'opposent à nos conceptions rationnelles envisageant les règles de droit à l'intérieur d'un ordre homogène sous la forme de système national ». J-L HALPERIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, PUF, 1999, p. 1-2.

au droit international privé[17] ; elle est propre à toute question d'applicabilité spatiale des normes, quelle que soit la discipline envisagée[18].

6. Ainsi, le droit public ou le droit pénal sont traditionnellement connus pour l'application (quasi-) systématique de la loi du for, à tel point que l'existence d'un conflit de lois a pu paraître impossible[19]. Ces matières fixent en réalité l'applicabilité spatiale des règles de droit au territoire de l'État selon un principe de territorialité qui est apparu originellement rigide et rétif au conflit de lois[20] avant de faire l'objet d'une acception plus « ouverte »[21].

7. Par exemple, en France, l'article 113-2 du Code pénal prévoit à titre de principe que « *la loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République […]* ». Cette liaison classique entre *forum* et *jus* traduit de manière évidente l'autorité de

[17] En ce sens, S. FRANCQ, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2005, spec. p. 12 et s. ; M. AUDIT, « La compétence extraterritoriale du droit administratif », in *La compétence - Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif*, Paris, Litec, 2008, p. 69 et s.

[18] En cela notre sujet se distingue de la question de la concordance des compétences au sein d'un même ordre juridique. Les liens entre compétence juridictionnelle et loi applicable ont pu donner lieu à de nombreux développements en droit administratif, à des controverses doctrinales et jurisprudentielles importantes. En la matière, le célèbre arrêt *Blanco* illustre ces liens. Déclarant le droit administratif applicable, le Tribunal des conflits tire la conséquence de la compétence de la juridiction administrative. « *Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; […] Que, dès lors, aux termes des lois ci-dessus visées, l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître* ». Tribunal des conflits, 8 février 1873, *Blanco, Grands arrêts du droit administratif,* Paris, Dalloz, 2019, n°1 ; voir également : CE, 3 novembre 1997, *Société Yonne, Société Intermarbres, Société Million et marais*, *Grands arrêts du droit administratif*, Paris, Dalloz, 2019, n° 92.
Sur ces questions, C. EISENMANN, « Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français », in *Mélanges Jacques Maury*, t. II, Paris, Dalloz, Sirey, 1960, p. 379 et s ; M. WALINE, « À propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridiction compétent », *RDP*, 1961, p. 6 et s ; P. HEBRAUD, « De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître », *Rev. Crit. DIP*, 1968, p. 236.

[19] H. BATIFFOL, « Principes de droit international privé », *RCADI*, 1959, vol. 97, p. 431, spec. p. 568.

[20] J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. IV, Paris, Recueil Sirey, 1947, spec. n°1100.

[21] Comme l'ont relevé deux auteurs, « la notion de "territorialité " a en réalité deux sens très différents. En un sens faible, elle peut vouloir dire qu'un système donné ou une règle particulière de droit international privé préfèrera un rattachement territorial par opposition à un rattachement personnel (le lieu de situation du meuble par rapport à la nationalité par exemple). Une telle préférence, combinée aux règles de compétence juridictionnelle, conduira de fait à l'application plus fréquente de la loi du for ; elle n'implique nullement que l'on ne puisse utiliser le rattachement lorsque celui-ci se réalise à l'étranger et, partant, que l'application d'une loi étrangère soit impossible. En un sens beaucoup plus fort, en revanche, le terme même de territorialité implique un refus d'application de la loi étrangère, et l'application de la seule loi française aux rapports de droit qui se localisent en France. Techniquement, donc, la territorialité en ce second sens se caractérise par deux éléments : l'applicabilité de la seule loi française et la limite de cette applicabilité aux seules situations localisées en France ». M. AUDIT, E. PATAUT, « L'extraterritorialité », in M. AUDIT, E. PATAUT (dir.) *L'extraterritorialité Actes des journées doctorales du 27 juin 2018*, Paris, Pedone, 2020, p. 5.

l'État sur son territoire, manifestation de sa souveraineté[22]. Il en résulte une liaison entre *forum* et *jus* reposant sur le principe de solidarité des compétences judiciaires et législatives [23] . Selon ce principe, l'incompétence du droit au fond entraîne l'incompétence du juge[24]. Cette approche, qui souffre d'une analyse parfois très dogmatique et a fait l'objet de tournoiements jurisprudentiels[25], est aujourd'hui source de contestations en droit pénal[26] comme en droit public[27]. Dans ces matières, le traitement de l'internationalité a effectivement donné lieu à l'essor de méthodologies particulières[28] et de textes spécifiques ouverts au conflit de juridictions et de lois[29].

---

[22] R. LEGEAIS, « L'évolution des solutions françaises de conflits de lois en matière pénale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur R. Savatier*, 1965, Dalloz, p. 545 ; M. MASSE, « La compétence pénale française dans l'espace depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal », *RSC*, 1995, p. 856.

[23] « L'unilatéralisme dont témoigne chaque Etat se traduit également, de manière fort malencontreuse, par la consécration généralisée, en droit pénal international comparé, du principe de solidarité des compétences judiciaire et législative : le juge pénal saisi applique sa propre loi étatique, celle de son for, à l'exclusion de toute loi pénale étrangère. Réciproquement, la mise en œuvre d'une loi pénale étatique repose nécessairement sur l'intervention du juge de son propre souverain : celui investi par le même législateur. Cela implique, contrairement aux solutions consacrées en droit international privé en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions civiles, coïncidence de la sphère d'application dans l'espace de la loi pénale d'un État avec le domaine d'intervention de l'ordre juridictionnel répressif de ce même État ». D. BRACH-THEIL, v° « Compétence internationale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2019, n°10.
En droit administratif, une telle solidarité a pu être analysée comme le « pendant » de la solution issue de la jurisprudence *Blanco* précitée : F. MELLERAY, « La qualification juridique des contrats conclus à l'étranger par des personnes publiques françaises », *RFDA*, 2008, p. 1123.

[24] « L'inapplicabilité du droit du for clôt le problème. La possibilité d'appliquer le droit étranger n'entrant pas en considération, la charge des autorités saisies se limite à envisager l'applicabilité du droit du for. Il n'en va pas de même en droit privé » S. FRANCQ, *op. cit.*, spec. p. 11.

[25] La jurisprudence administrative française en atteste permettant tout d'abord l'application d'un droit étranger : CE, 2 mai 1861, *Dato*, *Recueil Lebon*, p. 318 ; CE, 8 aout 1972, *Strauss*, *Recueil Lebon*, p. 508 ; CE, 9 avril 1875, *Esquino*, *Recueil Lebon*, p. 313 ; CE, 30 juin 1876, *Bernard c./ Le ministre de la guerre*, *Recueil Lebon*, p. 623 ; CE, 17 juin 1927, *Sieur Eugènides, Recueil Lebon*, p. 680 ; CE, 28 janvier 1983, *Mme Johnston*, *Recueil Lebon*, p. 28. Revenant ensuite à une approche fondée sur la solidarité des compétences juridictionnelle et législative : CE, Sect., 19 novembre 1999, *Tegos*, *Recueil Lebon*, p. 356, *JDI*, 2000, p. 742, note J.-F. FLAUSS ; *Rev. Crit. DIP*, 2000, p. 409, note S. LEMAIRE ; CE, 30 mars 2005, *SCP de médecins Reichheld et Sturtzer*, *Recueil Lebon*, p. 129, ; *AJDA*, 2005, p. 1844, note M. AUDIT.

[26] J. LE CALVEZ, « Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal (La remise en cause du principe selon lequel le juge répressif n'applique que sa loi nationale) », *RSC*, 1980, p. 13 et 337 ; A. HUET, « Pour une application limitée de la loi pénale étrangère », *JDI*, 1982, p. 625 ; A. FOURNIER, « Les orientations nouvelles du droit pénal international à la faveur de la réforme du code pénal », *Rev. Crit. DIP*, 1998, p. 565.

[27] P. LALIVE, « Le droit public étranger et le droit international privé », *TCFDIP*, 1973, 1975, p. 218 et s. ; B. DOLEZ, « Le juge administratif et le conflit de lois », *Rev. dr. pub.*, 1995, p. 1029 ; J.-B. AUBY, « Le juge administratif et les conflits de lois », *Dr. adm.*, avril 2001, n°4, p. 1 ; J. BOUGRAB, « L'application par le juge administratif français des lois nationales étrangères », in *Etudes en l'honneur de G. Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 245 ; M. AUDIT, « La compétence extraterritoriale du droit administratif », in *La compétence - Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif*, Paris, Litec, 2008, p. 69 ; F. BRENET, « Contrat international administratif et droit international privé », *AJDA*, 2015, p. 1144 ; M. CHAMBON, *Le conflit de lois dans l'espace et le droit administratif*, Paris, Mare et Martin, 2016.

[28] À titre d'exemple, par l'essor de la prise en considération : E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, Paris, LGDJ, 2008 ; D. GUTMANN, « Le juge fiscal et la loi étrangère », in *Regards critiques et perspectives sur le droit et la fiscalité, Liber Amicorum Cyrille David*, Paris LGDJ, 2005, p. 191 ; par l'existence d'une réglementation particulière à certains types de contrats administratifs : M. LAAZOUZI, *Les contrats administratifs à caractère international*, Paris, Economica, 2008.

8. Le droit privé, quant à lui, a facilité la dissociation des compétences par sa destination. « Le droit privé, s'il intéresse certes la société puisqu'il est édicté par elle, concerne des relations qui s'organisent spontanément et dont l'ensemble seul a une portée générale »[30]. Le droit international privé a constitué dès lors le terrain d'étude de l'application privilégiée de la loi étrangère. En conséquence, la jonction du *forum* et du *jus* est souvent envisagée comme une simple coïncidence et la question de la concordance des compétences juridictionnelle et législative qui correspond au fait que les deux règles s'accordent sur le même résultat — peu importe à ce stade la méthode pour y parvenir — n'est que peu abordée.

9. Il existe pourtant une distinction entre coïncidence et concordance des compétences telle qu'envisagée dans notre étude[31]. Si la coïncidence relève du hasard, la notion de concordance est revêtue d'un certain déterminisme en ce sens où la concordance est un événement non fortuit.

10. Il faut préciser que la notion de concordance diffère également légèrement de celle de corrélation souvent utilisée pour appréhender les liens entre *forum* et *jus*[32]. L'étude la plus récente de ces liens réalisée par Monsieur C. Reydellet s'est faite sous le prisme de la notion de corrélation entendue comme « "la liaison de deux phénomènes tels que l'un varie en fonction de l'autre parce qu'il existe un lien de causalité réel entre quelques-uns de leurs éléments, ou parce qu'ils dépendent de causes communes" »[33]. La notion de corrélation semble donc mettre l'accent sur le processus, sur la liaison causale entre les règles de conflit. L'auteur entend ici retenir une définition stricte de la corrélation alors qu'il indique au préalable que « l'étude postule que le lien entre le *forum* et le *jus* est une corrélation »[34], sans exprimer quel lien en particulier est visé, de sorte que tout lien est susceptible de recouvrir une telle signification. Cette ambiguïté

---

[29] En matière de contrats administratifs internationaux par exemple, la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés a consacré des instruments de règlement des conflits de juridictions et de lois.

[30] H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, T I, 8e éd., *op. cit.*, p. 413, n° 249.

[31] Même si l'usage du terme de coïncidence dans un grand nombre de contributions fait en réalité référence à ce que l'on entend ici par concordance.

[32] P. HEBRAUD, *op. cit.*, p. 205 ; J. D. GONZALEZ CAMPOS, « Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé », *RCADI*, 1977, t. 156, n°5 ; C. REYDELLET, *Corrélations entre conflits de lois et conflit de juridictions en droit international privé des obligations*, thèse dactyl., Lyon III, 2018.

[33] C. REYDELLET, *op. cit.*, p. 6, citant la définition de A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010.

[34] *Ibid.*

révèle en réalité que l'analyse des liens entre les compétences, quel que soit le vocable utilisé, est un exercice complexe et fuyant.

11. Notre étude n'échappe pas à cette difficulté, mais se positionne en quelque sorte à front renversé. L'examen de la concordance des compétences consiste à circonscrire les cas dans lesquels existe une correspondance entre compétence juridictionnelle et compétence législative pour percevoir la nature des liens sans prétendre de prime abord qu'existe un quelconque lien de causalité entre les deux corps de règles. Ainsi, si la notion de concordance est nécessairement causée selon nous puisqu'elle suppose qu'elle soit recherchée par le législateur ou le juge, cela ne justifie pas à ce stade de présupposer l'existence de liens de causalité entre les deux éléments de la structure du droit international privé que constituent le conflit de juridictions et le conflit de lois. La concordance peut ainsi être le résultat de liens multiples entre *forum* et *jus*, qu'il s'agisse d'une influence exercée par l'une des règles sur l'autre ou d'une concordance émanant d'une analyse parallèle ou conjointe des deux corps de règles. En revanche, la concordance ne saurait résulter de la simple application subsidiaire de la loi du for, hormis les cas où cette application subsidiaire est pleinement recherchée, car dans cette hypothèse, les liens entre *forum* et *jus* relèvent de la seule coïncidence.

12. Pour initier la recherche sur la concordance des compétences, il convient d'en rappeler sa dimension historique (§1), puis l'intérêt d'un renouvellement de l'analyse (§2) et présenter ensuite la démarche retenue (§3).

§1 : Approche historique de la concordance des compétences

13. L'analyse historique revêt une importance cruciale en droit international privé[35]. Le droit international privé est « plus que toute autre branche juridique […] tributaire de son histoire et ne peut se comprendre sans elle »[36]. Le problème des liens entre *forum* et *jus* étant au cœur du développement du droit international privé, cette analyse historique en est d'autant plus fructueuse. L'étude d'ampleur réalisée par le professeur J. D. Gonzales Campos dans son cours à l'Académie de droit international

[35] « L'histoire du droit international privé constitue, pour ceux qui la connaissent […] "la boussole" qui indique l'orientation des idées et leur degré d'importance. Son aiguille montre en même temps les tendances du développement futur ». M. GUTZWILLER, « Le développement historique du droit international privé », *RCADI*, 1929, t. 29, p. 291, spec. p. 293.

[36] P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », *RCADI*, 1977-II, t. 155, p. 55.

de La Haye relative aux « liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé »[37] en atteste.

14. Or, pendant longtemps, l'étude de la concordance ou surtout de la discordance des compétences n'a été envisagée qu'à travers le prisme de la compétence législative (A). La règle de compétence juridictionnelle est restée largement dans l'ombre avant son émergence doctrinale plus tardive qui a fourni les premiers jalons d'une analyse parallèle des deux notions (B). Ce n'est qu'à l'issue de cette évolution que la doctrine a entrepris d'effectuer une véritable étude conjointe des liens entre *forum* et *jus* (C).

A- Analyse des liens entre *forum* et *jus* par le prisme de la règle de compétence législative

15. Monsieur Gonzalez Campos distingue trois phases principales de développement historique des liens entre *forum* et le *jus*. Tout d'abord, de l'Antiquité jusqu'au XIIe siècle, il semble que la période est marquée par un principe d'unité du *forum* et du *jus*[38]. L'application de la *lex fori* apparaissait comme « la "solution" instinctive » de la jurisprudence[39]. Souvent d'ailleurs, le problème du conflit de juridictions ou du conflit de lois était éclipsé par des questions de conditions des étrangers. Ce ne sont « pas seulement les lois, mais aussi les tribunaux qui n'existent pas pour les étrangers »[40].

16. À partir du XIIIe siècle, l'auteur pointe l'existence d'une rupture seulement apparente de l'unité entre les compétences. La question de la loi applicable se distingue peu à peu des problèmes procéduraux du fait de la distinction du droit et de l'action[41], libérant « le fond de l'emprise de la *lex fori* »[42]. Mais, un grand nombre de solutions restent en faveur de l'application indirecte de la *lex fori* quasi généralisée[43]. Dans ces conceptions, le rôle du juge n'est pas mis en avant puisqu'il s'agit

[37] J. D. GONZALEZ CAMPOS, *op. cit.*. Et avant lui déjà, H. BATIFFOL, *Les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative*, *op. cit.*.
[38] J. D. GONZALEZ CAMPOS, *op. cit.*, p. 248 à p. 255.
[39] « C'est là le principe primitif. C'est le Droit au juge saisi qui doit prévaloir. Le forain, en tant qu'il n'est pas privé des droits dits "civils" trouve la réponse qu'il cherche à l'endroit où il la demande, et selon le Droit qui y existe. C'est de cette manière que réagit instinctivement et inconsciemment toute communauté primitive ». M. GUTZWILLER, *op. cit.*, p. 291, spec. p. 298.
[40] B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, Cours de Master I, Université Paris II, Panthéon-Assas, 2008, p. 21.
[41] L'on doit cette célèbre distinction entre *litis ordinatio* et *litis decisio* à Jacobus Balduini. B. ANCEL, *op. cit.*, p. 94.
[42] *Ibid.*
[43] J. D. GONZALEZ CAMPOS, *op. cit.*, p. 258.

essentiellement de s'intéresser aux rapports qui existent entre les différents autorités ou pouvoirs et les personnes ou choses auxquelles s'applique le droit. Le juge n'a alors qu'un rôle de constatation, ce qui explique d'ailleurs que l'étude de sa compétence n'a pas une véritable importance à cette époque. Au fil des évolutions, apparaît toutefois une possibilité d'appliquer une loi étrangère reposant sur l'adage *ob reciproquam utilitem*, dépendant de la *comitas gentium* qui permettait à titre très exceptionnel de faire pénétrer une loi étrangère dans l'ordre juridique du for par courtoisie internationale[44].

17. Enfin, une troisième phase, essentielle à notre étude, car elle vient poser les bases du droit international privé contemporain, fixe cette fois-ci la dissociation entre *forum* et *jus* au rang de principe. Cette phase correspond au parachèvement des méthodes modernes de droit international privé[45]. Si ce phénomène de concordance entre compétence juridictionnelle et compétence législative est loin d'être un phénomène « anormal »[46] dans l'Histoire du droit international privé, il est éminemment dépendant des méthodes choisies pour régir la matière. En effet, la place accordée à la loi du for diffère selon que la méthode choisie pour régir les rapports internationaux est unilatéraliste ou bilatéraliste.

18. Dans la méthode bilatéraliste créée par Savigny[47], il n'existe pas théoriquement de préférence pour la loi du for. Fondée au sein d'une communauté de droit sur la vocation universelle des normes de droit privé pour régir tout litige de droit privé, la méthode savignienne fait intervenir un critère départiteur extérieur pour déterminer la loi applicable. C'est le rôle de la règle de conflit de lois qui joue comme une règle localisatrice du rapport de droit dans l'espace. Neutre, indirecte et abstraite, la règle de conflit de lois postule l'égalité entre la loi du for et la loi étrangère. Les lois sont ainsi réputées interchangeables. La focale n'est plus la loi, mais le rapport de droit. Les conflits de lois sont donc fréquents tout comme les cas d'application d'une loi étrangère. Il en résulte que la liaison entre *forum* et *jus* n'est pas un principe de solution de la réglementation bilatéraliste du conflit de lois, même si la concordance des

---

[44] Par la suite, cette notion de *comitas* est reprise et approfondie par Story, l'un des auteurs les plus importants de la matière puisque c'est à lui que l'on doit la première utilisation du terme de « *private international law* ». L'auteur américain s'inspire largement des auteurs hollandais et considère que la place faite aux lois étrangères s'explique par le recours à la notion de *Comity*.

[45] B. OPPETIT, « Le droit international privé, droit savant », *RCADI*, 1992, t. 234.

[46] S. CORNELOUP, « Les liens entre *forum* et *ius*, réflexions sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 465.

[47] F.C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, Paris, 1851, Firmin Didot Frères, trad, par CH. GUENOUX.

compétences juridictionnelle et législative n'est pas totalement exclue par Savigny[48]. Pour résumer, les règles de compétence sont indépendantes, mais cela n'exclut pas exceptionnellement l'existence d'une concordance des compétences en présence de fors spéciaux et d'un parallélisme des rattachements[49]. Tout en affirmant qu'il existe un lien intime entre les deux corps de règles, la question qui se pose est de savoir si l'application généralisée de la *lex fori* serait à même d'assurer la réponse la plus juste. Pour Savigny, la recherche de l'harmonie internationale fait obstacle à l'admission de la *lex fori* comme principe de solution[50].

19. Au contraire, partant du postulat selon lequel le domaine spatial des normes est limité, la méthode unilatéraliste ou plutôt le courant unilatéraliste donne la part belle à l'application de la loi du for en octroyant originellement un champ d'application très large à la loi locale[51] ou nationale[52]. Dans sa forme renouvelée à la fin du XXe siècle[53] sous la plume notamment de Quadri en Europe[54] ou encore de Currie aux États-Unis[55], l'unilatéralisme suppose une analyse de la volonté d'application des normes en présence pour constater l'existence de vrais conflits de lois. Dans ces théories, la loi du for a une place à part. S'il y a un traitement égal de la loi du for et de la loi étrangère, car leur applicabilité dépend du même critère de volonté d'application des normes, en présence d'un vrai conflit de lois, l'application de la loi du for devient prioritaire par rapport à la loi étrangère. La concordance des compétences intervient dans cette hypothèse comme solution au vrai conflit de lois. Les cas d'application de la loi étrangère sont par conséquent relativement rares. De même, dans son application plus récente en matière contractuelle, pensée par le professeur P. Gothot, l'unilatéralisme qui suppose la vérification de la volonté des parties de se soumettre à

---

[48] Au contraire, Savigny était parfois favorable à un certain rapprochement entre les compétences. C'est le cas en matière d'obligations : « Si j'ai exposé avec tant de son et de détail la théorie de la juridiction de l'obligation, c'est que seule elle nous fournit une base solide pour résoudre la question de savoir quel est le droit local applicable aux obligations ». F.C. VON SAVIGNY, *op. cit.*, p. 200.

[49] « De ce fait, l'œuvre de Savigny témoigne en faveur de la conclusion d'après laquelle le problème du conflit de lois, bien qu'autonome en principe, n'en est pourtant pas moins rattaché substantiellement au problème de la compétence du juge ». J. D. GONZALEZ CAMPOS, *op. cit.*, p. 261.

[50] F.C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, 1840, t. VIII, p. 30.

[51] J. STORY, *Commentaries on the Conflicts of Laws, Foreign and Domestic*, 1° éd., Hilliard, Gray, Boston, 1834. Pour une analyse détaillée de cette doctrine : M. GUTZWILLER, *op. cit.*, p. 342.

[52] J-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, Paris, Recueil Sirey, 1944.

[53] Sur les prémisses de la méthode : M. GUTZWILLER, *op. cit.*, spec. p. 302 ; H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, thèse dactyl., Paris II, 1985 ; D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse dactyl., Paris I, 2002.

[54] Sur cette méthode, P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. Crit. DIP*, 1971, p. 1-36, p. 209-243, p. 415-450.

[55] B. CURRIE, *Selected essays on the Conflict of Law*, Durham, N. C., Duke University Press, 1963.

une loi donnée, fait intervenir la *lex fori* pour pallier l'incertitude du choix ou le silence des parties[56]. Il n'y a donc pas de dépendance entre les règles de compétence en ce sens où l'une dépendrait de l'autre, mais bien une concordance fréquente des compétences juridictionnelle et législative.

20. Le droit international privé contemporain en Europe, dont nous situons le point de départ après la Seconde Guerre mondiale[57], s'est majoritairement fondé sur la méthode savignienne[58] en dépit de critiques doctrinales d'ampleur[59] donnant une part plus importante à la loi du for. Désormais, « la fonction première de la règle de conflit bilatérale est sans doute de déterminer la portée de la loi du for, au moyen d'un critère raisonnable qui peut ensuite être bilatéralisé »[60]. Cette considération n'a cependant pas remis en cause la dissociation entre *forum* et *jus* comme principe de base de résolution du litige à caractère international. De surcroît, la méthode unilatéraliste semble quant à elle souffrir d'un manque de positivité générale hormis quelques incursions qui attestent d'un pluralisme des méthodes[61]. La place prépondérante prise par la méthode conflictuelle explique ainsi que l'indépendance entre les règles de compétence juridictionnelle et de compétence législative soit placée au rang de principe.

21. À ces aspects méthodologiques s'associent des considérations plus politiques. La liaison entre *forum* et *jus* pose effectivement des questions quant à l'esprit du système de droit international privé[62]. L'Histoire du droit international privé est ainsi éminemment reliée à l'Histoire politique et l'Histoire de la philosophie[63]. En tant que phénomène discursif, le droit international privé et précisément la place de

---

[56] P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *op. cit.* ; P. GOTHOT, « La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats », *TCFDIP*, 1975-1979, p. 201.

[57] Notamment depuis l'accès des étrangers aux tribunaux : Cass. Civ. 19 octobre 1959, *Pelassa. Rev. Crit. DIP*, 1960, p. 215, note Y. LOUSSOUARN ; *D.,* 1960, p. 37, note G. HOLLEAUX. Cass. 1ère Civ. 30 octobre 1962, *Scheffel*, *D.*, 1963, p. 109, note D. HOLLEAUX ; *Rev. Crit. DIP*, 1963, p. 387, note P. FRANCESCAKIS ; *Grands arrêts*, n°37, et de dépassement de l'analyse de l'application d'une loi étrangère à travers l'idée de conflit de souveraineté.

[58] P. GOTHOT, « Simples réflexions à propos de la saga des conflits de lois », in *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 343.

[59] Dont la plus grande part est imputable à A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*, 1993-II, p. 9 ; « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », *TCFDIP*, 1994-1995, p. 209 ; A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI*, 2005, t. 330.

[60] S. FRANCQ, « Unilatéralisme versus bilatéralisme : une opposition ontologique ou un débat dépassé ? Quelques considérations de droit européen sur un couple en crise perpétuelle », in T. AZZI, O. BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?,* Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 49, spec. p. 55.

[61] H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI*, 1973-II, t. 139.

[62] P. HEBRAUD, *op. cit.*, p. 232.

[63] Sur les liens entre droit et philosophie : M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Réédition de la seconde édition, parue en 1962, Paris, Dalloz, 2002, p. 18.

l'application d'un droit étranger symbolisent la tension entre la quête d'universel et le particulier, entre le pluriel et le singulier. Le traitement de la loi étrangère fige un instant le sort réservé par l'ordre juridique et la communauté politique à l'altérité[64] et révèle les différents mouvements de fond qui s'opposent, dialoguent et interagissent sur les choix méthodologiques[65].

22. L'application de la *lex fori* peut ainsi être taxée de tous les maux et particulièrement d'une attitude fermée, intolérante de la part de l'ordre juridique saisi. Ont pu de ce fait être critiqués les biais nationalistes du *lex-forisme*. La doctrine unilatéraliste de Niboyet illustre assurément le mieux ces critiques. L'auteur considère le droit international privé comme un conflit entre intérêts nationaux[66] et fait de la règle de conflit une règle éminemment politique[67]. Adoptant une vision nationaliste, unilatéraliste du conflit de lois en matière d'état des personnes spécifiquement, l'indépendance entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative est repoussée au rang d'exception[68].

---

[64] « À cet égard, la loi étrangère est prise comme métaphore de l'altérité tandis que les méthodes qui en déterminent l'accueil sont envisagées comme autant de formes qui revêtent des significations substantielles ». H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes de droit international privé (Des formes juridiques de l'inter-altérité) », *op. cit.*, p. 61.

[65] Comme le révèle le professeur H. Muir Watt, « nourries par des données changeantes, qu'elles soient idéologiques (telles la doctrine universaliste de l'Église catholique ou l'idéologie protestante indépendantiste), philosophiques (tels le néo-jusnaturalisme des droits de l'homme ou le positivisme particulariste), culturelles (tels le légicentrisme de la tradition romano-germanique ou l'attachement des systèmes de *common law* ou *judge-made law*), politiques (telles l'indépendance des États et la décolonisation), sociologiques (telles les vagues d'immigration), matérielles (tels l'accroissement de la mobilité et des échanges, ou le développement des nouvelles technologies de communication) ou structurelles (telles les diverses voies de coopération régionale et supranationale, qui peuvent aller jusqu'aux contraintes du fédéralisme), ces différentes conceptions entretiennent entre elles un rapport dialectique. Territorialisme ou personnalisme, cloisonnement institutionnel ou communauté de droit, intérêts étatiques ou intérêts privés, unilatéralisme ou multilatéralisme, neutralité ou politisation, répartition ou économiquement et socialement interconnecté ». *Ibid*, p. 55.

[66] « Le droit international privé n'est jamais que la conception que chaque État se fait au sujet de cette branche du droit (…) où l'intérêt public de chaque État est le seul guide de sa législation. Libre à certains de s'imaginer ou de laisser accroire que la législation de leur pays s'inspire de considérations universelles et désintéressées. Ce sont là simplement des façades qui n'empêchent pas qu'existe une toile de fond, essentiellement nationale, et c'est elle seule que nous devons considérer ». J-P. NIBOYET, *op. cit.*, p. 199-200, §919.

[67] « Étant donné la position de la France et son histoire en la matière, la règle française de solution de conflits doit être adaptée au milieu français, elle ne peut être une règle internationale, elle doit être dogmatique, particulariste et synthétique, (qu') il lui faut affirmer une idée politique, car le droit international privé est une discipline de caractère politique qui traduit la politique d'un État pour les relations internationales [et qu']en ce qui concerne la France, c'est donc l'intérêt politique français qui doit être primordial ». J-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, Paris, Sirey, 1949, 2e éd., p. 422, §448.

[68] C'est ce qui ressort explicitement du projet de révision du Code civil envisagé par Niboyet. Sur ce projet nationaliste, voir : P. LOUIS-LUCAS, « Territorialisme et nationalisme dans l'œuvre de J.-P. Niboyet », *TCFDIP*, 1955, p. 11, spec. p. 27 et s.
Dans le même temps, il est important de noter que le conflit de juridictions fait l'objet d'une « désaffection » pour Niboyet. J-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, Paris, Sirey, 1949, 2e éd., n°1715.

23. Pourtant, l'application de la *lex fori* n'est pas propre à la méthode unilatéraliste[69] et n'est pas toujours synonyme de fermeture[70]. L'application de la loi du for est également rendue possible par une application de la méthode bilatérale fondée sur l'universel Savignien, même si tout prisme politique a eu tendance à être nié au profit d'une prédominance de l'analyse technique de la matière, d'une autonomisation de l'analyse formelle sur celle plus substantielle, caractéristique du modèle libéral. Le schisme entre droit public et droit privé émanant de la doctrine savignienne y est pour beaucoup à ce titre.

24. L'application de la loi du for peut alors résulter tant d'un unilatéralisme exacerbé que d'un choix identique du critère de rattachement pour désigner la compétence juridictionnelle et la compétence législative ou encore d'une intervention fréquente de mécanismes correcteurs après application de la règle bilatérale qui encouragent le retour à la loi du for. C'est ce qu'a entrepris de démontrer P. Louis-Lucas en recherchant tous les procédés qui mènent à la compétence générale de la loi française[71].

25. Dans la lignée des travaux de Louis-Lucas, Monsieur Bischoff a circonscrit le débat. L'auteur commence par s'interroger : si l'on considère par exemple que le règlement du conflit de lois « doit tendre à l'universalisme »[72], « la méconnaissance intransigeante de la loi étrangère, l'exclusivité systématique reconnue à la loi [du for] [73]» contrevient à cette idée[74]. Envisageant différentes hypothèses d'intervention

---

[69] De surcroît, tout unilatéralisme ne doit pas subir la critique du nationalisme. Le renouveau de l'unilatéralisme tend au contraire à donner une voix aux législations étrangères selon leur propre volonté d'application, même si comme nous l'avons vu, en cas de vrai conflit de lois englobant la loi du for, celle-ci prédominera.

[70] De plus, l'application de la *lex fori* n'est pas toujours synonyme d'une position de repli lorsque le choix de son intervention est le fait d'une indifférence à l'égard de ce qui est étranger, non dans un dessein nationaliste, mais plutôt dans le but d'atteindre l'égalité entre les individus. C'est le cas lorsque le droit international privé du for ne distingue pas entre les personnes pour donner accès à certaines institutions ou refuse de créer des différences de statut, de coutume.

[71] P. LOUIS-LUCAS, « Le développement de la compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Études offertes à Georges Rippert*, T. I, Paris, LGDJ, 1950, p. 271 et s. P. LOUIS-LUCAS, « Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois ? », *Rev. Crit. DIP*, 1959, p. 405.

[72] J.-M. BISCHOFF, *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois,* Paris, LGDJ, 1959, p. 1.

[73] P. LOUIS-LUCAS, « Le développement de la compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois », *op. cit.*, p. 271-272.

[74] L'on retrouve la même idée chez Hébraud constatant qu'une « dialectique entre l'autonomie des États et l'aspiration à l'universalisme influe à la fois sur la valeur que l'on peut attribuer à un principe de corrélation et sur les conditions techniques dans lesquelles celle-ci peut fonctionner ». P. HEBRAUD, *op. cit.*, spec. p. 231-232.

de la *lex fori*[75], dont il constate quantitativement que l'application est supérieure à celle de la loi étrangère, l'auteur démontre que l'application de la loi du for n'est pas toujours synonyme de nationalisme et ne contrevient pas forcément à toute perspective universaliste. C'est le cas notamment en cas de parallélisme entre les règles de compétence juridictionnelle et de compétence législative.

26. Hormis ce cas de parallélisme, l'on peut regretter que jusqu'à présent, les auteurs aient placé leur regard sur la seule analyse de la loi applicable. Cela n'étonne guère lorsque l'on observe « l'omission presque totale de ce qui concerne les conflits de juridiction dans leur aspect doctrinal »[76]. L'attention des études doctrinales s'est fixée sur la compétence législative. Mais, si celle-ci comporte des enjeux méthodologiques et politiques importants, l'analyse doit nécessairement être complétée d'une analyse de la compétence juridictionnelle. En se passant d'un tel examen, l'analyse risque même d'être entachée de vices ou de contradictions. Il faut donc revenir sur l'émergence de l'étude de la compétence juridictionnelle en doctrine.

B- Les jalons d'une analyse conjointe des compétences : l'appréhension doctrinale de la règle de compétence juridictionnelle

27. La conceptualisation du conflit de juridictions doit son émergence à Bartin qui offre une étude d'une importance particulière du conflit de juridictions, autonome du conflit de lois[77]. Selon l'auteur, la question du conflit de juridictions regroupe deux problèmes principaux à savoir la recherche du tribunal compétent pour trancher le litige et la question des effets des jugements étrangers. Pour notre étude, tant la compétence juridictionnelle, peu importe la nature ou la dénomination de la juridiction à condition qu'elle exerce une fonction décisionnelle[78], que la question de la circulation des décisions retiendront notre attention.

---

[75] L'auteur distingue selon que la *lex fori* est rendue directement compétente par application de la règle de conflit de lois ou selon qu'elle n'intervient qu'indirectement après éviction de la loi étrangère.

[76] A. MIAJA DE LA MUELA, « Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international », *RCADI*, 1972-I, t. 135, p. 45.

[77] Le terme de conflit de juridictions semble d'ailleurs avoir été créé par Bartin dans ses *Études sur les effets internationaux des jugements*, Paris, LGDJ, 1907. Auparavant, l'analyse de la compétence juridictionnelle se faisait par le prisme de la règle de conflit de lois comme en atteste notamment le titre d'une étude de H. C. GUTTERIDGE : « Le conflit des lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles », *RCADI*, 1933-II, t. 44, p. 111.

[78] À condition, toutefois, pour notre étude qu'elle joue le même rôle décisionnel qu'un juge étatique. La compétence des nouvelles formes d'autorités de régulation qui sont dotées d'un pouvoir décisionnel ne sera dès lors pas examinée. Sur ces questions et la liaison entre *forum* et *jus* : I. STIBBE, *Les autorités administratives*

28. Bartin part de l'idée de répartition sur laquelle se fonde la notion de compétence à travers une vision publiciste du conflit de normes. Il conçoit l'objet du droit international privé comme « l'ensemble des règles destinées à concilier, en fixant les justes limites de chacune d'elles, les différentes souverainetés, dans leur double fonction législative et juridictionnelle »[79]. L'objet du droit international privé était donc, pour lui, de répartir les compétences normatives entre les États. Cette vision interétatique du conflit a ainsi entretenu une confusion quant à la notion de compétence en assimilant compétence normative de l'État et compétence au sens du droit international privé. En conséquence pour l'auteur, en matière de conflit de juridictions, lorsqu'il s'agit de rendre un jugement, « la question est de savoir, non plus quel est le domaine du pouvoir législatif d'un État donné, par opposition au pouvoir législatif des autres, mais quel est le domaine du pouvoir juridictionnel d'un État donné par opposition au pouvoir juridictionnel des autres »[80].

29. Une telle position a cependant été battue en brèche par le droit international public dans l'arrêt *Lotus* de la Cour Permanente de Justice internationale[81]. Avec cet arrêt, une distinction s'impose entre la compétence normative de l'État au sens du droit international et les règles de compétence juridictionnelle et législative de droit international privé[82]. Ces règles de conflit n'ont effectivement pas pour but d'attribuer compétence à l'État pour édicter une norme : « il n'appartient pas à un État d'attribuer ou de dénier compétence à lui-même ou aux autres États »[83]. Les questions de

---

indépendantes et le droit du commerce international, thèse dactyl. Paris II, 2001, A. TENEMBAUM, « La compétence internationale des autorités de surveillance des marchés financiers en matière d'offre publique ». *Rev. Crit. DIP*, 2006, p. 557.

[79] E. BARTIN, *Principes de droit international privé d'après la loi et la jurisprudence françaises*, t. 1, Paris, Domat-Montchrestien, 1930, p. 112, § 55.

[80] E. BARTIN, *op. cit.,* p. 304. Cette analyse en termes de répartition des souverainetés fait référence à la théorie du *Grenzrecht* qui envisage le droit international privé conflictuel comme un droit des limites.
Également à l'époque plus récente, la notion de compétence a pu être décrite comme « l'exercice du pouvoir étatique découlant de la souveraineté de l'État dans le domaine de l'activité juridictionnelle ». J. JODLOWSKI, « Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile », *RCADI*, 1974-III, t. 143, p. 487 et s.
Voir également A. PILLET, *Le droit international privé considéré dans ses rapports avec le droit international public*, Paris, Larose, 1892, p. 16.

[81] CPJI, *Lotus*, 7 septembre 1927.

[82] Pour une remise en cause de cette distinction, voir P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé*, Paris, LGDJ, 1997, p. 60 et spec. p. 76. L'auteur conçoit les règles conflictuelles comme des règles de régularité des normes. À partir de là, l'auteur démontre « qu'un lien existe entre les règles portant conditions de régularité des normes et la réglementation de l'activité normative de leur auteur, et que ce lien permet de considérer les règles sur les normes comme une catégorie de règles sur l'activité normative », pour en conclure que ces règles conflictuelles sont des règles relatives à l'activité normative de l'État.

[83] P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.*, n°16.

compétence normative au sens du droit international public ne sont que des préalables aux véritables questions de compétence juridictionnelle et de compétence législative, logiquement secondaires, liées à la vocation du juge et de la loi à être désignés pour trancher le litige. Il a donc fallu distinguer la compétence de l'État de la compétence de son ordre juridique, ou encore l'existence d'une compétence normative de son champ d'application[84].

30. Le déclin de cette conception publiciste a eu pour conséquence de briser la chaîne entre souveraineté et compétence juridictionnelle de droit international privé. Cette rupture méthodologique s'opère également par la distinction plus récente entre pouvoir juridictionnel et compétence juridictionnelle[85] qui tend désormais à faire de la compétence juridictionnelle une notion éminemment technique dénuée ou presque de toute considération politique, car empreinte de neutralité[86], au contraire du pouvoir de juridiction. Depuis la thèse du professeur P. Théry, il est acquis que le « pouvoir qu'a toute juridiction instituée de statuer "sur le bien-fondé d'une prétention" se distingue effectivement du domaine d'activité qu'assigne le législateur à chacune d'elles »[87]. En droit interne, la compétence juridictionnelle permet alors de répartir les pouvoirs entre les juridictions compétentes qui sont déjà titulaires de ce pouvoir[88]. Or, pour que la compétence joue son rôle de répartition, encore faut-il que ces pouvoirs existent.

31. En droit international privé, cette question pose des difficultés. La notion de pouvoir étant une manifestation de la souveraineté et propre à chaque État, elle entre

---

[84] La compétence est donc « essentiellement une notion fonctionnelle, qui permet, lorsque plusieurs organes sont investis d'un pouvoir identique, de désigner celui qui va l'exercer concrètement […]. La compétence se distingue ainsi des questions qui se rapportent à l'existence de ce pouvoir et à la manière de l'exercer ». P. THERY, v° « Compétence », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*
Sur le plan procédural, cette distinction se traduit par la différence entre l'incompétence et l'irrecevabilité pour défaut de pouvoir.

[85] E. PATAUT, *op. cit.,* p. 4, n°4-5.

[86] La référence à une conception politique renvoie à celle développée récemment par M. Kinsch : elle consiste d'abord à considérer, par réalisme, le droit international privé comme faisant partie du droit privé, mais sans nier que, dans un ordre juridique qui forme un tout, les solutions du droit privé peuvent dépendre de donnée et spécifications de droit public. Elle consiste ensuite à reconnaître que les considérations politiques (par opposition aux considérations techniques), sans déterminer l'ensemble des solutions du droit international privé, y interviennent et que leur intervention prend une double forme : défense d'intérêts publics (ou d'intérêts politiques) proprement dits, mais aussi définition de politiques, législatives et jurisprudentielles, qui influent directement sur le droit international privé » P. KINSCH, « Le rôle du politique en droit international privé. Cours général de droit international privé », *RCADI*, 2019, t. 402, spec. p. 29.

[87] P. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, *op. cit.,* p. 9.

[88] F. MAILHE, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions*, Paris, Economica, 2016 ; L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Paris, Economica, 2008, spec. p. 89 ; L. USUNIER, « Observations sur la nature des règles de compétence judiciaire internationale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 1523, spec. p. 1544 et s.

en contradiction avec l'idée de répartition qui n'est réellement possible que dans un ordre juridique homogène[89]. La répartition dont il s'agit suppose effectivement que toutes les juridictions étatiques du monde soient titulaires non seulement d'un pouvoir, mais également du même pouvoir de juridiction, ce qui n'est pas évident du fait de la diversité des organisations juridictionnelles étatiques. Il faut alors se résoudre à admettre soit qu'aucune répartition n'est possible en raison de l'hétérogénéité des pouvoirs[90], soit qu'il existe une sorte de pouvoir juridictionnel unique à se répartir[91]. Or, en l'absence d'une règle générale et en dehors des instruments conventionnels offrant des règles communes de répartition, la compétence juridictionnelle internationale ne saurait permettre unilatéralement d'octroyer ou dénier le pouvoir à un ordre juridictionnel étranger, sauf à violer les principes du droit international public.

32. S'il n'y a donc pas vraiment de répartition au sens du droit interne de la compétence, cela n'épuise pas le problème posé par l'existence d'une concurrence entre les juridictions, entendue comme « une disponibilité concomitante »[92] des juridictions. En partant de l'axiome de l'existence d'une équivalence fonctionnelle des ordres juridictionnels[93] il est possible d'envisager la compétence sous l'angle non de la répartition *stricto sensu,* mais au moins de la concurrence internationale des juridictions qu'il convient de réguler[94]. L'absence de règles de répartition ne signifie pas que la détermination de la compétence juridictionnelle fonctionne de manière aveugle sans considération de cette concurrence internationale et qu'aucune forme de répartition

---

[89] Distinguant la compétence d'attribution de la compétence internationale, certains auteurs considèrent ainsi que : « la première détermine une répartition des compétences entre plusieurs groupes de juridictions ; la seconde concerne le seul groupe des juridictions françaises, car la France n'a pas le pouvoir d'attribuer ou de dénier compétence aux ordres juridictionnels étrangers : aucune répartition des litiges n'est donc opérée entre les divers États ». P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 11ème éd. 2014, n°286.

[90] Selon le professeur V. Heuzé, « il existe, non pas un pouvoir juridictionnel, mais autant de pouvoirs juridictionnels que d'ordres juridiques s'attribuant pour fonction le règlement des différends ». V. HEUZE, « Conflit de juridictions et contrats internationaux », *Dictionnaire Joly Pratique des contrats internationaux*, t. II, Livre IX, Paris, GLN éd., 2016, p. 17.

[91] Dont la source reste encore à rechercher. Pour une recherche dans le droit international public : P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*

[92] S. BOLLEE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », in *L'efficacité économique en droit*, Paris, Economica, 2010, p. 121, spec. p. 122.

[93] C'est ce qui permet ensuite d'affirmer que l'existence d'un réseau de juridictions. « On peut dire, sans abus de langage, que la résolution des litiges privés internationaux relève d'un réseau international de juridictions étatiques, dont le bon fonctionnement dépend directement de limites que chacune d'elles impose à sa compétence internationale ». L. USUNIER, *op. cit.,* p. 25.

[94] L. USUNIER, *op. cit.,* 2008 ; F. MAILHE, *op. cit.* ; D. P. FERNANDEZ ARROYO, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *RCADI*, 2006, t. 323, spec. p. 37 et s. ; S. BOLLEE, *op. cit.,* p. 121.

ne s'opère[95]. Seulement, la règle de compétence juridictionnelle ne peut désigner désormais qu'« un État, ou plutôt l'ensemble des tribunaux d'un État »[96] en opérant un rattachement et non une vraie répartition. Cette vision de la règle de compétence juridictionnelle a permis d'envisager une certaine symétrie avec la règle de compétence législative.

33. Comme la règle de compétence juridictionnelle, la notion de compétence législative en droit international privé a fait l'objet de vives critiques. En effet, puisque les règles de conflit de lois « n'attribuent à aucun organe le pouvoir de mener une activité »[97], elles ne peuvent être considérées comme des règles de compétence *stricto sensu*. Les règles de conflit de lois ne sont pas des normes d'investiture. « Elles assurent aux produits de l'activité d'organe (ici aux lois, du for et étrangère) un rôle dans la solution des différends de droit privé »[98], mais ne concernent pas l'organe en tant que tel. Il est donc juste de dire qu'une loi ne peut pas être compétente[99]. Ainsi, à l'instar des règles de compétence juridictionnelle, il ne faut pas confondre la compétence de droit international public de la compétence de droit international privé ou encore la compétence normative de l'État et l'applicabilité de son ordre juridique qu'il s'agisse du droit privé ou du droit public[100]. L'on comprend que le parallélisme des deux termes est issu de cette vision théorique du conflit de lois qui a depuis décliné.

---

[95] L. USUNIER, « Observations sur la nature des règles de compétence judiciaire internationale », *op. cit.*, p. 1523, spec. p. 1545.

[96] D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. I, Partie générale, Paris, PUF, 4e éd., 2017, n°121 ; P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.* ; P. THERY, *op. cit.*, p. 442 et s. ; C. FRAGISTAS, « La compétence internationale en droit privé », *RCADI*, 1961-III, t. 104, p. 159 ; C. ARRUE MONTENEGRO, *Autonomie de la volonté et conflits de juridictions en droit français et panaméen*, Paris, LGDJ, 2011, p. 1 ; L. USUNIER, « Observations sur la nature des règles de compétence judiciaire internationale », *op. cit.,* p. 1523, spec. p. 1544. *Contra* : F. MAILHE, *op. cit.,* p. 130 et s.

[97] P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.,* n°16.

[98] *Ibid*, n°16.

[99] « Le plus surprenant est l'emploi dans certaines langues de l'expression "loi compétente" (en italien "legge competente", en espagnol "ley competente"), qui à proprement parler n'a aucun sens : seul un organe est compétent ou incompétent, et l'on ne dit pas par exemple de la règle de "compétence" internationale indirecte qu'elle désigne le "jugement compétent" ». P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI*, 2007, t. 327, p. 109.

[100] B. STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *AFDI*, 1986, p. 7, spec. p. 22.

34. Pourtant, l'expression « loi compétente » est si couramment employée[101], à tel point même qu'elle a déjà figuré en droit positif[102], que le vocable de compétence législative sera conservé dans cette étude pour décrire un usage comparable à celui de la compétence juridictionnelle. La règle de compétence législative évoquée dans cette étude vise alors à opérer un choix, à sélectionner une loi[103] parmi plusieurs possibles pour désigner quand et quelle loi doit s'appliquer au litige. Selon cette conception, la règle n'est plus répartitrice et ne tranche pas un problème de champ d'application de la souveraineté dans l'espace, mais est régulatrice et indique seulement si un droit étranger peut être appliqué[104]. Elle a une fonction régulatrice des intérêts privés au sens où elle est « au service de la conception qu'a l'ordre du for de la réglementation la plus satisfaisante des rapports privés internationaux »[105]. À l'image de la règle de compétence juridictionnelle, la règle revêt un rôle plus instrumental, technique.

35. Sur cette base, certains auteurs ont alors engagé une étude conjointe des liens entre *forum* et *jus*. Dorénavant, il ne s'agit plus seulement d'examiner ces liens en référence avec le seul conflit de lois, mais bien d'opérer une analyse plus globale des liens entre *forum* et *jus* par une appréciation croisée des deux règles[106]. C'est l'objectif d'éminents auteurs au premier rang desquels figure Batiffol[107].

C- Premières analyses conjointes des compétences

36. Selon Batiffol, il existe un lien entre le juge saisi et l'application de la règle de conflit de lois du for, de sorte que la liaison des compétences est tributaire de ce premier élément. Les liens entre *forum* et *jus* ne peuvent se comprendre qu'à travers

---

[101] Elle a fait l'objet de travaux universitaires : P. LOUIS-LUCAS, « Le développement de la compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois », *op. cit.* ; J.-M. BISCHOFF, *op. cit.*. Il faut admettre que l'usage de cette expression semble décliner à l'époque récente.

[102] L'ancien article 310 du Code civil en témoigne : « *[…] lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps* ». (souligné par nous-

[103] « La raison de cet usage est probablement la suivante : la notion de compétence est si liée à l'idée d'une sélection effectuée à l'aide d'un critère que l'on est tenté de parler de compétence chaque fois que l'on est en présence d'une telle sélection, et cela d'autant plus fortement qu'elle est parfaitement répartitrice, sans cumul, ni lacune ; "compétente" veut donc simplement dire ici "sélectionnée", "élue", et c'est bien la loi qui est élue ». P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, p. 109.

[104] H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.*

[105] H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.,* p. 207, n°151.

[106] H. BATIFFOL, *Les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative*, *op. cit.* ; P. HEBRAUD, *op. cit.*; D. MAYER, *Rapports de la compétence judiciaire et de la compétence législative dans le droit international privé de la famille*, thèse dactyl. Paris II, 1973 ; Y. LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Paris, Dalloz, 1976 ; H. BATIFFOL, « Observation sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », *Mélanges Kollewijn et Offerhaus*, in *Choix d'articles*, Paris, LGDJ, 1976, p. 312 ; J. D. GONZALEZ CAMPOS, *op. cit.*

[107] Voir note précitée.

cette porte d'entrée laissée par le for[108]. Il s'agit également d'une considération primordiale pour Gonzales Campos. Analysant le phénomène de corrélation entre les compétences, l'auteur adopte une vision structurelle des rapports entre les compétences et observe « un premier lien qui résulte de l'application par le juge compétent des règles du droit international privé du for »[109], ce qui renforce le poids des règles de conflit de juridictions. Ainsi, « sur le plan international, l'absence de tout organe de coordination confère à chaque juge l'autonomie de sa saisine qui entraîne une position préférentielle pour son droit »[110]. En filigrane, les liens entre les compétences posent également la question plus générale des rapports structurels entre le juge et la loi dans les systèmes de droit continentaux[111] qui prennent une tournure particulière à l'aune du litige à caractère international.

37. Ensuite, des liens de plusieurs ordres existent. Batiffol s'appuie sur l'étude de la jurisprudence *Boll*[112], sur les solutions consacrées par les conventions internationales et par le droit international privé français pour établir des liaisons nombreuses entre les compétences. Hébraud relèvera pareillement de nombreux liens entre *forum* et *jus* résultant d'un parallélisme des règles de compétence ou d'un alignement du *jus* sur le *forum* ou du *forum* sur le *jus*. Mais, au moment de conclure sur la nature de ces liens et les rapports entre les règles de compétence, Batiffol reste attaché à une séparation de principe des deux corps de règles en raison de leurs différences structurelles et substantielles[113]. Selon lui, les règles de compétence juridictionnelle répondent essentiellement à des considérations de commodité pour le plaideur, donnent la possibilité au plaideur de s'adresser à plusieurs juges et n'entretiennent pas de lien avec le fond de l'affaire. La thèse d'Holleaux, qui a fait basculer la compétence dans

[108] Cette donnée est acquise depuis la découverte du particularisme par Bartin. E. BARTIN, *op. cit.*, §57.
[109] J. D. GONZALEZ CAMPOS, *op. cit.*, p. 239. Et l'auteur de poursuivre : « en droit international privé, la détermination de la compétence du juge ainsi que le droit applicable au fond du litige se fait par l'entremise de la *lex fori*. Celle-ci, en effet, règle la compétence judiciaire internationale et, au stade initial du litige, apporte les règles du droit international privé servant à désigner le droit matériel applicable. » Il s'agit alors d'une « corrélation "primaire" ». p. 240. Voir également P. HEBRAUD, *op. cit.,* p. 205.
[110] *Loc. cit.*
[111] *Loc. cit.*. Cette donnée fera l'objet d'une analyse plus approfondie dans le corps de la thèse. Voir *infra* n°1158 et s.
[112] CIJ, 28 novembre 1958, *Boll*, Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, (Pays-Bas c./Suède). Pour une présentation de cette jurisprudence voir *infra* n° 268 et s.
[113] Puisqu'il s'agit là des conceptions sur lesquelles s'est développé le droit international privé contemporain, l'analyse de la pensée de Batiffol sur les éléments distinctifs des règles de compétence sera étudiée plus en détail pour en être discutée dans le titre I de la Partie II.

des considérations presque uniquement privatistes, exerce une influence importante sur ces travaux[114].

38. À l'inverse, la règle de compétence législative a une fonction plus substantielle. Elle ne doit permettre de déterminer qu'une seule loi, la loi la plus apte à régler le litige. Renouvelant l'universel savignien pour l'adapter au particularisme des ordres juridiques nationaux, le règlement du conflit de lois doit conserver une prétention à l'universel[115]. Cela passe par la recherche de la coordination des systèmes[116] et justifie l'emploi d'un critère de rattachement qui doit assurer un traitement égal entre le droit du for et le droit étranger.

39. « Il semble donc que les deux séries [de règles] répondent à des préoccupations suffisamment différentes pour que leur rapprochement, certainement souhaitable en pratique ne puisse être poussée jusqu'à l'absorption d'une des catégories par l'autre. On a étudié pendant des siècles les conflits de lois sans reprendre parallèlement l'étude de la compétence judiciaire. C'était sans doute une erreur ; mais sa prolongation pendant une telle durée est aussi le signe de différences de fond entre les deux domaines »[117].

40. À l'inverse de cette pensée dominante en Europe, des auteurs américains ont pu arriver à des conclusions opposées de celle de Batiffol après avoir entrepris d'analyser conjointement les deux corps de règles. Particulièrement, c'est Albert Ehrenzweig, auteur autrichien professant à l'Université de Berkeley, qui a prôné l'absorption de la règle de compétence législative par la règle de compétence juridictionnelle. La pensée de cet auteur prend corps après l'important mouvement de révolution du droit international privé traditionnel américain[118] et la crise des conflits

---

[114] D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris, Dalloz, 1970, p. 357.

[115] L'on retrouve la même affirmation chez Hébraud. « L'assise fondamentale du droit international privé est apparue comme résidant dans l'interpénétration des différents systèmes, avec pour corollaire l'aptitude de tout juge à connaître de tous litiges et (ensuite) le devoir d'appliquer la loi adéquate ». P. HEBRAUD, *op. cit.,* p. 233.

[116] La coordination des ordres juridiques consiste à « pouvoir faire " vivre ensemble " des systèmes juridiques différents, parce que des relations se nouent entre des personnes, qui par elles-mêmes, leurs biens ou leurs actes relèvent de systèmes différents » H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, p. 16. Voir *infra* n°846 et s.

[117] H. BATIFFOL, « Observation sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », *op. cit.,* p. 313. Voir également Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ?. Cours général de droit international privé », *RCADI*, 2015, t. 385, p. 275, P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain ». *RCADI*, 1986-I, t. 196.

[118] Sur ce mouvement de révolution : A. T. VON MEHREN, « Une esquisse de l'évolution du droit international privé aux États-Unis », *JDI*, 1973, p. 116 ; B. HANOTIAU, *Le droit international privé américain*, Paris, LGDJ, 1979 ;

de lois[119]. L'auteur propose une remise en cause profonde des fondements du droit international privé et s'engage pour une approche que l'on pourrait qualifier d'approche unificatrice du conflit de juridictions et du conflit de lois. Selon lui, la règle de compétence juridictionnelle est la véritable la clé de voute du raisonnement de droit international privé, tandis que la *lex fori* [120] doit être réhabilitée par la prise de conscience que son application est déjà et doit être généralisée.

41. L'analyse d'Ehrenzweig peut être rapprochée de celle de H. G. Maier et T. R. McCoy, auteurs américains issus du courant du *legal realism*, qui considèrent que tout choix de juge est, en réalité, un choix de loi[121]. Ils proposent d'unifier le problème du conflit de lois et du conflit de juridictions autour du seul problème de la détermination du juge compétent. Ces différents auteurs souhaitent ainsi s'émanciper des dogmes classiques pour présenter une vision nouvelle du droit international privé. Selon Maier et McCoy, lorsqu'il s'agit de dire qu'un tribunal applique une loi étrangère, les auteurs se trompent la plupart du temps sur la réalité de l'application de la loi étrangère. C'est, en quelque sorte, mal interpréter le raisonnement judiciaire[122] puisque choisir le for équivaut à choisir un régime juridique global d'application de la loi étrangère allant de la détermination de la règle de conflit à son interprétation, à l'interprétation de la loi désignée et à d'éventuelles politiques du for à appliquer[123]. En conséquence selon eux, « une fois cette prémisse comprise et acceptée, la distinction traditionnelle entre compétence judiciaire et compétence législative s'estompe et meurt »[124].

B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », *op. cit.,* p. 221. Voir également D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. I, Partie générale, 2017, n°353 et s.

[119] G. KEGEL, « The Crisis of Conflict of Laws », *op. cit.,* p. 95 et s.

[120] A.A. EHRENZWEIG, « The Lex Fori – Basic Rules of Conflict of Laws », *op. cit* .; « Choice of Law: Current Doctrine and True Rule », *op. cit.* ; « À Proper Law in a Proper Forum: À Restatement of Lex Fori Approach », *op. cit.* ; « Savigny and the Lex Fori, Story and Jurisdiction: A Reply to Professor Briggs », *op. cit.* ; « Specific Principles of Private Transnational Law », *op. cit.,* p. 167 et s ; « La loi du forum compétent – L'harmonie ultime des règles de conflit de lois et de conflit de juridictions », *op. cit.,* p. 399.

[121] H. G. MAIER, T. R. MCCOY, « Unifying theory for judicial jurisdiction and choice of law », *American Journal of Comparative Law*, 1991, vol. 39(2), p. 249.

[122] « Choice of judicial jurisdiction is choice of Law. Our central premise is simply stated: To think and speak about a court in one jurisdiction choosing to « apply » the rules of law of another jurisdiction seriously mischaracterizes the judicial decision-making process. Once it is conceded that a forum has judicial jurisdiction, that forum unavoidably controls or determines the result in that case between the parties before it. Even if the forum court decides to « apply » a foreign state's rules of law, the forum does not apply law as an agent of the foreign state or as a surrogate for the foreign state's courts », H. G. MAIER, T. R. MCCOY, *op.cit.,* p. 252.

[123] *Ibid*, p. 254.

[124] « Once this premise is understood and accepted, the traditional distinction between judicial jurisdiction and legislative jurisdiction withers and dies ». *Ibid*, p. 255.

42. On retrouve ici une marque importante de la place accordée au juge dans les pays de *common law*, particulièrement à cette époque. Si le droit est conçu comme une décision du juge, sa compétence suffit à déterminer le droit applicable. Au contraire, dans les pays d'inspiration romano-germanique, la compétence du juge n'est pas exclusive de la recherche et de l'application du droit applicable au fond du litige[125].

43. La pensée de ces auteurs a été largement critiquée aux États-Unis et n'a pas eu de réels prolongements dans des travaux ultérieurs. Il convient toutefois d'en relever un certain écho dans la doctrine de De Boer, lex-foriste néerlandais[126]. Cet auteur s'est employé à étudier le traitement du statut procédural de la règle de conflit de lois ainsi que de la loi étrangère. Il constate alors non seulement que ce statut procédural diffère selon les États, ce qui pose tant des problèmes pratiques pour les parties au procès et pour les juges que des problèmes théoriques pour la cohérence des doctrines de droit international privé. En outre, De Boer met en lumière le biais lex foriste de toute réglementation moderne de droit international privé[127]. Enfin, il remet en cause le principe d'équivalence entre *lex causae* et *lex fori*[128]. Ces constats l'amènent à formuler une préférence pour une application majoritaire de la loi du for[129], ce qui ne différerait pas véritablement, selon lui, de ce qui est véritablement à l'œuvre en pratique. En effet, De Boer se positionne en faveur d'une application facultative des règles de droit international privé (sauf lorsque le choix est prohibé par l'ordre juridique pour privilégier des intérêts particuliers) et, de ce fait, l'application de la loi du for devrait être largement promue. Si cette proposition s'appuie notamment sur les travaux de

---

[125] Pour un approfondissement de ces questions et une mise en perspective avec notre phénomène de concordance des compétences : voir *infra* n°1157.

[126] T. M.
, « Facultative Choice of Law : the procedural status of choice-of-law rules and foreign law », *RCADI*, 1997, vol. 257, p. 223.

[127] « I will try to show how much "*forum* bias" is built into modern choice of law, even if it is premised on supranational notions such as comity, or international harmony, or "conflicts justice". Discovering the hidden or overt forum bias inherent in contemporary choice of law might help us to appreciate the merits and demerits of facultative choice of law in the context of current choice-of-law methodology and its results. To put it simply: how much of a difference would it make if some variant of facultative choice of law were adopted? Would it jeopardize the performance of choice of law as it actually functions? Which values and interests that conflicts law is supposed to further would actually be put at risk if the court and the parties were allowed to ignore the choice-of-law issue? » T. M. DE BOER, *op. cit.*, p. 389.

[128] « Maintaining that forum law and foreign law are interchangeable because, from a supranational perspective, they are equally capable of furnishing the rule of decision is like saying that there is no difference between a professional concert pianist and an amateur piano player because, heard from a distance, they both play music ». *Ibid*, p. 403.

[129] « If the equivalence of legal systems is a fiction and if that fiction does not help to achieve the objectives of choice of law, it should be replaced by a more realistic assumption. It will not come as a surprise that, to me, the prima facie applicability of forum law is a much more plausible premise of choice of law, at any rate as a point of departure in civil procedure ». *Ibid*, p. 404.

Currie et d'Ehrenzweig, à la différence de ce dernier, la règle de compétence juridictionnelle directe n'est presque pas abordée. Seule la réception des jugements acquiert une place importante[130], ce qui limite son étude pour notre recherche tandis que cette des doctrines américaines précitées sera approfondie dans le corps de la recherche.

44. Hormis cette pensée qui reste très marginale en Europe, pour réaffirmer et justifier le principe de séparation entre les règles de compétence, les arguments avancés en faveur de la dissociation des compétences trouvent une assise doctrinale solide. Ils pourraient alors paralyser toute tentative de remise en cause du fruit de ces recherches. Pourtant, non seulement le principe de dissociation n'a jamais été absolu comme l'ont démontré ces analyses, mais surtout, le droit international privé contemporain est caractérisé par un certain nombre de bouleversements, lesquels justifient une recherche fondée sur la concordance des compétences comme en attestent des études récentes sur le sujet[131].

§2 : Intérêts d'un renouvellement de l'analyse

45. Le droit international privé est bien connu pour son phénomène de crise[132] à tel point qu'il apparaît en crise perpétuelle. À cet égard, si Batiffol évoquait déjà l'existence d'un pluralisme des méthodes, la portée qualitative et quantitative de la méthode conflictuelle subit aujourd'hui de nombreuses secousses. Les refoulés méthodologiques de la méthode « savigniano-bartinnienne »[133] sont apparus. L'érosion de son universalisme, la prise de conscience de l'absence de fongibilité totale des ordres juridiques, le questionnement de sa neutralité, la remise en cause de la distinction stricte entre droit public et du droit privé ou encore la montée en puissance des intérêts ancrent la matière dans une zone de turbulence. La méta-fonction coordinatrice de la règle de compétence législative semble peiner à parvenir à

---

[130] *Ibid*, spec. p. 373-374.

[131] P. CARLIER, *L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois*, thèse dactyl., Lille 2, 2008 ; C. REYDELLET, *op. cit.*,; S. CORNELOUP, « Les liens entre *forum* et *ius*, réflexions sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op. cit.,* p. 461 ; H. MUIR WATT, « La nécessité de la division tripartite – Conflit de lois, de juridictions, règles de reconnaissance et d'exécution ? », in M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PEROZZETTO (dir.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, Berne, Peter Lang, 2011, p. 213.

[132] G. KEGEL, « The Crisis of Conflict of Laws », *RCADI,* 1964, t. 112 ; B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit de lois », *RCADI*, 1984-III, t. 186, p. 276.

[133] B. ANCEL, « Destinées de l'article 3 du Code civil », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 1, note 3.

ses fins. Dans le même temps, des voix plus nombreuses s'expriment en doctrine pour faire ressortir la « vraie » part qu'il convient de réserver à l'unilatéralisme en droit international privé et notamment européen[134]. Partant de ce constat, un auteur s'est interrogé sur la possibilité de la disparition du « triptyque for/loi/jugement » dans ce contexte[135], laissant la place à des liaisons de plus en plus nombreuses entre *forum* et *jus*. Une place nouvelle est donc laissée à l'étude de la concordance des compétences et l'interprétation des liens entre *forum* et *jus*.

46. De surcroît, l'aspect doctrinal du conflit de juridictions, délaissé après son autonomisation des considérations publicistes a fait l'objet d'un véritable renouveau depuis la fin du XXe siècle[136], accentué et accompagné par un nombre important de jurisprudences consacrées à la question. Selon l'heureuse formule du professeur H. Gaudemet-Tallon, l'on assiste aujourd'hui à une « irrésistible ascension des conflits de juridictions »[137]. Le XXIe siècle semble donc être celui du conflit de juridictions, légitimant un peu plus le renouveau de l'étude conjointe de la compétence juridictionnelle et de la compétence législative, alors même que la séparation entre l'aspect juridictionnel et matériel du litige semble encore être affirmée avec vigueur. Elle a par exemple la faveur de la jurisprudence française, notamment, où elle fait figure de principe général du droit international privé[138]. Cet attachement à la distinction classique et cardinale du droit des conflits de lois est d'ailleurs à l'origine de

---

[134] S. FRANCQ, « Unilatéralisme versus bilatéralisme : une opposition ontologique ou un débat dépassé ? Quelques considérations de droit européen sur un couple en crise perpétuelle », *op. cit.*, spec. p. 54. Également, D. BODEN, *op. cit.* ; S. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, Paris, Dalloz, 2004 ; S. FRANCQ, *op. cit.* ; L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Paris, Economica, 2006.

[135] « Au regard de ces évolutions, le triptyque compétence/conflit de lois/reconnaissance des jugements tend à devenir obsolète, soit dans la distinction des trois axes, soit dans leur articulation mutuelle, soit dans la vocation uniforme du modèle, soit dans leur exclusivité par rapport à d'autres méthodes ». H. MUIR WATT, « La nécessité de la division tripartite – Conflit de lois, de juridictions, règles de reconnaissance et d'exécution ? », *op. cit.*, p. 213, spec. p. 216-217.

[136] E. PATAUT, *op. cit.* ; C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000 ; D. P. FERNANDEZ ARROYO, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *op.cit.* ; L. USUNIER, *op. cit.* ; C. A. ARRUE MONTENEGRO, *op. cit.* ; F. MAILHE, *op. cit.* ; A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens. (Étude de droit international privé comparé)*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2003 ; E. FARNOUX, *Les considérations substantielles dans le règlement de la compétence internationale des juridictions, Réflexions autour de la matière délictuelle,* thèse dactyl., Paris I, 2017.

[137] H. GAUDEMET-TALLON, « L'irrésistible ascension des conflits de juridictions », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 736. Déjà : H. BATIFFOL, « L'avenir du droit international privé », in *Choix d'articles*, Paris, LGDJ, 1976, p. 315.

[138] Cass. 1ère Civ. 22 octobre 2008, *Monster Cable Products Inc. c. Audio Marketing Services. Rev. Crit. DIP,* 2009, p. 1, note D. BUREAU, H. MUIR WATT ; *JCP G*, 19 novembre 2008, II-10187, note L. D'AVOUT ; D., 2009, p. 2384, spec. p. 2385, note S. BOLLEE. Pour une analyse détaillée de cette jurisprudence et sa confirmation voir *infra* n°328 et s. et n°1425 et s.

l'étude récente des liens entre *forum* et *jus* réalisée par le professeur S. Corneloup. L'auteur en interroge la portée et la pertinence et se demande si cette solution jurisprudentielle n'apparaît pas ici à contrecourant d'une réorientation plus générale de la matière[139], alors qu'elle constate que des liens nombreux entre *forum* et *jus* semblent émerger des instruments conventionnels et européens.

47. Le renouvellement des sources du droit international privé contemporain constitue incontestablement l'un de ces facteurs majeurs de transformation et participe par voie de conséquence d'un intérêt supplémentaire d'une régénération de l'observation de la concordance des compétences. Batiffol avait lui-même pris les instruments élaborés sous l'égide de la Convention de La Haye comme illustration des liens entre *forum* et *jus*. À ces exemples s'ajoutent désormais ceux provenant du droit international privé européen, objet de cette étude, qui offrent à voir un nombre conséquent de liaisons entre *forum* et *jus*. C'est ce qui explique que la présente recherche retient comme champ d'application le droit international privé européen, c'est-à-dire le droit international privé tel qu'issu du droit de l'Union européenne à titre principal et influencé par le droit de la Convention européenne des droits de l'homme à titre secondaire.

48. Au sein de l'Union européenne, organisation régionale d'intégration[140], la construction et le développement du droit international privé prennent un sens nouveau ou spécifique par rapport aux autres formes d'élaboration supranationale de ce droit en raison du transfert de l'exercice des compétences normatives réalisé par les États à l'Union européenne et du but économique originaire poursuivi par l'organisation[141]. Afin de poursuivre l'intégration économique, il est très tôt apparu

---

[139] S. CORNELOUP, « Les liens entre *forum* et *ius*, réflexions sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 471.

[140] Pour une définition de l'organisation régionale d'intégration : « Il s'agit […] d'une entité à caractère international créée par des États indépendants, qui lui ont attribué des fonctions et des objectifs concrets et, par voie de conséquences des compétences ou des pouvoirs juridiques pour les remplir et les atteindre. En deuxième lieu, il s'agit d'une organisation " régionale ", dans laquelle participent des États géographiquement voisins. En troisième lieu, l'organisation est d' "intégration économique", avec un but limité en principe, mais qui peut conduire aussi, à long terme, à une intégration plus poussée à caractère politique ». A. BORRAS, « Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir », *RCADI*, 2005, t. 317, p. 325.
Les États ont alors accepté de transférer leur compétence à l'Union européenne, désormais considérée comme un « *ordre juridique propre intégré au système juridique des États* ». CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, aff. 6/64.

[141] L'originalité du droit international privé de source européenne a très vite été remarquée et analysée : G. BADIALI, « Le droit international privé des Communautés européennes », *RCADI,* 1985-II, t. 191, p. 9 ; A. V. M. STRUYCKEN, « Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international », *RCADI*, 1992, t. 232, p. 256 ; M. FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique

aux yeux du législateur européen les apports du droit international privé[142]. Deux temps différents ont forgé la construction de ce droit international privé européen[143]. Dans un premier temps, le traité instituant la Communauté économique européenne prévoyait à son article 220[144] que les États s'engagent à négocier pour se coordonner afin de parvenir à l'objectif de marché commun, aujourd'hui marché intérieur, au cœur de la construction de l'espace économique européen[145]. La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 relative à la compétence du juge, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, et la Convention de Rome du 10 avril 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles sont le fruit de ces négociations. Le droit international privé européen est fait pour le marché intérieur et est limité à son champ d'application[146].

49. Dans un second temps, se détachant de l'objectif purement économique qui l'a précédée, l'Union européenne va se servir du droit international privé comme d'un instrument parmi d'autres pour œuvrer à la création d'un espace de sécurité, de liberté et de justice et plus généralement d'une intégration européenne plus approfondie autour d'un espace judiciaire. Après l'essor du concept de citoyenneté européenne avec le traité de Maastricht et le Traité d'Amsterdam, une étape importante de la construction de l'Union européenne est franchie avec la « communautarisation » de la coopération judiciaire en matière civile dans le premier pilier relatif aux « politiques

---

intégré », *RCADI*, 1995, t. 253, p. 9. J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Paris, Economica, 2010.

142 Comme le résume M. Savatier, « Comment une circulation véritablement libre des personnes, des marchandises, des services et des capitaux pourrait-elle longtemps s'accommoder de l'inharmonie de la justice, de la possibilité de décisions contradictoires rendues à l'intérieur de la Communauté, par des juridictions concurrentes, parmi lesquelles des circonstances fortuites détermineront, au hasard, la sentence qui s'exécutera. Décisions contradictoires dont les résultats circuleraient anarchiquement, mais librement, de pays membres à pays membres ! Tout un droit des conflits de juridictions devra donc être construit ! ». R. SAVATIER, « Le marché Commun au regard du droit international privé », *Rev. Crit. DIP*, 1959, p. 237

143 Sur l'histoire du droit international privé européen : J.-S. BERGE, D. PORCHERON, G. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, V° « Droit international privé et droit de l'Union européenne », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2019, n°3 et s.

Voir également le dossier dédié au cinquantenaire de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 dans la *Revue critique de droit international privé* de juillet-septembre 2018, p. 409 et s.

144 « *Les États membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants : la protection des personnes, ainsi que la jouissance et la protection des droits dans les conditions accordées par chaque État à ses propres ressortissants […], - la reconnaissance mutuelle des sociétés […], le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert du siège de pays en pays et la possibilité de fusion de sociétés relevant de législations nationales différentes ;- la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales* ». Article 220 CEE, Traité instituant la Communauté économique européenne, fait à Rome le 23 mars 1957.

145 Sur le lien entre le développement du droit international privé et l'objectif économique d'intégration des marchés : R. SAVATIER, *op. cit.*, p. 237 ; J. BASEDOW, « L'espace judiciaire européen et ses voisins, à propos du lien entre l'intégration des marchés et la libre circulation des jugements », *Rev. Crit. DIP*, 2018 p. 425.

146 M. FALLON, *op. cit.*, spéc. p. 42.

liées à la libre circulation des personnes ». À partir de cette étape-là, l'« *Union se donne pour objectif de maintenir et de développer l'Union en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes* »[147]. Les États ont attribué à l'organisation régionale la compétence pour légiférer en droit international privé[148]. De nombreux règlements ont vu le jour, ainsi que des directives sectorielles prévoyant des règles de droit international privé et des programmes de travail[149]. Ils ont régulièrement mis en avant le besoin de développer un droit international privé européen pour construire et solidifier l'édifice de cet espace de liberté, de sécurité et de justice. Dans la construction de ce droit international privé, il est notable d'observer qu'après une approche séparée des règles de compétence juridictionnelle et législative dans les textes européens — qui correspond au premier temps de la

---

[147] Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, J.O.C.E, C 340 du 10 novembre 1997.
Cet espace est consacré aujourd'hui à l'article 3§2 TUE : « *L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle extérieur, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène* ».

[148] La base de compétence principale se situait à l'article 65 TCE : « *Les mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, qui doivent être prises conformément à l'article 67 et dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, visent entre autres à : a) améliorer et simplifier – le système de signification et de notification transfrontière des actes judiciaires et extrajudiciaires ; la coopération en matière d'obtention des preuves ; la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, y compris les décisions extrajudiciaires ; b) favoriser la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence ; c) éliminer les obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres* ».
Aujourd'hui, la base de compétence relève de l'article 81 TFUE : « *1. L'Union développe une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires. Cette coopération peut inclure l'adoption de mesure de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres.*
2. Aux fins du paragraphe 1, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent, notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, des mesures visant à assurer : a) la reconnaissance mutuelle entre les États membres des décisions judiciaires et extrajudiciaires et leur exécution ; b) la signification et la notification transfrontières des actes judiciaires et extrajudiciaires ; c) la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence ; d) la coopération en matière d'obtention des preuves ; e) un accès effectif à la justice ; f) l'élimination des obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres ; g) le développement de méthodes alternatives de résolution des litiges ; h) un soutien à la formation des magistrats et des personnels de justice.
3. Par dérogation au paragraphe 2, les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière sont établies par le Conseil, statuant conformément à une procédure législative spéciale. Celui-ci statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen.
Le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter une décision déterminant les aspects du droit de la famille ayant une incidence transfrontière susceptible de faire l'objet d'actes adoptés selon la procédure législative ordinaire. Le Conseil statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen.
La proposition visée au deuxième alinéa est transmise aux parlements nationaux. En cas d'opposition d'un parlement national notifiée dans un délai de six mois après cette transmission, la décision n'est pas adoptée. En l'absence d'opposition, le Conseil peut adopter ladite décision ».

[149] Voir notamment, le *programme de Tampere* « Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice : bilan du programme de Tampere et futures orientations », le 2 juin 2004, COM (2004), 401 final ; Le *programme de La Haye* : « dix priorités pour les cinq prochaines années. Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice », le 24 septembre 2005, COM (2005), 184 final ; Le *programme de Stockholm* « une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens », le 4 mai 2010, JO C 115.

construction de ce nouveau droit international privé — l'évolution a mené vers l'adoption d'une approche intégrée des deux corps de règles, questionnant les conséquences qu'une telle élaboration a sur les rapports entre les compétences.

50. L'édifice législatif est devenu tellement important que la question de la codification du droit international privé européen a même été posée[150], rendant intéressante une approche holistique de cette matière, sans circonscrire *a priori* un champ particulier de l'analyse.

51. Il convient toutefois de noter que le choix du droit international privé européen comme champ de cette étude implique d'exclure ou d'inclure certaines questions qui présentent pourtant un intérêt sur le plan de l'analyse de la concordance des compétences. Le problème des questions préalables[151] par exemple, qui bien qu'étant intimement lié à la question de la concordance, ne sera pas étudié à titre principal, car souvent exclu du champ d'application du droit international privé de l'Union européenne, de même que, par principe, les matières non régies par la réglementation européenne. Toutefois, le droit international privé commun ne saurait être totalement ignoré. En effet, d'une part l'absence de complétude de l'ordre juridique européen commande un rapport dialogique et complémentaire entre le droit de source européenne et de source nationale, justifiant le renvoi au droit commun quand cela sera nécessaire à la démonstration. D'autre part, dans les domaines non couverts par les instruments européens ou conventionnels, l'influence des droits européens peut être déterminante des solutions de droit international privé. Dans cette optique, le droit international privé commun sera parfois analysé, mais toujours au prisme de l'influence indirecte des droits européens sur le phénomène de concordance des compétences ou par comparaison avec celui-ci.

52. En outre, le droit international privé contemporain se développe dans un contexte de montée en puissance de plus en plus pressante des droits fondamentaux.

---

150 M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PEROZZETTO (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Paris, Dalloz, 2009 ; M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PEROZZETTO (dir.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, Berne, Peter Lang, 2011.

151 Sur lesquelles, P. LAGARDE, « La règle de conflit applicable aux questions préalables », *Rev. Crit. DIP*, 1960, p. 459.

Le problème des questions préalables n'est pas absent des textes européens. Elles sont abordées, mais pour en conclure à leur exclusion du champ du droit européen. S. CORNELOUP, « Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé », *TCFDIP*, 2010-2012, p. 189 ; S. SANA CHAILLE DE NERE, « Les questions préalables », in T. AZZI, O. BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?,* Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 123.

En Europe, ce mouvement s'opère particulièrement sous l'égide de la Convention européenne des droits de l'homme et plus récemment de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[152] qui agissent à la fois sur les aspects procéduraux et matériels du litige à caractère international, brouillant les cartes d'une analyse totalement distincte de la procédure et du fond, du droit public et du droit privé et redessinant l'importance de la fonction juridictionnelle et la place du juge dans le système juridique. Le développement des droits fondamentaux dans le cadre du litige à caractère international constitue un facteur de déstabilisation des solutions classiques du conflit de lois.

53. En somme, le choix de s'intéresser au droit international privé européen s'explique par l'importance de la mue du droit international privé classique induite par son nouvel environnement normatif. Il s'agit de l'une des transformations les plus profondes de la matière[153]. L'européanisation et la fondamentalisation de la matière sont autant de facteurs de métamorphose du droit international privé emportant une certaine érosion du paradigme conflictuel[154]. Désormais, les règles de compétence s'universalisent, la communauté de droit se réinvente[155], des rationalités nouvelles voient le jour. Si le choix de la méthode conflictuelle est déterminant dans l'analyse de la concordance des compétences, ses mutations internes et externes sont alors de nature à influer sur l'approche classique des liens entre *forum* et *jus*. La question des liens entre *forum* et *jus* n'a donc pas livré tous ses mystères et ces facteurs sont autant d'éléments qui commandent une observation nouvelle des liens entre *forum* et *jus* et du principe de dissociation des compétences.

---

[152] Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *op. cit.*, p. 351 et s. Voir également : P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, thèse dactyl., Paris I, 1994 ; L. GANNAGE, *La hiérarchie des normes et les méthodes de droit international privé*, Paris, LGDJ, 2001 ; P. KINSCH, « Droits de l'Homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI*, 2005, t. 318 ; p. 9 ; F. MARCHADIER, *Les objectifs du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2007 ; S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, thèse dactyl., Paris II ; R. LEGENDRE, *Droits fondamentaux et droit international privé – Réflexions en matière personnelle et famille*, thèse dactyl., Paris II, 2018

[153] « Ayant pour mission de rapprocher des droits nationaux différents autour d'objectifs, notamment économiques, communs, prenant pour objet des rapports juridiques qui sont par essence transfrontières, le droit communautaire ne pouvait pas ne bouleverser le droit international privé classique ». E. PATAUT, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *TCFDIP*, 2006-2008, p. 71.

[154] Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *op. cit.*, p. 351. B. ANCEL, *Regards critiques sur l'érosion du paradigme conflictuel*, 2005.

[155] En ce sens, S. CORNELOUP, « Les liens entre *forum* et *ius*, réflexions sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 461 ; H. MUIR WATT, « La nécessité de la division tripartite – Conflit de lois, de juridictions, règles de reconnaissance et d'exécution ? », *op. cit.*, p. 213.

54. En effet, ce qui étonne, face à ces mutations, c'est la place centrale toujours donnée au principe de séparation du *forum* et du *jus* dans les réflexions doctrinales. Un quasi-amalgame apparaît entre l'existence du droit international privé et ce principe de dissociation des compétences, notamment du fait de la présence largement majoritaire de la doctrine bilatéraliste en Europe. Cette dissociation semble ancrée dans l'ADN de cette matière.

55. En conséquence, en postulant la permanence du principe de dissociation des compétences, l'étanchéité entre les règles de compétences et la séparation entre *forum* et *jus* demeurent présentées comme la clé de voute du droit international privé. Or, ce n'est pas tant, *a priori*, que cette étanchéité n'ait pas de sens, de raison d'être ou qu'elle n'a pas de valeur pédagogique. Ce n'est pas tant non plus que la dissociation du *forum* et du *jus* ne se justifie plus. Simplement, en continuant à donner à ce principe une assise cardinale, sans en vérifier la réalisation dans ce contexte nouveau, le risque est de se priver d'une analyse doctrinale à la fois plus riche et plus nuancée de la matière que le commanderait le paradigme traditionnel.

56. Si la doctrine ne manque pas de relever de nombreuses mutations, l'absence de remise en cause de l'affirmation de principe expose effectivement à une perte de vue de la réalité du droit international privé contemporain, de ses évolutions les plus remarquables et est de nature à empêcher, dans le futur, une véritable théorisation du droit international privé européen tant cette question se situe au cœur du réacteur de la matière. Le risque est alors de fermer les yeux sur ce qu'est devenu le droit international privé sous l'influence de ces divers changements et d'en offrir une approche qui devient de plus en plus dogmatique.

57. Pour éviter un tel confinement de la matière dans ce qui risquerait de devenir des idées reçues, il semble qu'une autre représentation du droit international privé est possible et est déjà en réalité à l'œuvre. Pour ce faire, la concordance des compétences semble être un prisme d'analyse particulièrement intéressant, prenant le contrepied des solutions classiques.

§3 : Démarche retenue pour une analyse fondée sur la concordance des compétences

58. Jusqu'à lors, les liens entre les compétences ont été traités majoritairement sous l'angle de l'exceptionnalité, car la dissociation des compétences constituait la règle de principe du contentieux de droit international privé [156] . Or, l'observation contemporaine du droit international privé européen laisse entrevoir des liaisons nombreuses entre *forum* et *jus*. En outre, les présupposés théoriques propres à la matière sur lesquels repose la dissociation des compétences subissent aujourd'hui les assauts de rationalités externes. De ce fait, la distinction de principe entre compétence juridictionnelle et compétence législative serait en voie d'être dépassée. C'est cette intuition qu'il nous faut suivre à travers une analyse fondée sur un schème inverse à la dissociation : celui de la concordance des compétences.

59. Nous nous proposons ainsi, à partir de l'observation des liens entre *forum* et *jus*, d'éprouver la représentation faite traditionnellement du droit international privé contemporain. Il ne s'agit pas à ce titre de remettre en cause la pertinence des doctrines classiques de droit international privé en tant que telles ou pour elles-mêmes, mais de constater que les représentations traditionnelles du droit international privé peinent à offrir les justifications des solutions de droit positif. Et, si le droit positif a évolué, on peut alors douter que la dissociation des compétences conserve toujours son rôle majeur dans la réglementation de droit international privé européen. L'objectif poursuivi par l'étude est donc de démontrer qu'une autre lecture du droit international privé européen au prisme, cette fois-ci, de la concordance des compétences est non seulement possible, mais également souhaitable.

60. La concordance des compétences offre effectivement désormais une justification nouvelle fondée sur des considérations multiples qui explique un nombre important et grandissant de solutions de droit positif. Il s'agit donc de remettre en cause l'allégation doctrinale consistant à envisager la distinction des règles de compétence juridictionnelle et de compétence législative comme le fondement même de la conception actuelle du droit international privé par la systématisation des hypothèses de concordance des compétences.

[156] Voir note n°1.

61. Pour opérer cette remise en cause doctrinale, deux temps sont nécessaires. Dans un premier, il convient de mettre en cause la toute-puissance de la dissociation des compétences comme angle d'observation privilégié des solutions de droit international privé. La recherche d'un phénomène de concordance présente ici deux caractéristiques. D'une part en tant qu'elle porte sur un phénomène, l'hypothèse de recherche nécessite la révélation d'une véritable tendance à la concordance faisant *vaciller la dimension quantitative du principe de dissociation* au profit de la concordance des compétences. D'autre part, en tant qu'elle porte sur une concordance, l'hypothèse de recherche suppose de vérifier que les deux compétences s'accordent sur le même résultat sans qu'il s'agisse d'une simple coïncidence.

62. Il faut donc démontrer que la liaison entre *forum* et *jus* n'est pas fortuite, mais est causée et en saisir sa réalisation structurelle. Et, si la dissociation des compétences appelle un constat simple puisqu'il suffit d'observer l'absence de correspondance entre les compétences pour en déduire une dissociation, l'observation de la concordance des compétences est plus fuyante. Le phénomène de concordance se laisse difficilement saisir. La concordance, en effet, n'est pas toujours directement perceptible ou affirmée. Il semble de surcroît que le phénomène soit revêtu d'un certain polymorphisme, car il émerge de nombreux liens entre *forum* et *jus* et se manifeste de manière variée, innervant l'ensemble de la matière avec une intensité variable selon les fins qu'il poursuit.

63. A ce titre, si la recherche n'opère pas dans un champ particulier de la réglementation du droit international privé européen, elle ne saurait prétendre à l'exhaustivité. Nombreux sont les domaines dans lesquels l'analyse des liens peut prospérer. Cependant, l'approche globale de la matière implique d'effectuer des choix pour une analyse et une présentation plus claires du phénomène. Ces choix viennent exprimer une tendance globale du phénomène de concordance des compétences et mettre le mieux en lumière l'intérêt et la diversité des liens entre *forum* et *jus*. Certains domaines seront donc privilégiés, sans que cela signifie qu'ils épuisent la question de la concordance des compétences.

64. Par exemple, l'étude de la réglementation européenne de l'insolvabilité exprime un cas désormais solidement ancré [157] et quasi évident de concordance des compétences juridictionnelle et législative autour de l'application de la *lex concursus* [158]. Si cet exemple est l'un des premiers consacrés en droit international privé européen et compte parmi les plus éprouvés[159] (même si son champ d'application n'est pas exempt d'exceptions ou de dérogations[160]), cette étude se concentrera sur des liaisons entre *forum* et *jus* plus originales ou plus récentes.

65. De plus, l'analyse des règlements relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés[161] aura par la force des choses une place moindre dans la démonstration. Même si des liaisons entre *forum* et *jus* existent, elles restent très parcellaires[162] et en conséquence beaucoup plus rares que dans les autres règlements qui, eux, regorgent d'hypothèses de concordance[163].

66. La nécessité d'effectuer de tels choix atteste de la diversité des hypothèses de concordances pouvant être révélées dont il faudra sonder l'intensité. Se pose ensuite la question suivante. Si la réglementation du droit international privé contemporain

---

[157] Cette hypothèse n'est d'ailleurs pas une innovation du droit européen. Voir en ce sens : J.-A. PASTOR-RIDRUEJO, « La faillite en droit international privé », *RCADI*, 1971-II, t. 174, p. 135 ; P. VOLKEN, « L'harmonisation du droit international privé de la faillite », *RCADI*, 1991-V, t. 230, p. 343.

[158] « *Sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'État membre sur le territoire duquel cette procédure est ouverte* ». Article 7§1 du Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte).

[159] Sur cette liaison et les justifications tant processuelles que substantielles de son établissement : G. C. GIORGINI, *Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des nouveaux instruments de règlement de la faillite internationale*, Paris, Dalloz, 2001 ; V. S. BENILSI, C. LISANTI, « Commentaire de l'article 7 » in C. LISANTI, L. SAUTONIE-LAGUIONIE (dir.) *Règlement (UE) n°2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, Commentaire article par article*, Société de législation comparée, 2015 ; M.-H. MONSERIE-BON, v° « Procédure collective –Loi applicable. – Règlement (CE) n°1346/2000 du 29 mai 2000 et règlement (UE) 2015/848 du 20 mai 2015 relatifs aux procédures d'insolvabilité. », *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 572-85.

[160] Pour certaines hypothèses précises, les articles 11 à 18 du Règlement prévoient des exceptions à cette application : D. BUREAU, « La fin d'un îlot de résistance : le règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité », *Rev. Crit. DIP*, 2002, p. 612.

[161] Règlement (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés : Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

[162] Hormis le cas du *forum legis* en cas de choix de loi, les règlements ne connaissent en effet pas d'autre hypothèse de concordance des compétences. Voir *infra* n°672.

[163] Le fait de se prononcer sur les effets passés d'une situation juridique au moment où elle s'éteint est déterminant ici de l'exclusion de la concordance des compétences. De manière générale, en vertu de ces deux instruments, si des critères de rattachement peuvent être similaires, leur appréciation s'effectue au moment de l'accès en justice pour la règle de conflit de juridictions tandis que le critère de rattachement est apprécié au moment de la création de la situation juridique pour déterminer la loi applicable de sorte qu'une seule coïncidence pourrait être envisagée.

donne à voir un nombre important de situations de concordance des compétences juridictionnelle et législative, est-ce alors le signe d'une déconstruction progressive du principe de stricte indépendance des règles de compétence ou est-ce plutôt le signe de l'apparition d'une articulation des deux corps de règles qui, pour être indépendants, n'en sont pas moins liés par la recherche d'une coordination harmonieuse entre *forum* et *jus* ? La réponse à cette question est l'objet du second temps de la démonstration.

67. Désormais, la démarche poursuivie consiste en effet à *éprouver la valeur qualitative du principe de dissociation des compétences*. À ce titre, l'objectif est double en raison de la relation d'interdépendance entre l'analyse du phénomène de concordance et l'analyse plus générale du droit international privé[164]. Le phénomène de concordance entre les compétences juridictionnelle et législative vient fixer un instant l'image de la discipline. Tel un kaléidoscope, les différents liens entre *forum* et *jus* sont autant de portes d'entrée méthodologiques et techniques vers l'analyse plus globale de la matière et chacun de ces liens exprime une part de la nature du droit international privé contemporain. Par un jeu de miroir inversé, il s'agit donc tant de confronter le discours contemporain du droit international privé à la réalité de la concordance des compétences que de prendre acte de la réalité de ces liens pour les confronter à l'évolution de la matière. L'étude de la concordance des compétences doit permettre ainsi de savoir ce que la matière dit désormais de ces liens entre *forum* et *jus*, et ce que ces liens reflètent de la matière. À cet égard, éprouver la valeur de la dissociation n'est pas pour autant conclure à son anéantissement. La concordance vient plutôt rebattre les cartes de l'approche doctrinale de la dissociation des compétences en renouvelant certains postulats et en en annihilant d'autres.

68. L'idée générale soutenue est alors manifeste. L'analyse du phénomène de concordance des compétences juridictionnelle et législative met en lumière une nouvelle architecture du droit international privé, beaucoup plus nuancée qui commande une relecture du droit international privé à travers ce prisme nouveau. Le discours doctrinal ne saurait l'ignorer sauf à donner à la dissociation des compétences une importance qu'elle n'a plus.

---

[164] Hébraud avait mis en évidence ce lien entre l'analyse des liens entre *forum* et *jus* et la vision plus globalisante de la matière. Cette question, « tout en constituant une articulation essentielle du système, […] se lie à beaucoup d'autres qui posent des problèmes plus vastes et plus discutés ». P. HEBRAUD, *op. cit.*, spec. p, 231.

69. La distinction entre compétence juridictionnelle et compétence législative est si solidement ancrée dans l'esprit des internationalistes qu'elle est à hisser au rang des mythes fondateurs qui font la richesse, l'intérêt et la complexité de la matière. Cette dissociation agit assurément comme un présupposé du droit international privé. Elle en est le fondement moderne. Pour autant, à l'époque contemporaine, cette scission potentielle entre *forum* et *jus* n'implique pas que le règlement du conflit de lois s'opère par principe sur le modèle de la discordance des compétences juridictionnelle et législative. L'étude de la concordance des compétences juridictionnelle et législative en droit international privé européen révèle plutôt que si la dissociation entre *forum* et *jus* ne perd pas totalement une vocation d'explication du fonctionnement du droit international privé, elle tend au moins à perdre sa vocation descriptive des solutions de principe du droit positif au profit de la concordance des compétences juridictionnelle et législative.

70. Est-ce à dire toutefois que les règles de compétence sont désormais dépendantes l'une de l'autre ? Pour y répondre, ce phénomène de concordance doit être appréhendé dans sa dimension ontologique. Celui-ci, en effet, permet de redessiner les rapports entre les règles de compétence et réinterroge le rôle de chacune au sein de la théorie générale du droit international privé pour donner une juste place à la distinction entre *forum* et *jus*. Cette nouvelle ossature de la matière fondée sur la concordance des compétences s'accompagne alors d'une remise en cause de la stricte étanchéité, traditionnellement affirmée, des compétences , sous peine d'entrainer de nombreuses incohérences dans le traitement du litige à caractère international. La réglementation de droit international privé doit alors être pensée de manière globale à travers sa dimension juridictionnelle et législative pour poursuivre les divers intérêts inhérents à chaque matière. La concordance se présente, dans ce cadre, comme une des modalités de réalisation de ces objectifs. Néanmoins, il demeure que l'indépendance des compétences ne doit pas être totalement et absolument réfutée, car elle reste utile à la recherche de solutions justes en droit international privé.

71. Pour se convaincre de cette nouvelle architecture du droit international privé européen, il faudra alors tout d'abord rendre compte de l'étendue du phénomène de concordance des compétences juridictionnelle et législative en droit international privé européen. Cela commande l'identification des différents liens entre *forum* et *jus* qui

mènent à une situation de concordance. Il s'agit d'apprécier la diversité des cas de concordance des compétences. Ensuite, pour prendre la mesure de l'originalité et de la force du phénomène dans le droit international privé contemporain, l'étude ne saurait se limiter à l'analyse des solutions conjoncturelles du droit positif. Il est question de percevoir l'unité du phénomène en en saisissant l'originalité sur les rapports plus structurels entre les deux ordres de compétence.

72. Ainsi, la relecture du droit international privé européen au prisme du phénomène de concordance des compétences doit par conséquent résulter d'une double démarche : établir dans un premier temps l'existence d'un phénomène de concordance des compétences juridictionnelle et législative (Partie I) pour mettre en lumière ce qui en est l'essence dans un second (Partie II).

Partie I : L'existence du phénomène de concordance des compétences juridictionnelle et législative

Partie II : L'essence du phénomène de concordance des compétences juridictionnelle et législative

PARTIE 1 : L'EXISTENCE DU PHÉNOMÈNE DE CONCORDANCE DES COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLE ET LÉGISLATIVE

73. L'étude des règles de droit international privé d'origine européenne fait apparaître un nombre conséquent de points de contact entre compétence juridictionnelle et compétence législative, de nature à donner naissance à l'existence d'un véritable phénomène de concordance des compétences.

74. Pour cerner au mieux la richesse et la diversité du phénomène, le traitement des rapports entre les compétences nécessite un effort de classification dans une typologie apte à rendre compte de la variété des liens entre *forum* et *jus* et de leur intensité. Si la concordance se caractérise par un certain déterminisme, il existe toutefois une gradation dans l'intensité des liens entre *forum* et *jus*. Aussi, deux types de liens de concordance peuvent être analysés.

75. Tout d'abord, la concordance des compétences juridictionnelle et législative peut être imposée. Il existe en effet une liaison forte, quasi systématique, entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative au point que leur concordance s'impose. (TITRE 1).

76. La concordance des compétences peut ensuite être suggérée. Cette forme de concordance des compétences juridictionnelle et législative semble intuitivement plus fuyante. La concordance suggérée des compétences est ainsi le résultat d'un rapprochement des deux règles de compétence qui favorise l'application de la loi de la juridiction saisie alors même que la concordance des compétences n'est qu'une possibilité parmi d'autres (TITRE 2).

TITRE 1 : LA CONCORDANCE IMPOSÉE DES COMPÉTENCES

77. La concordance imposée des compétence juridictionnelle et compétence législative suppose que le juge ou le législateur l'ait non seulement pleinement recherchée, mais également l'impose comme solution au litige à caractère international au détriment de toute autre solution possible de résolution du conflit de lois. Cette force particulière des liens entre le *forum* et le *jus* s'observe en présence de l'impérativité de l'une des deux règles. Cette impérativité constitue le facteur qui permet de fixer la concordance des règles de compétence.

78. Cette concordance semble s'expliquer par la prise en considération de plus en plus marquée des intérêts publics étatiques dans le litige de droit international privé. La volonté de préserver les intérêts étatiques exige que l'ordre juridique ait un contrôle plein sur la situation litigieuse. Or, ces intérêts sont variés et s'expriment différemment dans la réglementation de droit international privé, ce qui explique la diversité des hypothèses de concordance imposée des compétences juridictionnelle et législative.

79. Ce phénomène de concordance des compétences est ainsi observable lorsque le litige est régi par des compétences juridictionnelles exclusives et impératives d'une part (CHAPITRE 1). D'autre part, une concordance imposée existe lorsque la compétence législative est impérative. C'est la démarche classiquement à l'œuvre pour la méthode des lois de police (CHAPITRE 2). De manière plus originale, une telle concordance des compétences peut intervenir aussi par le recours à l'ordre public international de rattachement (CHAPITRE 3).

CHAPITRE 1 : LA CONCORDANCE IMPOSÉE DES COMPÉTENCES PAR LE RECOURS AUX COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLES EXCLUSIVES

80. Le caractère exclusif d'une compétence s'entend comme « la compétence internationale d'un État lorsqu'elle est considérée comme mettant obstacle à la reconnaissance de tout jugement qui serait rendu dans un autre État sur le même litige »[165]. Définie comme telle, l'exclusivité est envisagée seulement à travers les effets qu'elle produit. Si l'on s'en tient à l'étymologie, la notion d'exclusivité renvoie à l'idée que la compétence d'une juridiction exclut celle des autres. En droit interne, la compétence exclusive est « celle qui impose que, pour une affaire déterminée, une seule juridiction connaisse et soit seule à pouvoir connaître d'une demande initiale, d'une demande incidente, d'une défense, ou même d'un incident du procès »[166]. Si l'on transpose cette définition en droit international privé, la compétence exclusive française est une compétence volontairement réservée aux juridictions françaises, par l'ordre juridique français, qui exclut celle de toute autre juridiction étrangère. Deux acceptions différentes sont toutefois susceptibles d'être retenues. En effet, l'évolution historique démontre que le caractère exclusif d'une compétence a rapidement été associé au caractère impératif[167].

81. Premièrement, lorsqu'il existe une compétence exclusive, seule la juridiction dotée de l'exclusivité est compétente pour trancher le litige au sens où la compétence indirecte étrangère est rejetée. L'exclusivité s'oppose donc à la concurrence des juridictions. Cette exclusivité qui est, du reste, l'exception, peut être affirmée pour certaines règles de compétence jugées particulièrement importantes par le législateur.

82. Secondement, puisque l'exclusivité de la compétence exclut celle des autres juridictions, elle signifie qu'en présence d'une telle compétence juridictionnelle exclusive, les parties ne peuvent saisir que cette juridiction pour régler leur différend. Dans ce

---

[165] G. CORNU, Association H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2011, p. 211.
[166] J. VINCENT, « Quelques réflexions sur la compétence exclusive des juridictions civiles », in *Mélanges offerts à P. Hébraud,* Toulouse, 1981, p. 918.
[167] L'exemple de l'article 15 du Code civil permet d'illustrer cette distinction entre impérativité et exclusivité. En effet, l'article 15 consacrait une compétence exclusive facultative : *Un français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger ».* Il était donc possible de renoncer à son application.

dernier cas, la compétence exclusive est alors synonyme de compétence impérative et s'oppose à la notion de compétence facultative.

83. Le droit international privé de l'Union européenne connaît plusieurs catégories de compétences exclusives. Le type de compétence exclusive qui retiendra notre attention ne dépend ni de la volonté des parties[168], ni de la qualité des parties[169], mais des matières litigieuses, à savoir la matière réelle immobilière, l'existence des personnes morales et des sociétés, la propriété immatérielle, l'inscription sur les registres publics et les voies d'exécutions réalisées en France. Elles sont aujourd'hui prescrites à l'article 24 du Règlement Bruxelles I *bis*.

84. Par la reconnaissance d'une compétence exclusive, ces matières sont mises à l'écart de la concurrence des juridictions. Cette mise à l'écart du déroulement normal du conflit de juridictions trouve également son pendant en matière de conflit de lois. En effet, d'une part ces matières sont, dans l'ensemble, exclues des Règlements européens régissant le conflit de lois. D'autre part, en ces matières, le règlement du conflit de lois débouchera dans la plupart des litiges sur l'application la loi du for. En conséquence, l'hypothèse retenue est la suivante. L'affirmation de la compétence juridictionnelle exclusive serait un moyen pour s'assurer *in fine* et de manière très régulière de l'application de la *lex fori*.

85. La concordance imposée des compétences est permise par l'exclusivité de la compétence juridictionnelle qui entraine l'exclusivité de l'ordre juridique (SECTION 1). Face à la spécificité d'une telle exclusivité, et à ses conséquences, il y a lieu de s'interroger sur les raisons qui poussent le législateur à consacrer cette forme de concordance. Nous verrons qu'elles tiennent à la revendication monopolistique du litige par l'ordre juridique étatique (SECTION 2).

---

[168] Une compétence exclusive est ainsi consacrée chaque fois que les parties à un litige l'ont prévu dans une clause attributive de juridiction : Article 25 du Règlement Bruxelles I *bis*. Dans ce cas précis, il ne s'agit en réalité que de respecter la force obligatoire du contrat entre les parties. À ce stade, il n'est pas possible d'envisager un phénomène de concordance puisque l'alignement entre *forum* et *jus* ne dépendra pas du fonctionnement des règles de compétence, mais de la volonté des parties lorsque les parties ont souhaité cette concordance.

[169] Le législateur européen a doté les règles de protection des parties faibles d'une force particulière à l'encontre de la partie dite forte : Section 3, 4 et 5 du Règlement Bruxelles I *bis*. L'asymétrie de la protection juridictionnelle ne permet pas ici une analyse d'une concordance qui implique un lien d'une force particulière, quasi-indestructible entre compétence juridictionnelle et compétence législative. L'analyse de ces règles sera entreprise ultérieurement.

SECTION 1 : L'EXCLUSIVITÉ DE L'ORDRE JURIDIQUE

86. La concordance entre compétence juridictionnelle exclusive et loi applicable n'est pas immédiate. Elle est le résultat d'une part du règlement parallèle de la règle de conflit de juridictions d'origine européenne et de la règle de conflit de lois d'origine nationale et d'autre part du régime particulier de l'impérativité et de l'exclusivité qui permet de rendre automatique et obligatoire cette concordance des compétences. Si cette hypothèse se vérifie, c'est l'ordre juridique dans son ensemble qui est doté de l'exclusivité du traitement du litige international.

87. Ainsi à un parallélisme des règles de compétence (§1) qui permet de faire converger les compétences se greffe un facteur de concordance qui cristallise cet alignement et le rend obligatoire et automatique. C'est le rôle du régime spécifique de l'exclusivité de la compétence juridictionnelle (§2).

§1 : Le parallélisme des règles de compétence

88. Le phénomène de concordance entre compétence juridictionnelle exclusive et loi applicable dépend en premier lieu de l'existence d'un parallélisme des règles de compétence. Or, les matières concernées par l'exclusivité ne font pas l'objet d'un traitement uniforme par le législateur européen puisqu'en ces domaines, les règles de conflit de lois restent essentiellement nationales. L'hypothèse de concordance est, de ce fait, rendue incertaine. Il faut donc la vérifier.

89. Parmi les règles de compétence juridictionnelle exclusive consacrées à l'article 24 du Règlement Bruxelles I *bis*, nous avons choisi d'illustrer le phénomène de concordance entre compétence juridictionnelle et loi applicable sous trois angles différents.

90. L'analyse portera d'abord sur la compétence exclusive traditionnelle en matière d'immeubles qui mérite d'être poursuivie au sein de l'espace européen en raison de l'européanisation des règles de conflit (A). Cette analyse sera suivie par l'étude des règles en matière de sociétés et personnes morales où les interférences avec le droit de l'Union européenne se révèlent particulièrement intéressantes (B). Enfin, il s'agira d'étudier la compétence exclusive en matière de registres publics, reflet des particularismes organisationnels des États membres (C).

A- La compétence exclusive en matière immobilière

91. En matière réelle immobilière, l'exclusivité de la compétence juridictionnelle est connue de longue date en France et à l'étranger. Elle conduit dans la très grande majorité des États à l'alignement du *forum* et du *jus* en raison de l'unicité des chefs de compétence et des critères de rattachement. La même tendance se retrouve dans les textes européens. Il s'agit dès lors de s'intéresser aux manifestations renouvelées de la concordance entre compétence juridictionnelle et loi applicable en matière réelle immobilière en commençant l'étude du phénomène de concordance par l'analyse des droits réels immobiliers (1) pour étudier ensuite les baux immobiliers (2).

1- Les droits réels immobiliers

92. En cette matière, la concordance entre compétence juridictionnelle exclusive et loi applicable est ancienne. Une expression de cette concordance existe en droit français[170]. Elle s'est cependant transformée au fur et à mesure des évolutions historiques et textuelles. D'un point de vue historique, c'est la règle de conflit de lois qui a exercé une attraction sur la règle de conflit de juridictions[171]. En effet, il a pu être affirmé qu'en raison de la soumission des immeubles à la loi française, il était nécessaire que ces immeubles soient également soumis au juge français[172]. La convergence historique entre le juge compétent et la loi applicable est donc liée au contenu de la règle de conflit de lois qui donne compétence à la *lex fori*[173].

---

[170] Par extension des chefs de compétence interne à l'international, l'article 44 du Code de procédure civile prévoit la compétence des tribunaux français lorsque l'immeuble est situé en France. L'article 3 du Code civil dispose quant à lui que « les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ».

[171] La compétence exclusive en matière d'immeuble est perçue comme *« une manifestation nouvelle de la " puissance d'attraction " de la situation de l'immeuble qui, débordant sur terrain du conflit de lois, où elle s'était conquis déjà une situation privilégiée, s'annexe celui des conflits de compétence judiciaire* ». H. BATIFFOL, P. LAGARDE, Droit international privé, t. II, *op. cit.*, p. 492.
Voir également sur l'évolution historique en matière d'immeuble et l'exception à la doctrine du juge naturel D. HOLLEAUX, *op. cit.*, n° 231, p. 225.

[172] Voir en ce sens l'arrêt de la Cour de Colmar du 12 aout 1817 : « *l'article 3 du Code civil soumettant les immeubles situés en France, même possédés par des étrangers, à la loi française, soumet par conséquence nécessaire, ces mêmes immeubles à la juridiction française* ».

[173] Pour s'assurer ensuite de l'automaticité de cette convergence, c'est-à-dire de l'existence d'une corrélation entre la règle de conflit de juridictions et la règle de conflit de lois, le caractère impératif puis exclusif de la règle de compétence juridictionnelle a très vite été affirmé (Cass. Req., 6 janvier 1841, *Wenger c/Thiriet*). Cette compétence se révélait d'autant plus importante qu'en matière réelle immobilière, les Français perdaient le bénéfice des articles 14 et 15 du Code civil et que le champ d'application de la compétence exclusive était très étendu. Le contentieux visé concernait tant les actions relatives aux seuls droits réels immobiliers que les actions en matière de successions immobilières (Cass. Civ. 5 juillet 1933, *Nagalingampoullé*). C'est ce qui expliquait également la scission du contentieux en matière successorale.

93. Cette automaticité était confirmée, en quelque sorte à front renversé, par le refus des juridictions françaises de se reconnaître compétentes lorsqu'était en cause un immeuble sis en dehors du territoire français ou encore, par le refus de reconnaissance des jugements étrangers s'étant prononcés sur une question réelle immobilière relative à un immeuble français[174]. De ce fait, grâce à l'exclusivité de la compétence juridictionnelle et à son effet réflexe[175], une concordance existait entre juge compétent et loi applicable. C'est ce qui explique qu'« en cette matière, compétence et incompétence des juridictions françaises correspondent toujours à l'applicabilité ou l'inapplicabilité de la loi française »[176].

94. Le droit international privé de source européenne ne modifie pas fondamentalement la règle de compétence juridictionnelle par rapport à la règle française, même s'il en exclut l'effet réflexe[177]. L'article 24-1) du Règlement Bruxelles I *bis* dispose que « *sont seules compétentes (…), sans considération de domicile des parties en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, les juridictions de l'État membre où l'immeuble est situé* ». En présence de droits réels immobiliers, les juridictions de l'État du lieu de situation de l'immeuble sont donc exclusivement compétentes, primant les règles de compétence spéciales et générales du Règlement.

95. Sur le plan de la loi applicable, la Convention de Rome puis le Règlement Rome I n'envisagent les droits réels immobiliers qu'à travers leurs aspects contractuels. L'article 4§1 c) du Règlement Rome I désigne, à défaut de choix de loi, la *lex rei sitae* en tant que loi applicable au contrat portant sur des droits réels immobiliers[178]. En dehors du champ d'application de cette disposition, les règles de conflit de lois en matière réelle immobilière n'ont pas fait l'objet d'une unification. Ce manque d'unification est d'ailleurs perçu comme une lacune de la construction du droit de l'Union européenne[179] puisqu'en

---

[174] L'arrêt *Nagalingampoullé* exprime parfaitement cette idée : *« Attendu que, par application du principe de territorialité des lois relatives aux immeubles admis par cet article, ces biens sont régis par la loi du pays où ils sont situés ; qu'il en résulte que la dévolution successorale des immeubles sis en pays étranger échappe, en principe, à la loi française et à la connaissance des tribunaux français, même lorsqu'ils sont la propriété de Français* ». Civ. 5 juillet 1933, *Nagalingampoullé.*

[175] Cass. 1ère Civ. 27 mai 1970, *Weiss. Grands arrêts*, n° 49.

[176] E. PATAUT, *op. cit.*, n°367, p. 248.

[177] *Ibid.*

[178] « *Le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble.* » Article 4§1 c) du Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JOUE L 177, 4 juillet 2008, (ci-après « Règlement Rome I »).

[179] Voir en ce sens, Un cadre européen pour le droit international privé : lacunes actuelles et perspectives futures. *Rapport du Parlement européen, direction générale des politiques internes*, 2012.

fonction de l'étendue du statut réel immobilier, propre à chaque État, des solutions divergentes peuvent émerger.

96. L'opération de qualification revêt donc un aspect particulièrement important pour comprendre l'exactitude et l'intensité du phénomène observé. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'analyser les liens entre compétence juridictionnelle et loi applicable, plusieurs hypothèses sont à envisager en fonction de la qualification retenue.

97. À ce titre, la Cour de justice entend cantonner la règle de compétence juridictionnelle exclusive à des situations précises. Pour ce faire, elle pose une qualification autonome de la matière réelle immobilière. La Cour de Justice de l'Union européenne considère effectivement que l'article 24-1 du Règlement Bruxelles I *bis* s'applique pour « *les seules actions qui tendent à déterminer l'étendue, la consistance, la propriété, la possession d'un bien immobilier, ou l'existence d'autres droits réels sur ces biens et à assurer au titulaire de ces droits la protection des prérogatives qui sont attachées à leur titre* »[180]. La Cour a également précisé « *qu'il ne suffit pas qu'un droit réel immobilier soit concerné par l'action ou que l'action ait un lien avec un immeuble pour que l'article 16-1° s'applique* (désormais article 24-1 du Règlement Bruxelles I *bis). Il faut que l'action soit fondée sur un droit réel et non, sauf l'exception prévue pour les baux d'immeubles, sur un droit personnel* »[181].

98. Face aux difficultés relatives à la distinction entre droit réel et droit personnel[182], la Cour de Justice semble récemment se détourner de l'étude de l'objet de l'action litigieuse pour y préférer celle de son régime juridique[183]. En effet, la Cour de

[180] CJCE, 10 janvier 1990, *Reichert* I, aff. C-115/88, point 11. Voir également, CJUE, 17 décembre 2015, *Virpi Komu*, aff. C-605/14. *Procédures*, 2016, p. 54 ; note C. NOURISSAT ; *Revue Europe*, 2016, p. 41, note L. IDOT ; *RTD com.*, p. 362, note L. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST ; CJUE, 16 novembre 2016, *Wolfgang Schmidt*, aff. C-417/15. *Revue Europe*, 2017, p. 45, note, L. IDOT ; *Procédures*, 2017, p. 16, note C. NOURISSAT ; *RJPF*, 2017, p. 49, S. GODECHOT-PATRIS : CJUE, 8 mai 2019, *Brian Andrew Kerr c./Pavlo Postnov et Natalia Postnova*, aff. C-25/18.

[181] CJCE, *Webb c. Webb* du 17 mai 1994, aff. C-294/92, point 14. *Cahier de droit européen*, 1995, p. 157, note T. HARIS. Voir également dans ce sens CJCE, *Lieber c. Göbel* du 9 juin 1994, aff. C-292/93.

[182] Le contrat de *time-share* qui permet de répartir périodiquement et partager l'occupation d'un bien successivement avec plusieurs propriétaires, représente à ce titre une véritable difficulté en raison de la complexité du contrat et des droits en cause. Cette difficulté rejaillit sur la localisation du rapport de droit litigieux. Voir E. PATAUT, *op. cit.*, p. 258, n° 384 et s. ; L. PERREAU-SAUSSINE, *L'immeuble et le droit international privé*, Paris, Defresnois, 2006, p. 224 et s. ; L. PERREAU-SAUSSINE, « La nouvelle directive communautaire sur le *time-share* ("et autres produits de vacances ") », *RDI*, 2010, p. 423.

[183] Ce procédé ne va pourtant pas de soi puisque « dans le rapport entre la nature juridique et le régime juridique d'une notion ou d'une catégorie, c'est la nature juridique qui est l'élément premier et le régime juridique, l'élément déduit. Ce n'est pas le régime d'un concept qui en détermine la nature. S'il arrive que l'on raisonne ainsi, c'est qu'un régime connu peut servir d'indice de qualification d'une situation ou de contre-preuve de sa nature probable. L'esprit de la règle susceptible de s'y appliquer influe parfois sur la qualification, par une sorte d'effet réflexe. Mais ce n'est pas la démarche fondamentale, selon laquelle c'est la nature qui commande le régime ». J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984. 255, spéc. p. 263.

Justice précise que la différence entre ces deux notions « *réside dans le fait que le premier, grevant un bien corporel, produit ses effets à l'égard de tous, alors que le second ne peut être invoqué que contre le débiteur* »[184]. Autrement dit, la Cour de Justice semble se concentrer sur l'efficacité des droits plus que sur leur nature propre.

99. Cette évolution récente de la jurisprudence qui opte en matière réelle immobilière pour une définition fonctionnelle sur la base de l'efficacité du droit en cause, renforce la nécessité du renvoi au droit interne étatique. La qualification d'un rapport de droit non par sa nature, mais par son régime laisse une place plus importante aux concepts nationaux. Le régime d'un droit est déterminé par le droit national — en l'absence de droit européen substantiel — alors que la nature d'un droit peut faire l'objet d'une définition autonome. Pour savoir si un droit produit ses effets à l'égard des tiers, il est effectivement nécessaire de connaître les effets que le législateur national a entendu faire produire à ce droit, alors que le propre d'une qualification autonome est d'être établie sur une base comparative et sans avoir recours à un droit national particulier. « Le procédé évite de retenir une qualification fonctionnelle, c'est-à-dire dictée exclusivement par des considérations de fond, et donc impraticable dans l'ordre international »[185]. La détermination d'une qualification autonome renforce la possibilité d'un rattachement abstrait et universel, propre à la méthode conflictuelle. Au contraire, la qualification fonctionnelle de la notion de droit réel est contingente, car dépendante de l'ordre juridique du lieu de situation de l'immeuble[186] et n'est pas sans poser des difficultés pour les juges nationaux[187]. L'analyse des liens entre compétence juridictionnelle et loi

---

[184] CJUE, 3 avril 2014, *Irmengard Weber c/Mechtilde Weber*, aff. C-438/12, point 43. *Rev. Crit. DIP*, 2014, p. 704, note L. D'AVOUT ; *Revue Europe*, 2014, p. 42, note L. IDOT ; *Procédures,* 2014, p. 15, note C. NOURISSAT.
La solution est critiquée : « le critère de l'opposabilité ne constitue pas une condition d'établissement de la nature réelle d'un droit, il n'en est qu'une résultante, un attribut ». Note L. D'AVOUT précité.
Voir également, CJUE, 17 décembre 2015, *Virpi Komu*, aff. C-605/14, point 27, précité ; CJUE, 11 novembre 2020, *Ellmes Property Services Limited*, aff. C-433/19.
Pour une reprise de cette dernière jurisprudence en droit français, voir : 1ère Civ. 20 avril 2017, n°16-16.983. *JCP G,* 2017, n°25, p. 693, note, L. PERREAU-SAUSSINE ; *JDI,* 2018, p. 134, note V. PARISOT ; *JCP N*, 2017, p 29, note. S. DRAPIER.
[185] M. MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, thèse dactyl., Université Paris Descartes, 2016, n° 288, p. 207.
[186] Sur le problème général de qualification *lege rei sitae* et l'existence de deux ordres de qualifications : L. PERREAU-SAUSSINE, *op. cit.*, p. 107 et s.
[187] Voir en ce sens les difficultés pour la Cour de cassation de qualifier les actions mixtes en tant que droit réel immobilier et dépendant alors de la compétence exclusive. Par exemple, dans un premier arrêt, la Cour de cassation ne retient pas la compétence exclusive des juridictions françaises sur le fondement de la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'article 22 du Règlement Bruxelles I en considérant que les actions mixtes ne concernent pas seulement des droits réels : Cass., 1ère Civ. 23 septembre 2015 n°14-500.31. Dans un second arrêt, sans faire référence à la qualification d'action mixte, la Cour de cassation rejette la compétence des juridictions françaises sur

applicable est par conséquent tributaire de la qualification retenue. Il est donc nécessaire d'envisager les différents liens existant entre compétence juridictionnelle et loi applicable à la lumière des qualifications choisies.

100. Ainsi, si le litige est relatif à un droit réel, mais découle d'une relation contractuelle préexistante, ce qui est le plus fréquent, l'opération de qualification vise à départager ce qui relève du droit réel et du droit personnel.

101. Si le litige ne concerne que les parties entre elles, c'est-à-dire n'emporte des conséquences que sur l'une des parties[188], l'action pourra être qualifiée de personnelle et relever des compétences générales du Règlement Bruxelles I *bis* et le choix de la loi sera régi par le Règlement Rome I[189]. Une telle situation échappe à notre étude puisqu'elle ne concerne plus les règles de compétence juridictionnelle exclusives contenues à l'article 24-1 du Règlement Bruxelles I *bis*. L'objectif de cohérence entre les Règlements Bruxelles I *bis* et Rome I tel que consacré au considérant 7 du Règlement Rome I amène d'ailleurs le juge à retenir une qualification similaire pour désigner le juge compétent et la loi applicable. En effet, dans une affaire récente, la Cour de Justice a eu l'occasion d'affirmer que si le droit litigieux n'entrait pas dans le champ d'application de l'article 24 du Règlement Bruxelles I *bis*, il ne pouvait pas non plus être fait application de l'article 4§1 c) du Règlement Rome I[190]. Ainsi, l'exclusion du *forum rei sitae* justifie également l'exclusion de la *lex rei sitae* tandis que la compétence du *forum rei sitae* en matière de contrat immobilier favorise la compétence de la *lex rei sitae*.

---

le fondement de l'article 22 du Règlement Bruxelles I pour juger de l'action en partage d'une indivision portant sur un immeuble situé en Espagne : Cass., 1ère Civ. 20 avril 2017 n°16-16.983 précité.

188 Pour sauvegarder le seul droit de gage du débiteur par exemple.

189 C'est le cas notamment du contentieux relatif au contrat de *time-share* : CJCE, 13 octobre 2005, *Klein*, aff. C-73/04, *Rev. Crit. DIP*, 2006. p. 183, note H. MUIR WATT ; *Revue Europe*, 2005, n° 421 obs. L. IDOT. Voir sur la question, E. PATAUT, *op. cit.*, p. 262, n° 392 ; V. CHRISTIANOS, F. PICOD, *Répertoire de droit européen,* Dalloz, 2017, n°382. L. PERREAU-SAUSSINE, « La nouvelle directive communautaire sur le time-share (" et autres produits de vacances ") », *op. cit.*, p. 423.

C'est le cas plus récemment de l'obligation de contribution de copropriétaires aux charges de l'immeuble : CJUE, 8 mai 2019, *Brian Andrew Kerr c./Pavlo Postnov et Natalia Postnova*, aff. C-25/18, *Revue Europe*, 2019, p. 42, note L. IDOT.

190 « *À cet égard, il convient de rappeler que, s'agissant de l'article 24, point 1, du règlement n°1215/2012, qui prévoit une compétence exclusive des juridictions de l'État membre où l'immeuble est situé en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeuble, la Cour a déjà jugé que cette compétence englobe non pas l'ensemble des actions qui concernent des droits réels immobiliers, mais seulement celles d'entre elles qui, tout à la fois entrent dans le champ d'application de ce règlement et sont au nombre de celles qui tendent, d'une part, à déterminer l'étendue, la consistance, la propriété, la possession d'un bien immobilier ou l'existence d'autres droits réels sur ces biens et, d'autre part, à assurer aux titulaires de ces droits la protection des prérogatives qui sont attachées à leur titre […]. Compte tenu de ces éléments et dans la mesure où l'action à l'origine du litige au principal ne relève d'aucune de ces actions, mais est fondée sur les droits de la copropriété au paiement des contributions relatives à l'entretien des parties communes d'un immeuble, cette action ne doit pas être considérée comme concernant un contrat ayant pour objet un droit réel immobilier, au sens de l'article 4, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 593/2008.* » CJUE, 8 mai 2019, *Brian Andrew Kerr c./Pavlo Postnov et Natalia Postnova*, aff. C-25/18 précitée, points 37 et 38.

102. Il faut également remarquer qu'une situation intermédiaire peut exister avec la jonction de compétence prévue à l'article 8-4 du Règlement Bruxelles I *bis*[191]. Cet article prévoit une règle de compétence dérivée en matière contractuelle en faveur de la juridiction exclusivement compétente en matière de droits réels immobiliers. La juridiction sera donc compétente pour le contentieux de l'action réelle et également pour le contentieux connexe relatif à l'action personnelle[192]. Dans cette hypothèse, le même tribunal sera compétent pour régir les aspects réels et personnels du litige.

103. Dans ces hypothèses, cette liaison entre *forum* et *jus* fortement favorisée par la Cour de Justice de l'Union européenne peut être rompue si le litige présente des liens plus étroits avec un autre pays[193] ou si les parties choisissent une autre loi pour régir leur litige. Mais en pratique, il semble que les parties aient une propension naturelle à choisir la loi du lieu de situation de l'immeuble. Il faut également compter avec les dispositions impératives de l'article 11 §5 du Règlement Rome I en matière de validité formelle qui renvoie à la *lex rei sitae*[194].

104. Au contraire, si le litige affecte les tiers tenus *propter rem*, la qualification de droit réel immobilier au sens du Règlement Bruxelles I *bis* doit être retenue[195]. C'est le raisonnement qu'emprunte la Cour de Justice de l'Union européenne dans un récent arrêt du 14 février 2019. Elle considère ainsi qu'une action relative à la radiation du registre foncier d'une hypothèque grevant un immeuble relève bien de la compétence de l'article 24-1 du Règlement tandis que « *ne relève pas de cette notion une action en déclaration de la nullité d'un contrat de crédit et d'un acte notarié relatif à la création d'une hypothèque souscrite en garantie de la créance née de ce contrat* »[196].

---

[191] « *Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut aussi être attraite : en matière contractuelle, si l'action peut être jointe à une action en matière de droits réels immobiliers dirigée contre le même défendeur, devant la juridiction de l'État membre sur le territoire duquel l'immeuble est situé* ». Article 8-4) du Règlement Bruxelles I *bis*.

[192] L'article n'oblige cependant pas le juge à joindre les actions. Il s'agit seulement d'une possibilité conditionnée à la teneur du droit procédural du tribunal du lieu de situation de l'immeuble.

[193] Dans une telle hypothèse, l'article 4§3 permet au juge d'appliquer une loi qui entretient des liens plus étroits avec le contrat immobilier.

[194] « *Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 à 4, tout contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est soumis aux règles de forme de la loi du pays où l'immeuble est situé, pour autant que, selon cette loi :*
a) ces règles s'appliquent quels que soient le lieu de conclusion du contrat et la loi le régissant au fond, et
b) ne peut être dérogé à ces règles par accord ».

[195] Voir en ce sens : CJUE, 16 novembre 2016, *Wolfgang Schmidt*, aff. C-417/15, précité.

[196] CJUE, 14 février 2019, *Milivojevic*, aff. C-630/17, point 105. *Revue Europe*, 2019, p. 22, note F. PERALDI-LENEUF.

105. Aussi, plus rarement, le litige peut porter sur une action strictement réelle en dehors de toute obligation contractuelle préexistante[197]. Dans pareille hypothèse, les juridictions exclusivement compétentes sont celles du lieu de situation de l'immeuble sur le fondement de l'article 24-1 du Règlement Bruxelles I *bis*. Cette qualification rejaillit également sur le règlement du conflit de lois. Si l'on retient cette qualification, le litige est exclu du champ d'application du Règlement Rome I. Ce sont alors les règles de conflit de lois nationales qui sont applicables. Or, il existe un véritable consensus quant au facteur de rattachement choisi. Les législations nationales optent effectivement dans leur ensemble pour la *lex rei sitae* à tel point que certains auteurs ont pu expliquer ce consensus par l'existence d'une règle de rattachement d'origine internationale[198], ou plus récemment à l'existence d'une coutume internationale[199]. Partant, on constate un parallélisme entre les règles de compétence en matière réelle immobilière fondée sur la territorialité du statut réel immobilier.

106. En somme, il découle de l'analyse du droit positif, une tendance forte au parallélisme des deux règles de compétence. Au sein du droit de l'Union européenne, la tendance est marquée même si elle laisse place à des exceptions. La compétence exclusive classique en matière réelle immobilière est accompagnée d'une règle équivalente en matière de baux immobiliers. La généralisation de cette règle est plus récente dans l'histoire du droit international privé, car consacrée pour la première fois dans la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. En reprenant l'analyse des liens entre compétence juridictionnelle exclusive et loi applicable, on constatera le même phénomène de concordance en matière de bail international.

2- Les baux immobiliers

107. Le Règlement européen Bruxelles I *bis* vise les litiges relatifs aux baux immobiliers, indépendamment de la nature réelle ou personnelle de l'action litigieuse[200]. En vertu de cette disposition, les tribunaux du lieu de situation de l'immeuble sont exclusivement compétents pour connaître du contentieux locatif.

---

197 CJUE, 3 avril 2014, *Irmengard Weber c/Mechtilde Weber*, aff. C-438/12 précité.
198 H. BATIFFOL, *La propriété privée*, Cours IHEI, 1967-1968, Institut des hautes études internationales.
199 L. PERREAU-SAUSSINE, *op. cit.*, p. 111 et s.
200 CJCE, 15 janvier 1985, *Rösler,* aff. C-241/83. *Rev. Crit. DIP,* 1986, p. 128, note G. DROZ ; CJCE, 17 mai 1994, *Webb c. Webb*, aff. C-294/92 précité. Voir également dans ce sens, CJCE, 27 janvier 2000, *Dansommer*, aff. C-8/98 qui affirme que la règle de compétence exclusive s'applique pour « *une action en dommages-intérêts pour mauvais entretien des lieux et dommages causés à un logement* » [loué]. *Rev. Crit. DIP*, 2000. p. 264, note H. MUIR-WATT ; *JCP*, 2000 II, p. 10432, note C. BRUNEAU ; *JDI,* 2000, p. 505, obs. A. HUET.

108. L'exclusivité admise, elle est toutefois source de difficultés liées à la diversité des formes de contrats de bail. L'article 24 du Règlement vient apporter une spécificité à la compétence exclusive concernant les « *baux d'immeubles conclus en vue d'un usage personnel temporaire pour une période maximale de six mois consécutifs* ». Cette règle concerne les contrats de location de vacances[201]. Dans ces cas, il existe une règle de compétence juridictionnelle concurrente lorsque le propriétaire et le locataire personne physique sont domiciliés dans le même État membre. C'est alors le tribunal du domicile du défendeur qui est également compétent. Devant l'option de compétence consacrée, le sens de l'exclusivité retenue par principe est à rechercher. La faculté de choix se conjugue mal, en effet, avec l'existence d'une compétence exclusive de nature à fixer et figer le contentieux dans un seul for.

109. Sur le plan de la loi applicable, la nature contractuelle laisse naturellement place à l'autonomie des parties[202]. Les parties pourraient donc choisir une loi différente de la *lex rei sitae* et remettre en cause l'hypothèse de concordance. Outre la propension naturelle des parties à choisir la loi de situation de l'immeuble[203], l'autonomie concédée est très largement limitée par l'existence de lois impératives régissant le contrat de bail, qui ont vocation à être qualifiées de lois de police applicables en vertu de l'article 9 du Règlement, à tel point que l'on peut s'interroger sur la réalité de l'autonomie de la volonté en matière de contrat de bail international[204]. Le libéralisme de la règlementation du conflit de lois en matière contractuelle entraine ici un certain déclin de l'emprise de la loi de situation de l'immeuble pour régir la matière immobilière en dehors du strict statut réel[205] et une rupture de la liaison entre *forum* et *jus*. Mais, ce libéralisme est corrigé par une application fréquente des lois de police du *situs*. En dehors de cette faculté de choisir la loi applicable,

---

[201] Sur cette exception et l'évolution du rattachement en matière de contrats de location de vacances : CJCE, 26 février 1992, *E. Hacker c. Euro-Relais*, aff. C-280/90 et CJCE, 27 janvier 2000, *Dansommer*, aff. C-8/98; P. LAGARDE, « Les locations de vacances dans les conventions européennes de droit international privé », *Études offertes à P. Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 281. G. DROZ, « La Convention de Lugano parallèle à la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Rev. Crit. DIP*, 1989, p. 19 et s ; L. BARNICH, « Les droits réels immobiliers et les locations de vacances », in R. FENTIMAN, A. NUYTS, H. TAGARAS, N. WATTE (dir.) *L'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 85. ; L. PERREAU-SAUSSINE, *op. cit.*, p. 306, n° 524 ; H. GAUDEMET-TALLON, M.-E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe Règlements 44/2001 et 1215/2012 Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso éditions, 2018, n°112.

[202] Il a pourtant pu être affirmé qu'un tel recours à l'autonomie des parties en matière immobilière n'était pas souhaitable tant l'ordre juridique du *situs* représente les liens les plus étroits avec le litige et que cette proximité de la territoriale est corroborée par une proximité matérielle du fait du nombre important de dispositions impératives. V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux, Étude critique des méthodes*, GLN-Joly, 1990, p. 280 et s.

[203] L. PERREAU-SAUSSINE, *op. cit.*, p. 200.

[204] F. KNOEPFLER, « Que reste-t-il de l'autonomie de la volonté en matière de bail immobilier international ? », *Rechtskollisionen, Festschrift Anton Heini,* Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995, p. 239.

[205] L. PERREAU-SAUSSINE, *op. cit.*, p. 199 et s.

la *lex rei sitae* reprend son rôle en vertu de l'article 4§1 c) du Règlement Rome I pour régir le contrat de bail immobilier.

110. Dès lors, malgré la possibilité de déroger à l'application de la loi de situation de l'immeuble, cette loi est en pratique largement appliquée. En réalité, il existe une concordance presque systématique du *forum* et du *jus*. Pour autant, cette concordance n'est pas aussi clairement établie qu'il y paraît puisque la méthode usitée pour parvenir à ce résultat n'est pas unitaire.

111. Il n'empêche, la concordance des règles de compétence est donc largement favorisée en matière immobilière. Il convient d'étudier désormais les règles régissant les sociétés et personnes morales.

B- Les sociétés et personnes morales

112. La Convention de Bruxelles puis les Règlements Bruxelles I et Bruxelles I *bis* ont consacré une règle de compétence juridictionnelle exclusive sans pour autant appréhender la matière sur le plan du conflit de lois. Cette appréhension partielle interpelle.

113. L'article 24-2 du Règlement Bruxelles I *bis* consacre un chef de compétence exclusive « en matière de validité, de nullité ou de dissolution des sociétés ou personnes morales, ou de validité des décisions de leurs organes » en faveur des « juridictions de l'État membre sur le territoire duquel celles-ci ont leur siège ». Le texte précise que « pour déterminer le siège, le juge applique les règles de son droit international privé ». Le Règlement laisse donc la qualification du siège dépendre du droit international privé des États membres, indépendamment d'ailleurs du choix du législateur européen de retenir le siège statutaire pour déterminer le domicile des sociétés et personnes morales[206]. Des conflits de qualifications peuvent donc naître entre les États membres qui retiennent le critère du siège réel et ceux qui retiennent celui du siège statutaire, ce qui peut donner naissance à des conflits de compétences exclusives. Le Règlement prévoit à cet effet en son article 31 le règlement des conflits de compétence exclusive. En vertu de cet article, le tribunal saisi en second doit se dessaisir en faveur du tribunal saisi en premier. Cette règle ne concerne bien entendu que les seuls États membres.

[206] Article 63 du Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

114. Sur le plan de la loi applicable, la matière est expressément exclue du Règlement Rome I à l'article 1-f)[207]. De ce fait, à l'instar de la matière réelle immobilière, le manque d'uniformisation du droit des sociétés en Europe est également envisagé comme une lacune de la construction européenne[208]. Ce sont donc les règles nationales de conflit de lois qui s'appliquent. En France, le critère de rattachement retenu est celui du siège et la qualification du siège retenue est celle du siège réel. La loi française régit donc les sociétés dont le siège social réel est situé en France[209]. Cette qualification retenue en matière de loi applicable est également celle retenue en matière de compétence juridictionnelle[210]. Dans cette hypothèse, le juge saisi étant le juge du siège réel, il appliquera la *lex fori*.

115. Cependant, ce parallélisme des règles de compétence que connaît le droit français entre *forum* et *jus* n'a pas de portée générale au point de révéler une véritable tendance au rapprochement entre compétence juridictionnelle et loi applicable. En effet, il n'est pas absolu en France, ne fait pas l'objet d'un consensus entre les États membres et l'évolution du droit de l'Union européenne ne tend pas à favoriser cet alignement.

116. Premièrement, la règle de compétence juridictionnelle vise le siège réel tandis que la loi française en matière de conflit de lois permet, en cas de suspicion de fraude notamment, de se prévaloir du lieu du siège statutaire de la société. Dans ce cas, certes rare, de dissociation entre siège réel et siège statutaire, le juge français appliquera la loi du lieu du siège statutaire de la société. Il y a donc ici une dissociation entre *forum* et *jus*.

117. Ensuite, lorsque l'on observe l'ensemble des législations de droit international privé des États membres, deux modèles se distinguent quant au choix du critère de rattachement pour désigner la loi applicable. Un premier modèle, auquel le droit français souscrit, soumet la société à la loi de son siège, tandis qu'un second opte pour le système

---

[207]L'exclusion vise « *Les questions relevant du droit des sociétés, associations et personnes morales, telles que la constitution, par enregistrement ou autrement, la capacité juridique, le fonctionnement interne et la dissolution des sociétés, associations et personnes morales, ainsi que la responsabilité personnelle légale des associés et des agents pour les dettes de la société, association ou personne morale* ». Article 1-f) du Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).
Pour un rappel de l'exclusion : CJUE, 8 mai 2019, *Brian Andrew Kerr c./Pavlo Postnov et Natalia Postnova*, aff. C-25/18.
[208] Un cadre européen pour le droit international privé : lacunes actuelles et perspectives futures. *Rapport du Parlement européen, direction générale des politiques internes*, 2012, p. 63.
[209]« *Les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française. Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si son siège réel est situé en un autre lieu* ». Article L.210-3 du Code de commerce. Il faut également noter que l'article 1837 du Code civil consacre la même règle. Il faut donc entendre par siège social, le siège réel.
[210] Cass. Req. 23 avril 1885 ; Com. 12 décembre 1972.

libéral dit d'incorporation et se contente de vérifier que la société a valablement accompli les formalités nécessaires de constitution de sa loi d'origine. Dans ces États, la loi applicable est celle de la constitution de la société, autrement dit du siège statutaire, qui ne correspond pas toujours au lieu du siège réel. Il est vrai que l'opération de qualification laissée aux États membres donne la possibilité à ces derniers d'aligner la règle de conflit de juridictions et la règle de conflit de lois. En effet, puisque la règle de compétence juridictionnelle et la règle de conflit de lois désignent comme chef de compétence et critère de rattachement le lieu du siège, la qualification du siège au stade de la désignation du juge compétent devrait également être celle retenue pour la règle de conflit de lois. Cependant, l'on ne peut exclure que les États membres choisissent des qualifications différentes pour la compétence juridictionnelle et la loi applicable.

118. De ce fait, en cas de dissociation entre siège statutaire et siège réel, les juridictions exclusivement compétentes sur le fondement de l'article 24-2 du Règlement Bruxelles I *bis* peuvent appliquer une loi étrangère. Le parallélisme entre règles de compétence juridictionnelle et législative n'est dès lors que le résultat de la qualification opérée d'une part, et des différentes législations nationales relatives au conflit de lois d'autre part.

119. Mais, il faut remarquer que sous l'impulsion des libertés de circulation garanties par le droit primaire européen, le choix du siège réel comme critère de rattachement est amené à évoluer. En vertu des articles 49 alinéa 2 et 54 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex articles 43 alinéa 2 et 48 CE), les États peuvent choisir librement d'avoir recours au critère du siège ou au système de l'incorporation pour juger de la validité de la constitution des sociétés[211]. Cependant, sur le fondement de cette même liberté d'établissement, le choix du siège réel comme critère de rattachement peut être remis en cause lorsqu'existe une dissociation entre le siège réel et le siège statutaire.

120. En effet, la liberté d'établissement implique qu'une société valablement constituée sur le territoire d'un État membre, et qui possède un second établissement sur

[211] Article 49 alinéa 2 TFUE : « *La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment des sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, (…).* »
Article 54 TFUE : « *Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres.*
Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif. »

le territoire d'un autre État membre, ne soit pas privée de sa liberté d'établissement par l'exercice du droit de ce second État membre, et en particulier de sa règle de conflit de lois nationale. Autrement dit, l'application de la règle de conflit de lois nationale ne doit pas porter atteinte à la liberté d'établissement de la société constituée dans un État membre et établie dans un autre État membre. L'hypothèse est celle d'un État qui refuserait la validité de la constitution d'une société en se fondant sur le critère du siège réel[212].

121. L'absence d'uniformisation du droit des sociétés et des règles de conflit de lois applicables en la matière constitue sans doute, là encore, une lacune de la construction européenne. Mais, par le recours au droit primaire, une certaine uniformité peut s'en dégager dans le sens d'un critère de rattachement libéral pour la règle de conflit de lois et d'une concurrence normative entre les ordres juridiques[213]. Le retentissement de cette dernière évolution est cependant à nuancer. La mise à l'écart de la règle de conflit de lois nationale fondée sur le siège social réel par le principe de liberté d'établissement suppose effectivement la réunion de conditions cumulatives. Il est d'abord nécessaire de démontrer une entrave à cette liberté. Ensuite, cette entrave doit soit ne pas être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général poursuivie par la règle nationale de conflit de lois, ou, si elle l'est, doit être disproportionnée. Ce sont à ces seules conditions que la règle nationale de conflit de lois fondée sur le critère du siège social réel pourra être écartée[214]. La réglementation du droit international privé fléchit alors devant les règles afférentes au marché intérieur. Les législations nationales perdent de leur impérativité face à la législation européenne, y compris les lois de police et y compris lorsque l'activité commerciale est purement hypothétique dans le lieu d'immatriculation de la société[215].

---

[212] Voir : CJCE, *Überseering*, 9 novembre 2002, aff. C-208/00. *Rev. Crit. DIP*, 2003. p. 508, note P. LAGARDE ; *Revue Europe*, 2003 n°19, comm. L. IDOT. Voir dans le même sens, l'arrêt de référence : CJCE, 9 mars 1999, *Centros,* aff. C-212/97 ; *D.*, 1999, p. 550, note M. MENJUCQ ; *RTD com.* 2000, p. 224, obs. G. JAZOTTES.
Voir également, CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art,* aff. C-167/01, *D.*, 2004, p. 491, note E. PATAUT ; *Rev. Crit DIP,* 2004, p. 151, note H. MUIR WATT.

[213] Cela fait penser, dans une certaine mesure, à l'expérience américaine connue sous le nom de « Delaware effect ». W. L. CARY, « Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware », (1974), 83 *Yale Law Journal*, p. 663 et s. Pour des commentaires en ce sens : H. MUIR WATT, *Rev. Crit DIP*, 2004, p. 151, note sous arrêt *Inspire Act* ; H. MUIR WATT, « L'expérience américaine », in A. FUCHS, H. MUIR WATT, E. PATAUT (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 145, spéc. 154.

[214] CJCE, 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard c/ Consiglio dell'Ordine degli Avocati e Procuratori di Milano*, aff. C-55/94, point 38.

[215] CJCE, 9 mars 1999, *Centros,* aff. C-212/97. *D.*, 1999, p. 550, note M. MENJUCQ ; *RTD com.* 2000, p. 224, obs. G. JAZOTTES. La Cour de justice a sur les mêmes fondements admis que l'exercice de la liberté d'établissement s'oppose « *à ce qu'un État membre refuse l'immatriculation d'une succursale d'une société constituée en conformité avec la législation d'un autre État membre dans lequel elle a son siège sans y exercer d'activités commerciales, lorsque la succursale est destinée à permettre à la société en cause d'exercer l'ensemble de son activité dans l'État où cette succursale sera constituée, en évitant d'y constituer une société*

L'impact de la logique du marché intérieur sur les règles de conflit de lois nationales est important. Cette solution revient à neutraliser le recours à la règle de conflit de lois nationale au profit de la méthode européenne de reconnaissance mutuelle, fondée sur le principe cardinal de confiance mutuelle entre les États membres[216]. Ce recours à la reconnaissance des sociétés lorsqu'est en jeu leur liberté d'établissement intervient comme un mécanisme correcteur de la règle de conflit de lois nationale, sous la forme d'une exception de reconnaissance[217]. Par conséquent, le lien entre compétence juridictionnelle et compétence législative disparaît à la faveur du principe de reconnaissance mutuelle des sociétés. Il ne s'agit plus dans ce cas précis d'appliquer une loi générale, mais de reconnaître une situation créée en vertu d'une autre loi.

122. Cependant, il est possible d'affirmer que si le parallélisme des règles de compétence disparaît, l'alignement du *forum* et du *jus* ne disparaît pas complètement, car il s'agit d'appliquer le droit matériel de l'Union européenne, droit intégré à l'ordre juridique national. Certes, le raisonnement en termes de conflit de lois disparaît au profit d'un règlement matériel du litige, mais il existe alors un alignement entre *forum* et *jus commune*. Le juge applique son droit national, dans toutes ses composantes, faisant primer l'impérativité du droit primaire de source européenne sur sa règle de conflit de lois. La concordance est alors, en pratique, rétablie.

123. Au terme de l'analyse, la compétence exclusive consacrée en matière de constitution et de validité des sociétés garantit aux États membres l'application de leur règle de conflit de lois nationale. L'alignement du *forum* et du *jus* est ensuite le résultat de l'opération de qualification et des critères de rattachement choisis. La diversité des législations a pour conséquence, dans certaines situations, de relativiser la tendance à l'alignement entre compétence juridictionnelle et loi applicable. De surcroît, le droit primaire de l'Union européenne tend, dans certaines situations, à neutraliser la règle de

---

et en éludant ainsi l'application des règles de constitutions des sociétés qui y sont plus contraignantes en matière de libération d'un capital minimum ». Voir en ce sens, T. BALLARINO, « Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement », *Rev. Crit. DIP*, 2003, p. 373.
Par cet arrêt, la Cour semble avoir consacré une vraie possibilité de *law shopping*. Ce phénomène est encore plus accentué en matière de transfère de siège social : CJUE, 25 octobre 2017, *Polbud*, aff. C-106/16. *D.*, 2017, p. 2512, note L. D'AVOUT ; *JCP* 2017, p. 1352, note M. COMBET *; JCP E*, 2018, p. 1014, note M. MENJUCQ.

[216] Avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne, point 191 ; voir infra n°1069 et s.

[217] En ce sens, voir, M. HO-DAC, *La loi du pays d'origine en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 74, n°123 et s. ; M. FALLON et J. MEEUSEN, « Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition », 2002, *Yearbook of Private International Law*, vol. 4, p. 37, spéc. p. 62 ; J.-S. BERGE, D. PORCHERON, G. VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, v° « Droit international privé et droit de l'Union européenne », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2019, n°102.

conflit de lois nationale, et par conséquent ce lien de dépendance entre *forum* et *jus,* par le biais d'une exception de reconnaissance, imposée par le *jus commune*. Mais, l'existence de ce *jus commune* peut, paradoxalement, rétablir la concordance.

124. L'étude des liens de dépendance entre compétence juridictionnelle exclusive et loi applicable doit être poursuivie par l'analyse de tels liens en matière de registres publics.

C- Les registres publics

125. L'on entend par registres publics les registres fonciers, les registres du commerce et des sociétés, les registres d'état civil, etc., c'est-à-dire les institutions nationales destinées à l'information du public[218] qui nécessitent l'intervention d'une autorité publique, ou encore d'un notaire, détenant des prérogatives particulières délivrées par l'État. En cette matière, le terme même de registre public laisse immédiatement percevoir que l'on touche à l'organisation de l'État. L'on pourrait alors intuitivement se demander s'il y a lieu de soumettre la matière au droit international privé pour envisager ces litiges. Mais, parce que les litiges relatifs à l'inscription sur les registres publics concernent des situations de droit privé, nous verrons avec le professeur S. Corneloup, que la question de l'inscription sur les registres publics, intervenant comme une modalité parmi d'autres de publicité, revêt un caractère semi-public[219], ce qui peut expliquer son appréhension par le législateur européen.

126. Cependant, à l'instar des autres matières concernées par le régime d'exclusivité de la compétence juridictionnelle, l'inscription sur les registres publics n'a fait l'objet que d'une réglementation partielle de la part du législateur européen. Le règlement Bruxelles I *bis* prévoit ainsi à son article 24-3 une compétence exclusive « *en matière de validité des inscriptions sur les registres publics* » en faveur des tribunaux « *sur le territoire duquel ces registres sont tenus* ».

127. Sur le plan de la loi applicable, les règlements européens ne prévoient pas de règles de conflit de lois spéciales pour les registres publics. Cela s'explique notamment par l'exclusion des règlements des matières qui ont recours à ces registres. L'intérêt du législateur européen pour ces registres est *a priori* nul si les institutions de fond sont

[218] Voir en ce sens, S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques*, Paris, LGDJ, 2003, p. 107 et s.
[219] Voir *infra* n°243 et s. En ce sens, S. CORNELOUP, *op. cit.*, p. 294 et s. L'auteur reprend la terminologie dégagée par P. Francescakis dans les débats issus de la communication de C. FREYRIA, « La notion de conflit de lois en droit public », *TCFDIP*, 1962-1964, p. 103, spec. p. 124.

exclues du champ d'application du droit de l'Union européenne. Ainsi, comme il a été étudié précédemment, il n'existe pas de règle européenne de conflit de lois en matière de constitution et de validité des sociétés. Il n'y a donc pas besoin de préciser la loi applicable à la validité de l'inscription des sociétés sur le registre des sociétés. De même, il n'existe pas de règle européenne de conflit de lois uniforme en matière de droits réels immobiliers. La question relative à l'inscription sur les registres fonciers peut être éludée.

128. Il est communément admis que la loi qui régit les inscriptions sur les registres est la loi de l'autorité ou du juge en charge d'instrumenter l'acte : *lex auctor regit actum*. La compétence de l'autorité ou du juge et celle de la loi sont indissociables pour « définir la mission et le fonctionnement de l'organe public »[220]. Or, cette inscription constitue également une modalité de réalisation de la publicité. Il faut en outre constater qu'en fonction des pays, l'inscription nécessite un certain nombre de « vérifications préalables que l'autorité doit effectuer avant d'inscrire un acte sur le registre »[221]. Les modalités d'inscription formelles sur les registres qui concernent l'organisation du registre public entretiennent alors des liens étroits avec l'acte de droit privé à instrumenter et notamment avec les exigences tenant à la publicité. La question qui se pose est donc celle du domaine de la *lex auctoris*. La *lex auctoris* a t-elle vocation à régir tout le contentieux de la validité de l'inscription sur le registre et particulièrement le contentieux de la validité qui concerne la publicité ? Autrement dit, il s'agit de savoir si la loi applicable en matière de publicité doit coïncider avec *lex auctoris* ce qui ferait concorder juge compétent et loi applicable.

129. La détermination de la loi applicable à la publicité présente elle-même des difficultés. Par exemple, en cas de contrat portant sur un droit réel immobilier, l'inscription sur les registres fonciers est indispensable pour les tiers. Elle est le mode de publicité et peut aussi constituer une condition de validité de l'acte. L'on comprend l'incertitude du rattachement en matière de publicité face au choix de loi possible en matière de contrat portant sur un droit réel immobilier. Faut-il retenir un critère de rattachement différent pour le rapport de droit concernant les parties de celui régissant la seule information des tiers ? La loi applicable en matière de publicité foncière doit-elle

[220] *Ibid*, p. 304.
[221] I*bid*, p. 437 et s.

s'envisager comme une règle de conflit bilatérale[222], une loi de police[223], une loi de droit public[224] ?

130. L'article 11 § 5 du Règlement Rome I prévoit également que « (…) tout contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est soumis aux règles de forme de la loi du pays où l'immeuble est situé, pour autant que, selon cette loi : a) ces règles s'appliquent quel que soit le lieu de conclusion du contrat et b) ne peut être dérogé à ces règles par accord. » Le texte renvoie donc aux règles de forme impératives. Peut-on dès lors considérer l'inscription sur les registres comme une règle de forme impérative ? La réponse dépend sûrement du rôle de l'inscription sur le registre.

131. En définitive, sauf l'incertitude relative au rattachement méthodologique de la loi applicable à la validité de l'inscription sur les registres, la *lex auctoris* et la loi applicable à la publicité coïncideront en matière de validité de l'inscription sur les registres publics. Confrontée à la règle de compétence juridictionnelle applicable en matière de validité des inscriptions sur les registres publics, c'est la *lex fori* qui, *in fine*, s'applique.

132. La réalité de cet alignement est à la fois confirmée et nuancée par le Règlement Successions. Le Règlement Successions, dans son considérant 18, tient compte de la nécessité de l'inscription dans un registre foncier, tout en l'excluant du champ

---

[222] Il a été proposé de régir, sauf exception, la publicité par une règle de conflit de lois bilatérale. Une telle hypothèse ne remet pas en cause la coïncidence entre la loi de publicité et celle de la *lex auctoris* en raison de la dualité de qualification de la publicité : « la solution de principe doit consister dans l'inclusion de la publicité dans la catégorie des questions de fond à l'intérieur de chaque matière qui connaît des exigences de publicité. Cette qualification conduira à faire régir la publicité par la loi qui est applicable, au fond, au rapport de droit qui fait l'objet de la publicité. Telle est la solution de principe que nous préconisons. Toutefois, cette inclusion dans la catégorie des questions de fond n'est pas suffisante pour la catégorie particulière des publicités qui portent sur un rapport de droit dans lequel est impliquée une autorité publique. La publicité qui est liée à l'activité d'une autorité publique possède un caractère "procédural". […] Le caractère "procédural" de ces publicités conduit à les inclure non seulement dans la catégorie des questions de fond, mais en outre dans la catégorie des questions de "procédure". Elles sont donc régies à la fois par la loi applicable au rapport de droit au fond et par la *lex auctoris*. *Ibid*, p. 342.
Dans cette dernière hypothèse il convient encore de distinguer le critère de rattachement selon qu'il s'agit d'envisager "l'existence, les effets et la sanction de la publicité" ou "les conditions d'accomplissement, la procédure et le contenu de la publicité lors de l'accomplissement de la formalité". *Ibid*, p. 438.

[223] Il a été proposé de considérer la publicité foncière comme une loi de police *du situs* considérant que « le champ d'application international de ce texte ne peut tolérer aucune brèche ; il ne peut en toute rigueur dépendre du caractère interne ou international de la situation litigieuse » L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, *op. cit.*, p. 185.

[224] D'une manière plus forte encore, certains auteurs envisagent le régime de la publicité foncière, à l'instar des règles d'urbanisme, comme faisant partie du droit public. À ce titre, il serait exclu du conflit de lois : J. FOYER, « La vente d'un immeuble en France et le droit international privé », in *Mélanges P. MALINVAUD*, Paris, Litec, 2007, p. 211 spéc. p. 213. L. PERREAU-SAUSSINE, *op. cit.*, p. 21 et s.

d'application du Règlement[225]. Le Règlement renvoie à la loi *du situs* pour définir les conditions et les modalités d'inscription sur les registres ainsi que les autorités compétentes pour authentifier les actes[226]. En France, c'est l'article 710-1 du Code civil qui impose, en tant que condition de validité d'inscription sur les registres de publicité foncière français, l'existence « *d'un acte reçu en la forme authentique par un notaire exerçant en France* ».

133. Cependant, dans les rapports intra-européens, il est désormais prévu qu'« *afin d'éviter la duplication des documents, les autorités chargées de l'inscription devraient accepter les documents rédigés par les autorités compétentes d'un autre État membre* ». Pour ce faire, un certificat successoral européen a été créé qui vise à établir la qualité et les droits d'héritier et l'attribution des biens[227]. Dès lors, « le certificat successoral européen délivré en vertu du présent règlement devrait constituer un document valable pour l'inscription de biens successoraux dans le registre d'un État membre », tout en préservant la possibilité pour « les autorités chargées de l'inscription de solliciter de la personne qui demande l'inscription de fournir les informations supplémentaires ou présenter les documents complémentaires exigés en vertu du droit de l'État membre dans lequel le registre est tenu »[228].

134. Dès lors, les impératifs contenus à l'article 710-1 du Code civil cèdent en présence d'un certificat successoral européen [229] et l'alignement entre compétence juridictionnelle et loi applicable pourrait tendre à disparaître dans les rapports intra-

[225] « *Les exigences relatives à l'inscription dans un registre d'un droit immobilier ou mobilier devraient être exclues du champ d'application du présent règlement. Par conséquent, c'est la loi de l'État membre dans lequel le registre en tenu (pour les biens immeubles, la lex rei sitae) qui devrait définir les conditions légales et les modalités de l'inscription, et déterminer quelles sont les autorités, telles que les responsables des cadastres ou les notaires, chargées de vérifier que toutes les exigences sont respectées et que les documents présentés ou établis sont suffisants ou contiennent les informations nécessaires* ». Considérant 18, Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement Européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen. L'exclusion est consacrée à l'article 1er)-2- k).

[226] De même, le considérant 19 renvoie au droit des États membres pour prévoir les effets de l'inscription d'un droit sur les registres publics.

[227] Articles 62 à 73 du Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement Européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

[228] Considérant 18, Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement Européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

[229] Voir en ce sens, P. LAGARDE, *Rev. Crit. DIP*, 2012, p. 730 ; D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. II, Partie spéciale, Paris, PUF, 3ème ed., 2007, n° 863, p. 348.

européens au profit de la reconnaissance mutuelle des inscriptions sur les registres[230]. Le monopole de la loi du registre en matière immobilière s'efface donc progressivement au profit d'une libre circulation des actes et décisions[231]. Pour autant, en l'état actuel, l'on ne peut que constater l'existence quasi systématique d'une concordance entre *forum* et *jus* en matière de registres publics.

135. L'analyse menée démontre donc l'existence d'un phénomène de concordance de la compétence juridictionnelle et de la loi applicable. Si ce lien est nécessaire, il ne suffit cependant pas à créer un phénomène de concordance. Si le parallélisme entre les règles de compétence est un élément nécessaire à l'existence d'une concordance, c'est le régime de la règle de compétence qui agit comme facteur déterminant de cette concordance et l'impose. C'est ce qu'il convient désormais de démontrer.

§2 : Le régime de l'exclusivité comme vecteur d'une concordance imposée

136. Dans notre hypothèse, le régime de la règle de compétence, à savoir l'exclusivité et l'impérativité juridictionnelle, rejaillit avec une intensité particulière sur le règlement du conflit de lois. Ainsi, grâce au régime de l'exclusivité, il existe un premier lien entre les règles de conflits. Ce lien se crée de deux manières différentes qui sont le reflet du caractère impératif et exclusif de la compétence juridictionnelle. Cette liaison, associée au parallélisme des règles de compétence entraine ensuite une concordance imposée entre juge compétent et loi applicable(A). Nous verrons toutefois que ce phénomène est à géométrie variable, car il s'épanouit dans un périmètre spécifique (B).

A- La liaison entre *forum* et *jus* scellée par le régime de l'exclusivité

137. Le régime de la règle de conflit de juridictions est central pour comprendre le phénomène de concordance entre compétence juridictionnelle et loi applicable dans les matières dotées de l'exclusivité. Ce régime va venir fixer la liaison naturelle entre la désignation du for par la règle de conflit de juridictions et le déclenchement de la règle de conflit de lois. Il convient de s'entendre sur les contours de l'exclusivité.

---

[230] Une telle possibilité existe également en matière de titre exécutoire. Désormais, en présence d'un titre exécutoire européen, aucune formalité supplémentaire ne doit être demandée pour que le titre soit publié sur les registres d'un État membre. Un acte authentique créé dans un État membre équivaut à un acte authentique français. Règlement CE n° 805/2004 du 21 avril 2004 sur le titre exécutoire européen.

[231] Cette évolution est à mettre en parallèle avec l'émergence d'un droit administratif transnational permettant une circulation facilitée des décisions administratives. Voir en ce sens : D. ELKIND, *L'efficacité des décisions administratives étrangères dans l'Union européenne, Étude de droit administratif transnational,* thèse dactyl., Bordeaux, 2018.

138. Premièrement, lorsque la règle de conflit de juridictions est appréhendée par le prisme de l'exclusivité *stricto sensu*, rien n'empêche les parties de saisir un autre juge que celui de l'ordre juridique qui a prévu un régime d'exclusivité. Mais, une fois la décision prise à l'étranger, il faut que cette décision subisse le test de « l'effectivité extraterritoriale » dans le for de reconnaissance[232]. Pour ce faire, deux modèles existent. Un premier modèle de reconnaissance consiste pour l'État d'accueil à établir une liste de matières dotées de l'exclusivité, pour lesquelles le jugement étranger sera privé d'efficacité dans le for de reconnaissance. Un second modèle consiste à déduire l'impérativité du juge de création de la situation de l'existence de règles de compétence exclusives dans l'État de reconnaissance[233]. En raison de l'uniformisation des règles de compétence exclusive, le système européen emprunte à ce titre aux deux modèles précités dans les rapports intra-européens.

139. Par conséquent, en cas de violation d'une règle de compétence exclusive, le jugement ne pourra pas être reconnu dans l'État d'accueil lié par le Règlement. L'utilité du jugement rendu dans l'ordre juridique A est remise en cause du fait de l'absence de circulation de celui-ci dans l'ordre juridique B où la reconnaissance est sollicitée. Le refus de reconnaissance oblige donc les parties à revenir vers le juge du for, qui appliquera alors ses règles de droit international privé. La liaison est ici indirecte.

140. Secondement, en présence d'une compétence juridictionnelle exclusive *lato sensu,* c'est-à-dire exclusive et impérative, l'impérativité consacrée a pour conséquence de s'assurer de l'application des règles de droit international privé du juge saisi puisque les parties ne peuvent pas déroger à la compétence juridictionnelle. En effet, en présence d'une compétence exclusive et impérative, le juge du for a l'obligation de se reconnaître compétent. Inversement, en présence d'une compétence exclusive étrangère d'un État membre, le juge du for a l'obligation de décliner sa compétence[234]. Il est impossible pour lui de se reconnaître compétent en vertu des règles de compétence juridictionnelle générales sous peine de voir sa décision privée d'effet. L'Union européenne estime donc

---

[232] D. P. FERNANDEZ ARROYO, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *op. cit.*, p. 113, n° 98.

[233] Sur les différents systèmes, voir D. HOLLEAUX, *op. cit.*

[234] En droit interne, la Cour de cassation a déjà écarté l'application de l'article 14 du Code civil en matière de droits réels immobiliers lorsque l'immeuble est situé à l'étranger, mais le for français n'en est en rien obligé. Cass, 1ère Civ. 27 mai 1970 *Weiss*, *Rev. Crit. DIP*, 1971, p. 113, note H. BATIFFOL.

que l'État est seul compétent, exclusivement, nécessairement et impérativement, niant ainsi la concurrence des fors.

141. L'exclusivité produit également des effets sur les parties en raison de l'impérativité de la compétence. Dans les matières dotées de compétence juridictionnelle exclusive, les parties ne jouissent d'aucune autonomie. Elles ne peuvent pas choisir leur juridiction. Ainsi, elles ne peuvent pas contracter de clause attributive de juridiction et la comparution volontaire du défendeur est sans effet. En pareille hypothèse, il existe donc une exception au déroulement « normal » du conflit de juridictions qui emporte des conséquences sur le phénomène étudié.

142. Si l'application des règles de conflit de lois du for par le juge saisi est un phénomène naturel, le fait de monopoliser le litige dans un ordre juridique particulier va emporter par voie de conséquence l'application de cette règle de conflit de lois au sein de l'espace européen. Cela présente, dans ces matières, un enjeu particulier puisque les règles de conflit de lois restent nationales. En effet, si les parties sont obligées de saisir le juge de l'ordre juridique doté de l'exclusivité juridictionnelle, elles se verront appliquer la règle de conflit de cet ordre juridique alors que la solution aurait pu différer en présence de fors concurrents du fait de l'absence d'universalisation des règles de conflit de lois. Le lien entre le conflit de juridictions et le conflit de lois est donc scellé par l'exclusivité. Or, nous avons vu que dans les matières visées par l'exclusivité, la règle de conflit de lois nationales mène souvent à la loi du for. Il faut donc comprendre que l'exclusivité offerte par l'ordre juridique européen au stade juridictionnel donne alors la possibilité aux ordres juridiques nationaux d'imposer cette concordance au stade de la loi applicable. Il y a donc un rapport de complémentarité entre la règle de source européenne et la règle de source nationale. Seule la règle de conflit de lois nationale permettra d'atteindre la concordance des compétences, mais l'exclusivité de la règle de compétence juridictionnelle intervient comme un vecteur de concordance imposée des compétences juridictionnelle et législative. Mais, le caractère universel des règles de conflit de lois d'une part et le caractère obligatoire de la règle de compétence juridictionnelle d'autre part font de la concordance des compétences un phénomène à géométrie variable.

B- Le périmètre de la concordance imposée des compétences

143. En plus de garantir la liaison entre la règle de conflit de juridictions et la règle de conflit de lois, la régulation commune des deux règles de compétence fait apparaître un lien entre *forum* et *jus* que l'exclusivité de la compétence vient asseoir. Cependant, si cette exclusivité intervient comme un fixateur de la concordance entre compétence juridictionnelle et législative lorsque l'internationalité du litige est interne à l'Union européenne, c'est-à-dire se déploie dans des États membres (1), la concordance créée disparaît lorsque l'internationalité est externe à l'Union européenne, c'est-à-dire se déploie partiellement dans un État membre et partiellement dans un État tiers (2).

1- Vérification de la concordance en cas d'internationalité interne à l'Union européenne

144. En cas d'internationalité interne à l'Union européenne, c'est-à-dire lorsque la règle de conflit de lois désigne la loi d'un Etat membre, la règle de conflit de juridictions exclusive vient garantir l'application de la loi du for. En ces matières, la règle de conflit de juridictions intervient comme la clé de voute de la résolution du litige international. Les problèmes méthodologiques que soulève l'application de la règle de conflit de lois sont à appréhender dès la règle de compétence juridictionnelle[235] et la règle de compétence juridictionnelle sert à garantir le résultat poursuivi par la règle de conflit de lois.

145. De ce fait, par l'octroi de l'exclusivité à la règle de compétence juridictionnelle, c'est l'ordre juridique étatique d'un Etat membre dans son ensemble qui se trouve doté de l'exclusivité juridictionnelle, législative et décisionnelle. Ce phénomène de concordance tend ainsi à nier la concurrence des ordres juridiques étatiques pour rendre l'ordre juridique exclusivement compétent. Or, à cet égard, « pour prendre une décision aussi grave que celle de prétendre monopoliser tous les litiges internationaux relatifs à une matière déterminée présentant un rattachement donné avec le for, on pourrait attendre de la part des États un effort d'argumentation juridique d'une certaine ampleur [236] ». Un tel choix est en effet en rien évident dans une matière qui vise traditionnellement la coordination des ordres juridiques et encore moins dans un espace de coopération,

[235] En témoignent à ce titre, les difficultés posées par l'opération de qualification qui se concentrent sur la règle de conflit de juridictions. Sur l'évolution de la qualification et son appréhension par la règle de conflit de juridictions voir n°950 et s.

[236] D. P. FERNANDEZ ARROYO, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *op. cit.*, p. 80, n° 65.

fondée sur la confiance mutuelle[237] et la reconnaissance. « En effet, rien ne semble plus contradictoire avec l'esprit de coopération et de confiance nécessaire à l'élaboration d'une convention que l'introduction de fors égoïstes tels que les fors exclusifs, fondés paradoxalement sur la méfiance »[238].

146. Avant d'étudier les justifications propres à chacune des règles[239], l'on peut déjà remarquer que le choix de règles de compétence exclusives matériellement restreintes n'est pas anodin. Il s'agit de traiter de manière unique le rapport de droit litigieux sur le plan de la compétence juridictionnelle et sur le plan du droit matériel — indépendamment du domicile ou de la nationalité des parties — en le rattachant à un seul et unique ordre juridique. Cette spécificité questionne en même qu'elle justifie l'existence de la concordance imposée entre compétence juridictionnelle et loi applicable en matière de compétence exclusive. En effet, au vu de l'intensité des effets de l'exclusivité sur l'instance directe et indirecte, il devient difficilement acceptable dans un monde ouvert et globalisé qu'un juge soit le seul à pouvoir connaître d'un litige alors que sa règle de conflit de lois mène à l'application d'une loi étrangère. Comment admettre que le juge soit le seul compétent alors qu'une loi étrangère se veut applicable en l'espèce ? Le juge étranger serait naturellement apte à trancher le litige, voire même le plus enclin à appliquer sa propre loi. De même, pourquoi refuser la réception d'un jugement émis par un juge étranger dont on estime que la loi est applicable ? Une telle atteinte à l'harmonie des solutions doit être particulièrement justifiée. L'on perçoit ici la différence entre ces règles de compétence juridictionnelle exclusives qui fondent l'exclusivité sur un critère matériel et l'ancienne exclusivité des articles 14 et 15 du Code civil français dont le champ d'application était beaucoup plus large. Il ne s'agit plus d'assurer un rattachement personnel plus ou moins fort avec un ordre juridique[240]. Désormais, il doit y avoir un lien

---

[237] *Ibid*, p. 109, n° 93.

[238] *Loc. cit*.

[239] Ces justifications seront étudiées dans la section 2.

[240] Plus qu'un rattachement personnel, ces règles de compétence exorbitantes sont parfois perçues comme l'expression du pouvoir étatique sur sa population et sont violemment critiquées. Pour l'exemple des privilèges de juridiction français, voir : L. USUNIER, *op. cit.*, p. 107, n° 122 ; C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, T. II, p. 385, n°423 et s. ; E. PATAUT, *op. cit.*, p. 295, spéc. p. 324, n° 471 ; G. A. L. DROZ, « Réflexions pour une réforme des articles 14 et 15 du Code civil français », *Rev. Crit. DIP,* 1975. p. 1 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Nationalisme et compétence judiciaire : Déclin ou renouveau », *TCFDIP*, 1987-1988, p. 171. *Contra*, P. COURBE note sous arrêt Cass. 1ere, Civ. 17 juillet 1980, *JCP* 1982, II. Tout en faisant des articles 14 et 15 du Code civil, l'expression de la souveraineté, ce dernier auteur réhabilite ces privilèges.
Un autre exemple est celui constitué par la règle de compétence anglaise fondée sur la présence physique du défendeur sur le territoire anglais. Voir en ce sens. L. USUNIER, *op. cit.*, p. 102, n° 114 et s. Ces règles de compétence exorbitantes sont expressément exclues du règlement Bruxelles I *bis* à son article 5§2.

particulièrement fort entre le *forum* et le *jus* pour justifier de s'écarter de la concurrence des juridictions au sein de l'Union européenne. La matière visée par l'exclusivité devient indisponible au sein de l'espace judiciaire européen, car la possibilité de régir le rapport de droit en cause par un droit étranger est exclue. Une telle affirmation ne peut toutefois pas être tenue lorsque la situation juridique présente une internationalité externe à l'espace judiciaire européen.

2- La rupture de la concordance en cas d'internationalité externe à l'Union européenne

147. Lorsqu'un chef de compétence est suffisamment important pour qu'il justifie l'octroi d'une compétence exclusive aux tribunaux du for et entraine par la suite l'application de la loi du for, la localisation de ce critère de rattachement à l'étranger interroge les juges de ces mêmes tribunaux sur l'existence d'une telle compétence exclusive à l'étranger, et sur l'opportunité d'un déclinatoire de compétence. Comment en effet admettre que l'ordre juridique produise une décision qui ne produira aucun effet à l'étranger alors que lui-même entend se réserver l'exclusivité face à l'ordre juridique étranger lorsque le chef de compétence se réalise dans le for ? Le lien établi entre *forum* et *jus* interroge de surcroît sur le parallélisme des formes lorsqu'un chef de compétence se réalise dans un État tiers. C'est ce que l'on nomme « l'effet réflexe » des compétences exclusives.

148. La question de l'effet réflexe des règles de compétence exclusives a été soulevée par Monsieur G. Droz dès 1972 à propos de l'article 16 de la Convention de Bruxelles de 1968. L'auteur expose « un problème qui n'a pas été aperçu lors des travaux préparatoires »[241]. Si l'article 16 prévoit des chefs de compétence exclusive en faveur des États contractants, rien n'est dit sur la position à adopter lorsqu'un tel rattachement se situe sur le territoire d'un État tiers. Dans une telle situation, le for doit-il se reconnaître compétent du seul fait du domicile du défendeur sur son territoire alors par exemple que le litige porte sur un immeuble situé à l'étranger ou sur l'inscription sur un registre d'état civil étranger ? La Convention ne prévoit aucune règle d'incompétence. Il faut donc admettre que la réponse est par défaut affirmative. C'est d'ailleurs une telle réponse qu'ont formulée, en matière immobilière, les auteurs du Rapport sur la Convention de Lugano, cette fois, en estimant que « *les dispositions de l'article 16-1° ne s'appliquent que si*

[241] G. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun*, Paris, Dalloz, 1972, n° 164.

l'immeuble est situé sur le territoire d'un État contractant. Le texte est suffisamment explicite à cet égard. Si l'immeuble est situé sur le territoire d'un État tiers, les autres dispositions de la convention sont applicables »[242]. Or comme il a été justement suggéré par Monsieur G. Droz, les tribunaux européens « ne seront pas mieux armés [243]» pour trancher ces litiges que les juridictions étrangères, bien au contraire. En outre, si les États estiment le chef de compétence tellement important pour monopoliser le litige, l'on peut penser que cette considération n'est pas propre aux États européens et doit être partagée. Dès lors, « si le législateur d'un ordre juridique donné adopte un for exclusif en raison de la relevance de certaines matières, il devrait alors aussi reconnaître ce droit (et ses effets) aux autres ordres juridiques »[244].

149. Face à ce constat, l'auteur a proposé de faire produire à ces règles de compétence un « *effet réflexe* ». Il s'agit alors de faire produire des effets négatifs aux règles de compétence exclusive lorsque le chef de compétence se réalise à l'étranger. Les juridictions des États membres saisies sur la base d'un chef de compétence ordinaire devraient se déclarer incompétentes dès lors que les éléments d'un rattachement exclusif se situent en dehors du territoire européen. Malgré l'opportunité de modifier le texte de la Convention par deux reprises lors de sa transformation en Règlement ou lors de la refonte du Règlement Bruxelles I, une telle théorie n'a pas trouvé sa place au sein du Règlement Bruxelles I *bis*.

150. Pourtant, une telle situation n'est pas uniquement une hypothèse d'école. L'exemple le plus évident est celui des immeubles situés dans un État tiers. Une telle question pourrait également se poser en matière de société en cas de dissociation des sièges réel et statutaire. Le siège réel pourrait être situé dans un État membre de l'Union européenne tandis que le siège statutaire pourrait se situer dans un État tiers[245].

151. Ainsi, tout en consacrant un lien particulièrement fort entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable par le régime d'exclusivité de la règle de compétence

[242] Rapport de MM. P. JENARD et G. MÖLLER relatif à la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale faite à Lugano le 16 septembre 1988, n° 54.
[243] G. DROZ, *op. cit.*, n° 167.
[244] D. P. FERNANDEZ ARROYO, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *op. cit.*, p. 204, n° 179.
[245] Le professeur H. Gaudemet-Tallon est favorable à l'admission d'un tel effet en cette matière. Elle estime que « si l'on admet "l'effet réflexe" des articles 16 (C) et 22 (R), on pourra estimer que les tribunaux du siège social réel, bien que situés hors de l'Union européenne, puissent également par un "effet réflexe", bénéficier d'une compétence exclusive ». H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, LGDJ, 4ème édition, 2010, p. 103, n° 110.

juridictionnelle, la liaison entre *forum* et *jus* n'est pas pleinement admise. C'est toute la différence avec la position du droit interne français en matière d'immeuble. Dans son arrêt *Nagalingampoullé*, la Cour de cassation estimait effectivement que les tribunaux français étaient « *sans qualité* » pour trancher les litiges portant sur un immeuble sis à l'étranger[246]. Face à une telle rupture de la concordance lorsque le rattachement se réalise dans un État tiers, il devient intéressant de rechercher les justifications d'une telle concordance et d'éprouver les analyses traditionnelles émises sur le postulat d'un lien indestructible entre le *forum* et le *jus*.

Conclusion de la section :

152. Il ressort de notre analyse du phénomène de concordance imposée que la tendance générale au parallélisme des règles de compétence à laquelle s'ajoute le régime de l'exclusivité de la compétence juridictionnelle de source européenne rend l'ordre juridique national désigné par l'exclusivité de la compétence juridictionnelle entièrement compétent : d'un point de vue décisionnel et matériel. L'étude des textes entreprise permet de nuancer, non pas la réalité du phénomène, mais son étendue. Le nombre de situations juridiques soumises à l'exclusivité de l'ordre juridique varie en réalité en fonction des matières étudiées et de la configuration spatiale de la situation juridique.

153. L'examen de la règle de compétence exclusive en matière immobilière amène à plusieurs constats. D'une part, qu'il s'agisse de la matière réelle immobilière *stricto sensu* ou des baux immobiliers, il existe une tendance forte au parallélisme des règles de compétence juridictionnelle et législative. Cette tendance est connue de longue date du droit international privé dans le domaine réel immobilier tandis qu'elle est beaucoup plus récente en matière de baux d'immeuble.

154. L'impérativité et l'exclusivité de la compétence permettent de s'assurer de l'application de la loi du for. Ensuite, le lieu de situation de l'immeuble sert, dans la très grande majorité des situations, à déterminer à la fois le chef de compétence de la règle de conflit de juridictions et le critère de rattachement de la règle de conflit de lois. La concordance est ici établie. Il existe cependant des exceptions lorsque les parties gardent la possibilité de choisir la loi applicable au litige ou lorsqu'il existe une compétence concurrente comme en matière de location de vacances.

[246] Civ, 1ère, 7 janvier 1982, *Rev. Crit. DIP*, 1983, p. 87, spéc. p. 92, note B. ANCEL.

155. En matière de sociétés et personnes morales, en l'absence d'unification et d'universalisation empirique des règles de conflit de lois, si la concordance finale entre compétence juridictionnelle et loi applicable est largement majoritaire dans la mesure où elle dépend de la qualification *lege fori*, elle est parfois incertaine, car elle dépend du choix du critère de rattachement retenu, notamment en cas de dissociation entre le siège réel et le siège statutaire de la personne morale.

156. À ce phénomène, il faut ajouter, à la marge, l'orientation libérale du droit de l'Union européenne en cas de dissociation entre le siège réel et le siège statutaire. En effet, avec le droit primaire de l'Union européenne, on assiste à une matérialisation de la solution dans le but de reconnaître la validité des sociétés. Cette matérialisation vient neutraliser la règle de conflit de lois puisqu'il ne s'agit plus désormais de déterminer une loi applicable, mais de valider une situation valablement créée dans un autre État membre. Si les États modifient cependant leur critère de rattachement en faveur de la loi du siège statutaire tout en se reconnaissant compétents lorsque la société a son siège réel sur le territoire du for, le lien entre *forum* et *jus* est, certes rompu, mais en faveur d'une concordance entre *forum* et *jus commune* sur la seule question de la validité de société.

157. Enfin, la compétence juridictionnelle exclusive en matière d'inscription sur les registres publics est un moyen permettant de s'assurer de l'application de la *lex fori* sans avoir recours à l'uniformisation des règles de conflit de lois. En effet, même en l'absence de règle de conflit de lois, les États appliquent leur propre loi s'agissant de régir l'inscription sur leurs registres publics. L'exclusivité de la compétence juridictionnelle permet ainsi d'imposer une concordance entre compétence juridictionnelle et loi applicable. Ce phénomène tend toutefois à être atténué par l'élaboration d'instruments de coopération entre les États membres qui facilitent la circulation et la reconnaissance des inscriptions faites sur les registres publics étrangers. Avec de tels instruments, le conflit de lois disparaît puisqu'il n'y a plus de loi à appliquer. Le monopole de la loi étatique fléchit.

158. De telles concordances sont cependant rompues lorsque le rattachement fixant l'ordre juridique compétent se situe dans un État tiers à l'Union européenne. Le refus d'admettre l'effet réflexe des règles de compétence exclusives vient ainsi créer une réglementation du litige à caractère international à deux vitesses en fonction de la configuration spatiale du litige. La liaison entre *forum* et *jus* risque d'être rompue et il devient alors nécessaire de rechercher les justifications apportées à cette concordance des

compétences, puisqu'elle n'est pas systématiquement assurée. L'étude de ces justifications conduit à observer la revendication monopolistique du litige par l'ordre juridique.

SECTION 2 : LA REVENDICATION MONOPOLISTIQUE DU LITIGE PAR L'ORDRE JURIDIQUE

159. S'appuyant sur ce constat d'exclusivité de l'ordre juridique, certains auteurs considèrent que les règles de compétence juridictionnelle exclusives doivent leur existence à la souveraineté de l'État. « Apparemment les matières signalées comme relevant d'une compétence exclusive sont celles qui affectent la structure fondamentale de l'État, son essence, son indépendance et sa capacité de décision et même son existence en tant que personne morale de droit public »[247]. Les compétences exclusives et, dans notre hypothèse, la concordance imposée des compétences seraient justifiées par un fondement unique qui expliquerait aisément la monopolisation du litige par l'ordre juridique. Cette notion de souveraineté, qu'il est difficile d'appréhender en raison de sa généralité, offre encore aujourd'hui, aux yeux de certains auteurs, une valeur explicative des compétences exclusives.

160. Mais, aussitôt cet argument avancé, il est parfois affirmé que parmi les compétences exclusives consacrées par le Règlement Bruxelles I *bis*, la compétence exclusive en matière immobilière, notamment, est considérée comme un « intrus »[248]. De même, la Cour de Justice de l'Union européenne, à travers sa jurisprudence, avance divers arguments pour expliquer l'existence des différentes compétences exclusives qui ne correspondent pas toujours à l'énonciation du point de vue abstrait du législateur.

161. Il apparaît donc que la revendication monopolistique abstraite fondée sur le principe de souveraineté (§1) ne correspond pas toujours à l'existence d'intérêts concrets qui appuient une telle revendication. Il sera par conséquent nécessaire de vérifier l'existence d'intérêts concrets de l'État dans la résolution du litige pour chaque matière précédemment étudiée afin de vérifier si la volonté de monopoliser le litige par l'ordre juridique est véritablement fondée (§2).

[247] D. P. FERNANDEZ ARROYO, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *op. cit.*, p. 82.
[248] D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. I, Partie générale, Paris, PUF, 4ème ed., 2017, n° 72.

§1 : Une revendication monopolistique abstraite fondée sur le principe de souveraineté

162. La compétence exclusive a pendant de très nombreuses années été envisagée par la doctrine à travers le prisme du principe de souveraineté. La notion de souveraineté peut se définir comme le « caractère suprême d'une puissance (*summa potestas*) qui n'est soumise à aucune autre »[249].

163. Or, deux visions de la souveraineté peuvent être retenues. Une première est à rechercher dans le droit international public[250]. Les compétences exclusives cacheraient en réalité l'existence d'une compétence normative exclusive issue du droit international public du fait de l'implication de l'État dans le litige. Si cette explication est retenue, la compétence de droit international public exercerait une influence sur la compétence tant juridictionnelle que législative au sens du droit international privé, justifiant la concordance des compétences.

164. Sans être totalement convaincue par l'argumentation en termes de droit international public, l'on peut estimer avec d'autres auteurs que la compétence exclusive est, au moins en partie, une illustration du principe de souveraineté. Délaissant l'existence d'une implication particulière de l'État, l'État revendique cependant un tel intérêt à régir la situation que cela nécessite sur le plan de la compétence juridictionnelle l'exclusivité de la compétence qui correspond à l'application de la loi du for sur le plan de la compétence législative.

165. Nous nous proposons d'approfondir dès à présent l'analyse fondée sur le droit international public (A) avant d'analyser celle fondée sur l'intérêt prépondérant de l'État (B) afin de mesurer leur pertinence respective.

A- L'analyse publiciste de la souveraineté : l'existence d'une compétence normative exclusive

166. La revendication du litige par l'État fondée sur l'analyse publiciste de la souveraineté s'appuie sur la distinction entre pouvoir et compétence (1). Or, illustrée à

[249] G. CORNU, Association H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2011, p. 974.

[250] Rappelons ici l'arrêt *Lotus* CPJI, 7 septembre 1927, qui affirme que « *Dans ces conditions, tout ce qu'on peut demander à un État, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence ; en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté* ». Sur la distinction entre compétence au sens du droit international public et compétence en droit international privé.

travers l'exemple de la matière réelle immobilière, l'étude permet de se rendre compte de la fragilité de l'affirmation d'une monopolisation du litige fondée sur le droit international public (2).

1- Présentation de la théorie

167. Se fondant sur la distinction entre pouvoir juridictionnel et compétence juridictionnelle, certains auteurs affirment que les règles de compétence juridictionnelle exclusives n'appartiennent pas à cette seconde catégorie, mais à la première, expression même de la souveraineté étatique. « Bien que ces cas apparaissent positivement sous la forme de règles de compétence (exclusive), l'incompétence qui en résulte pour les autres États traduit en réalité un défaut international de pouvoir juridictionnel »[251]. C'est ce qui expliquerait que le juge soit obligé de se dessaisir, que l'autonomie des parties soit absente et que le jugement étranger rendu en violation de ces compétences soit inopposable au for. En d'autres termes, malgré leur dénomination en tant que règles de compétence juridictionnelle, ces règles relèveraient du domaine du pouvoir de juridiction, attribut du pouvoir souverain.

168. Ce pouvoir de juridiction correspondrait sur le plan législatif à l'existence de lois de droit public « dont l'originalité résulte de ce qu'elles n'entrent en conflit au plan international, avec aucune autre. Pour ces règles, une répartition objective des compétences est organisée »[252].

169. La justification de la concordance des compétences issues de l'exclusivité de l'ordre juridique organisée par le droit international privé doit alors être recherchée dans le droit international public. Le point de contact entre les deux droits s'effectue ici sous l'angle de la notion de compétence. La question est donc celle des liens qu'entretiennent

[251] D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé,* T. I, Partie générale, Paris, PUF, 4ème ed., 2017, n°73. M. THERY, à qui l'on doit la précieuse distinction du pouvoir et de la compétence, considère également que la compétence exclusive est à relier au pouvoir de juridiction. Selon cet auteur, en cas de violation de la compétence exclusive, il n'y pas de reconnaissance de la décision étrangère en raison d'un défaut de pouvoir de juridiction. P. THERY, *op. cit.*, p. 161, n°173.
Dans le même sens, un auteur affirme que les règles de compétence exclusives trouvent leur source dans le droit international public : « Les "compétences exclusives" de l'article 22 du Règlement Bruxelles I en matière de registres publics, de brevets et d'exécution, par exemple, constituent plutôt des pouvoirs de juridiction strictement territoriaux que de simples compétences ». L. USUNIER, *op. cit.*, p. 62, n° 52.
[252] L. PERREAU-SAUSSINE, *op. cit.*, p. 112, n°213. Encore faut-il s'entendre sur le périmètre de la compétence normative envisagée. Étudiant la matière immobilière, l'auteur distingue ainsi le statut réel *stricto sensu* des actions qui se concernent le statut réel immobilier sans s'y rattacher pleinement. Seul le statut réel *stricto sensu* peut être concerné par une telle répartition des compétences normatives.

la notion de « compétence » au sens du droit international public et la notion de « compétence » au sens du droit international privé. L'analyse du professeur P. Mayer est particulièrement importante à ce sujet puisqu'il a permis de démontrer — en distinguant au préalable les notions de compétence selon les rationalités respectives du droit international public et du droit international privé[253] — l'absence d'influence de principe des règles de droit international public sur les règles de droit international privé. En effet, puisque les règles de compétence normatives sont concurrentes au sens du droit international public en matière de droit privé, chaque État peut règlementer à sa guise les matières relevant du droit privé y compris les règles de droit international privé[254]. Mais, il perdure une exception lorsque les compétences normatives étatiques ne sont pas concurrentes, mais exclusives. Dans cette hypothèse, l'implication de l'État dans « la substance de la situation juridique »[255] ou « par la soumission de la situation à l'un de ses organes »[256] justifie que la compétence étatique soit exclusive : « un seul État est compétent pour édicter une norme. C'est cet État que le droit international privé reconnaîtra pour « compétent ». Il faut comprendre que le droit international public ne donne pas directement compétence au juge ou à la loi d'un État. Il intervient en attribuant compétence à l'État dans son ensemble pour édicter une norme[257], ce qui rejaillit dans un second temps, sur la compétence juridictionnelle et la loi applicable. Il en résulte que « l'absence de compétence cumulative élimine en particulier toute possibilité de conflit de *lois* »[258]. À l'instar du droit de la nationalité, il n'y aurait pas de conflit de lois possible puisqu'il existerait une répartition des compétences consacrée par le droit international public[259]. De plus, les autres États ont une obligation internationale de s'abstenir de porter atteinte à ces domaines réservés[260].

---

[253] Voir introduction spéc. n°29 à 32.

[254] « Pour l'essentiel, la compétence normative matérielle des États est concurrente. Chaque État est compétent pour réglementer selon ses propres vues le mariage, la responsabilité, les successions …, de façon générale et sauf exception tout le droit privé. La règle de droit international public, n'excluant aucun État, ne peut alors en rien inspirer l'auteur de la règle de droit international privé ». P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.*, p. 349, n°27.

[255] P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.*, p. 350, n°34.

[256] *Ibid*, n°54.

[257] *Ibid,* p. 257, n° 39.

[258] *Ibid*, n°35.

[259] À titre d'exemple, la Convention de La Haye du 12 avril 1930 portant sur « *certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité* » prévoit qu' « *Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux* ». L'emploi du terme de conflit de lois est ici trompeur et source de confusion. Il s'agit bel et bien du domaine réservé des États au sens du droit international public. La Cour permanente de justice internationale a en effet affirmé que la nationalité est partie intégrante du domaine réservé des États et correspond dès lors à la compétence exclusive de l'État (au sens du droit international public), ce qui a également été repris par la Cour internationale de justice :

170. Si l'on opte pour cette analyse dans notre étude du phénomène de concordance imposée des compétences, les matières dotées de l'exclusivité sont soustraites à la méthode du conflit de lois. Cette qualification en compétence exclusive explique que « dans ces domaines, les compétences juridictionnelle et législative coïncident, puisque les organes de l'État impliqué seront nécessairement et exclusivement compétents pour mettre en œuvre ce droit, que l'État soit lui-même ou non partie au litige »[261].

171. Fort de cette analyse des liens entre droit international public et droit international privé, et du renouveau de l'analyse publiciste du conflit de lois en droit de l'Union européenne[262], il convient de rechercher en droit positif l'existence d'une compétence normative exclusive de l'État qui justifierait que l'État soit le seul à pouvoir trancher le litige et appliquer son droit. La matière réelle immobilière est choisie comme exemple.

2- L'application de la théorie : exemple de la matière réelle immobilière

172. En matière réelle immobilière, le professeur L. Perreau-Saussine considère que l'État intervient dans ses fonctions de législateur de droit privé, de régulateur du marché immobilier, et de souverain territorial. L'auteur distingue ainsi le statut réel *stricto sensu* des autres actions relatives à la matière immobilière, mais qui se situent en dehors du strict statut réel[263]. Lorsque c'est le strict statut réel qui est appréhendé, « le droit international qui, conscient de la relation intime qu'entretient le territoire étatique avec l'organisation foncière qu'il supporte, considère qu'il appartient exclusivement à l'ordre juridique du *situ*s de réglementer les droits touchant directement à la substance de l'immeuble, et de trancher les litiges les concernant »[264]. Dans ce domaine, la compétence exclusive consacrée en droit international privé ne serait que le reflet d'une compétence exclusive

CPJI, *Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc*, Avis n°4 du 7 février 1923, série B, n° 4, p. 23-24 ; CIJ, *Nottebohm*, 6 avril 1955. Sur la théorie du « domaine réservé » de l'État, voir P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 9ème ed., n° 283 et s.

[260] En revanche, en l'absence d'une telle compétence, l'hypothèse du conflit de lois réapparait et il faut donc fixer les cas d'intervention du juge et déterminer la loi applicable au litige. Autrement dit, il faut déterminer le champ d'application du pouvoir de juger et le champ d'application des lois. Les justifications sont nécessairement d'une autre nature.

[261] D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. I, Partie générale, Paris, PUF, 4ème ed., 2017, n° 69.

[262][262] Voir *infra* n°881 et s.

[263] « Le statut réel immobilier au sens strict désigne la catégorie juridique qui regroupe l'ensemble des droits directs sur un immeuble. […] On considère habituellement qu'elle porte sur le contenu des droits réels immobiliers, principaux et accessoires ». L. PERREAU-SAUSSINE, *op. cit.,* n° 178, p. 89.

[264] *Ibid,* n° 178, p. 98.

de droit international public. Cette influence du droit international public sur la compétence exclusive se situe tant sur la loi applicable que sur la compétence juridictionnelle.

173. Sur le plan de la loi applicable, l'auteur retient que la matière réelle immobilière relève de plusieurs méthodes. Les questions afférentes au statut réel immobilier doivent relever des méthodes de droit public et les questions impliquant un immeuble, mais hors du statut réel immobilier, sont soumises aux méthodes privatistes de conflit de normes (a). Sur le plan de la compétence juridictionnelle, la compétence juridictionnelle exclusive cacherait en réalité une compétence internationale (b).

a- La compétence de la loi de situation de l'immeuble : compétence législative de droit international public

174. Pour le professeur L. Perreau-Saussine, le statut réel immobilier entendu strictement relève de la méthode des lois de droit public, c'est-à-dire de la compétence normative matérielle, méthode qui exclut toute possibilité de conflit de lois. Se fondant sur cette méthode, l'auteur entreprend de démontrer d'une part l'existence d'une répartition objective des compétences en droit international public et d'autre part l'implication de l'État du *situs* sur son territoire étatique.

175. L'auteur considère qu'il est non seulement possible, mais également nécessaire de trouver dans le droit international public une règle de droit international qui régit le statut réel immobilier. L'obligation d'appliquer la *lex rei sitae* est une obligation imposée par le droit international public, car elle découle du droit des Gens et de l'existence d'une coutume internationale en la matière. L'auteur s'interroge ainsi : « si la loi de situation de l'immeuble ne peut prétendre accéder au statut de norme internationale, quelle est donc la règle de conflit qui le pourrait ? »[265]. Il réfute les critiques relatives à l'absence d'*opinio juris* en raison de la trop grande rigueur de la notion et de son incertitude[266] et de la pratique des États.

[265] *Ibid,* p. 118.
[266] Voir également, H. BATIFFOL, « Les sources internationales du droit international privé », *Cours IHEI*, 1969-1970, p. 27.

176. L'auteur opère une liaison poussée entre l'élément matériel résultant de la pratique continue des États et l'élément psychologique devant caractériser l'*opinio juris*. Une telle liaison n'a pourtant ni la faveur de la jurisprudence[267] ni celle de la doctrine[268].

177. L'auteur affirme ensuite que « l'implication de l'intérêt général du *situs* en droit interne des biens immobiliers doit conduire à préférer la qualification de loi de droit public »[269]. Cette justification semble tout de même fragile. En quoi trancher des litiges de droit privé relatifs à un droit réel porte-t-il atteinte à la souveraineté de l'État sur son territoire étatique[270] ? La conception de l'immeuble a évolué, en Europe notamment. Désormais, « l'immeuble peut être envisagé non plus comme partie intégrante du territoire français, mais seulement comme élément d'un patrimoine au même titre qu'un meuble »[271].

b- La compétence des juridictions du lieu de situation de l'immeuble : compétence juridictionnelle de droit international public

178. Sur le plan juridictionnel, le professeur L. Perreau-Saussine reprend l'argumentation développée par le professeur P. Théry qui postule l'existence d'un

[267] Comme l'avait rappelé la Cour internationale de Justice, « Les États doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence, ni même le caractère habituel des actes ne suffisent. Il existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine du protocole par exemple, qui sont accomplis presque invariablement, mais qui sont motivés par de simples considérations d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique ». CIJ, 20 février 1969, *Affaire du Plateau continental de la mer du Nord, Rec.* 1969, p. 44.

[268] En matière de contentieux international, un auteur a pu démontrer l'absence de règle de droit international en dépit d'une pratique constante de la *lex rei sitae*.
« Dans les affaires où il a dû apprécier l'existence au profit d'une personne déterminée d'un droit de propriété immobilière ou d'un autre droit réel immobilier, le juge international s'est constamment référé au droit interne de l'État du lieu de l'immeuble, même si ce droit n'était pas le droit du défendeur qui était accusé d'avoir anéanti le droit réel. Ceci a conduit les internationalistes à reconnaître dans cette pratique l'existence d'une règle internationale désignant la lex rei sitae comme droit applicable aux immeubles.
L'analyse de la pratique internationale montre que le droit "appliqué" par le juge international en matière immobilière est effectivement la *lex rei sitae*, mais elle ne permet pas de dire qu'il existe une règle internationale désignant la *lex rei sitae*. […].
En effet, lorsqu'il existe une difficulté sur la qualification des droits litigieux, on s'aperçoit que l'ordre juridique à interroger était déjà désigné ; c'était l'ordre juridique étatique du défendeur accusé d'avoir anéanti les droits réels immobiliers ». C. SANTULLI, *Le statut international de l'ordre juridique étatique, Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, p. 175-176.

[269] L. PERREAU-SAUSSINE, *op. cit.,* p. 150, n° 283.

[270] En ce sens, le professeur L. USUNIER remarque qu'« il est néanmoins difficile de considérer que le simple fait pour le juge d'un État donné de trancher un litige portant sur le statut d'un immeuble sis dans un autre État porte atteinte à la souveraineté de ce dernier, car, en elle-même, la décision ne fait que statuer sur des rapports de pur droit privé, sans altérer la substance même du territoire de l'État du situs ». L. USUNIER, *op. cit.,* p. 273, n°329.

[271] H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, thèse, Paris, Bibliothèque de droit international privé, vol. IV, Paris, Dalloz, 1965, p. 215, n° 342. De même, « faire de l'immeuble une parcelle du territoire national, qui devrait être sauvée de l'emprise, notamment judiciaire, de l'étranger, paraît une conception un peu archaïque. L'immeuble n'est plus cet élément essentiel de puissance économique et politique qu'il fut autrefois et la propriété immobilière n'est pas refusée aux étrangers » D. HOLLEAUX, *op. cit.,* p. 347, n°379.

« principe d'abstention » qui interdit à tout ordre juridique « de se faire juge des actes de l'État étranger qui traduisent l'exercice de ses prérogatives de souverain »[272]. L'auteur se propose d'ajouter le statut réel immobilier à la liste des domaines relevant du pouvoir de juridiction telle que la nationalité ou le contentieux du fonctionnement du service public. Sa démonstration se fonde principalement sur les immunités de juridiction. Après avoir étudié et réfuté cette première argumentation (i) nous verrons que la notion de pouvoir de juridiction est difficilement saisissable dans le contexte du droit de l'Union européenne (ii).

i- L'argument fondé sur les immunités de juridiction

179. « Le premier élément de démonstration naît de l'impossibilité pour l'État titulaire d'un droit réel immobilier portant sur un immeuble situé à l'étranger de se prévaloir de son immunité de juridiction devant les juridictions de l'État de situation de l'immeuble »[273]. Traditionnellement, il est admis que les États étrangers peuvent invoquer leur immunité de juridiction dès lors que l'acte litigieux est un acte « de puissance publique où a été accompli dans l'intérêt du service public »[274]. Pourtant, en matière immobilière, quel que soit l'acte effectué, l'État ne peut pas se prévaloir de son immunité[275].

180. Pour l'auteur, le régime particulier de l'immunité de juridiction en matière réelle immobilière doit signifier que la matière révèle bien une question de pouvoir de juridiction et non un problème de compétence juridictionnelle. En premier lieu, l'impossibilité de se prévaloir d'une immunité de juridiction « atteste (…) d'une reconnaissance par le droit international public, d'une répartition objective des

---

[272] P. THERY, *op. cit.,* p. 155.

[273] L. PERREAU-SAUSSINE, *op. cit.,* p. 130.

[274] Cass. 1ère Civ. 25 février 1969, *Soc. Levant Express Transport. Grands arrêts*, n°47. Voir également, Cass. 1ère Civ. 2 juin 2004, *Rev. Crit. DIP*, 2005, p. 95, note H. MUIR WATT ; Cass. 1ère Civ. 9 mars 2011, *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 385, Avis de l'avocat général P. CHEVALIER. Il s'agit là de la réponse jurisprudentielle dans l'attente de l'entrée en vigueur de la Convention des Nations-Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens de 2004. Cette convention prévoit également sans distinguer expressément les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis* des hypothèses où l'État ne peut invoquer son immunité d'exécution : articles 10 à 17 de la Convention.

[275] L. PERREAU-SAUSSINE, *op. cit.,* p. 130 n°253. Sur la dérogation en matière réelle immobilière voir M. COSNARD, *La soumission des États aux tribunaux internes – Face à la théorie des immunités des États*, Paris, Pedone, 1996, spéc. p. 216 cité par l'auteur : « La première exception à l'immunité de juridiction a été, de tous temps, celle relative aux actions en matière immobilière ». ; I. PINGEL-LENUZZA, *Les immunités des États en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 319, n° 310 : « Il est tout d'abord admis par une pratique ancienne que l'État ne peut invoquer ce bénéfice en matière immobilière ».
Une telle exception est également prévue dans le texte de la Convention de 2004 relatives aux immunités juridictionnelles d'États à l'article 13.

compétences normatives, au moins juridictionnelles, du *situs* ». L'auteur poursuit : « En second lieu, elle permet de rattacher la "compétence" des juges du *situs* à leur pouvoir de juridiction »[276].

181. Pourtant, une telle argumentation peine à convaincre totalement. Si le pouvoir et la compétence peuvent être assimilés aux deux faces d'une même pièce — l'activité juridictionnelle — ils ne peuvent être confondus. Les immunités de juridiction sont relatives au pouvoir de juger. En présence d'immunité de juridiction, le juge ne peut trancher le litige, car l'action est irrecevable. Invoquer une immunité de juridiction joue donc sur le champ de réglementation du juge et non sur sa compétence. Le juge doit s'abstenir de trancher le litige lorsque l'État est bien fondé à invoquer son immunité de juridiction[277]. Dans ce cas, le fait de juger réaliserait un excès de pouvoir. Il est donc vrai qu'en présence d'une immunité de juridiction, le pouvoir du juge est réduit.

182. Pour autant, il ne faut pas confondre la protection offerte par l'immunité de l'État en tant que sujet de droit à l'encontre des autres États et l'existence d'une répartition des pouvoirs entre États considérés comme des autorités normatives. De ce fait, si le pouvoir de juger en matière immobilière ne peut pas être atteint par une immunité de juridiction, autrement dit si l'État sujet de droit ne peut pas invoquer une quelconque protection, cela ne doit pas nécessairement rejaillir sur les questions de compétence juridictionnelle. En effet, celle-ci intervient dans un second temps en ce sens qu'elle permet de déterminer le champ d'application du pouvoir de juger, préalablement existant. Ainsi, lorsque l'immunité de juridiction ne permet pas au juge d'un État de trancher le litige impliquant un autre État, le juge de l'État ne sera naturellement pas compétent pour trancher le litige puisqu'il est dépourvu, dans ce cas précis, de pouvoir de juridiction.

183. En revanche, ce lien entre pouvoir et compétence n'implique pas le parallélisme des formes. Si l'État du lieu de situation de l'immeuble dispose du pouvoir de juger en matière réelle immobilière, cela ne signifie pas pour autant que l'État du lieu de situation de l'immeuble doive être le seul à se reconnaître compétent pour connaître du litige. Autrement dit, la capacité pour le juge de trancher le litige est indépendante de

[276] L. PERREAU-SAUSSINE, *op. cit.,* n° 253, p. 131

[277] « Ainsi, il est établi que lorsqu'un État étranger invoque à son profit une immunité, ce n'est pas d'une simple incompétence qu'il s'agit, mais d'un véritable défaut de pouvoir, dérivé de l'adage *par in parem non habet juridictionem* » *Loc. cit.*

l'opportunité de le trancher, opportunité fixée par les règles de rattachement. Le pouvoir juridictionnel est indispensable pour trancher le litige. Le choix des règles de compétence est seulement contingent. Il faut d'ailleurs noter que la jurisprudence retient une définition large de l'acte passé *jure gestionis* en matière immobilière tendant à faire entrer toutes les actions immobilières dans cette catégorie[278]. Il s'agit donc simplement d'appréhender l'État comme une personne privée lorsqu'il n'a pas agi en tant que souverain, ce qui oblige à une certaine prise de distance avec la notion de pouvoir et rend nécessaire le recours à la règlementation de la compétence juridictionnelle au sens du droit international privé.

184. Un argument supplémentaire réside également dans le fait que les règles de compétence exclusives ne concernent que le litige au principal, à l'exception des brevets, où le Règlement prend le soin de préciser que le juge est exclusivement compétent, que ce soit par voie d'action ou par voie d'exception[279]. Or, s'il s'agit d'une matière relevant de la compétence normative des États au sens du droit international public, il est impossible pour un autre État dont le juge est saisi, de se prononcer sur celle-ci même par voie d'exception. Il devient alors difficile d'affirmer que la revendication monopolistique du litige par l'État découle du droit international public.

ii- La fragilité de l'affirmation dans le cadre de l'Union européenne

185. La réponse à la question de savoir si les compétences juridictionnelles exclusives relèvent du pouvoir de juridiction ou de la compétence est ardue tant la littérature juridique est abondante et pourrait se complexifier dans l'espace judiciaire européen. En effet, répondre à la question revient à réhabiliter la vision publiciste du conflit de juridictions ou à inscrire le règlement du conflit de juridictions fondé sur les intérêts privés dans un nouveau cadre normatif[280].

186. À ce titre, le professeur O. Dubos a démontré que l'appartenance à l'Union européenne et l'applicabilité d'un texte de droit européen sont sans conséquence sur

[278] Cass. 1ère Civ. 19 novembre 2008, *JCP*, 2009, II, p. 10002, note L. D'AVOUT, L. PERREAU-SAUSSINE. L'arrêt retient que l'entretien d'un bien allemand ayant accueilli le commandement des troupes de l'OTAN ne constitue pas un acte de puissance publique. De même « *l'acquisition par l'État allemand de biens immobiliers en France, eussent-ils été affectés au logement d'un officier supérieur, ne constituait pas une prérogative ou un acte de souveraineté, mais une simple opération habituelle de gestion relevant du droit privé* ».

[279] Article 24-4 du Règlement Bruxelles I *bis*. Récemment la Cour de Justice a pu rappeler qu'en dehors de l'hypothèse de l'article 24-4, les règles de compétence exclusives ne concernent que les actions à titre principal. CJUE, 12 mai 2011, *BVG Verkehrsbetriebe c/JP Morgan Chase Bank NA*, aff. C-144/10.

[280] Pour un développement plus approfondi de ces questions, voir *infra* n°871 et s.

l'attribution du pouvoir de juger[281]. Rejetant la théorie du dédoublement fonctionnel selon laquelle le juge national tiendrait son pouvoir de juger de l'ordre juridique international et particulièrement de l'ordre juridique de l'Union européenne[282], l'auteur démontre que le juge national reçoit son habilitation de l'ordre juridique étatique. Il ne détient pas de « pouvoir communautaire » de juger.

187. Pour s'en convaincre, l'on peut reprendre avec Monsieur O. Dubos l'apport de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne. L'arrêt *Simmenthal* est particulièrement important à cet égard. La Cour affirme que « *tout juge qui, saisi dans le cadre de sa compétence, a, en tant qu'organe d'un État membre, pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire* »[283]. Ainsi, dans l'application du droit de l'Union européenne, le juge agit bel et bien en tant qu'organe d'un État membre. Le juge peut donc tenir sa compétence de l'Union européenne, sans que cela modifie son champ de réglementation. « Il convient de ne pas oublier que c'est « au nom du Peuple (allemand, français…) que les juridictions nationales rendent la justice »[284]. Le juge tient toujours son pouvoir de juger de la Constitution nationale. Dès lors, en fixant des règles de compétence, il ne s'agit pas pour l'Union européenne d'attribuer ou de réduire le pouvoir de juger des États membres[285]. L'Union européenne peut seulement contrôler l'exercice de ce pouvoir, en y déterminant le champ d'application ou en en fixant les modalités pour que l'exercice de ce pouvoir ne nuise pas à l'effectivité du droit de l'Union européenne.

---

[281] O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, 2001, spé. pp 845-867.

[282] La théorie du dédoublement fonctionnel a été élaborée par Georges Scelle. Selon l'auteur « *il n'y a plus juridiquement qu'un territoire et qu'une collectivité, qu'une société internationale* ». Il en résulte « *pour les gouvernants et agents nationaux qui deviennent ainsi gouvernants et agents internationaux, un dédoublement fonctionnel caractéristique des relations intersociales* ». G. SCELLE, *Précis de droit des gens. Principes et systématique, Première partie : Introduction, Le milieu intersocial*, Paris, Sirey, 1932, CNRS, 1984, p. 43.

En appliquant cette théorie au pouvoir de juridiction en droit communautaire, Monsieur Boulouis considère que « *le titre du juge à exercer dans ce cas son pouvoir de juger a la même origine et est tout aussi direct que le droit du particulier. L'un et l'autre procèdent également et simultanément de l'ordre juridique communautaire* ». J. BOULOUIS, note sous, Cass. Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabres*, *AJDA* 1975, p. 569.

[283] CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État/Société anonyme Simmenthal*, aff. C-106/76. (Nous soulignons)

[284] O. DUBOS, *op. cit.,* n° 737, p. 855.

Une décision du Conseil constitutionnel illustre ses propos. Le Conseil constitutionnel estime que constitue un principe de valeur constitutionnelle fondé sur l'article de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (« *le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation* », le fait que les juridictions françaises statuent « *au nom du peuple français* ». Conseil constitutionnel, 5 mai 1998, décision n° 98-399.

[285] Il persiste cependant une exception tenant aux immunités de juridictions de l'Union européenne et ses organes à l'article 343 FUE : « *L'Union jouit sur le territoire des États membres des privilèges et immunités nécessaires à l'accomplissement de sa mission dans des conditions définies au protocole du 8 avril 1965* ». Cette intervention de l'Union européenne est elle-même à relativiser. En effet, en matière d'immunité de juridiction spécifiquement, indirectement consacrée par l'article 274 du TFUE, « *l'immunité de juridiction n'existe pas vraiment puisque soit la Cour de justice est compétente (légalité et responsabilité non contractuelle de l'Union), soit, en vertu des dispositions combinées des articles 272 et 340 du TFUE, les juridictions nationales peuvent connaître des engagements contractuels souscrits par l'Union* ». C. BLUMANN, L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 2013, 5ème ed. n° 428, p. 324.

188. De plus, le traité vise expressément les règles de « *compétence* »[286] pour évoquer les règles de compétence juridictionnelle[287]. En outre, la Cour de Justice a très tôt pu affirmer à propos de la Convention de Bruxelles de 1968 que celle-ci a pour objet « *de répartir les compétences judiciaires pour la solution des litiges en matière civile, et de faciliter l'exécution des décisions judiciaires* »[288]. La Cour de Justice vient confirmer ici le fait que l'Union européenne ne peut pas modifier le pouvoir du juge à trancher le litige, mais peut seulement fixer les modalités et règles relatives à son champ d'application en matière de droit international privé. Le pouvoir de juridiction préexiste à la compétence juridictionnelle. C'est seulement parce que les juridictions ont des pouvoirs concurrents que se pose la question de l'exercice de ce pouvoir ou de son opposabilité au sein de l'Union européenne. Les règles de conflit de juridictions ne sont pas des règles répartitrices des compétences normatives. Elles n'ont pas pour but de rendre valable l'action du juge.

189. Par ailleurs, l'absence d'effet réflexe des compétences exclusives s'inscrit plus volontiers dans le rejet de l'analyse de ces compétences attestant d'une répartition des compétences issue du droit international public. S'il s'agit véritablement d'un pouvoir de juridiction, il devrait être impossible pour un ordre juridique de connaître du litige lorsque le rattachement se situe dans un État tiers à l'Union européenne. Or, nous avons vu qu'une telle possibilité n'était pas exclue.

190. Il demeure toutefois que, quelles que soient les argumentations développées, les frontières sont aujourd'hui bien difficiles à tracer. En consacrant un régime drastique de compétence juridictionnelle par le biais de l'exclusivité, le droit international privé entend faire produire les mêmes effets aux règles de délimitation de champ d'application de droit privé que des règles de compétence normative de droit public. Au sein de l'Union européenne la distinction théorique entre pouvoir et compétence apparaît en effet très artificielle puisqu'il est équivalent de dire qu'en cas de violation des compétences exclusives par exemple contenues à l'article 24 du règlement Bruxelles I *bis*, les compétences exclusives révèlent une compétence normative exclusive, rendant

[286] Article 81 TFUE (ex-article 65 TCE) : « *la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière […] peut inclure l'adoption de mesures […] notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur (qui) visent à assurer : c- la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence* ».

[287] En ce sens, « aucune distinction n'est faite dans ces Conventions entre compétence et pouvoir de juridiction », c'est incontestablement la notion de compétence qui doit aujourd'hui être utilisée pour rendre compte du « principe d'abstention ». E. PATAUT, *op. cit.,* p. 7.

[288] CJCE, 15 mai 1990, *Kongress Agentur Hagen GmbH c/zeehaghe BV*, Aff. C-365/88.

inopposable tout jugement étranger passé en violation de ce pouvoir, ou d'affirmer que l'État étranger garde le pouvoir de trancher le litige, mais que le résultat de son action est inopposable au juge du for. Sans doute est-ce le signe d'une porosité conceptuelle lorsqu'est en jeu une règle de compétence juridictionnelle exclusive du fait des considérations de souveraineté sous-jacentes.

191. Une telle zone grise entre la notion de pouvoir et de compétence a permis à certains auteurs de dégager une autre analyse du principe de souveraineté apte à expliquer notre phénomène de concordance imposée des compétences.

B- L'analyse privatiste du principe de souveraineté : l'intérêt prépondérant de l'État à régir le litige

192. Dépassant l'idée selon laquelle les compétences exclusives trouvent leur source dans le droit international public, le professeur E. Pataut a démontré l'existence d'un principe de souveraineté qui se situe à la charnière du pouvoir de juridiction et des questions de compétence. L'on se situe selon lui à « la frontière de la notion d'*imperium*[289]», à « la charnière du pouvoir de juridiction, puisque l'implication de l'État conduira à refuser de reconnaître à tout autre État le pouvoir de s'immiscer dans la solution à donner du litige[290] ».

193. Reprenant les travaux du professeur P. Lagarde[291], il estime que le principe de souveraineté serait alors la marque de l'intérêt particulier de l'État dans le litige : « le principe de souveraineté regroupe donc les hypothèses dans lesquelles l'État entend forcer sa compétence, exiger l'application de sa loi, sans considération excessive ni pour les considérations de stricte localisation (ou, plus généralement, de proximité) ni pour une éventuelle vocation à s'appliquer d'une loi étrangère »[292]. Pour l'auteur, ce principe de souveraineté se décline notamment à travers l'existence de privilège de nationalité, de lois de police et de compétence exclusive. L'intérêt de l'État à régir le litige se révèle par le rapprochement entre règle de conflit de juridictions et règle de conflit de lois et entraine l'alignement du *forum* et du *jus*. L'on remarque ici le glissement opéré entre l'implication

[289] E. PATAUT, *op. cit.,* p.256, n°376.
[290] *Ibid*, p. 6, n°10.
[291] P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.,* spéc. p. 32 et s. L'auteur fait du principe de souveraineté, notamment, un principe concurrent de celui de la proximité dans la résolution du conflit de lois et de juridictions.
[292] E. PATAUT, *op. cit.,* p. 33.

directe de l'État ou d'un de ses organes dans le litige et le seul intérêt de l'État à régir le litige. L'État n'est plus envisagé à travers sa dimension d'autorité normative ou de sujet, mais à travers la dimension plus politique du contenu de son activité normative.

194. Pour le professeur E. Pataut, du fait des conséquences induites par l'exclusivité, l'État entend réserver le contentieux à ses juridictions, revendiquant un monopole étatique pour trancher le litige. Cette volonté de monopoliser le litige démontre l'intérêt particulier de l'État dans le litige privé qui souhaite que ses organes tranchent le litige en application de sa loi étatique, sans qu'il puisse en être autrement en raison de l'impérativité de la compétence juridictionnelle. Le principe de souveraineté est dans ce cas envisagé d'une manière fonctionnelle à travers l'intérêt prépondérant de l'État à régir le litige.

195. Seule cette notion d'intérêt — prise comme une focale ponctuelle du droit international privé et non comme grille d'analyse globale[293] — est désormais apte à rendre compte de la concordance imposée entre compétence juridictionnelle exclusive et compétence législative et à saisir la porosité conceptuelle entre la règle de compétence au sens du droit international public et la règle de compétence exclusive au sens du droit international. La notion d'intérêt de l'État[294] entraine inéluctablement l'appréhension des compétences exclusives et par suite de la concordance des compétences dans le champ de la justice matérielle par opposition à la justice conflictuelle[295].

196. Dans ces hypothèses, « il revient en effet exactement au même de dire d'un chef de compétence qu'il est fondé sur l'implication des intérêts de l'État du for ou qu'il est fondé sur une solidarité nécessaire entre la loi appliquée et la compétence juridictionnelle. Pourquoi cette solidarité serait-elle nécessaire, au demeurant, alors que le principe est celui de l'indépendance entre les deux catégories de règles, si ce n'est pas parce que la matière litigieuse soulève d'impérieuses considérations d'intérêt général ? »[296].

197. Aussi, l'on ne peut que rejoindre le professeur E. Pataut lorsqu'il indique que l'affirmation d'une compétence exclusive n'a de sens que « dans des cas où le lien entre

---

[293] Telle que conçue par B. Currie par exemple. B. CURRIE, *op. cit.*.
[294] Sur les différentes acceptions de la notion d'intérêt de l'État : E. PATAUT, *op. cit.,* p. 14.
[295] G. KEGEL, « Begriffs und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht », in *Festschrift für Hans Lewald*, 1953, p. 259. Sur cette distinction, P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.,* p. 165.
[296] L. USUNIER, *op. cit.,* p. 277, n°331.

l'intervention du juge et le fond du droit semble indestructible » et que « par nature, donc, la notion de compétence exclusive est incompatible avec la possibilité d'une option de compétence »[297]. C'est donc parce qu'il y a un intérêt particulier de l'État à trancher le litige que le lien entre *forum* et *jus* est indestructible. Doter la règle de compétence juridictionnelle d'un régime d'exclusivité cache en réalité une revendication unilatérale de l'ordre juridique dans son ensemble.

198. Par conséquent, sous l'apparence de règles de structure bilatérale, grâce au recours à des rattachements abstraits, le régime particulier de l'exclusivité se présente comme un procédé dérogatoire à la méthode conflictuelle et emprunte à la méthodologie statutiste, au même titre que la méthodologie des lois de police, mais au stade de la désignation du juge compétent. Dans ce cas, comme le relève le professeur L. d'Avout, l'ordre juridique « s'érige ainsi en ordre juridique de police exclusive »[298].

199. Mais, l'analyse précédemment réalisée démontre que ce phénomène de concordance souffre d'exceptions, ce qui interroge sur l'existence d'un véritable intérêt concret prépondérant de l'État dans le litige. Si la consécration d'une compétence exclusive et plus encore de l'exclusivité de l'ordre juridique est vraisemblablement la marque de la revendication abstraite d'un monopole décisionnel et matériel de l'État dans le litige, encore faut-il confronter cette revendication abstraite à la résolution concrète du litige. Les matières concernées par l'exclusivité commandent-elles une résolution particulière du litige au point de se prémunir contre la justice d'ordres juridiques étrangers ou de limiter l'autonomie des parties ?

§2 : L'appréciation de l'existence d'un intérêt prépondérant concret de l'État

200. Afin de confronter le point de vue abstrait de l'ordre juridique, selon lequel les règles de compétence exclusive sont le reflet d'un intérêt prépondérant de l'État dans la résolution du litige, au point de vue concret de l'ordre juridique matérialisé par l'intervention du juge, il est nécessaire de reprendre l'étude des intérêts en cause dans la résolution concrète du litige en matière réelle immobilière (A), puis en matière de société et personnes morales (B) et enfin en matière de registres publics (C).

[297] E. PATAUT, *op. cit.,* p. 260, n°389.
[298] L. D'AVOUT, *op. cit.,* p. 272, n° 193.

A- La matière immobilière

201. À l'instar de l'étude de l'alignement des compétences, la recherche de l'intérêt prépondérant de l'État dans l'analyse du point de vue concret de l'ordre juridique doit être effectuée en matière réelle immobilière (1), puis en matière de baux immobiliers (2).

1- La matière réelle immobilière

202. Cette compétence exclusive des tribunaux du lieu de situation de l'immeuble est l'une des plus anciennes et des moins contestées en droit international privé. C'est d'ailleurs la seule règle de compétence exclusive qui est présente dans la nouvelle Convention de La Haye de 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale[299].

203. Il est affirmé qu'à la différence de l'ancienne exclusivité des articles 14 et 15 du Code civil, où l'intérêt prépondérant de l'État ne s'exprimait que restrictivement en matière de statut personnel en raison du domaine étendu des privilèges[300], la compétence exclusive en matière réelle immobilière s'explique par le rôle prépondérant de l'ordre juridique du lieu de *situs*[301]. L'exclusivité est donc la marque d'un intérêt public particulièrement important. Le Rapport Jenard fait également état de cet intérêt particulier en la matière tout en reconnaissant qu'aucun consensus n'existait entre les États membres à ce sujet[302]. Les arguments en faveur d'une telle compétence ne manquent donc pas. Elle apparaît comme « toute naturelle [303]» puisqu'« elle permet d'attribuer compétence au juge le plus qualifié pour trancher le litige (au point de vue notamment de l'administration des

[299] Article 6 de la Convention du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale.

[300] La souveraineté de l'État français ne s'exprimait qu'en matière de statut personnel lorsque la règle de conflit de lois renvoyait à la loi française.

[301] « En réalité, l'exclusivité de la compétence permet de consacrer la prépondérance absolue d'un ordre juridique sur les immeubles situés sur son territoire ». E. PATAUT, *op. cit.,* p. 250 n° 374.
L'auteur poursuit en affirmant que « la justification profonde de ce caractère exclusif échappe à ces considérations matérielles et relève d'une règle de revendication de compétence étatique, dissimulée dans la règle de conflit de lois. (…). C'est bien en effet cette implication de l'État dans le litige de droit privé qui nous semblait caractériser le principe de souveraineté que l'on retrouve ici, c'est bien cette affirmation unilatérale de sa propre compétence par l'ordre juridique du for qui est ici étendue jusqu'au refus de reconnaître toute autre revendication de compétence ». *loc. cit.*

[302] Le Rapport JENARD sur la Convention de Bruxelles de 1968 relate cette absence de consensus à propos de l'article 16 de la Convention. Il est révélé que l'adoption de règle de compétence exclusive s'explique par le fait que « *Dans la république fédérale d'Allemagne et en Italie, le juge du lieu où est situé l'immeuble est exclusivement compétent et cette compétence est d'ordre public* ». *Rapport de M. P. JENARD sur la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Journal officiel des Communautés européennes, C 59, 1979, p. 35.

[303] A. HUET, v° « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux », *JurisClasseur de Droit international*, Fasc. 581-20, LexisNexis, 2018, n°51.

preuves) et de respecter la souveraineté territoriale de chaque État. En outre, elle est conforme au principe d'effectivité, puisque l'exécution forcée du jugement à intervenir aura nécessairement lieu dans le pays de la situation de l'immeuble »[304]. Cette compétence apparaît d'autant plus naturelle qu'en matière de loi applicable, c'est souvent la *lex rei sitae* qui est consacrée. L'on pourrait donc aisément penser que les fondements de l'exclusivité ne sont plus à rechercher. Mais, au sein de l'Union européenne, il existe aujourd'hui un espace de coopération judiciaire et administrative pour lequel les États ont entendu partager l'exercice de leurs droits souverains et surtout faciliter, voire garantir, l'efficacité des décisions de justice étrangères. Peut-on dès lors continuer à invoquer les arguments traditionnels ?

204. À suivre la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, il apparaît que l'intérêt prépondérant de l'État ne saurait être un argument toujours valable pour servir de fondement à l'exclusivité de la compétence juridictionnelle. Plus encore, la souveraineté ou ses avatars ne sont presque jamais évoqués. L'impression d'incertitude et de flou quant au(x) fondement(s) de la compétence exclusive s'accentue un peu plus face aux divers arguments développés par la jurisprudence[305]. De manière remarquable, les nombreuses et diverses argumentations de l'exclusivité de la compétence en matière réelle immobilière en diluent la force.

205. Ainsi, dans son premier arrêt relatif à la compétence exclusive en matière réelle immobilière, la Cour de Justice a considéré que *« les litiges concernant des droits réels immobiliers sont à juger selon les règles de l'État où l'immeuble est situé (et ils entrainent des vérifications, des enquêtes et des expertises qui doivent être faites sur place,) de sorte que l'attribution d'une compétence exclusive répond à l'intérêt d'une bonne administration de la justice* »[306].

206. Pour la Cour de justice, l'exclusivité de la compétence ainsi que la concordance entre *forum* et *jus* trouvent donc leur fondement dans la bonne administration de la justice. Plus précisément, il faut comprendre que la proximité géographique du tribunal avec le litige justifie le chef de compétence juridictionnelle du lieu de situation de l'immeuble en raison, notamment, de la nécessité d'effectuer des expertises sur place. Et, la bonne

[304] *Loc. cit.*
[305] En ce sens, D. P. FERNANDEZ ARROYO, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *op. cit.,* p. 84 et s.
[306] CJCE 14 décembre 1977, *Sanders c/Van der Putte* aff. 73/77, points 13 et 14. *JDI*, 1978, p. 388, note J.-M. BISCHOFF ; CJCE du 15 janvier 1985, *Rösler c/Rottwinckel* aff. 241/83, points 19 et 20 ; CJCE, 10 janvier 1990, *Consorts Reichert c/ Dresdner Bank*, aff. C-115/88. *Rev. Crit. DIP*, 1991, p. 151, note B. ANCEL.

administration de la justice justifie, pour la Cour de Justice, l'exclusivité de la compétence ainsi que l'application de la *lex fori* et par conséquent la concordance entre compétence juridictionnelle et loi applicable[307].

207. Cet objectif de bonne administration de la justice est présent à la fois dans les textes européens et dans la jurisprudence de la Cour de Justice sans jamais faire l'objet d'une définition précise : elle est un standard juridique transversal vers lequel il faut tendre[308]. Ce standard permettrait « d'établir les conditions raisonnables qui permettent la viabilité du service public tout en conservant une qualité satisfaisante de la justice »[309].

208. En droit international privé, la bonne administration de la justice est une donnée primordiale, un objectif à atteindre dont dépendent les choix effectués pour déterminer les règles de compétence juridictionnelle. Comme le relève le professeur L. Usunier, « la fonction procédurale de la règle de compétence internationale des juridictions conduit à subordonner la compétence à des considérations de commodité et de bonne administration de la justice : le juge désigné doit être accessible aux plaideurs et proche des éléments matériels du litige, notamment pour que la collecte des preuves soit aussi rapide et peu coûteuse que possible »[310]. Cet objectif se caractérise traditionnellement par sa neutralité[311].

209. Cet objectif est notamment repris au considérant 16 du Règlement Bruxelles I *bis*[312]. Il est également régulièrement relié à la notion de sécurité juridique, notion au cœur

---

[307] Si ce choix est celui de la Cour de Justice, l'avocat général M. POIARES MADURO a explicitement rejeté le fondement de la bonne administration de la justice en estimant que celui-ci ne suffisait pas à justifier un tel régime de compétence exclusive. Conclusions de l'avocat général M. POIARES MADURO présentées le 11 janvier 2006 dans l'affaire *Land Oberösterreich c/CEZ* (points 36 et s.).

[308] N. LAVAL, « La bonne administration de la justice », *Petites Affiches*, 12 aout 1999, 160, p. 12.

[309] P. CARLIER, *op. cit.,* p. 296 et s., spéc. p. 297, n° 503 sur l'influence de la notion de bonne administration de la justice dans le choix de la loi applicable.

[310] , L. USUNIER, *op. cit.,* p. 275, n°89. Voir également : « Ce sont donc avant tout des considérations pratiques qui se cachent derrière l'expression bonne administration de la justice : administration de la preuve, situation territoriale du fait litigieux, facilitation de l'accès au tribunal des parties, prévisibilité du for pour les parties, concentration du litige en un for unique ». E. FARNOUX, *op. cit.,* t. I, p. 151, n°134.

[311] En conclusion d'une analyse de la notion de bonne administration de la justice au sein des règles de compétence internationale, un auteur conclut que « la bonne administration de la justice recouvre des considérations pragmatiques, notamment en ce qui concerne l'efficacité probatoire, au sens large. Elle contient la commodité des parties, prise dans son seul sens cohérent : celui de l'intérêt abstrait des justiciables à une justice sereine et efficace. Finalement, la paix publique, qui a pu être invoquée, fait aussi partie de la bonne administration de la justice : elle constitue une référence au niveau minimal de bonne administration de la justice. Dans la présentation traditionnelle de la compétence internationale, la notion de bonne administration de la justice renvoie à des considérations uniquement formelles : facilités d'administration de la règle, prévisibilité pour les parties, efficacité probatoire, commodité pour les deux parties ». *Ibid*, p. 158, n°142.

[312] « *Le for du domicile du défendeur devrait être complété par d'autres fors autorisés en raison du lien étroit entre la juridiction et le litige ou en vue de faciliter la bonne administration de la justice. L'existence d'un lien étroit devrait garantir la sécurité juridique et éviter*

et à l'origine du développement du droit international privé européen[313]. Les juges européens faisaient déjà de cet objectif de bonne administration de la justice un objectif d'une importance fondamentale dans le système de la Convention de Bruxelles[314].

210. La Cour de Justice considère notamment que la compétence en matière réelle immobilière entraine « *des constations qui impliquent fréquemment des vérifications, des enquêtes et des expertises qui doivent être faites sur place* »[315]. Le tribunal exclusivement compétent est donc celui qui est le plus à même de fournir un travail juridictionnel de qualité en raison de sa proximité géographique avec l'immeuble. La proximité du tribunal saisi avec le litige est donc un atout privilégié pour parvenir à la bonne administration de la justice.

211. Plus récemment, la Cour a rappelé dans un arrêt *Weber* de 2014 que « *le motif essentiel de la compétence exclusive des juridictions de l'État contractant où l'immeuble est situé est la circonstance que le tribunal du lieu de situation est le mieux à même, compte tenu de la proximité, d'avoir une bonne connaissance des situations de fait et d'appliquer les règles et usages qui sont, en général, ceux de l'État de situation* »[316]. L'argumentation développée en l'espèce prend désormais une tournure nouvelle. Ce sont les liens entre *forum* et *jus* qui sont évoqués pour justifier l'exclusivité de la compétence qui elle-même a pour conséquence de sceller ce lien. Ainsi, la concordance entre *forum* et *jus* est à la fois l'explication et la conséquence du régime d'exclusivité. La règle de compétence exclusive semble donc trouver son explication dans un choix de la compétence juridictionnelle calqué sur celui de la loi applicable. Or, la concordance entre *forum* et *jus* est ici reliée à l'idée de proximité et non plus à l'idée d'un

---

la possibilité que le défendeur soit attrait devant une juridiction d'un État membre qu'il ne pouvait pas raisonnablement prévoir ». Considérant 16 du Règlement Bruxelles I *bis*.

313 *«* Ainsi, le fonctionnement "sans considération du domicile" d'une compétence exclusive comme celle concernant les actions réelles relatives à un immeuble dépend, entre autres, du souci d'assurer — par rapport à des biens d'importance cruciale pour la stabilité du marché, tels que les immeubles — les conditions d'une sécurité juridique très élevée. Or, pour atteindre cet objectif, il est utile, entre autres, de centraliser dans un for unique l'ensemble des procédures susceptibles d'intéresser le même immeuble peu importe qu'il s'agisse de procédures impliquant des litigants locaux ou non *».* P. FRANZINA, « L'universalisation partielle du régime européen de la compétence en matière civile et commerciale dans le règlement Bruxelles I *bis* : une mise en perspective », in E. GUINCHARD (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 39, spéc. p. 57-58. Voir également : S. FRANCQ, « Le droit international privé européen, entre confiance mutuelle et sécurité juridique. Les limites de l'imaginaire européen », *TCFDIP,* 2016-2018, p. 153.

314 « *Pour satisfaire à cet objectif, lequel revêt une importance fondamentale dans une convention qui doit essentiellement favoriser la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaire en dehors de l'État dans lequel elles ont été rendues, il est indispensable d'éviter la multiplication des juridictions compétentes, laquelle accentue les risques d'inconciabilité de décisions, motif de refus de reconnaissance ou d'exequatur selon l'article 27, point 3, de la convention* ». Arrêt rendu à propos des compétences juridictionnelles optionnelles : CJCE, 11 janvier 1990, *Dumez France SA et Tracoba SARL c/Hessische Landesbank et autres*, aff. C-220/88, point 18.

315 CJCE, 17 mai 1994, *Webb*, aff. C-294/12, point 17.

316 CJUE, 3 avril 2014, *Irmengard Weber c/Mechtilde Weber*, aff. C-438/12, point 41. CJUE, 17 décembre 2015, *Virpi Komu*, aff. C-605/14, point 25.

lien indestructible entre la compétence et la loi applicable, ce qui questionne la valeur explicative de la souveraineté en matière de compétence exclusive.

212. Le lien avec le droit matériel applicable a de nouveau été mobilisé par la Cour de Justice dans l'arrêt *Virpi Komu* de décembre 2015. La juridiction avance encore que « *les règles de droit matériel applicables dans l'affaire au principal impliqueraient une évaluation du caractère divisible ou non en nature de ces immeubles lors de la dissolution de la relation de copropriété [laquelle] serait de nature à donner lieu à des vérifications, au moyen d'expertises, que le tribunal de l'État membre où se situent lesdits immeubles serait le mieux à même d'ordonner* »[317].

213. Mais, dans cette affaire, la juridiction européenne considère également que la compétence exclusive est particulièrement justifiée « *lorsque les droits de propriété (…) font l'objet d'inscriptions au registre foncier* ». Cette référence au registre foncier est intéressante, car elle touche au monopole de l'État et de ses agents sur l'inscription au registre foncier. Elle pourrait alors justifier l'exclusivité de la compétence et l'alignement du *forum* et du *jus* par attraction de la compétence exclusive existante en matière de registre. La liaison entre *forum* et *jus* revêtirait ici une coloration éminemment étatique. La sensation d'incertitude s'accentue un peu plus.

214. À ces considérations procédurales, s'ajoute souvent un argument fondé sur l'efficacité du jugement en ce sens que l'exécution du jugement se fera au lieu de situation de l'immeuble. L'argument de l'efficacité est un argument récurrent[318]. Pour les partisans de cette idée, c'est parce qu'en pratique on devra nécessairement faire exécuter le jugement sur le lieu de situation de l'immeuble qu'on doit consacrer l'exclusivité de la compétence.

215. Or, il faut admettre que ces arguments ne sauraient aujourd'hui être retenus dans les rapports intra-européens[319]. Il existe entre les États membres une réelle possibilité de coopération et d'entraide pour réaliser les enquêtes[320]. Les États ont

[317] CJUE, 17 décembre 2015, *Virpi Komu*, aff. C-605/14, point 32.
[318] E. BARTIN, « l'action réelle immobilière, exercée en tout autre pays que celui de la situation de l'immeuble n'aboutira jamais à aucun résultat pratique en dehors du lieu de situation de l'immeuble, aux juridictions duquel elle finira nécessairement par revenir sous la forme de la demande d'exequatur qui lui sera adressée par le gagnant ». *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Domat-Montchrestien, t.1, 1930, § 137, p. 336. L'argument a été repris plus récemment par Messieurs Bischoff et A. Huet dans leurs commentaires des arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne.
[319] En ce sens, D. P. FERNANDEZ ARROYO, *op. cit.,* p. 86.
[320] C'est l'objet du Règlement (CE) n°1206/2001 du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale

notamment la possibilité de faire appel à des experts locaux pour établir la réalité des faits[321]. De plus, c'est en général l'exclusivité elle-même qui est source d'obstacle à l'exécution du jugement puisqu'elle impose un refus systématique de reconnaissance de la décision[322]. Or, les jugements peuvent aujourd'hui librement circuler dans l'espace judiciaire européen et être mis à exécution. L'existence d'une coopération judiciaire entre les États membres et d'une libre circulation des décisions doit donc amener à interroger ces argumentations. Il ne s'agit pas de remettre en cause les rattachements choisis, mais la concordance imposée, c'est-à-dire la monopolisation du litige par un seul ordre juridique sans tenir compte des intérêts concrets en jeu lors de la résolution du litige. Autrement dit, c'est le régime de la compétence juridictionnelle qui est questionné.

216. Enfin, il ne faut pas oublier le rempart de l'ordre public international qui peut permettre de remettre en cause la décision au fond si celle-ci s'avère contraire aux conceptions de la propriété foncière du for de reconnaissance. Si l'on admet que désormais les litiges en matière immobilière sont des litiges de droit privé, et cette affirmation est confirmée par le recours à la notion de bonne administration de la justice, cette exception d'ordre public international qui subsiste dans les Règlements européens, que ce soit pour écarter une loi étrangère ou refuser la reconnaissance d'un jugement, peut suffire à préserver les intérêts étatiques qui demeurent. L'existence de ce mécanisme correcteur amène par conséquent à s'interroger sur la possibilité de lever l'exclusivité de la compétence juridictionnelle dans l'espace européen et par suite de la loi applicable, tout en préservant une protection des ultimes intérêts étatiques *a posteriori*[323].

217. Devant les multiples fondements possibles de la compétence exclusive, dont il a été démontré qu'elle menait à la concordance entre *forum* et *jus* en matière réelle immobilière, c'est une argumentation fondée sur la recherche de proximité et l'objectif de bonne administration de la justice que retient la Cour de justice. Cette argumentation est corroborée par l'impossibilité, à l'heure actuelle au sein de l'Union européenne, de fonder la concordance imposée des compétences sur l'existence d'un véritable intérêt étatique prépondérant dans le contentieux réel immobilier dans les rapports entre États membres.

---

321 C'est ce qu'affirme clairement la Cour de Justice dans l'arrêt CJCE, 9 juin 1994, *Lieber*, aff. C-292/93, point 21.

322 En ce sens : « si l'effectivité reste impossible, c'est précisément à cause de l'existence de la compétence exclusive ; donc, elle ne peut pas sans malice, être utilisée comme justification de la nécessité de cette compétence ». D. P. FERNANDEZ ARROYO, *op. cit.,* p. 87.

323 Mais, dans un telle hypothèse, il faudra que l'ordre public international national puisse réellement s'exprimer et ne pas se trouver délité par le contrôle de la Cour de Justice de l'Union européenne. Voir *infra* n°1103 et s.

218. Les fondements désormais hésitants et affaiblis par la Cour de Justice de l'Union européenne interrogent également sur les raisons du maintien d'une compétence exclusive, celle-ci devenant de plus en plus résiduelle. C'est le bien-fondé du régime de compétence qui est mis à mal par la jurisprudence européenne, malgré la tradition juridique.

219. Ainsi, si cette concordance des compétences reste conforme à la tradition juridique, les fondements de l'exclusivité et par suite la concordance imposée des compétences ont évolué.

220. Dans l'espace judiciaire européen, l'objectif de bonne administration de la justice a vraisemblablement supplanté les intérêts étatiques comme fondement de la concordance. Cet argument est cependant empreint de contradiction. Il faut effectivement immédiatement remarquer que cette notion de bonne administration de la justice est employée par la Cour de Justice tant pour justifier les chefs de compétences exclusifs que pour justifier les options de compétences et leurs limites[324]. C'est donc le même objectif de bonne administration de la justice qui justifie une concurrence des fors ou la négation de celle-ci. Ce standard veille à assurer un accès facilité aux tribunaux, la prévisibilité du for compétent et du droit applicable, ainsi que l'administration de la preuve[325]. Un tel raisonnement fondé sur la proximité qui a conduit à créer des règles de compétence optionnelles ne saurait être invoqué dans le même temps pour justifier la création de règles de compétence exclusives et donc un régime drastique de concordance entre *forum* et *jus* qui se répercute sur la circulation des jugements.

221. En dépit des nombreux arguments qui, au fil des siècles, ont permis de justifier une telle compétence, autrement dit, malgré l'existence d'une règle de compétence juridictionnelle qui correspond, dans la grande majorité des cas, à l'objectif de proximité prôné par la doctrine, la jurisprudence et également le législateur européen, il semble aujourd'hui que cette exclusivité n'aille plus de soi.

---

[324] Voir en ce sens, L. SINOPOLI, « Le procès équitable en droit international privé français et " européen " ». disponible en ligne sur : [https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00419087/file/Le_proces_equitable_en_droit_international_prive_francais_et_europeen_-_SINOPOLI_Laurence.pdf]

[325] D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. I, Partie générale, Paris, PUF, 4ème ed., 2017, n°138. En matière immobilière, cette argumentation n'est pas nouvelle. Voir en ce sens, H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *op. cit.,* p. 91-92.

222. Il convient désormais d'en étudier la pertinence en matière de baux immobiliers.

2- Les baux immobiliers

223. La règle de compétence juridictionnelle en matière de baux immobiliers a été introduite par la Convention de Bruxelles. Dès son adoption, cette règle nouvelle a fait l'objet de discussions. Et, si la détermination de la compétence juridictionnelle est source de débat, il en est de même concernant la loi applicable. L'on s'interroge donc. Observe-t-on le même phénomène qu'en matière réelle immobilière ? Pourquoi consacrer une telle exclusivité et non pas retenir un statut de compétence concurrente ?

224. Pourtant consacrée dans un même article, la règle de compétence juridictionnelle en matière de baux immobiliers se distingue de celle régissant les seuls droits réels immobiliers. En effet, toutes les justifications classiques apportées à la compétence en matière réelle immobilière ne peuvent être invoquées. Il n'existe pas d'enregistrement sur les registres de propriété foncière, il n'existe pas une « compétence naturelle » en droit international public, pas non plus de difficulté particulière d'exécution du jugement. Peut-on alors invoquer l'intérêt de l'État ou doit-on évoquer la bonne administration de la justice ?

225. Le Rapport explicatif Jenard relève que « les baux immobiliers sont généralement régis par des législations particulières » et qu'en conséquence, « il est préférable que l'application de ces dispositions ne relève, notamment en raison de leur complexité, que des juges du pays où elles sont en vigueur »[326]. L'intention est ici clairement formulée. Il ressort de cette explication un véritable souhait d'atteindre l'alignement du *forum* et du *jus*. À ce stade, le mécanisme s'est en quelque sorte inversé. De conséquence de l'exclusivité, l'alignement entre compétence juridictionnelle et compétence législative en est désormais la cause.

226. La Cour de Justice précise également dans l'arrêt *Rösler* du 15 janvier 1985 qu'il s'agit de donner compétence à la juridiction la mieux placée pour connaître du litige en tenant compte de la proximité de la situation de l'immeuble et de « *la connaissance directe des*

[326] *Rapport de M. P. JENARD sur la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, *op. cit.*, p. 35

situations de fait liées à la conclusion et à l'exécution des baux immobiliers »[327]. Si l'on conjugue les arguments, l'on pourrait en déduire la même volonté qui existe en matière réelle immobilière, à savoir se fonder dans un premier temps sur l'argument de la proximité et ensuite joindre les deux compétences pour atteindre l'objectif de bonne administration de la justice. Dans ce cas, la proximité est envisagée par rapport à la loi applicable et se répercute sur le choix du chef de compétence. La bonne administration de la justice impliquerait ensuite l'exclusivité de la compétence. Cette interprétation est corroborée par le Rapport Jenard. Celui-ci explique que les auteurs de la Convention ont entendu retenir ce chef de compétence pour viser notamment les contestations relatives à la réparation des dégâts causés par le locataire[328]. L'on comprend que de telles raisons de bonne administration de la justice justifient le regroupement du contentieux auprès d'un même juge. Mais, à l'instar de la matière réelle immobilière, l'on peut douter de l'intérêt de soumettre la matière au régime rigide de l'exclusivité alors que les parties disposent encore du choix de la loi en cette matière. Rappelons effectivement que ce qui importe en cas d'exclusivité, c'est que les règles de compétence juridictionnelle exclusives désignent les juridictions les « seules bien placées » et non les juridictions les mieux placées[329].

227. Les juges européens tentent toutefois d'aller plus loin que la seule évocation de législations particulières. La Cour de justice considère effectivement dans la suite de l'arrêt *Rösler* du 15 janvier 1985 que la compétence exclusive consacrée en matière de loyer tire notamment sa raison d'être de l'existence de « *dispositions, de caractère généralement impératif, qui règlent son usage* »[330]. Elle considère même qu'« *il serait contraire à l'un des objectifs de la disposition en cause, à savoir l'application exacte de la législation nationale concernant les baux, d'exclure de cette compétence exclusive des litiges qui sont, au moins dans certains États membres, réglés par des dispositions législatives particulières* »[331].

---

[327] CJCE, 15 janvier 1985, *Rösler*, aff. 241/83, point 20.

[328] *Rapport de M. P. JENARD sur la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, *op. cit.*, p. 34.

[329] J.-M. BISCHOFF, note sous l'arrêt *Sanders*, *JDI* 1978.388.

[330] CJCE, 15 janvier 1985, Rösler, aff. 241/83, point 19 : « *La compétence exclusive prévue par l'article 16, paragraphe 1, en faveur des tribunaux de l'État contractant où l'immeuble est situé a sa raison d'être dans le rattachement étroit des baux au régime juridique de la propriété immobilière et aux dispositions, de caractère généralement impératif, qui règlent son usage, telles que les législations relatives au contrôle du niveau des loyers et à la protection des droits des locataires et fermiers* ».
Dans cet arrêt elle évoque également « *le rattachement étroit des baux au régime juridique de la propriété immobilière* ». Il reste cependant que l'argumentation de la Cour fondée sur l'existence de législations impératives est largement majoritaire et réitérée. Voir en ce sens, CJCE, 9 juin 1994, *N. Lieber*, aff. C-292/93, point 20. *Rev. Crit. DIP* 1995. 126, note J.-P. BERAUDO ; *JDI* 1995. 477, note J-M BISCHOFF.

[331] Arrêt *Rösler* précité, point 26.

228. Il s'agit ici d'une substantialisation de la règle de compétence juridictionnelle qui prend en charge les objectifs de la règle de conflit de lois et de la loi désignée par la règle de compétence législative. Le particularisme du contrat de bail est donc une raison essentielle qui fonde la concordance imposée entre les deux compétences. Plus encore, c'est l'impérativité de certaines dispositions qui justifie sur le plan de la compétence juridictionnelle son exclusivité. L'impérativité de certaines dispositions interroge sur le caractère de la loi applicable. Faut-il y voir des dispositions internationalement impératives ou seulement dotées d'une valeur particulière dans l'ordre juridique interne ?

229. Si l'on retient à titre principal l'argument des lois internationalement impératives, il est possible de faire un rapprochement entre compétence exclusive et loi de police. L'on sait qu'une loi de police est définie par le Règlement Rome I comme « *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* »[332].

230. Une loi de police révèle dès lors l'existence d'un intérêt étatique particulièrement important qui se doit d'être protégé en imposant son application, quelle que soit la loi potentiellement applicable. L'intérêt étatique serait mieux garanti en s'assurant de la protection de celui-ci tant au moment de la détermination du juge qu'au stade de la détermination de la loi applicable. Il reste cependant à se demander si la loi applicable au contrat de bail peut être constitutive d'une loi de police. Quels intérêts entend-elle garantir ? Il a été démontré qu'il peut s'agir de conserver le caractère impératif du statut des baux ou de protéger le locataire[333]. Concernant l'intérêt de l'État, la Cour a déjà évoqué les motifs du contrôle du niveau des loyers[334]. Si la loi est jugée cruciale pour l'organisation du pays, elle devrait pouvoir légitimer la compétence du juge. On retrouve déjà cet argument chez certains auteurs qui font le parallèle entre ces deux notions. La compétence exclusive revient à rejeter tout jugement étranger pris en violation de ces règles. Les lois de police viennent contourner le fonctionnement normal de la règle de

[332] Article 9, Règlement Rome 1.
[333] F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (étude de conflit de lois)*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 509 ; L. PERREAU-SAUSSINE, *op. cit.,* p. 303.
[334] Arrêt *Rösler* précité, point 19.

conflit bilatérale pour lui préférer l'application immédiate de la *lex fori*[335]. Il n'y a là que des expressions différentes d'une protection unilatérale des intérêts publics du for.

231. Il est donc difficile d'isoler un fondement unique à la concordance en matière de baux immobiliers. D'une part, la Cour insiste sur des raisons de bonne administration de la justice. La préservation d'un régime libéral en matière de choix de loi applicable fait opter pour ce fondement. D'autre part, tout en préservant la possibilité de choix, elle invoque l'existence de dispositions impératives de nature à paralyser ce choix de loi, sans toutefois en faire une généralité. Devant la difficulté de trouver un fondement unique à la concordance entre *forum* et *jus*, il reste qu'il est clairement admis qu'en cette matière, l'affirmation d'une compétence exclusive est le moyen retenu pour permettre l'application de la *lex fori*. L'alignement souhaité entre *forum* et *jus* en fait sa raison d'être. De conséquence de l'exclusivité de la compétence, cette concordance est devenue le fondement de celle-ci.

232. Il convient dès lors d'envisager les autres matières visées par l'exclusivité afin de vérifier qu'il existe des justifications solides pour expliquer les dérogations au règlement normal du conflit de juridictions et de lois.

B- Les sociétés et personnes morales

233. Comme il a déjà été démontré, la concordance existe en matière de sociétés et personnes morales, mais reste incertaine. L'explication réside dans le fait qu'il est difficile d'admettre que la compétence soit justifiée par la volonté de protéger un seul intérêt étatique particulier qui impliquerait la monopolisation du contentieux. En effet, dans certains cas, il n'existe pas un seul intérêt étatique prépondérant qui permette de déterminer un seul tribunal compétent et une seule loi applicable. L'État du siège réel de la société a autant d'intérêt à connaître du contentieux que l'État du siège statutaire.

234. C'est pourquoi la compétence exclusive relative à l'existence des sociétés et personnes morales a très tôt été justifiée par des arguments tenant à la sécurité juridique. C'est le cas du Rapport Jenard qui indique que c'est « *dans l'intérêt de la sécurité juridique* » qu'*« il importe d'éviter que soient rendues des décisions contradictoires en ce qui concerne l'existence des*

[335] Voir en ce sens, D. HOLLEAUX, *op. cit.,* p. 352, n° 382. P. FRANCESCAKIS, « Le contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt *Simitch* de la Cour de cassation », *Rev. Crit. DIP*, 1985, p. 243, spéc. p. 258.

sociétés et la validité des délibérations de leurs organes ».[336] Cette justification explique la volonté de limiter le nombre de fors compétents et le choix de désigner un seul tribunal compétent. L'exigence de sécurité juridique justifie également les interprétations restrictives du chef de compétence exclusive retenues par la Cour de Justice[337].

235. La sécurité juridique est envisagée comme un principe fondamental de l'ordre juridique de l'Union européenne[338]. Sans être dotée d'une définition précise, elle permet de garantir une certaine stabilité des relations juridiques en renforçant notamment la prévisibilité du droit en vigueur. Cette notion a ainsi pu être considérée au gré des évolutions jurisprudentielles comme « *une règle de droit à respecter dans l'application du traité* »[339], ou être envisagée comme un « *principe général (…) inhérent à l'ordre juridique communautaire* »[340], ou encore « *une exigence fondamentale* »[341]. C'est ce principe fondamental qui innerve l'article 81 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et qui sert de fondement textuel au développement du droit international privé européen[342].

236. Plus récemment, la Cour de Justice de l'Union européenne a résumé les nombreuses justifications à l'exclusivité de la compétence en matière sociétaire pour étendre le champ de la disposition au cas de la validité partielle de la société. Dans un arrêt rendu le 7 mars 2018, la Cour affirme que les règles de compétence exclusives « *ont pour objectif de réserver les litiges visés à ces dispositions aux juridictions ayant avec eux une proximité matérielle et juridique* » ou encore que cette règle en matière sociétaire désigne le juge le mieux placé « *du fait notamment que les formalités de publicité de la société ont lieu dans ce même État. L'attribution d'une telle compétence exclusive à ces juridictions est donc effectuée dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice* ». Enfin, la Cour fait appel au droit matériel lorsqu'elle

---

336 Dans le même sens, L. USUNIER, *op. cit.,* p. 275, n° 329, n°1 ; D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. I, Partie générale, Paris, PUF, 4ème ed., 2017, n° 73.

337 Par exemple, en matière de validité des décisions des organes de la société, la Cour de Justice entend restreindre ce chef de compétence à la seule régularité des décisions et non aux modalités d'exercice des pouvoirs des organes. CJCE, 2 octobre 2008, *Hassett et Doherty*, aff. C-372/07. *Rev. Crit. DIP*, 2009. 71, note, B. ANCEL ; *Procédures*, 2008, p. 330, obs. C. NOURISSAT. *A contrario*, la Cour de cassation française a retenu une interprétation plus extensive de ce chef de compétence. Arrêt Cass, Com. 15 mars 2011, n° 09-72.027. Mais, la Cour de Justice a par la suite réitérée sa jurisprudence, CJUE, 12 mai 2011, *BVG Verkehrsbetriebe c/JP Morgan Chase Bank NA*, aff. C-144/10. *Rev. Crit. DIP*, 2011/922, note TREPPOZ ; *RTD eur.* 2011. 477, obs. E. GUINCHARD.

338 Sur l'importance de la notion de sécurité juridique en droit européen qu'il s'agisse du droit de l'Union européenne ou de la Convention européenne des droits de l'Homme, D. J. M. SOULAS DE RUSSEL, P. RAIMBAULT, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », *RIDC*, 2003, vol. 55, n°1, spéc. p. 92 et s.

339 CJCE, 6 avril 1962, *Robert Bosch GmbH et autres*, aff. C-13/61.

340 CJCE, 27 mars 1980, *Amministrazione delle Finanze della Stato c/ Salumi*, aff. C-66/127.

341 CJCE, 12 juillet 1972, *Azienda Colori Nazionali*, aff. C-57/69.

342 En ce sens : S. FRANCQ, « Le droit international privé européen, entre confiance mutuelle et sécurité juridique. Les limites de l'imaginaire européen », *op. cit.,* p. 153.

estime qu'« *il n'est pas contesté que la juridiction compétente devra appliquer le droit matériel tchèque au litige au principal* »[343] pour en tirer les conséquences de l'existence d'un lien étroit entre le litige et les juridictions tchèques.

237. Les justifications sont nombreuses, à tel point qu'on risque d'en perdre le fil. De surcroît, il ne semble pas y figurer explicitement l'intérêt étatique prépondérant. Certes, les formalités de publicité sont effectivement essentielles pour la constitution en tant que personne morale ainsi que pour l'opposabilité aux tiers, et dépendent du lieu de tenue des registres. Seul l'État peut déterminer quels sont les groupements qui peuvent être titulaires de la personnalité morale. Mais, comme en matière d'immeuble, l'argument relatif aux formalités de publicité de la société est pertinent, mais non décisif puisqu'il existe déjà une règle de compétence exclusive qui prévoit l'exclusivité des tribunaux du lieu de situation du registre pour connaître du contentieux né de la validité de l'inscription sur les registres. Cette règle de compétence exclusive pourrait à elle seule suffire. En réalité, derrière ces argumentations, il y a l'idée qu'il est préférable de concentrer le litige entre les mains du juge dont la loi régit la société ou la personne morale[344] pour des besoins de sécurité juridique et de bonne administration de la justice.

238. Cela ressort clairement lorsque la Cour de justice relève le lien avec le droit applicable. La compétence est justifiée par l'application de la loi du for. La règle de compétence sert alors la meilleure effectivité de la loi applicable au fond[345]. Cette volonté de monopoliser le litige dans un seul ordre juridique, traditionnellement d'inspiration unilatéraliste, dote l'ordre juridique d'une compétence exclusive en raison du droit matériel à appliquer, mais sans pour autant qu'il soit ici question d'un intérêt étatique particulier. La monopolisation semble ici viser les intérêts des associés[346]. Des intérêts

[343] CJUE, 7 mars 2018, *E. ON Czech Holding AG c./Michael Dedouch e.a*, aff. C-560/16. *RTD com.* 2018, p. 517, obs. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST ; *Rev. Crit. DIP*, 2018, note D. BUREAU ; *D.,* 2018, p. 1938, note L. D'AVOUT.

[344] À. V. M. STRUYCKEN, « Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé », *op. cit.,* p. 358 et s. spéc. p. 359, n° 79.

[345] En ce sens, « la force d'attraction de la *lex societatis* explique probablement l'adoption de règles de compétence juridictionnelle propres à la matière. […]. L'intérêt majeur de la compétence exclusive est ainsi de faire coïncider, pour les questions visées loi applicable et juridiction compétence : l'effectivité du monopole de la lex societatis, qui se justifie par le souci d'assurer l'unité du statut interne de la société, suppose en effet que son application soit réservée aux tribunaux du pays du siège ». H. SYNVET, « v° Société », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2019, n°96.

[346] Cela ressort même de l'évidence pour le professeur L. d'Avout, « la justification de cette compétence est assez évidente : au service de l'unité de législation applicable au mécanisme sociétaire, cette concentration de la compétence, sans préjudice de l'arbitrage des relations entre associés, permet d'assurer l'efficacité de la *lex societatis* précisément choisie par les fondateurs. La loi d'un pays donné a séduit les entrepreneurs en leur offrant le recours à son droit des sociétés ; les juges du pays correspondant sont disponibles – et seuls compétents – au titre du service "après-vente". L. D'AVOUT, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *RCADI*, 2018, t. 397, spec. p. 241.

d'une autre nature que ceux traditionnellement invoqués sont dès lors susceptibles d'entrainer la justification de la compétence de l'ordre juridique et la force de ces arguments justifie l'exclusivité de la compétence juridictionnelle[347].

239. Mais, si la sécurité juridique et la bonne administration de la justice imposent qu'un seul tribunal soit compétent, encore faut-il que la qualification soit clairement établie. Or, comme il a déjà été relevé, la qualification appartient aux États membres. La concentration du litige existe, mais n'est qu'apparente. C'est ce qui explique la possibilité de conflit de compétences exclusives. À cet effet, la règle permettant de résoudre les conflits de compétences exclusives est bienvenue.

240. Ensuite, en cas de dissociation entre le siège réel et le siège statutaire, le risque d'avoir deux juges exclusivement compétents implique la possibilité d'avoir deux règles de conflit de lois différentes, ce qui nuit à la prévisibilité du droit, et risque de donner lieu à des décisions contradictoires. Aussi, comme il a déjà été relevé, l'influence de la liberté d'établissement sur les règles de conflit de lois peut permettre de tendre, à terme, à une uniformisation non institutionnalisée des règles de conflit de lois dans le sens d'une concordance entre compétence juridictionnelle et loi applicable.

241. Mais, une question persiste : pourquoi imposer un tel régime d'exclusivité devant les incertitudes de sa mise en œuvre ? Il faut relever de surcroît un risque à monopoliser le litige. L'exclusivité de la compétence juridictionnelle empêche effectivement qu'une question de fraude puisse être soulevée dans un autre ordre juridique. Dans cette hypothèse, la compétence peut en effet « mettre à l'abri » l'intérêt privé au détriment d'autres intérêts supérieurs alors que l'intérêt privé collectif en question pourrait apparaître comme illégitime. Le temps de la méfiance de l'État envers les intérêts collectifs privés semble être dépassé dans l'espace européen[348]. La

[347] En ce sens : « une telle compétence comparativement préférable, désignant un ordre juridique " le plus fort ", " de référence " ou " prépondérant ", procède pour une bonne part de l'affectation potentielle des politiques législatives de cet État, lesquelles sont présomptivement pertinentes à raison d'une localisation des intérêts collectifs concernés […] Aujourd'hui, un réside de ces rattachements forts se retrouve dans l'institution des compétences dites exclusives, qui ne constituent pas la marque de la souveraineté jalouse et devenue haïssable, mais traduisent seulement l'existence dans certains secteurs déterminés d'un juge comparativement le mieux placé (ou apparaît le seul bien placé), celui du " siège " des intérêts collectifs affectés ou susceptibles d'être affectés ». L. D'AVOUT, « Les phénomènes collectifs et l'analyse macro en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 151, spec. p. 170.

[348] Il fût un temps où était affirmé que : « L'activité collective est contrôlée par l'État comme l'activité individuelle, car elle est comme cette dernière une activité des individus, elle est même plus étroitement réglementée en raison des dangers dont elle menace l'autorité de l'État et la liberté des particuliers ». BATTIFOL, LAGARDE, 5e ed. *Traité*

monopolisation du litige par l'ordre juridique pourrait se retourner contre les autres ordres juridiques[349] même dans un espace coopératif. Pourquoi dès lors ne pas préserver la compétence de l'ordre juridique sur ces mêmes critères sans pour autant la doter du régime de l'exclusivité ?[350]

242. En somme, l'absence d'intérêt prépondérant de l'État ne signifie pas pour autant que la compétence est infondée, mais la voie de l'exclusivité peut sembler excessive. Si l'intérêt de l'État prépondérant semble absent en matière de constitution des sociétés et personnes morales, il est en revanche omniprésent en matière de registres publics.

C- Les registres publics

243. Le terme de registre public fait immédiatement penser à l'existence d'un intérêt public dans le litige. Or, l'inscription sur les registres publics n'a pas la même signification selon les États membres. En France, l'inscription sur les registres, notamment par les officiers d'état civil, n'implique que peu de constatations sur l'exactitude des déclarations. Au contraire, en Allemagne, le contrôle est beaucoup plus sévère et le rôle du dépositaire de l'autorité publique est plus important[351]. De même, dans le domaine de la publicité foncière, la procédure d'inscription sur les registres diffère entre les États, entre la simple inscription sur les registres de publicité foncière, ou l'existence d'un contrôle préalable de la validité des inscriptions par une autorité administrative ou judiciaire[352]. Ces différences reflètent la diversité des organisations par les États de leurs registres publics et plus largement de leurs services publics. Puisque l'État a aujourd'hui un monopole concernant l'inscription sur les registres, seul cet État possède un intérêt à connaître de ce contentieux. Il n'est pas inenvisageable, dans un état futur, que les États se dotent au sein de l'Union européenne de registres européens, ou fassent appel à des technologies

élémentaire de droit international privé, 1969, n°192, cité in L. D'AVOUT, « Les phénomènes collectifs et l'analyse macro en droit international privé », *op. cit.,* p. 151, spec. p. 161.

[349] Il faut cependant remarquer que la compétence ne joue qu'à titre principal et qu'il est possible d'invoquer la nullité par voie d'exception, mais au prix, parfois, d'un détournement de l'action au principal.

[350] Pour une autre solution en faveur de l'autonomie des parties sous réserve de fraude : D. P. FERNANDEZ ARROYO, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *op. cit.,* p. 102 et s. n° 88 et s.

[351] Sur le rôle de l'officier d'état civil en matière de nom de famille, M. SCHERER, *Le nom en droit international privé, Étude de droit comparé français et allemand*, Paris, LGDJ, 2004, n° 350.

[352] L. USUNIER, *op. cit.,* p. 275, n° 329.

nouvelles de stockage et de transmission des droits[353]. Ce monopole étatique commence d'ailleurs déjà à se fissurer avec la création d'instruments de coopération, tels que le certificat successoral, dans les rapports intra-européens.

244. Il existe néanmoins, en l'état actuel, un intérêt public prépondérant. La compétence exclusive et impérative n'est qu'un moyen pour s'assurer de la compétence du juge et de l'applicabilité et l'application de la loi de situation des registres. Elle est une manifestation, au stade de la compétence juridictionnelle, de la volonté de préserver le monopole des États en matière de fonctionnement des registres.

Conclusion de la section :

245. En définitive, il ressort de notre étude que la concordance imposée entre *forum* et *jus* est le résultat d'une revendication monopolistique du litige par l'ordre juridique. En effet, s'il est aujourd'hui difficile d'affirmer que l'exclusivité de l'ordre juridique provient du droit international public, il reste que cette solidarité rendue automatique entre *forum* et *jus* est la marque d'une revendication unilatérale de l'ordre juridique dans la résolution du litige qui intervient lors de la désignation de la juridiction compétente. L'exclusivité de la règle de conflit apparaît alors comme étant au service d'un intérêt prépondérant de l'État dans les matières concernées. Mais, cet intérêt prépondérant affirmé de manière abstraite n'est pas toujours mis en avant par la jurisprudence lorsqu'il s'agit de s'intéresser au point de vue concret de l'État dans les différentes matières.

246. Ainsi, en matière réelle immobilière, devant la possibilité de choisir la loi applicable au contentieux affecté d'un élément d'extranéité, mais non de choisir le juge compétent l'on s'interroge sur le fondement de l'exclusivité de la règle et par voie de conséquence, sur les raisons d'être de la concordance imposée. À ce titre, l'argument fondé sur l'existence d'un principe de souveraineté tiré du droit international public ou d'un intérêt particulier de l'État en matière réelle immobilière ne semble plus conforme à la réalité du droit positif dans l'espace européen. L'emprise de l'État sur son territoire ne peut plus expliquer la concordance imposée entre compétence juridictionnelle et loi applicable. En outre, lorsqu'il s'agit de donner une solution concrète au litige, la Cour de

[353] C'est tout le potentiel de la technologie de la blockchain. « On la compare souvent à un livre de compte public. Tous les échanges entre les utilisateurs de l'application depuis la création de celle-ci, seront consultables ». S. DRILLON, « La révolution Blockchain », *RTD. Com.*, 2016, p. 893.
La particularité de cette technologie est qu'elle est décentralisée. Elle pourrait ainsi parfaitement s'adapter et bouleverser la réglementation des relations juridiques à caractère international.

Justice retient elle-même une autre argumentation lorsqu'elle se fonde sur des considérations de proximité et de bonne administration de la justice. Le bienfondé de l'exclusivité de la compétence en matière réelle immobilière peut alors être critiqué.

247. En matière de baux immobiliers, il semble difficile de trouver un fondement unique à la concordance. Mais, ce sont ici les liens étroits entre le *forum* et le *jus* qui expliquent la revendication de la part des États d'une compétence exclusive.

248. Les mêmes questions se posent également en matière de sociétés et personnes morales. Le fondement de cette concordance imposée est à rechercher dans la localisation des intérêts collectifs sociétaires. Pourtant, la solution ainsi consacrée ne parvient pas toujours à atteindre cet objectif en raison de la diversité des législations. En l'absence d'un seul intérêt étatique prépondérant, le lien entre les compétences se distend et l'exclusivité ainsi que l'impérativité de la compétence perdent leur raison d'être.

249. En revanche, la concordance quasi systématique entre *forum* et *jus* en matière de registres publics s'explique par l'intérêt de l'État à gérer le fonctionnement de ses services publics. Cet intérêt de l'État perdure tant que les registres restent de la compétence unique des États et ne font pas l'objet d'une réglementation européenne. La concordance consacrée entre les deux compétences est ici au service de l'intérêt prépondérant de l'État.

Conclusion du chapitre :

250. L'étude des compétences exclusives contenue à l'article 24 du Règlement Bruxelles I *bis* démontre une tendance forte à la concordance du *forum* et du *jus* dans les matières concernées. Cette tendance est cependant plus ou moins marquée en fonction des matières. Ainsi, la matière immobilière souffre d'exceptions tandis que la compétence consacrée en matière de validité des inscriptions sur les registres publics conduit presque inéluctablement à la compétence de la *lex fori*.

251. Ce phénomène de concordance entre *forum* et *jus* est d'autant plus notable que la consécration d'une compétence exclusive par le législateur ne s'est pas poursuivie, sauf exception, par la création d'une règle européenne uniforme de conflit de lois qui désigne la loi du for. L'existence d'un lien entre compétence juridictionnelle et loi applicable est alors tributaire des règles de conflit de lois nationales.

252. Les résultats auraient pu varier en fonction des législations nationales, à tel point qu'il puisse être impossible de révéler une quelconque tendance. Cependant, l'observation du droit positif démontre que par le détour de la qualification *lege fori*, par le recours aux règles nationales de conflit de lois qui désignent la *lex fori*, ou encore par l'usage de la méthode des lois de police, il existe bel et bien un phénomène de concordance du *forum* et du *jus*. Cette tendance trouve parfois des difficultés à s'exprimer lorsqu'elle est confrontée aux instruments de droit européen primaire ou dérivé où le droit national est supplanté par le droit de l'Union européenne. De même, la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable au litige est un facteur de perturbation voire de rupture avec cette équation. L'on peine pourtant à comprendre pourquoi dans de telles hypothèses une liberté serait laissée quant au choix de la loi et non quant au choix du juge. Dans ce cas, l'exclusivité de la compétence est source de débat. C'est pourquoi cette autonomie est largement limitée, voire même exclue. L'analyse effectuée démontre ainsi que dans la très grande majorité des litiges, le juge exclusivement compétent applique la *lex fori*.

253. De manière générale, l'affirmation d'une compétence exclusive et impérative est donc le moyen donner par le législateur européen de fixer le lien entre *forum* et *jus,* sans avoir recours à une uniformisation des règles de conflit de lois. Il y a ici une complémentarité des règles de conflit de source européenne et nationale. La règle de

conflit de lois nationale mène à la concordance des compétences et la règle de conflit de juridictions exclusives fixe cette concordance. L'ordre juridique européen donne alors aux ordres juridiques nationaux le moyen d'imposer la concordance des compétences. L'exclusivité de la compétence intervient comme un moyen indirect pour s'assurer que le juge applique sa propre loi. En cela, le régime de la compétence juridictionnelle crée une concordance imposée entre compétence juridictionnelle et loi applicable qui rend l'ordre juridique entièrement compétent.

254. Cette concordance entre compétence juridictionnelle et loi applicable constitue une exception au règlement normal du conflit de lois dans l'espace puisqu'elle conduit à une monopolisation du contentieux par un seul ordre juridique. Elle est une manifestation de la revendication monopolistique du litige par l'ordre juridique qui entend préserver un intérêt prépondérant. Or, cette revendication abstraite d'un intérêt particulièrement important qui est traditionnellement un intérêt étatique subit difficilement le test de la résolution concrète du litige. En effet, malgré l'apparence et la tradition en matière réelle immobilière, l'on ne peut plus affirmer aujourd'hui que la concordance permet de garantir la protection d'un intérêt prépondérant de l'État du lieu de situation de l'immeuble. Cette concordance est d'ailleurs bien davantage justifiée par le juge européen par les notions de proximité et de bonne administration de la justice.

255. De même, en matière de sociétés et personnes morales, la concordance s'explique en réalité par la recherche de la localisation de l'intérêt collectif sociétaire en dépit des difficultés liées à la diversité des législations nationales. Dans ces deux domaines, les considérations tenant à la concordance des compétences prennent une importance remarquable. De conséquence de la monopolisation du litige par l'État, la concordance entre *forum* et *jus* devient ainsi une de ses explications. À l'inverse, la concordance en matière d'inscription sur les registres publics se fonde clairement sur la volonté de protéger un intérêt étatique. Cette compétence permet à l'État de rester le seul à pouvoir trancher les litiges concernant l'organisation de ses services publics en vertu de sa propre loi.

256. L'étude de la concordance imposée doit désormais s'effectuer à l'aune de l'impérativité de la compétence législative.

CHAPITRE 2 : LA CONCORDANCE IMPOSÉE DES COMPÉTENCES PAR LE RECOURS AUX LOIS DE POLICE

257. Le droit international privé européen continental s'est construit depuis Savigny selon le modèle offert par la méthode conflictuelle. Cette méthode prône l'égalité entre la loi du for et la loi étrangère, ce qui érige la possibilité d'une indépendance entre juge compétent et loi applicable en principe cardinal de la matière. Cependant, Savigny attestait lui-même que ce principe d'indépendance ne pouvait être absolu[354] en présence de « lois d'une nature positive rigoureusement obligatoire ». Sous cette appellation, l'auteur allemand vise une certaine catégorie de lois qui se caractérisent par leur impérativité en présence d'un litige international[355]. Dans ces hypothèses, l'égalité entre la loi du for et la loi étrangère cède le pas à une concordance imposée des compétences juridictionnelle et législative. Ce phénomène est celui qui existe en présence d'une loi de police et précisément en présence d'une loi de police du for.

258. Le terme de loi de police, déjà pensé par Savigny, théorisé et nommé comme tel ensuite par Phocion Francescakis est alors employé pour désigner une méthode de résolution du conflit de lois dérogeant à la méthode conflictuelle. Par l'édiction de lois de police, l'ordre juridique entend faire prévaloir ses règles sur les autres règles susceptibles de s'appliquer et mettre à l'écart sa législation de la concurrence normative (SECTION 1).

259. Ce phénomène de concordance devenu classique est la manifestation du pluralisme des méthodes de droit international privé[356]. Pourtant, en dépit d'un phénomène désormais largement admis, les évolutions libérales contemporaines de la matière permettent aux individus de contourner la concordance normalement imposée par le juge ou le législateur qui s'en trouve de fait altérée (SECTION 2).

---

[354] Selon lui, « nous devons maintenant apporter une restriction à ce principe ; car il y a plusieurs espèces de lois dont la nature spéciale n'admet pas cette indépendance […]. En présence de ces lois, le juge doit appliquer exclusivement le droit national, alors même que notre principe demanderait l'application du droit étranger. De là résulte une série d'exceptions très importantes, dont la détermination rigoureuse est peut-être la partie la plus difficile du problème que nous avons à résoudre » F.-C. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, *op. cit.,* § 349, p. 34 et s.

[355] Pour différentes terminologies, voir K. NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et disposition impérative en droit international privé », *Rev. Crit. DIP*, 1957, p. 579. Dans toutes les hypothèses visées ci-après, l'impérativité étudiée sera celle qui se déploie même en présence d'une situation internationale.

[356] H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *op. cit.*.

SECTION 1 : LA CONCORDANCE IMPOSÉE DES COMPÉTENCES JUSTIFIÉE PAR LE MÉCANISME DES LOIS DE POLICE

260. La concordance imposée des compétences juridictionnelle et législative trouve sa source dans la singularité méthodologique des lois de police. Une fois la compétence juridictionnelle acquise, la présence d'une loi de police préempte effectivement l'application de la règle de conflit de lois pour imposer l'application de la disposition qualifiée de loi de police afin de faire prévaloir un intérêt particulier. La définition des lois de police fournit ainsi les raisons aptes à justifier la concordance imposée des règles de compétence (§1). À ce stade, il ne s'agit cependant que de forcer l'application de la règle de compétence spéciale constituée par la loi de police. La concordance des compétences c'est-à-dire la liaison du *forum* et du *jus* ne s'opère effectivement ensuite que s'il s'agit d'appliquer les lois de police du for (§2).

§1 : Le présupposé de la concordance : l'application imposée de la règle de compétence législative

261. La concordance imposée du *forum* et du *jus* est le résultat d'une liaison intense entre les compétences pour justifier l'exception au principe d'égalité entre la *lex fori* et la loi étrangère. Cette dérogation est le propre des lois de police. L'analyse pourrait *a priori* sembler classique, mais définir ce qu'est précisément une loi de police demeure encore un exercice difficile[357]. Les définitions des lois de police sont nombreuses en droit international privé et ont pu varier en fonction des auteurs et des sources du droit positif.

262. Deux éléments principaux surgissent toutefois. Pour caractériser une loi de police, il faut tout d'abord être en présence d'une norme dotée d'une impérativité particulière, apte à déroger aux mécanismes de réglementation du conflit de lois. L'imposition de la concordance ressortirait donc techniquement du régime spécifique des lois de police (A). Ensuite, il faut que l'impérativité de cette norme soit liée à un motif d'intérêt public. La concordance des compétences poursuivrait en conséquence un objectif particulier (B).

[357] Les auteurs ne manquent pas de relever la difficulté de définition d'une telle notion. Il a notamment pu être affirmé que « l'énonciation d'une définition de la notion de lois de police s'apparente à une gageure », S. FRANCQ, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, *op. cit.,* p. 25, ou encore que « la notion reste fondamentalement indéterminée, fuyante », L. D'AVOUT, « Les lois de police », in T. AZZI, O. BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?,* Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 91-119, spéc. p. 93.

A- La concordance imposée des règles de compétence par le régime de l'impérativité

263. Les lois de police constituent une méthode concurrente à la règle de conflit bilatérale. Si la règle de conflit de lois savignienne nécessite de prendre pour point de départ de la résolution du conflit de lois la nature du rapport de droit pour ensuite en déterminer la loi applicable, la méthodologie des lois de police intervient en quelque sorte à front renversé. L'article 3 du Code civil français offre un des premiers exemples de ce mécanisme[358]. Sur la base de cet article, une loi qualifiée de loi de police doit s'appliquer sur le territoire français indépendamment des autres éléments d'extranéité[359]. Le raisonnement consiste à partir de la loi pour déterminer son champ d'application. On trouve ici une parenté avec la démarche unilatéraliste[360].

264. La notion de lois de police a été mise en lumière par le droit international public, en matière de protection des mineurs[361] dans le célèbre arrêt *Boll*[362] dans lequel la Cour internationale de Justice décide qu'une loi nationale peut s'appliquer au détriment de la loi désignée par la Convention. Les lois de police ont ensuite acquis une place dans les instruments de droit international privé. S'il était possible, à l'instar de l'arrêt *Boll*, de faire

---

[358] En vertu duquel, « *les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire* ». Sur lequel, A. LAINE, « La rédaction du Code civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé », *Rev. Crit. DIP*, 1905, p. 21 ; B. ANCEL, *Eléments d'Histoire du droit international privé*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2017, spec. p. 526 et s.

[359] Voir notamment un des premiers arrêts fondateurs : CE, 29 juin 1973, *Compagnie internationale des wagons-lits. Grands arrêts* n° 53. *JDI* 1975, p. 538, note M. SIMON-DEPITRE. Dans cette affaire, le Conseil d'État a considéré qu'une société étrangère devait constituer un comité central d'entreprise en France dès lors qu'elle s'était implantée en France par l'intermédiaire de ses établissements. Le seul critère retenu est donc celui de la présence de la société sur le territoire français.

[360] Sur les liens entre unilatéralisme et lois de police : P. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. Crit. DIP*, 1966, p. 16. P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *op. cit.,* p. 228 ; P. GOTHOT, « La méthode unilatérale face au droit international privé des contrats », *TCFDIP*, 1979, pp. 201-232.
Pour une approche plus nuancée des liens entre loi de police et unilatéralisme : P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *JDI*, 1981, p. 277, spec. n°21.

[361] Y. LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, *op. cit.,* p. 41 n° 48 et p. 241, n°318. En ce sens, voir également, J. FOYER, « Les mesures d'assistance éducative en droit international privé », *Rev. Crit. DIP*, 1965, p. 52. D. VIGNES, « L'arrêt de la C.I.J. du 28 novembre 1958 (affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, Pays-Bas c. Suède) », *Annuaire français de droit international*, 1958, 4, p. 250-256.

[362] CIJ, 28 novembre 1958, *Boll*, Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, (Pays-Bas c./Suède). En l'espèce, le litige était relatif à l'application à une mineure néerlandaise d'un régime de protection. Selon la Convention de La Haye de 1902 liant la Suède et les Pays-Bas, la règle de conflit de lois renvoyait à la loi néerlandaise, loi nationale de l'enfant mineure. Pourtant, les juges suédois ont fait application de la loi suédoise. L'État suédois considéra que la protection des mineurs était fondamentale pour l'organisation de la société et ne saurait être remise en cause par l'application d'une loi étrangère, résultant de l'application de la règle de conflit de lois.
En l'espèce, l'État sur le territoire duquel se trouve le mineur pouvait légitimement prétendre à l'application de sa propre loi, quelle que soit la nationalité du mineur et indépendamment de la règle de conflit de lois contenue dans la Convention internationale, afin de protéger le mineur en danger.

exception à une règle de conflit de lois contenue dans une convention internationale, ce sont désormais les textes internationaux qui prévoient directement la possibilité d'application de cette catégorie de lois[363]. La définition et le régime des lois de police sont désormais fournis par les textes supranationaux. L'intensité du phénomène de concordance doit donc s'envisager à l'aune du renouvellement des sources du droit international privé. Sous l'influence du droit de l'Union européenne, le phénomène des lois de police a franchi un pas supplémentaire dans le sens d'une reconnaissance de la méthode dérogatoire à la règle bilatérale dans un contexte de communauté de droit et de rapprochement des droits matériels.

265. En droit international privé de l'Union européenne, la Convention de Rome de 1980 a consacré le recours à la méthode des lois de police en son article 7[364]. Le Règlement Rome I, en son article 9, consacre également la méthode des lois de police en en modifiant la définition et le régime par rapport à la précédente Convention. L'article 9 du Règlement Rome I pose en son alinéa premier une définition autonome de la notion. Ainsi, « *une loi de police est une disposition impérative […] 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* ». Le législateur européen prévoit dans ce texte la possibilité d'appliquer les lois de police, quelle que soit la loi applicable au contrat. Il faut donc comprendre que les lois de police, par leur impérativité, interviennent comme une exception au mode de désignation de la *lex contractus* posé par le Règlement.

266. C'est ce raisonnement d'inspiration unilatéraliste assorti du régime dérogatoire des lois de police qui a des conséquences sur notre hypothèse de concordance entre *forum* et *jus*. Ce régime est celui de l'impérativité. Ainsi, lorsqu'une norme est dotée de l'impérativité internationale, elle s'applique en évinçant une autre règle de compétence. La loi de police est dotée d'une valeur obligatoire supérieure à la règle de conflit de lois.

---

[363] Une des premières consécrations a eu lieu à l'article 16 la Convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation qui prévoit l'application des dispositions impératives « *quelle que soit la loi désignée par la règle de conflit de lois* ».

[364] L'article 7 prévoyait que : « *1- Lors de l'application en vertu de la présente convention de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application.*

2- Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat ». Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (version consolidée). L'existence des lois de police était déjà présente dans la Convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation.

Dans ce cadre, si la loi de police appliquée est une loi de police du for, ce qui est l'hypothèse la plus fréquente[365], il y aura concordance des compétences juridictionnelle et législative, car les lois de police « permettent à un ordre juridique de forcer unilatéralement sa compétence législative »[366].

267. Le caractère exceptionnel est primordial pour comprendre ce phénomène. Dans un paradigme conflictuel, l'impérativité de ces lois qui induit l'imposition de la concordance entre juge compétent et loi applicable ne saurait légitimer une exception à la méthode bilatérale classique et à son objectif d'harmonie internationale des solutions qu'en des cas circonscrits. Classiquement en effet, afin d'éviter toute tendance au *lex forisme*, les lois de police doivent être dictées par un intérêt supérieur à la résolution du conflit d'intérêts privés à caractère international. Dans un environnement bilatéraliste, il faut que cet intérêt soit suffisamment important pour légitimer un traitement différent et en quelque sorte exorbitant du contentieux à caractère international.

268. En somme, le régime des lois de police permet de justifier techniquement la dérogation à la mécanique bilatérale pour sceller la liaison entre les compétences. Or, en tant que méthode dérogatoire et concurrente à la méthode conflictuelle, l'existence d'une loi de police doit être particulièrement justifiée. L'impérativité des lois de police est au service du contenu de la norme à appliquer. La concordance entre les compétences ne se justifie dès lors qu'en présence d'un intérêt public particulier : l'intérêt étatique.

B- La concordance imposée des règles de compétence pour la supériorité de l'intérêt étatique

269. L'objectif de la loi est primordial pour définir une loi de police. Le rattachement choisi doit en effet préserver l'intérêt étatique garanti par la disposition matérielle. L'on retrouve cette considération chez Savigny lorsqu'il considère que ces lois particulières sont la marque de l'existence des intérêts publics dans le règlement du litige privé à caractère international alors même que l'auteur fonde sa méthode bilatérale sur une distinction nette entre droit public et droit privé[367]. La porosité de cette démarcation

---

[365] Voir *infra* n°280 et s.

[366] B. ARCHINARD-GREIL, *Lois de police et conflits de juridictions (Essai sur la coordination des systèmes à l'aide de la notion d'ordre juridique prépondérant)*, thèse dactyl., Lyon III, 2017, p. 3. Voir également, P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *op. cit.,* p. 277, spec. p. 285.

[367] L'auteur allemand ne considère pas pour autant que les intérêts publics sont totalement absents du droit privé. Seulement, dans la majorité des hypothèses, ils occupent un rôle ancillaire par rapport aux intérêts privés et ne sont

entre droit privé et droit public n'est admise que dans de rares hypothèses pour lesquelles il est légitime de faire exception à sa méthode. L'application de ces lois est par conséquent nécessaire.

270. C'est ce que l'on retrouve sous la plume de Francescakis. Désormais, une loi de police est celle qui s'applique lorsque son « observation est nécessaire à la sauvegarde de l'organisation politique sociale et économique »[368]. La loi de police intervient donc comme une règle dotée d'un degré d'impérativité supérieur à la règle de conflit de lois en raison de son contenu particulier. L'application de ces lois est matériellement nécessaire. Cette précision est importante, car elle enserre l'impérativité dans un périmètre spécifique. Il ne suffit d'ailleurs pas de dire qu'une loi est internationalement impérative pour justifier sa dérogation à la méthode bilatérale. En effet, « il faut en outre que l'inadaptation du facteur de rattachement résulte de ce qu'à s'en tenir à lui, l'intérêt public de l'État se trouverait altéré »[369]. Il y a là un choix exceptionnel en faveur de la justice substantielle par opposition à la justice de droit international privé[370].

271. L'on retrouve cette considération dans l'arrêt *Boll*[371]. Puis, la doctrine et la jurisprudence ont tour à tour posé des définitions des lois de police intégrant explicitement ou non la notion d'intérêt étatique, laissant subsister un flou quant aux critères de définition de ces lois[372]. La définition consacrée dans l'article 9 du Règlement

---

que le reflet de la réalisation des intérêts publics. En ces matières de droit privé, l'intérêt public est donc majoritairement au service des intérêts privés.
En ce sens, « il a été vu que l'ordre civil se propose de réaliser l'insertion des intérêts privés dans l'intérêt général. Ce dernier n'est jamais absent, car sinon le législateur n'interviendrait pas. Mais il est satisfait par le libéralisme des causes secondes : la satisfaction de l'intérêt général de la société procède de la satisfaction des intérêts individuels ». Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *op. cit.,* p. 113, n° 74. Pour une illustration de cette analyse chez Savigny: D. KENNEDY, « Savigny's Family/ Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought », 58 *American Journal of Comparative Law*, 811 (2010), spec. p. 823.

368 P. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. Crit. DIP*, 1966, p. 1 ; « Lois d'application immédiate et règles de conflit », *Revue de droit international civil et procédural*, 1967, p. 691.

369 P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 207 et s.

370 Sur la distinction entre justice de droit international privé et justice de droit matériel : G. KEGEL, « Begriffs auf Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht », in *Festchrift für Hans Lewald*, 1953, p. 259.

371 CIJ, 28 novembre 1958, *Boll*, Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, (Pays-Bas c./Suède) : « *L'éducation protectrice contribue à la protection de l'enfant, mais en même temps et surtout elle est destinée à protéger la société contre les dangers résultant de la mauvaise éducation, de l'hygiène défectueuse ou de la perversion morale de la jeunesse. La convention de 1902 a admis que la tutelle, pour atteindre son but de protection individuelle, a besoin d'être régie par la loi nationale du mineur ; pour atteindre le but de garantie sociale qui est le sien, la loi suédoise sur la protection de l'enfance et de la jeunesse a besoin de s'appliquer à toute la jeune vivant en Suède* ».

372 Cette incertitude perdure aujourd'hui. « En 2014, le sentiment de progrès n'est pas intense par rapport aux années 1960-1970, époque de Francescakis, ni même par rapport aux écrits de la fin du XIXe ou au début du XXe siècle si l'on pense par exemple, parmi les auteurs francophones à Weiss ou Pillet ». L. D'AVOUT, « Les lois de police *op. cit.,* p. 91, spéc. p. 92.

Rome I présente quant à elle le mérite de proposer une définition européenne à la fois fonctionnelle et conceptuelle[373] qui renvoie à la précision effectuée par le professeur P. Mayer pour distinguer les lois de police des lois d'application immédiate. Ainsi, le législateur européen retient qu'« *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* ». Cet article franchit un pas supplémentaire par rapport aux précédentes définitions posées par la Cour de Justice des Communautés européennes[374] et la Convention de Rome[375], sans pour autant lever toutes les incertitudes quant à la détermination précise des lois de police[376]. Le législateur européen fait explicitement référence à la notion d'intérêt public étatique[377]. Une loi de police est celle qui préserve la sauvegarde de l'intérêt public étatique.

272. Il reste qu'il demeure difficile d'identifier clairement les lois de police et notamment le caractère d'intérêt étatique[378]. Il est difficile d'affirmer effectivement que seules quelques lois poursuivent une politique législative particulière. « Il n'y a pas de différence de nature entre les lois de police et les autres lois. Dans les États modernes, on

---

[373] C'est également ce qu'avait réalisé la Cour de cassation française en application pourtant de l'article 7 de la Convention de Rome. Voir en ce sens : Com., 13 juillet 2010, n° 09-13.354. *RTD Com.* 2010, p. 779, note B. BOULOC ; *Rev. Crit. DIP*, 2010, p. 720, A. POTOCKI. Com. 13 juillet 2010, n° 10-12.154. *JDI*, 2011, p. 91, note F. JAULT-SESEKE ; *JCP E,* 2010, p. 23, C. CHABERT ; *D.,* 2010, p. 1863, obs. X. DELPECH ; *D.,* 2010, p. 2323, obs. S. BOLLEE.

[374] CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, aff. C-369/96, point 39 : « *il convient d'entendre cette expression comme visant des dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet État membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci.* ». *Rev. Crit. DIP*, 2000, p. 710, note M. FALLON ; *Rev. Science crim.* 2000, p. 248, obs. L. IDOT ; *RTD eur.* 2000, p. 727, chron. J. HUGLO.

[375] Article 7 de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (version consolidée), JO n° C 027 du 26 janvier 1998. « *[…] il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. […]* ».

[376] Voir en ce sens, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.,* p. 207.

[377] En revanche, cette précision est absente de l'article 16 du Règlement Rome II qui dispose que « *les dispositions du présent règlement ne portent pas atteinte à l'application des dispositions de la loi du for qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable à l'obligation non contractuelle* ». Pourtant, en dépit de cette différence notable avec la définition posée à l'article 9 du Règlement Rome I, la Cour de Justice de l'Union européenne a opéré un rapprochement des deux notions sur le fondement de la cohérence interprétative entre les règlements Rome I et Rome II. CJUE, 31 janvier 2019, *Agostinho da Silva Martins c./Dekra Claims Services Portugal SA,* aff. C-149/18, *RTD eur.*, 2019, p. 869, note M. HO-DAC ; *JDI*, 2019, p. 1475, note S. SANCHEZ LORENZO ; *JDI*, 2019, p. 878, note L. PAILLER.

[378] « C'est toujours en définitive la notion d'intérêt général, d'intérêt supérieur de l'État par rapport aux intérêts particuliers (voire à la somme de ces derniers sous forme d'intérêts communs) que l'on retrouve à travers les lois de police ». P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », *op. cit.,* p. 134. Il peut également être fait référence aux « intérêts généraux » chez Batiffol ou encore à « l'intérêt des États » pour B. Audit : H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.,* p. 229 ; B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit de lois », *RCADI*, 1984-III, t. 186, p. 276.

peut dire que toute loi tend pratiquement à garantir les intérêts économiques ou sociaux... En réalité, il existe entre les lois de police et les autres lois une simple différence de degré, de mesure, la qualification de loi de police ne peut résulter que d'un examen concret de chaque disposition législative »[379]. La notion d'intérêt étatique est fuyante et difficile à définir et la caractérisation d'une loi de police relève bien souvent d'une démarche entreprise *a posteriori*. C'est au législateur, et plus souvent encore au juge que revient cette difficile tâche d'identification des lois de police, ce qui explique les divergences de jurisprudence entre des ordres juridiques voisins.

273. Si l'impérativité s'explique par des considérations d'intérêt général, la préservation de l'intérêt étatique au sein des lois de police doit être distinguée de celle qui est à l'œuvre lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre l'exception d'ordre public international. Devant la difficulté d'avoir des critères réellement opérants pour définir les lois de police, il a été affirmé que les lois de police ne sont pas une notion véritablement autonome. Elles ne seraient en réalité qu'une mise en œuvre de l'exception d'ordre public international[380]. Selon le professeur V. Heuzé, la théorie des lois de police constitue un raccourci pour forcer l'application de la loi du for dans des cas où la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois du for serait évincée par le recours à l'exception d'ordre public international. Il est vrai que le contenu des lois de police et celui de l'ordre public international peuvent être poreux en ce sens que l'ordre public international et les lois de police entendent protéger tous deux l'ordre public[381]. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'appliquer des lois de police, c'est toujours l'ordre public qui est en cause.

274. Pour autant, ces deux instruments du droit international privé peuvent être distingués quant à leur fonction. Il est possible avec le professeur B. Rémy de distinguer les lois de police des règles d'ordre public en opérant une distinction entre objectifs et valeurs. Selon l'auteur, « les lois de police sont les lois qui ont pour fonction et non seulement pour effet d'engendrer un certain type d'organisation au sein de la société »[382].

---

379 Y. LOUSSOUARN, « Cours général de droit international privé », *RCADI*, 1973-II, t. 139, p. 328.

380 V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux, Étude critique des méthodes*, GLN-Joly, 1990, p. 178 : « […] en définitive, il faut donc bien convenir que si le phénomène des règles d'application immédiate est incontestablement de droit positif, la théorie des lois de police est totalement impuissante à en rendre compte, faute de fournir un critère acceptable des normes qu'elle étudie ». (souligné par l'auteur).

381 En ce sens, le professeur A. Bucher a démontré l'absence d'étanchéité entre les notions : A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *op. cit.,* pp. 34 et s.

382 B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme de lois de police en droit international privé*, Paris, Dalloz, 2008, p. 201-202. Nous souscrivons à cette affirmation tout en retenant avec Monsieur B. Rémy que « ce type de norme, bien

Elles servent donc un objectif de protection de l'organisation de la société. L'exception d'ordre public international repose en revanche davantage sur des considérations axiologiques et tend à préserver des valeurs[383]. Cette analyse est séduisante, car elle explique le rôle particulier de la loi de police dans le système bilatéraliste[384]. La poursuite d'une politique législative est un objectif plus facile à atteindre par l'adoption d'une loi de police que par l'intervention de l'exception d'ordre public dont le régime et le contenu peuvent varier dans l'espace et le temps. Cette définition rapproche également les lois de police des lois de droit public[385], même si en la matière le principe de territorialité du droit public et la dimension majoritairement verticale du litige en limitent la nécessité[386].

275. Il est ici possible de dresser un parallèle avec la théorie, du professeur B. Currie[387] qui envisage le conflit de lois à travers les intérêts gouvernementaux et les politiques étatiques[388]. Les lois de police y seraient l'expression d'une démarche

---

qu'élaboré en fonction d'un objectif sociétal, est toujours susceptible d'être présenté en termes de valeurs ». *Ibid*, p. 202.

[383] Cass., Civ. 25 mai 1948, *Lautour. Grands arrêts* n° 19 ; *Rev. Crit. DIP*, 1949, p. 89, note H. BATIFFOL.

[384] Il faut en revanche noter que l'auteur entreprend également de distinguer les deux instruments en fonction des intérêts dont ils ont la charge. Pour l'auteur, l'exception d'ordre public international entend garantir des intérêts privés tandis que la loi de police joue un rôle de protection de l'intérêt public. Nous sommes cependant en désaccord avec cette stricte répartition des intérêts. S'il est aujourd'hui affirmé en droit positif que les lois de police doivent poursuivre un intérêt public, l'exception d'ordre public international ne nous semble cependant pas poursuivre des intérêts uniquement privés et va parfois même à l'encontre de l'intérêt des parties au litige pour garantir la cohésion matérielle du for.

[385] Sur la difficulté de distinguer clairement le droit public du droit privé : C. CAMUS, *La distinction du droit public et du droit privé et le conflit de lois*, Paris, LGDJ, 2015 ; H. MUIR WATT, « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois ?) », *Archives de philosophie du droit*, 1997, vol. 41, p. 207 ; B. AUDIT, « Du bon usage des lois de police », in *Mélanges en l'Honneur de Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, p. 25.
Voir plus généralement, B. BONNET, P. DEUMIER (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Paris, Dalloz, 2010 ; C. JAMIN, F. MELLERAY, *Droit civil et droit administratif*, Paris, Dalloz, 2018.

[386] Un exemple peut être fourni par le droit de la concurrence (bien que son appartenance au droit public ou au droit privé est sujette à débat).
« Un accord existe sur le fait que les droits de la concurrence, du moins les droits des pratiques anticoncurrentielles, appartiennent à la catégorie des lois de police. La doctrine est unanime. Cette solution s'explique par la finalité macro-économique de ces règles. Elles ont pour objectif la régulation du marché, et relèvent à ce titre de l'ordre public de direction ». L. IDOT, « Les conflits de lois en droit de la concurrence », *JDI*, 1995, p. 321, n°4. Voir également : J.-B. RACINE, « Droit économique et lois de police », *RIDE*, 2010/1 (t. XXIV, 1), pp. 61, spec. p. 65.

[387] Brained Currie, fortement marqué par le constitutionnalisme et le fédéralisme américain, envisage l'ensemble du droit international privé en termes d'intérêts étatiques. Sa théorie des *governmental interests,* à l'origine de la révolution américaine de la « crise des conflits de lois », vise à apprécier les intérêts de chaque État grâce à l'analyse de la politique poursuivie par chacune des règles potentiellement applicables. Pour l'auteur américain, l'existence d'un conflit de lois met en jeu les politiques législatives des États. « *Each state has a policy, expressed in its law, and each state has a legitimate interest, because of its relationship to one of the parties, in applying its law and policy to the determination of the case* ». B. CURRIE, *op. cit.,* p. 107-108. Pour une présentation en langue française de la doctrine de Brained Currie, voir : J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, *op. cit.,* p. 111, spéc. n° 153 ; P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.,* p. 157.

[388] C'est la démarche entreprise par le professeur G. Goldstein dans sa thèse de doctorat consacrée aux liens entre l'exception d'ordre public international et les lois d'application nécessaires (que l'auteur assimile aux lois de police). L'auteur affirme que « La théorie des intérêts gouvernementaux représente aux États-Unis une tentative généralisée de rechercher le rattachement substantiel exigé rationnellement par les politiques (impératives ou non) des États dans lesquels les lois sont potentiellement intéressées par la situation. On peut la rapprocher par certains aspects de

fonctionnaliste dans un système bilatéraliste. Puisque c'est tout le phénomène du conflit de lois qui est appréhendé par le prisme des politiques législatives, la notion de loi de police n'est pas nécessaire dans un système fonctionnaliste, alors qu'elle est nécessaire dans le paradigme bilatéral fondé sur la neutralité. Il faut toutefois remarquer que les mêmes difficultés de détermination de l'intérêt public que celles qui innervent la méthode fonctionnaliste apparaissent[389]. Doit-on adopter une vision étroite ou élargie de l'intérêt étatique ? C'est toute la difficulté de qualifier certaines règles impératives. Sous le vocable intérêt général, une diversité d'hypothèses peut être appréhendée. La question est donc de savoir ce qui constitue l'intérêt général au point de lier nécessairement le juge compétent et la loi applicable. L'intérêt général doit-il être confondu seulement avec l'intérêt prépondérant du législateur étatique ? Ces questions revêtent un intérêt particulier avec l'évolution du droit de l'Union européenne où la politique législative peut être commune à tous les États membres. Dans cette hypothèse, le recours aux lois de police peut décliner en faveur d'une règle bilatérale fonctionnelle[390].

276. En somme, l'imposition de la concordance des règles de compétence juridictionnelle et législative s'explique par le fonctionnement dérogatoire de la loi de police. Pour concrétiser la concordance du *forum* et du *jus*, il faut en outre que le juge applique les lois de police du for.

§2 : La réalisation de la concordance : l'application des lois de police du for

277. La réalisation de la concordance des compétences nécessite que le juge applique une loi de police du for. Or, la loi étatique n'est désormais plus le seul donné.

---

la méthode des lois d'application nécessaire ». G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire, étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien*, Montréal, Canada, Thémis, 1996, p. 294.

Voir également : P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.,* p. 207 et s.

[389] De manière générale, le raisonnement suivi par l'auteur américain et notamment la détermination de l'intérêt étatique est source de difficultés. Il a été démontré que la recherche d'un intérêt étatique particulier, clairement identifié, relevait d'une illusion puisque chaque législateur poursuit des intérêts divers dans l'élaboration de la loi, de sorte que chaque État pourrait avoir intérêt à voir sa loi s'appliquer pour des raisons diverses. Voir notamment : L. BRILMAYER, « The Role of Substantive and Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules », *RCADI*, 1995, t. 252, p. 24 et s.

[390] H. MUIR WATT, « Rome II et les "intérêts gouvernementaux" : pour une lecture fonctionnaliste du nouveau règlement du conflit de lois en matière délictuelle », in S. CORNELOUP, N. JOUBERT (dir.), *Le Règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, Dijon, 2008, p. 129.

Il en découle d'ailleurs une forte propension à l'application de la *lex fori*. C'est le cas en matière de concurrence par exemple : « La *lex fori* sera applicable dans la majorité des situations, soit indirectement parce qu'elle coïncidera avec la loi du marché affecté, soit plus directement parce qu'en présence de plusieurs marchés affectés, le demandeur choisira en pratique son juge et ensuite la *lex fori* », L. IDOT, « La dimension internationale des actions en réparation. Choisir sa loi et son juge : quelles possibilités ? », *Concurrences*, 2014, p. 43, spec. n°14.

Les intérêts étatiques se trouvent confrontés à l'existence d'intérêts supranationaux communs liés à l'appartenance des ordres juridiques étatiques à l'ordre juridique de l'Union européenne. Deux sortes d'influence sont particulièrement intéressantes pour analyser le phénomène de concordance imposée des compétences. D'une part, l'ordre juridique supranational exerce une influence sur la mise en œuvre des lois de police étatiques (A). D'autre part, cet ordre juridique invoque lui-même l'existence de lois de police européennes, ce qui amène à envisager une concordance des compétences d'une nature renouvelée (B).

A- La concordance imposée des compétences en présence d'une loi de police étatique

278. Les instruments européens sont nombreux à prévoir l'application de lois de police étatiques, quelle que soit d'ailleurs la dénomination employée. Devant la multitude d'hypothèses existantes, l'influence du droit de l'Union européenne sur la liaison entre *forum* et *jus* sera étudiée à travers l'exemple de la matière contractuelle.

279. À ce titre, lorsque le Règlement impose l'application des lois de police du for, il vient sceller cet alignement entre juge compétent et loi de police (1). En revanche, lorsqu'il rend possible l'application des lois de police étrangères, le législateur permet une dissociation entre juge compétent et loi applicable, ce qui démontre que le phénomène des lois de police est synonyme d'une concordance imposée *des règles de compétence*, mais pas d'une concordance des compétences elles-mêmes (2).

1- La concordance des compétences par l'application des lois de police du for

280. L'alinéa 2 de l'article 9 du Règlement Rome I qui reprend la lettre de l'article 7 de la Convention de Rome prévoit que « *les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi* ». Ainsi, les lois de police s'imposent au juge du for et aux parties. Le lien entre *forum* et *jus* est ici particulièrement fort. Il semble être automatique dès lors qu'un rapport de droit relève du champ d'application d'une loi de police. Il faut également noter que cette obligation d'appliquer les lois de police du for est une obligation de source européenne. Cela situe les lois de police à la même place dans la hiérarchie des normes que les autres règles de conflit de lois contenues dans l'instrument de droit dérivé. Le législateur européen entend ainsi garantir et sauvegarder les intérêts étatiques des États membres.

281. Pour autant, si l'Union européenne réserve des exceptions à la méthode conflictuelle en faveur des particularités étatiques, la communauté de droit matériel existant au sein de l'Union européenne ne saurait être sans effet sur l'application des lois de police. L'influence se ressent tant au niveau du droit dérivé de l'Union européenne qu'au niveau du droit primaire.

282. La Cour de Justice de l'Union européenne a, à ce titre, très tôt affirmé que l'application des lois de police permise par la législation européenne ne devait pas déroger aux objectifs de l'Union européenne garantis par les traités. Du point de vue du droit de l'Union européenne, il s'agit là de respecter la logique selon laquelle le droit étatique ne peut pas porter atteinte au droit primaire. Sur un plan méthodologique, cette empreinte du droit primaire de l'Union européenne exerce une influence non négligeable sur le droit international privé et l'application des lois de police.

283. En effet, pour ne pas contrevenir aux libertés de circulation contenues dans les traités, la Cour de justice considère qu'elle doit exercer un contrôle relatif aux conditions d'application des lois de police dès lors que leur exercice est susceptible de porter atteinte à ces libertés de circulation. C'est ce qu'elle a décidé dans l'arrêt *Arblade* du 23 novembre 1999. La Cour de Justice estime que « *les articles 59 et 60 du traité s'opposent à ce qu'un État membre impose, même par des lois de police et de sûreté, à une entreprise établie dans un autre État membre et exécutant temporairement des travaux dans le premier État d'établir des documents sociaux ou de travail […] dès lors que la protection sociale des travailleurs susceptible de justifier ces exigences est déjà sauvegardée par la production des documents sociaux et de travail tenus par ladite entreprise en application de la réglementation de l'État membre où elle est établie* »[391].

284. Pour conclure à une telle solution, la Cour de Justice contrôle l'application des lois de police à travers un contrôle de proportionnalité qui peut mener à l'inapplication d'une loi de police. Pour la Cour, la mise à l'écart de la loi de police nationale implique cependant la réunion de conditions cumulatives. Il est tout d'abord nécessaire de

[391] CJCE, 23 novembre 1999, *Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL*, aff. C-369/96 (affaires jointes C-376/96), précité.
En l'espèce, une entreprise ayant son siège social en France effectue l'ensemble de son activité en Belgique. À l'occasion d'un contrôle, les services de l'inspection des lois sociales belges demandent à la société Arblade de fournir divers documents imposés par la législation belge à titre de loi de police. Considérant qu'elle respectait déjà la législation française, la société française n'a pas souhaité fournir les documents demandés. Le tribunal correctionnel belge a poursuivi la société française. Il s'agissait de savoir si le droit primaire de l'Union européenne pouvait faire obstacle à l'application d'une loi de police de l'État d'accueil lorsqu'est démontrée que l'application de cette loi de police constitue une entrave à la libre prestation de service.

démontrer une entrave à une liberté fondamentale de l'Union européenne. C'est ce qu'elle estime en l'espèce considérant que l'obligation de fournir ces documents additionnels était de nature à constituer une entrave à la libre prestation de service[392].

285. Ensuite, cette entrave ne doit pas être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général poursuivie par la disposition litigieuse, car sinon l'entrave serait justifiée[393]. Or, la loi de police, telle que définie par les instruments européens en matière contractuelle, contient intrinsèquement des dispositions d'intérêt général[394]. La Cour estime alors que l'application de cette règle ne doit pas être disproportionnée au but poursuivi. Tel est le cas s'il existe seulement quelques différences entre les lois en présence[395]. La juridiction effectue alors un test d'équivalence entre les deux lois. En l'espèce, l'application de la loi de police s'avérait disproportionnée au but poursuivi, car « *s'agissant de la tenue des documents sociaux et de travail, l'entreprise est déjà soumise, dans l'État où elle est établie, à des obligations comparables, en raison de leur finalité tenant à la sauvegarde des intérêts des travailleurs, du chef des mêmes travailleurs et pour les mêmes périodes d'activité, à celles édictées par la réglementation de l'État membre d'accueil* [396]».

286. Dans ces conditions précises, la loi de police nationale pourra être écartée après le test de proportionnalité[397]. L'objectif n'est donc plus de sauvegarder un intérêt étatique, mais de promouvoir la politique européenne de droit matériel. Ici, l'application d'une loi de police fléchit devant les règles afférentes au marché intérieur. Les législations nationales perdent de leur impérativité face à la législation européenne[398]. Cette solution

---

[392] Arrêt précité, points 58-59 : « *Une obligation telle que celle qu'impose la législation belge, d'établir et de tenir certains documents additionnels dans l'État membre d'accueil entraîne des frais et des charges administratives et économiques supplémentaires pour les entreprises établies dans un autre État membre, de sorte que ces entreprises ne se trouvent pas sur un pied d'égalité, du point de vue de la concurrence, avec les employeurs établis dans l'État membre d'accueil* ». De ce fait, la Cour affirme donc au point suivant que « *le fait d'imposer une telle obligation constitue donc une restriction à la libre prestation des services au sens de l'article 59 du traité* ».

[393] Arrêt Arblade précité, point 60 : « *Une telle restriction ne peut être justifiée que si elle est nécessaire pour protéger effectivement et par les moyens appropriés la raison impérieuse d'intérêt général que constitue la protection sociale des travailleurs* ».

[394] Concernant les motifs impérieux d'intérêt général en l'espèce, voir points 61, 62 et 63.

[395] Particulièrement, point 64 : « *le seul fait qu'il existe certaines différences de forme ou de contenu ne saurait justifier la tenue de deux séries de documents […], si les informations fournies par les documents exigés par la règlementation de l'État membre d'établissement sont suffisantes, dans leur ensemble, pour permettre les contrôles nécessaires dans l'État membre d'accueil* ».

[396] Point 84.

[397] Pour d'autres exemples du même raisonnement suivi : CJCE, 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*, aff. C-165/98. *RTD eur.* 1990, p. 632, note R. RODIERE ; *JDI*, 1991, p. 471, obs. M.-C. BOUTARD-LABARDE ; CJCE, 15 mars 2001, *Mazzoleni*, aff. C-165/98. *RTD eur.*, 2001, p. 743, note J-G HUGLO ;

[398] En ce sens, E. PATAUT, « Lois de police et ordre juridique communautaire », in dir. A. FUCHS, H. MUIR WATT, E. PATAUT*, Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 122 ; L. D'AVOUT, « Les lois de police », *op. cit.,* p. 91, spéc. p. 96 ; B. ARCHINARD-GREIL, *op. cit.,* p. 240 et s.

conduit à neutraliser occasionnellement le recours aux lois de police et le lien entre *forum* et *jus*.

287. En définitive, si les lois de police peuvent être des exceptions à l'application de la règle de conflit bilatérale dans un espace de communauté de droit comme le prévoyait Savigny, l'application de ces lois de police ne saurait cependant être une entrave à la communauté de droit matériel réalisée par l'Union européenne[399]. Les lois nationales s'inclinent devant la règlementation commune. Le litige de droit international privé ne doit dès lors plus s'analyser à l'aune des seuls intérêts étatiques juxtaposés, mais doit s'analyser à travers un prisme renouvelé où se conjuguent la prise en considération des intérêts étatiques concurrents et dorénavant la prise en considération des intérêts des ordres juridiques étatiques et communautaires concurrents. On mesure ici combien le droit de l'Union européenne impose d'associer « des relations verticales et horizontales, des relations internes et externes alors que le droit international privé classique ne joue que dans des rapports horizontaux et externes »[400].

288. En définitive, si le principe en présence de lois de police du for est celui de la concordance entre *forum* et *jus*, le droit de l'Union européenne peut venir à la marge perturber le phénomène.

289. La possibilité d'appliquer des lois de police étrangère est également de nature à constituer une exception à cette liaison entre juge compétent et loi de police, comme nous allons maintenant l'observer.

2- L'exception à la concordance : l'application des lois de police étrangères

290. L'application des lois de police étrangères « est extrêmement intéressante sur le plan de la théorie générale du droit international privé »[401] et a suscité un fort intérêt

[399] Sur l'émergence d'une communauté matérielle, voir *infra*, Chapitre 2 Partie 2, n°1005 et s.
[400] S. POILLOT PERUZZETTO, « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *TCFDIP*, 2005, 16, p. 69.
[401] H. GAUDEMET-TALLON, « Le nouveau droit international privé européen des contrats. Commentaire de la Convention CEE n° 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouvertes à la signature à Rome le 19 juin 1980 », *RTD eur.*, 1981, p. 215, spec. n°75.

doctrinal[402]. Il en va ainsi du respect de l'impérativité étatique étrangère et de la recherche de la coordination des ordres juridiques[403] en comptant sur la courtoisie internationale[404].

291. Rien n'empêche théoriquement leur application[405], mais force est cependant de constater que leur application reste rare en droit positif. Le Règlement Rome I offre toutefois une occasion de les appliquer. L'alinéa 3 de l'article 9 du Règlement Rome I prévoit la possibilité pour le juge saisi d'appliquer des lois de police étrangères[406]. Cette possibilité existait déjà sous l'empire de la Convention de Rome[407].

292. Précisément, selon l'article 9 alinéa 3 du Règlement Rome I, « *il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application* ». Les cas d'application[408] des

---

[402] Sur les espérances doctrinales : voir C. REYDELLET, *op. cit.,* p. 105 et s.

[403] En ce sens : « lorsque la revendication d'un ordre juridique apparaît fondée sur la mise en cause directe de ses intérêts étatiques particulièrement fondamentaux, la valeur de sa compétence devrait pouvoir conduire à reconnaître sa *prépondérance* par rapport à celle du for, et justifier l'admission exceptionnelle d'une *inversion du sens de l'alignement des points de vue étatiques* recherché. La coordination devrait ainsi être réalisée *autour* du point de vue de l'ordre juridique étranger, pour conduire l'ordre juridique du for *normalement compétent* à mettre à l'écart son point de vue et à reconnaître la vocation supérieure de celui-ci à faire valoir les solutions qu'il retient. Cette manière de coordonner les systèmes à l'aide de la notion d'*ordre juridique prépondérant* devrait pouvoir être adoptée chaque fois qu'une vraie loi de police mettant directement en cause des intérêts étatiques fondamentaux serait mise en cause, pour assurer le respect permanent et effectif de ces dispositions dans les rapports internationaux ». B. ARCHINARD-GREIL, *op. cit.,* p. 441.

[404] Il s'agit ici d'une utilisation originale de la courtoisie internationale par rapport à son « usage traditionnel ». « Que l'on songe à Huber, qui s'appuyait sur l'idée de courtoisie internationale pour justifier l'application des lois étrangères, ou au droit américain, qui recourt à la notion de *comity* dès lors qu'il est question de tenir compte des normes ou des intérêts d'un État étranger […] la courtoisie internationale a souvent été invoquée pour justifier l'accueil des normes étrangères dans leur ensemble, et non pas seulement dans les situations où les intérêts fondamentaux d'un État étranger étaient en cause ». L. USUNIER, *op. cit.,* p. 323.
Mais, la position est parfois plus nuancée : « lorsque la loi de police constitue une véritable loi politique, le juge se trouve dans une situation véritablement embarrassante. Confronté à une loi de boycott, de blocage ou d'embargo, constituant clairement une arme dans la lutte d'un État contre un autre, doit-il statuer en fonction de considérations de politique étrangère, et risquer, quelle que soit la solution retenue, d'engager son pays dans un conflit international auquel son gouvernement voudrait rester étranger ? Seul le refus a priori de toute efficacité à ce type de lois permet de rester neutre ». P. MAYER, « Les lois de police », *TCFDIP*, Journée du cinquantenaire, 1988, p. 105, spec. p. 112 ; P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *op. cit.,* p. 277, spec. n°42.

[405] P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *op. cit.,* p. 277, spec. n°72.

[406] Il faut noter que la Convention de La Haye de 1978 contenait elle aussi à l'article 16 la possibilité d'appliquer les lois de police étrangères.

[407] Mais, la Convention de Rome offrait une possibilité plus étendue d'appliquer des lois de police étrangères par rapport au texte du Règlement Rome I. S'agissant d'un texte de droit dérivé, celui-ci ne permet plus d'apporter des réserves à cette disposition désormais relativement stricte. C'était notamment le cas de l'Allemagne, de l'Irlande, de la Lettonie, du Luxembourg, du Portugal, de la Slovénie et du Royaume-Uni.

[408] Le terme « donné effet » peut être source de confusion. S'agit-il réellement d'une application de la loi ou d'une simple prise en considération ? Aux vues de la jurisprudence et de la doctrine, il semble qu'il faille trancher en faveur de l'application des lois de police. En ce sens, S. FRANCQ, v° « Loi applicable aux obligations contractuelles (Matière civile et commerciale) », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2016, n° 203. Voir également S. BOLLEE, « La

lois de police sont dès lors bien délimités à l'aide d'un double critère. Un premier critère est celui de la proximité entre la loi de police étrangère et l'espèce. Il ne pourra être donné effet qu'aux lois de police du lieu d'exécution du contrat (à la condition de rendre illégale l'exécution du contrat)[409]. Un second critère est celui de la légitimité de la règle. Le juge doit en effet porter un regard sur la politique législative portée par la loi étrangère en tenant compte de son objet et de sa nature et des conséquences de son application dans l'ordre juridique du for en tant qu'ordre juridique complet et dans l'ordre juridique du for en tant qu'élément de l'ordre juridique européen.

293. Le texte octroie au juge une simple faculté d'appliquer les lois de police étrangères. Il est en outre remarquable d'observer le faible nombre de jurisprudences relatives à l'application des lois de police étrangère[410]. Cela semble indiquer que les juges sont peu enclins à faire une place aux lois de police étrangères[411], oubliant parfois que les intérêts étatiques étrangers rejoignent les intérêts du for et que les parties peuvent subir durement les conséquences d'une absence d'application d'une loi de police étrangère[412].

---

prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 203, spec. p. 204.

[409] Il s'agit là d'un rétrécissement du champ d'application des lois de police étrangère par rapport à la Convention de Rome. En effet, celle-ci prévoyait à son article 7 la possibilité d'appliquer les lois de police qui présentent un lien étroit avec le litige. Pour autant cela n'exclut pas toutes les difficultés découlant de l'interprétation à donner au lieu d'exécution du contrat. En ce sens : S. FRANCQ, F. JAULT-SESEKE, « Les lois de police une approche de droit comparé », in S. CORNELOUP, N. JOUBERT (dir.), *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Paris, Litec, 2011, p. 357, spéc. p. 374 et s.

[410] « Le débat entourant l'application des lois de police étrangères peut sembler disproportionné au regard de l'absence de jurisprudence référencée se fondant sur l'article 7(1) de la Convention de Rome », *loc. cit.*
En droit français par exemple : Cass. Com. 16 mars 2010 (08-21.511) relatif à la Convention de Rome (arrêt précité) et CA Paris, 25 février 2015 (12/23757). *D.,* 2016, p. 1047 note H. GAUDEMET-TALLON ; *D.,* 2015, p. 1260, note M. WINKLER, A. LACOMBE.
Un premier exemple célèbre de l'application des lois de police étrangères émane de la jurisprudence néerlandaise. Cour de cassation des Pays-Bas, 13 mai 1966, *Alnati.* Sur cette décision, P. GOTHOT, P. LAGARDE, « Conflit de lois (principes généraux), *RDDI*, 2006, n°205.

[411] C. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Paris, Dalloz, 2001, spec. n°190 ; J. SCHULTSZ, « Les lois de police étrangères », *TCFDIP*, 1982-1984, p. 39.

[412] Les exemples d'application de lois de police étrangères vont en ce sens. En effet, les lois visées sont souvent des lois d'embargo ou des lois qui interdisent la commercialisation d'un produit et les parties qui ne respecteraient pas de telles législations encourent de très importantes peines d'amendes et parfois même des peines privatives de liberté. Il est frappant de remarquer que les États qui avaient fait des réserves à l'article 7 de la Convention de Rome semblent avoir traité depuis longtemps cette problématique. Pour le Royaume-Uni, voir notamment l'affaire *Regazzoni v. Sethia Ltd.*, [1957] 3 All E. R. 286. relative au contournement de l'embargo indien à l'encontre de l'Afrique du Sud ; l'affaire *Foster v. Driscoll* [1929] 1 K.B. 470 relative à l'importation d'alcool aux États-Unis en période de prohibition. Pour l'Allemagne, voir l'affaire BGH, 22.6. 1972 – II ZR 113/70 relative à la loi nigérienne prohibant l'exportant de biens culturels.

294. La Cour de justice ne tolère aucune exception comme elle le signifie dans l'arrêt *Nikiforidis* du 18 octobre 2016[413]. Les faits de l'affaire auraient pourtant pu être de nature à interpeller la Cour du Luxembourg sur le bien-fondé de l'application des lois de police étrangères, notamment dans un espace de coopération judiciaire. En l'espèce, le litige concerne un enseignant grec, exerçant en Allemagne, employé par l'État grec. À la suite de la crise financière qui a affecté la Grèce, l'État grec a, en accord avec différents acteurs européens[414], entrepris de réduire les dépenses publiques et notamment le salaire de ses fonctionnaires. Par suite, la rémunération de l'enseignant grec a donc diminué. Celui-ci a dès lors saisi les juridictions allemandes pour demander à ce que lui soit versé un supplément de salaire.

295. Les tribunaux allemands considérant que les lois grecques pouvaient être qualifiées de lois de police, et s'appuyant sur l'existence d'une obligation de coopération loyale entre les différents États membres[415], ont posé plusieurs questions préjudicielles à la Cour de Justice de l'Union européenne. Il s'agissait notamment de savoir si « *l'article 9, paragraphe 3, du règlement Rome I doit être interprété de façon restrictive en ce sens que seules les lois de police de l'État du for ou de l'État d'exécution du contrat peuvent être invoquées ou s'il demeure possible de prendre indirectement en considération les lois de police d'un autre État membre* »[416].

296. La Cour de Justice répond en affirmant d'une manière très nette que l'article 9 paragraphe 3 est d'application stricte. L'application des lois grecques n'entrant pas dans les critères posés par le Règlement, il était alors impossible de leur « donner effet », synonyme d'application pour la Cour. Cependant, ajoute-t-elle, rien ne s'oppose à faire produire des effets aux lois de police étrangères par le biais de la méthode de la prise en considération[417]. Cette méthode reste toutefois complexe à définir et à mettre en œuvre[418].

---

[413] CJUE, 18 octobre 2016, *Nikiforidi*s, aff. C-135/15. *Rev. Crit. DIP*, 2017, 238, note D. BUREAU, H. MUIR-WATT ; *Droit social*, 2017, 196, note L. PAILLER ; *D.*, 2017, 1011, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE ; *D.*, 2017. 2054, note L. D'AVOUT et S. BOLLEE.

[414] Il s'agit de la Commission, de la Banque centrale européenne et du Conseil. Cela a également donné lieu à une décision adoptée le 10 mai 2010 par le Conseil : décision 2010/320/UE. *Décision du Conseil du 8 juin 2010 adressée à la Grèce en vue de renforcer et d'approfondir la surveillance budgétaire et mettant la Grèce en demeure de prendre des mesures pour procéder à la réduction du déficit jugée nécessaire pour remédier à la situation de déficit excessif.*

[415] Ce devoir de coopération loyale pourrait justifier d'appliquer les lois de police grecques de façon à « *soutenir la République hellénique* » dans la mise en œuvre des accords avec l'Union européenne. Point 23 de l'arrêt précité.

[416] Arrêt précité, point 22.

[417] Précisément, « *L'article 9, paragraphe 3, du règlement n° 593/2008 doit être interprété en ce sens qu'il exclut que des lois de police autres que celles de l'État du for ou de l'État dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, puissent être appliquées, en tant que règles juridiques, par le juge du for, mais ne s'oppose pas à la prise en compte par ce dernier de telles*

297. On peut pourtant se demander si l'argument de la coopération loyale n'aurait pas pu être de nature à apporter un tempérament à cette décision[419]. Si l'on connaît l'influence du droit primaire de l'Union européenne sur ses États membres et particulièrement celle des libertés de circulation sur la mise en œuvre du droit international privé, la participation des États membres à l'Union européenne fait également naître des obligations de coopération entre ces derniers sur le fondement du principe de coopération loyale. Ce principe est inspiré du principe allemand de fidélité fédérale et impose un certain comportement aux États membres qui concourent ainsi à la réalisation de la construction européenne et des politiques européennes. L'article 4 § 3 du Traité sur l'Union européenne commande en effet qu'« *en vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités. Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union* »[420]. Ce principe fait donc découler des obligations de résultat et de moyens à la charge des États membres qui auraient pu être invoquées en l'espèce.

298. Dans cette affaire, l'adoption de ces lois de police était la résultante d'une politique européenne portée par des institutions européennes. Dès lors, l'application des lois de police étrangères n'aurait pas seulement permis de respecter l'intérêt de l'État grec. Cela serait aller au-delà en préservant l'intérêt de l'espace économique européen. La volonté de préserver cet intérêt aurait pu justifier l'application de la loi de police étrangère pouvant également s'analyser plus largement comme une concordance entre juge européen et politique européenne.

---

autres lois de police en tant qu'élément de fait dans la mesure où le droit national applicable au contrat, en vertu des dispositions de ce règlement, la prévoit. Cette interprétation n'est pas remise en cause par le principe de coopération loyale énoncé à l'article 4, paragraphe 3, TUE ». Point 56.

La Cour d'appel de Poitiers agissant en tant que juridiction de renvoi après cassation offre un exemple de l'utilisation de la prise en considération des lois de police. La Cour d'appel de Poitiers a accepté de prendre en considération la loi ghanéenne d'embargo dans le présupposé de la règle de droit applicable afin d'affirmer la nullité du contrat litigieux.

Arrêt de cassation : Cass., Com., 16 mars 2010, *D.*, 2010, p. 2323, S. BOLLEE ; *RTD Com.* 2010, p. 457, P. DELEBECQUE. Arrêt de renvoi : Cour d'appel de Poitiers, 2ème chambre, 29 novembre 2011, n° 747 R. G. :10/03500, *SA Viol Frères c./Société de droit danois AP Moller Maersk A. S. et société Philippe Faudever et Compagnie.*

[418] Sur les différentes interprétations susceptibles d'être apportées à la prise en considération, E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, Paris, LGDJ, 2008.

[419] En ce sens, voir : *D.*, 2017. 2054, note L. D'AVOUT ET S. BOLLEE. Déjà, L. D'AVOUT, « Les lois de police », *op. cit.,* p. 91, spéc. p. 107.

[420] Article 4§3 du Traité sur l'Union européenne (version consolidée), JO n° C326 du 26/10/2012.

299. L'on peut donc regretter que la solution dégagée par la Cour de Justice circonscrive le champ d'application des lois de police étrangères à des conditions très précises en dépit du contexte fédéral dans lequel elles sont appelées à être mises en œuvre et que la Cour rate l'occasion de faire produire des effets au principe de coopération loyale en matière de droit international privé. Cette exigence de coopération ne justifie-t-elle pas un traitement spécifique des lois de police des États membres ? La volonté de coopérer avec l'ordre juridique étranger pour la poursuite de ses intérêts étatiques doit sans aucun doute être plus forte dans un espace de coopération et la concordance des objectifs entre les ordres juridiques étatiques et communautaires impose une nouvelle lecture de l'application des lois de police.

300. Si l'application des lois de police étrangères intervient comme une exception au phénomène de concordance entre *forum* et *jus* dans un but de reconnaissance de l'intérêt étatique étranger, cette possibilité est strictement délimitée et rarement mise en œuvre, ce qui peut être critiquable dans un espace de coopération entre États membres.

301. En définitive, le phénomène de concordance imposée des compétences en présence d'une loi de police subit l'influence du droit de l'Union européenne. Celui-ci préserve cette corrélation en présence d'une loi de police du for tout en la limitant à ce qui n'entrave pas l'exercice des libertés de circulation. En outre, il offre des moyens d'apporter des exceptions à ce phénomène par l'application des lois de police étrangères. Ces moyens sont parfois en deçà de ce qu'on pourrait attendre dans un contexte à vocation fédérale lorsqu'il s'agit d'appliquer les lois de police des États membres. L'influence sur ce phénomène classique est plus marquante encore lorsque le législateur européen tend à considérer certaines de ses dispositions comme constitutives de loi de police.

B- La concordance imposée des compétences en présence d'une loi de police européenne

302. En présence d'une loi de police, le phénomène de concordance imposée du *forum* et du *jus* implique que le juge applique sa propre loi étatique constitutive d'une loi de police. Mais, la construction de l'Union européenne oblige à approfondir cette première observation. En effet, les ordres juridiques ne sont plus seulement juxtaposés puisque se superpose l'ordre juridique de l'Union européenne qui revendique pour lui-même la

protection de ses intérêts prépondérants. Le législateur européen et le juge européen consacrent ainsi l'existence de lois de police européennes. Cette considération bouleverse la physionomie du droit international privé qui n'est conçu historiquement que pour régler des conflits de normes de même degré. La question qui se pose est celle de l'influence de la qualification de loi de police de certaines dispositions européennes sur le phénomène de concordance. Il convient au préalable d'identifier ce que recouvre véritablement la notion de loi de police européenne. En effet, malgré la qualification de loi de police retenue par l'ordre juridique européen (1), le recours à la notion de loi de police au sens du droit international privé semble être sujet à débat, ce qui a des conséquences sur notre hypothèse de concordance entre *forum* et *jus* (2).

1- La qualification de loi de police des dispositions européennes

303. Le concept de loi de police, même si le terme n'est pas directement employé, est utilisé par l'ordre juridique de l'Union européenne pour régir de manière unilatérale et impérative certaines matières. Comme pour les lois de police étatiques, la qualification de loi de police peut être opérée par le législateur d'une part et par la jurisprudence d'autre part.

304. Il est tout d'abord possible que les textes édictent explicitement des critères qui permettent de qualifier les dispositions visées de lois de police. C'est le cas notamment de la législation de l'Union européenne relative au droit de la concurrence. Le droit de la concurrence s'applique en effet en vertu des articles 101 et 102 TFUE (ex articles 81 et 82 CE) dès lors que le comportement anticoncurrentiel produit ses effets sur le marché d'un État membre. Il a en outre vocation à sauvegarder l'organisation politique de l'ordre juridique tant des États membres que de l'ordre juridique européen[421].

305. La jurisprudence a, elle aussi, apporté des réponses circonstanciées. À défaut d'affirmation explicite, il appartient au juge européen, à l'instar du juge national, de donner le qualificatif de loi de police à certaines des dispositions de droit dérivé. C'est

[421] En ce sens : *Rapport GIULIANO-LAGARDE concernant la loi applicable aux obligations contractuelles*, JOCE 31 octobre 1980, N° C 282/1-50, p. 28 ; J.-B. RACINE, « Droit économique et lois de police », *op. cit.,* pp. 61-79 ; L. IDOT, « Les conflits de lois en droit de la concurrence », *JDI*, 1995, n°2, p. 321. B. GOLDMAN, « Les champs d'application territoriale des lois de concurrence », *RCADI*, 1969-III, t. 128, p. 631.

l'objet de la célèbre jurisprudence *Ingmar*[422]. Dans cette affaire, la société *Ingmar GB Ltd*, société ayant son siège en Angleterre, est opposée à une société ayant son siège en Californie. Le litige concerne le paiement de sommes dues suite à la cessation d'un contrat d'agence qui désignait la société américaine en tant qu'agent commercial. Le contrat prévoyait l'application de la loi californienne pour tout litige né du contrat. Il s'agissait de savoir si la loi californienne devait s'appliquer conformément au choix effectué dans le contrat ou si la disposition impérative anglaise, transposition d'une directive de droit communautaire, pouvait trouver à s'appliquer. En l'espèce, la loi visée était celle qui transposait la directive 86/653/CEE relative aux agents commerciaux indépendants[423].

306. La Cour de Justice a considéré que « *les articles 17 et 18 de la directive, qui garantissent certains droits à l'agent commercial après la cessation du contrat d'agence, doivent trouver application dès lors que l'agent commercial a exercé son activité dans un État membre et alors même que le commettant est établi dans un pays tiers, et que, en vertu d'une clause du contrat, ce dernier est régi par la loi de ce pays* ». La Cour, par ces motifs, fonde son raisonnement uniquement sur l'impérativité de la directive, et non sur celle de la loi de transposition de celle-ci. Il s'agissait pour la Cour de Justice d'affirmer le caractère impératif de la directive, qui poursuit « *à travers la catégorie des agents commerciaux, la liberté d'établissement et le jeu d'une concurrence non faussée dans le marché intérieur* »[424]. L'intérêt visé n'est donc pas la protection de l'agent commercial en tant que telle, mais celle d'une concurrence non faussée pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. Cela explique le rattachement choisi pour permettre l'application de la loi de police. La Cour se fonde en effet sur le lieu d'exercice de l'activité et non sur le lieu d'établissement ou le siège de la société.

---

[422] CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar GB Ltd c./Eaton Leonard Technologies Inc.*, aff. C-381/98. *JCP G*, 2001, p. 1158, note L. BERNARDEAU ; *Revue Europe*, 2001, p. 18, note L. IDOT ; *JDI,* 2001, p. 511, note S. DION ; *Rev. Crit. DIP*, 2001, p. 107, note L. IDOT ; *JDI,* 2001, p. 511, note J.-M. JACQUET.

[423] Précisément, la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) a posé la question suivante : « *Selon les règles du droit anglais, il y a lieu de faire application de la loi choisie par les parties comme loi applicable sauf si un motif d'ordre public, tel qu'une disposition impérative, s'y oppose. Dans ces conditions, les dispositions de la directive 86/653/CEE du Conseil, telles que transposées dans les législations des États membres, et en particulier celles relatives au paiement d'une réparation aux agents, à l'expiration de leur contrat avec leur commettant, sont-elles applicables lorsque : a) un commettant désigne un agent exclusif au Royaume-Uni et en Irlande pour y assurer la vente de ses produits, et que b) s'agissant de la vente de ces produits au Royaume-Uni, l'agent exerce ses activités au Royaume-Uni, et que c) le commettant est une société constituée dans un État tiers, et plus précisément dans l'État de Californie, États-Unis d'Amérique, dans lequel elle est également établie et que d) la loi expressément choisie par les parties comme loi applicable au contrat est celle de l'État de Californie, États-Unis d'Amérique ?* ». Arrêt *Ingmar* précité, point 13.

[424] Arrêt *Ingmar* précité, point 24.

307. Les éléments constitutifs d'une loi de police sont donc affirmés par la Cour de Justice de l'Union européenne. Il s'agit de l'impérativité de la disposition protégeant un intérêt fondamental qui s'applique lorsque le litige international présente un lien significatif avec l'ordre juridique de l'Union européenne, quelle que soit la loi applicable. Très vivement critiqué[425], cet arrêt comportait le risque de faire de toutes les directives destinées à éviter les distorsions de concurrence des lois de police[426]. Mais, cette dernière affirmation doit être nuancée.

2- La remise en cause de la qualification de loi de police

308. Ces dispositions étudiées ne sauraient en effet être assimilées pleinement à des lois de police au sens du droit international privé.[427] En effet, en dépit de la formulation de l'arrêt *Ingmar*, les directives ne sauraient être pleinement assimilées à des lois de police, car elles ne peuvent l'être que par le truchement de la loi de transposition[428]. Ce d'autant plus qu'il est admis de longue date que les directives ne peuvent produire d'effet horizontal[429]. Ainsi, s'il est question de loi de police, ce sera en réalité la loi de transposition de l'État membre qui pourra revêtir ce qualificatif. Ceci explique que pour certains auteurs, les « lois de police européenne n'existent pas, ce n'est qu'une illusion… »[430].

309. La question s'est alors posée de savoir si une loi de police du for transposant une directive européenne[431] pouvait s'appliquer à l'encontre d'une loi d'un autre État membre qui était elle aussi la transposition de ladite directive, mais en des termes moins

425 L. IDOT, *Rev. Crit. DIP*, 2001, p. 107 ; J.-M. JACQUET, *JDI,* 2001, p. 511, notes précitées.
426 *A contrario* : CJCE, 10 décembre 2002, *The Queen c./Secretary for Health, ex parte British American Tobacco Investments Ltd et Imperial Tobacco Ltd*, aff. C-491/01. *Revue Europe*, 2003, p. 9, note F. MARIATTE ; Cass. Com., 28 novembre 2000, *JDI*. 2001, p. 511, note J.-M. JACQUET ; Cass. Com. 5 janvier 2016, *JCP E*, 2016, p. 34, chron. C. NOURISSAT.
427 En ce sens : « Reste que ces dispositions ne sont pas des imitations pures et simples des lois de police connues du droit international privé et des différences apparaissent avec évidence ». S. POILLOT PERUZZETTO, « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *op. cit.,* p. 83.
428 En ce sens, ELENA-ALINA OPREA, *Droit de l'Union européenne et loi de police*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 106.
429 CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, aff. C-152/84 : « *Le caractère contraignant d'une directive sur lequel est fondée la possibilité d'invoquer celle-ci devant une juridiction nationale n'existe qu'à l'égard de "tout État membre destinataire". Il s'ensuit qu'une directive ne peut pas par elle-même créer d'obligations dans le chef d'un particulier qu'une disposition d'une directive ne peut donc pas être invoquée en tant que telle à l'encontre d'une telle personne* » (point 48) ; CJCE, 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, Aff. C-91/92, *Revue Europe*, 1994, n°358 obs. A. RIGAUX, D. SIMON ; CJUE, 19 janvier 2010, *Kükükdeveci,* Aff. C-555/07, *Revue Europe*, 1997, n°3, obs. F. LAGONDET.
430 O. CACHARD, « Les lois de police communautaires n'existent pas, ce n'est qu'une illusion… », note sous CJUE, 17 octobre 2013, *Unamar*, AA. Aff. C-184/12, *DMF*, 2014, p. 2999, n°757.
431 En l'espèce étaient en cause les lois belges et bulgares de transposition de la directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986, relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants.

favorables au défendeur[432]. La Cour de Justice de l'Union européenne, dans un arrêt en date du 17 octobre 2013, a répondu par l'affirmative en précisant que cette possibilité était réservée aux cas où « *la juridiction saisie constate de façon circonstanciée que, dans le cadre de cette transposition, le législateur de l'État du for a jugé crucial, au sein de l'ordre juridique concerné, d'accorder à l'agent commercial une protection allant au-delà de celle prévue par ladite directive, en tenant compte à cet égard de la nature et de l'objet de telles dispositions impératives* »[433]. Le juge européen entend ici respecter la marge d'appréciation des États membres dans la transposition des directives tout en garantissant l'application de celles-ci. La difficulté sera pour le juge d'évaluer si le fait d'aller plus loin que la directive doit s'analyser comme une volonté du législateur d'octroyer le statut de loi de police à la disposition de transposition[434]. Il faut donc désormais prendre en considération dans l'observation du phénomène de concordance imposée des compétences les lois étatiques, constituant des lois de police, qui sont la transposition de directives édictées par le législateur européen.

310. En outre, la jurisprudence de la Cour de Justice tend à distinguer les rapports intra-européens et extra-européens[435], c'est-à-dire ceux qui se rattachent à l'Union européenne et ceux qui s'en détachent. En effet, dans un arrêt rendu le 16 février 2017[436], la Cour de Justice a affirmé à propos de la même directive que dans l'arrêt *Ingmar*, que la protection de l'agent commercial ne s'applique pas lorsque l'activité en cause se situe en dehors du territoire de l'Union européenne. Plus précisément, la juridiction européenne considère que le litige n'entre pas dans le champ d'application de la directive et renvoie donc la qualification de loi de police aux juges nationaux[437]. Elle affirme en effet que « *la directive 86/653 et l'accord d'association doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation nationale transposant cette directive dans le droit de l'État membre concerné, qui exclut de*

---

[432] CJUE, 17 octobre 2013, *Unamar c./Navigation Maritime Bulgare*, aff. C-184/12. *JCP E*, 2014, p. 33 note C. NOURISSAT, *JDI*, 2014, p. 625, note J.-M. JACQUET ; *D.*, 2014, p. 60, note L. D'AVOUT.

[433] Arrêt *Unamar* précité, point 53.

[434] « Ce glissement de la justice conflictuelle vers la justice matérielle suppose du juge (et en réalité le plus souvent des parties) un travail comparé d'ampleur qui risque au minimum de ralentir l'instance et d'en augmenter les coûts, de la compliquer indiscutablement et donc, fort logiquement, de conduire à des stratégies d'évitement du juge étatique … ». C. NOURRISAT, « De l'art délicat de manier les lois de police en présence d'un contrat d'agence commerciale intra-européen… » Note CJUE, 17 octobre 2013, *Unamar,* AA. C-184/12, *JCP G*, 2013, n°49, pp. 2222-2226.

[435] En ce sens : J.-S. BERGE, « La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », *TCFDIP*, 2008, 17, pp. 29-62.
Les rapports internes visent les procédures qui concernent deux États membres tandis que les rapports externes visent les procédures qui se situent « à cheval » entre un État membre et un État tiers.

[436] CJUE, 16 février 2017, *Agro Foreign Trade and Agency c./ Petersime NV*, aff. C-507/15. *JDI*, 2018, p. 1376, note P. KINSCH ; *JCP E*, 2017, p. 27, note C. NOURRISAT ;

[437] Pour certains auteurs, « la Cour de justice renvoie la balle à la sphère interne qu'elle n'aurait peut-être jamais dû quitter », C. NOURISSAT, *AJ contrat*, 2017, p. 187.

son champ d'application un contrat d'agence commerciale dans le cadre duquel l'agent commercial est établi en Turquie, où il exerce les activités découlant de ce contrat, et le commettant est établi dans ledit État membre […]». Par conséquent, selon la Cour, si la situation litigieuse se situe en dehors du territoire européen, il n'y a pas de lien suffisant pour être dans le champ d'application de la loi de police européenne, loi de transposition, car le rattachement de la loi de police est celui de l'exercice de l'activité sur le territoire d'un État membre, délimitant aussi le champ d'application territorial de la directive. Autrement dit, la loi de transposition ne peut pas revêtir le caractère d'une loi de police européenne, car la directive européenne qu'elle transpose est autolimitée[438]. La volonté de préserver un intérêt européen jugé fondamental ne saurait dès lors se prolonger au-delà de la volonté de l'Union européenne de régir la matière. Pour autant, rien n'empêche les juges de qualifier la loi de transposition de loi de police étatique[439] et que cette loi s'applique à des relations concernant des litige « à cheval » avec un États tiers en tant que droit des États membres.

311. En définitive, plutôt que de rejeter directement le caractère de loi de police européenne en raison des dissemblances avec la notion en droit international privé, cette qualification à géométrie variable est en réalité révélatrice du caractère européen de la loi de police et dépend de l'autolimitation des textes européens[440].

312. Dans cette dernière hypothèse, cette notion de loi de police européenne donnée à la loi de transposition est en réalité une loi étatique de police européenne, agissant en quelque sorte en tant que *lex fori* européenne. Tel n'est pas le cas lorsque l'instrument européen ne prévoit pas un rattachement extraterritorial. Dans les autres hypothèses, lorsque le litige ne se rattache pas au champ d'application de la directive, cette qualification de loi de police dépend du seul ordre juridique national. Il ne peut s'agir ici que d'une simple loi de police étatique, car c'est la protection édictée par l'État membre au-delà de la protection minimale demandée par la directive qui justifie l'application de la loi du for. Il ne peut pas s'agir d'une *lex fori* européenne, car la directive qu'elle transpose est autolimitée à une intégration au territoire européen.

---

[438] CJUE, 16 février 2017, *Agro Foreign Trade and Agency c./ Petersime NV*, aff. C-507/15, point 35. Voir en ce sens, note précitée P. KINSCH.

[439] En l'espèce, l'incertitude concernait la loi belge de transposition de la directive qui autolimitait, dans son article 27, son champ d'application à l'établissement à titre principal de l'agent commercial en Belgique.

[440] Sur la notion d'autolimitation : B. HAFTEL, « Les normes auto-limitées en droit international », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 847 ; K. LIPSTEIN, « Les normes fixant leur propre domaine d'application : les expériences anglaises et américaines », *TCFDIP*, 1979-1980, p. 187.

313. Ramenées à notre phénomène de concordance imposée des compétences, ces dispositions consacrent une concordance originale puisqu'elle peut s'envisager comme une corrélation entre *forum européen* et *jus européen*.

Conclusion de la section :

314. L'étude des lois de police précédemment menée révèle qu'en présence d'une loi de police, il existe normalement un phénomène de concordance imposée entre *forum* et *jus* cristallisé par le régime impératif de la norme de protection de la politique législative et fondé sur le contenu de la norme envisagée. Cette concordance s'explique en effet par la volonté et la nécessité de préserver l'organisation sociale et politique de l'ordre juridique étatique.

315. L'analyse de ce phénomène a dû être confrontée aux évolutions du droit positif qui modifient le visage contemporain de la matière. Désormais, les lois de police sont influencées par le cadre contextuel dans lequel elles ont vocation à s'appliquer. Le contexte fédéral dans lequel s'inscrit le droit international privé européen a apporté des ajustements à ce phénomène classique en raison de l'espace de coopération judiciaire existant entre les États membres et de l'existence d'intérêts propres à l'Union européenne.

316. Si le périmètre de la concordance a pu subir des ajustements du fait de la rationalité de l'ordre juridique supranational, la délocalisation du contentieux tend cette fois à en altérer la réalisation.

SECTION 2 : LE SORT DE LA CONCORDANCE DES COMPÉTENCES A L'AUNE DE LA DÉLOCALISATION DU CONTENTIEUX

317. La concordance imposée entre *forum* et *jus* se trouve confrontée à une incertitude du fait de la possibilité, née de l'existence d'un pluralisme juridique et aujourd'hui encouragée par le droit, de délocaliser le contentieux en dehors de l'ordre juridique revendiquant l'application de la loi de police[441]. La délocalisation du contentieux permet-elle aux parties d'éluder, volontairement ou non, l'application des lois de police, et de contourner ainsi la concordance imposée entre compétence juridictionnelle et compétence législative ?

318. Pour répondre à cette question, il convient de confronter les lois de police à la libéralisation de l'instance directe (§1). Mais, la seule étude des règles de compétence directe ne suffit pas à conforter ou affaiblir le phénomène. L'examen du sort des lois de police au stade de l'instance indirecte est également important, car il pourrait permettre ou non de résorber les difficultés nées de la délocalisation antérieure du contentieux (§2).

§1 : Les lois de police face à la libéralisation de l'instance directe

319. Les individus peuvent exporter leur contentieux dans un ordre juridique étranger en exploitant les règles de compétence juridictionnelle directe, jouant de la concurrence « inter-systémique »[442]. Le particularisme et l'unilatéralisme — qu'on les envisage du point de vue de l'ordre juridique européen ou de l'ordre juridique national — des règles de compétence juridictionnelle permettent une telle démarche. Plus encore, le droit de l'Union européenne encourage ce phénomène en raison de la diversité des options de compétence qu'il propose. Mais, à ce phénomène classique de *forum shopping*, s'ajoute la possibilité pour les deux parties de choisir conventionnellement le for compétent[443]. Le plus souvent, un des facteurs de délocalisation du contentieux est la possibilité de conclure une clause attributive de juridiction ou une clause compromissoire. La question est donc de savoir si la volonté des parties peut primer la législation impérative du for. Or, il s'avère que la tendance générale est à l'indifférence des lois de

[441] Voir en ce sens L. PERREAU-SAUSSINE, « Stratégies procédurales de contournement de l'impérativité internationale », communication orale, *L'impérativité en droit international des affaires : Questions d'actualité*, Colloque du 1er février 2018 à la Cour de cassation. Voir également : B. ARCHINARD-GREIL, *op. cit.*.
[442] D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. I, Partie spéciale, PUF, 4e ed., 2017, n° 556.
[443] C. A. ARRUE MONTENEGRO, *op. cit.*.

police sur la délocalisation conventionnelle du litige (A), ce qui emporte un contournement possible du phénomène de concordance entre *forum* et *jus* (B).

A- L'indifférence des lois de police sur la délocalisation conventionnelle du litige

320. La question du sort des lois de police en présence d'une clause de prorogation de for qui représente l'opposition entre libéralisme économique et politique étatique a fait l'objet de nombreux débats doctrinaux et a donné lieu à des jurisprudences diverses et contraires en droit comparé.

321. L'ordre juridique français (1) et l'ordre juridique de l'Union européenne (2) semblent faire prévaloir la volonté des parties sur le respect des intérêts étatiques. L'existence d'une loi de police est ainsi totalement indifférente face au libéralisme des règles de compétence directe. Au contraire, certains ordres juridiques se prémunissent contre un tel contournement. La Belgique offre un exemple intéressant de la consécration d'une règle de compétence juridictionnelle impérative qui reflète l'impérativité matérielle (3).

1- Analyse du droit français

322. L'analyse du droit français nécessite l'étude de la possibilité de contourner la concordance par la conclusion d'une clause compromissoire d'une part (a) et d'autre part par la conclusion d'une clause attributive de juridiction (b) qui bien que présentant des caractéristiques différentes, permettent la délocalisation conventionnelle du litige et répondent à des objectifs communs[444].

a- Les lois de police face à la conclusion d'une clause compromissoire

323. Il est possible pour les parties de soumettre le litige à l'arbitrage par l'intermédiaire d'une clause compromissoire. Si en matière d'arbitrage la volonté privée est reine, l'existence de lois de police revendiquant leur application dans le litige interroge

[444] « La faveur accordée aux clauses de prorogation de for conduit les États à admettre que les parties puissent déroger à la compétence de leurs juridictions non seulement pour soumettre leur différend à la connaissance des juridictions étatiques étrangères, mais également pour avoir recours à la justice arbitrale. Les considérations tant politiques que juridiques, qui sont à la base de la reconnaissance de la licéité des clauses attributives de juridiction et des conventions d'arbitrage, sont assez largement similaires, bien qu'elles soient intervenues avec un degré d'intensité variable. Cette parenté des objectifs poursuivis explique en parallèle l'identité de la solution consacrée vis-à-vis des lois de police dans ces deux cadres ». B. ARCHINARD-GREIL, *op. cit.,* p. 17 et s.

sur le sort que l'institution arbitrale leur réserve[445], d'autant plus que l'arbitre n'ayant pas de for, il n'est pas question de réserver l'application des lois de police du for[446]. En effet, l'institution arbitrale ne saurait agir en autarcie marquant une césure nette avec la justice étatique[447]. Le sort des lois de police est ainsi le reflet de la place et de la confiance que laissent les ordres juridiques étatiques aux arbitres et à la procédure arbitrale. La question de l'arbitrabilité[448] du litige en présence d'une loi de police reflète cette problématique. Elle a fait l'objet de nombreux débats au sein des ordres juridiques étatiques. La possibilité d'avoir recours à l'arbitrage en présence d'une loi de police a tout d'abord été consacrée par la jurisprudence américaine dans un très célèbre arrêt *Mitsubishi*[449] puis en France par la jurisprudence *Labinal*[450]. En vertu de ces jurisprudences, la présence de lois de police ou d'ordre public n'affecte pas l'arbitrabilité du litige tant que le juge de l'annulation conserve la possibilité d'y porter un « *second look* », c'est-à-dire un second regard, et d'annuler la sentence qui porte atteinte aux politiques publiques.

324. Ensuite, dans l'arrêt *Dalico* rendu par la Cour de cassation le 20 décembre 1993, la haute juridiction française est venue fixer le régime du recours à l'arbitrage par le développement d'une règle matérielle, marquant l'autonomie juridique et matérielle de la convention d'arbitrage. La Cour a estimé « *qu'en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique* »[451]. Il reste donc à savoir si l'applicabilité d'une loi de police, règle impérative, est de nature à faire échec à la mise en œuvre de la clause compromissoire.

325. À cet égard, la Cour de cassation semble faire de l'objet du litige la clé de compréhension de son raisonnement. En principe, si la matière du litige dans son

[445] Pour une vue d'ensemble des interactions entre lois de police et justice arbitrale : C. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Paris, Dalloz, 2001.
[446] Y. DERAINS, « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », *Rev. arb.* 1986, p. 375, spec. n°10.
[447] Sur les interactions entre justice arbitrale et justice étatique. L. G. RADICATI DI BROZOLO, « Arbitrage commercial international et lois de police : considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international », *RCADI*, 2005, t. 315, spec. p. 285 et s.
[448] Sur l'arbitrabilité et ces débats, B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité », *RCADI*, 2002, t. 296, p. 25 et s.
[449] US Supreme Court: *Mitsubishi c./Soler Chrylser-Plymouth*, 473 US 614 (1985).
[450] CA Paris, 19 mai 1993, *Société Labinal contre Société Mors et Société Westland Aerospace Ltd, JDI*, 1993, p. 957, note L. IDOT.
[451] Cass. 1ère Civ. 20 décembre 1993, *Municipalité de Khoms El Mergeb c./Sté Dalico. JDI*, 1994, p. 432, note E. GAILLARD ; *Rev. Crit. DIP*, 1994, p. 663, note P. MAYER.

ensemble est soumise à des dispositions impératives, il n'est pas arbitrable. C'est ce que considère la Cour de cassation en matière de relations de travail par exemple. Ainsi, « *la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction française compétente en vertu des règles applicables, peu important la loi régissant le contrat de travail* »[452]. En revanche, en dehors de ces hypothèses, peu importe la nature des règles évincées, la clause peut produire ses effets[453]. La solution est clairement annoncée et renvoie à celle qui prévaut en matière de clause attributive de juridiction : « *le recours à l'arbitrage n'est pas exclu du seul fait que des dispositions impératives, fussent-elles constitutives d'une loi de police sont applicables* »[454]. Cette solution rendue d'abord en arbitrage interne a été réitérée en matière internationale lorsqu'était en jeu l'article L-442-6 du Code de commerce[455]. Ainsi, pour les juridictions françaises, l'applicabilité d'une loi de police au litige n'exerce aucune influence ou contrainte sur la clause compromissoire. Telle est également la solution qui prévaut en matière de clause attributive de juridiction.

b- Les lois de police face à la conclusion d'une clause attributive de juridiction

326. Si la question du sort des lois de police en présence d'une clause compromissoire a été tranchée de manière libérale, l'on pressent intuitivement qu'une réponse similaire peut toucher la clause attributive de juridiction. Si l'ordre étatique français entend laisser l'application des lois de police à la volonté de l'arbitre, marquant selon les points de vue une confiance en la justice arbitrale ou un renoncement de la part de la justice étatique, il est presque naturel qu'une telle solution s'impose lorsque le litige est délocalisé en faveur d'un autre ordre juridique étatique.

327. Les débats se sont cristallisés cette fois-ci sur la licéité de la clause attributive de juridiction, déterminée selon la *lex fori* [456]. Au niveau international[457], le droit français

[452] Cass. Soc. 16 février 1999 ; Cass. Soc. 4 mai 1999, *Rev. Crit. DIP*, 1999, p. 746, note JAULT-SESEKE ; Cass. Soc. 9 octobre 2001, *Rev. arb.* 2002, p. 347, note E. CLAY. La clause n'en est pas moins illicite.

[453] Cette interprétation est corroborée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui considère que « *l'arbitrabilité d'un litige au regard de l'ordre public ne doit pas s'entendre de l'interdiction faite aux arbitres d'appliquer des dispositions impératives, mais seulement de statuer dans une matière relevant par sa nature de la compétence exclusive de la juridiction étatique ou de consacrer par leur décision une violation de l'ordre public* ». CA Paris, 16 février 1989, *Sté Almira Films c./Pierrel. Rev. arb.* 1989, p. 711, note L. IDOT.

[454] Cass, 1ère Civ. 8 juillet 2010, *Doga* : *D.*, 2010, p. 2884, note B. AUDIT, CUPERLIER ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Rev. Crit. DIP*, 2010, p. 743. Dans le même sens, Cass. 1ère Civ. 21 octobre 2015, *D*, 2015, p. 2537, note E. DISSAUX ; Cass. 1ère Civ., 6 juillet 2016, *Apple*, n°15-21.811, *D.*, 2016, p. 2589, note T. CLAY ; *Revue Lamy droit civil*, 2016, p. 12, note F. BUY.

[455] Cass. Com., 1er mars 2017, *Lavalin*, n°15-22.675*, JCP G,* 2017, p. 711, note D. MOURALIS ; *RTD Civ.*, 2017, p. 391, note H. BARBIER.

[456] CA Paris, 14 juin 1995. *D.*, 1996, p. 169, obs. B. AUDIT.

prévoit comme condition de licéité de la clause attributive de juridiction l'absence de compétence juridictionnelle impérative. Le principe est posé par l'arrêt *Sorelec*. « *Les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites, lorsqu'il s'agit d'un litige international (...) et lorsque la clause ne fait pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française* »[458]. Or, la question qui se pose est celle de savoir si la présence d'une loi de police est susceptible de conférer l'impérativité à la compétence juridictionnelle et dès lors à l'ensemble de l'ordre juridique, ce qui rendrait illicite la conclusion d'une clause attributive de juridiction.

328. La question s'est posée dans le célèbre arrêt *Monster Cable Products Inc, c. Audio Marketing Services*[459]. En l'espèce, une société établie en Californie avait conclu en France un contrat de distribution exclusive avec une société française. Une clause attributive de juridiction figurait dans le contrat en faveur des juridictions californiennes. La société californienne a résilié le contrat de manière unilatérale. En dépit de la clause attributive de juridiction, la société française a saisi les tribunaux français pour obtenir réparation sur le fondement de l'article L.442-6 du Code de commerce. La société californienne s'oppose à la compétence des tribunaux français en raison de la clause attributive. Les juges du fond ont rejeté cette exception aux motifs que l'article L.442-6 du Code de commerce est constitutif d'une loi de police et que ses effets doivent pouvoir s'apprécier sur le territoire français[460].

329. À l'inverse, au visa de l'article 3 du Code civil et des principes généraux du droit international privé, la Cour de cassation estime que « *la clause attributive de juridiction contenue dans ce contrat visait tout litige né du contrat, et devait en conséquence, être mise en œuvre, des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elle être applicables au fond du litige* ». Ainsi, à supposer que l'on soit en présence d'une loi de police, la clause attributive de juridiction doit trouver application. L'existence d'une loi de police n'est donc pas de nature à conférer l'impérativité à la règle de compétence juridictionnelle. On en conclut

---

457 Sur la distinction avec la licéité des clauses attributives de juridiction en droit interne : H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1965 ; H. GAUDEMET-TALLON, « La compétence internationale à l'épreuve du nouveau Code de procédure civile : aménagement et bouleversement », *Rev. Crit. DIP*, 1977, p. 1.

458 Cass. 1ère Civ. 17 décembre 1985, *Compagnie de signaux et d'entreprises électriques*. *Rev. Crit. DIP*, 1986, p. 537, note H. GAUDEMET-TALLON ; *D*., 1986, p. 265, note B. AUDIT ; *Grands arrêts*, n° 72.

459 Cass. 1ère Civ. 22 octobre 2008, *Monster Cable Products Inc. c. Audio Marketing Services*. *Rev. Crit. DIP,* 2009, p. 1, note D. BUREAU, H. MUIR WATT ; *JCP G*, 19 novembre 2008, II-10187, note L. D'AVOUT ; D., 2009, p. 2384, spec. p. 2385, note S. BOLLEE.

460 CA Paris, 28 septembre 2006, 5ème chambre, section B. La Cour d'appel arguait également le fait que le litige était de nature délictuelle et ne couvrait donc pas le domaine de la clause.

que l'impérativité de la compétence juridictionnelle dépend de la matière visée et non du degré d'impérativité des règles régissant cette matière. Tout en affirmant qu'une vraie loi de police ne peut être « orpheline de juge », certains auteurs ont expliqué cette solution jurisprudentielle par l'incertitude de la qualification de loi de police en l'espèce[461]. Pourtant, la solution a été renouvelée à plusieurs reprises[462] par la Cour de cassation.

330. Les arguments mobilisés sont importants. La Cour de cassation se fonde sur l'article 3 du Code civil et sur les principes généraux du droit international privé. Elle intervient dans son rôle de « législateur subsidiaire »[463]. C'est ainsi l'ensemble de la matière qui est visé alors même que la teneur des principes généraux du droit international privé semble bien difficile à établir[464]. La doctrine en a alors logiquement conclu à la référence à l'indépendance entre le *forum* et le *jus*[465]. Cette indépendance interdit d'avoir recours à une analyse globale du litige international. L'argument est bien connu. Il a été défendu par de nombreux auteurs[466]. Une position inverse de la Cour de cassation reviendrait à nier les fondements mêmes du droit international privé contemporain. Pourtant, une telle affirmation ne fait pas obstacle à l'existence d'exceptions. De plus, comme nous l'avons précédemment démontré, si le législateur ou le juge entend relever le caractère de loi de police d'une disposition législative c'est qu'il souhaite déroger à la règle de conflit normalement applicable et dans la majorité des cas appliquer sa propre loi. À défaut, le régime de l'impérativité de la loi de police serait inutile[467]. L'argument de la stricte

---

[461] En ce sens, un auteur affirme que « cette qualification était discutable dans la mesure où le litige s'était configuré, de manière purement relative, entre deux parties à un contrat commercial rompu. Le règlement d'un tel litige d'intérêt privé pouvait donc être abandonné au juge étranger choisi, conformément aux prévisions des parties ». L'auteur poursuit : « s'il avait été en revanche une question d'atteinte au droit de la concurrence *stricto sensu*, on peut penser qu'aussitôt l'ordre public de direction, sous-jacent aux règles impératives, se serait opposé à l'expatriation du contentieux et à l'immunité pratique ainsi conférée au contrevenant ». *JCP G*, 19 novembre 2008, II-10187, note L. D'AVOUT.

[462] Cass, com., 24 novembre 2015, *Lauterbach*. *JDI*, 2016, p. 939 note L. USUNIER. Cass. 1ère Civ. 18 janvier 2017 *Rev. Crit. DIP*, 2017, p. 269, note D. BUREAU, H. MUIR WATT. Dans ces deux affaires, le litige relevait du Règlement Bruxelles I.
Cass. com. 18 janvier 2017, *Aston Martin*, n°15-26.105, *RTD eur.*, 2018, p. 338, note A. JEAUNEAU ; *JCP E*, 2018, p. 32, obs. D. MAINGUY ; *JCP E*, 2017, p. 30, note C. NOURISSAT.

[463] L. D'AVOUT, note sous arrêt Cass. 1ère Civ. 22 octobre 2008, *JCP G*, 19 novembre 2008, II-10187.

[464] Sur l'usage des principes généraux en droit international privé et l'incertitude de leurs contours : W. WENGLER, « Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits », *Rev. Crit. DIP*, 1952, p. 595, 1953, p. 37 ; B. OPPETIT, « Les principes généraux du droit international privé », *Archives de philosophie du droit*,, t. XXXII, 1987, p. 179 ; H. MUIR WATT, « Les principes généraux en droit international privé français », *JDI*, 1997, p. 403.

[465] « À ce sujet, les commentateurs s'accordent sur le fait qu'elle se fonde sur le principe de l'indépendance du *forum* et du *jus*. Bien qu'elle ne le précise pas, c'est très vraisemblablement le principe général de droit international privé de la dissociation des compétences judiciaire et législative qui l'a inspirée ». C.-A. ARRUE MONTENEGRO, *op. cit.*, n°287.

[466] Voir *supra* références citées en introduction.

[467] Nous rejoignons les propos du professeur S. Bollée : « Le caractère impératif d'une règle de droit demeure platonique si, malgré son affirmation formelle, les destinataires de la norme restent libres de se soustraire à

distinction entre compétence judiciaire et compétence législative n'est pas pleinement convaincant en présence d'une loi de police.

331. En outre, d'autres arguments tenant au respect de la volonté privée se sont ajoutés à cet argument théorique classique. Il a en effet été avancé que « le respect de la volonté des parties, qui reste primordial en matière de commerce international, ne peut que conduire à refuser la mise à l'écart de la clause attributive de juridiction à chaque fois qu'une loi de police serait en jeu »[468]. La volonté privée doit primer la sauvegarde de l'intérêt étatique. Pourtant, l'on peine à comprendre pourquoi le choix des parties en matière de loi applicable devrait être privé d'effet en présence d'une loi de police alors qu'elles disposent d'un choix totalement libre en matière juridictionnelle. Pourquoi remettre en cause le choix des parties dans le domaine des lois de police pour des raisons tenant à la sauvegarde de l'intérêt étatique tout en leur donnant la possibilité de s'y soustraire par la conclusion d'une clause attributive de juridiction ? Il y a là certainement un manque de cohérence de la part de l'ordre juridique français.

332. Une vision résolument optimiste pourrait s'exprimer dans la confiance envers la justice étrangère. « On peut penser que si les parties se soustraient à l'application d'une loi de police française en désignant une juridiction étrangère, la loi appliquée par le juge étranger rejoindra souvent les objectifs poursuivis par la loi de la police française »[469]. Encore faut-il que le juge saisi soit enclin à appliquer les lois de police étrangères, ce qui relève presque d'une gageure en l'état actuel du droit positif.

333. Par conséquent, la délocalisation du contentieux en présence d'une clause attributive de juridiction se rapproche de la situation dans laquelle une des parties saisit un juge étranger pour échapper à l'application des lois de police sans pour autant conclure de clause attributive de juridiction, mais avec l'assentiment du for évincé cette fois-ci. Qu'en est-il désormais en droit international privé de l'Union européenne ?

---

l'application effective de celle-ci. […] La capitulation sera alors complète et le caractère supposément impératif des lois de police françaises bien relatif ». S. BOLLEE note sous arrêt Cass. 1ère Civ. 22 octobre 2008 D., 2009, p. 2384, spec. p. 2385.

[468] *D*, 2009, 200, note F. JAULT-SESEKE.

[469] H. GAUDEMET-TALLON, « La clause attributive de juridiction, un moyen d'échapper aux lois de police ? », in *Liber Amicorum Kurt Siehr*, Den Haag, Eleven International Publishing, 2010, p. 707, spec. p. 718.

2- Analyse du droit de l'Union européenne

334. En matière civile et commerciale, le choix des parties est régi par l'article 25 du Règlement Bruxelles I *bis*. Celui-ci prévoit que les parties peuvent conclure un contrat de choix de juridiction dans les matières visées par le Règlement. Le choix est licite à l'exception des matières régies par les compétences exclusives contenues dans l'article 24 du Règlement. Le choix de la juridiction est en revanche illicite s'il porte atteinte aux dispositions relatives aux parties faibles en vertu des articles 15, 19 et 23 du Règlement. Pour autant, comme nous l'avons observé, l'existence de lois de police n'est pas réservée à ces seules matières. Il est donc possible pour les parties de conclure des clauses attributives de juridictions dans des domaines régis par des lois de police. *A priori*, il n'existe donc pas d'incompatibilité entre le choix possible d'une juridiction et l'existence d'une loi de police[470]. Le Règlement Rome I contient simplement des dispositions permettant de lutter contre l'internationalisation artificielle du litige lorsqu'elle intervient par le biais du choix de la loi applicable[471]. Rien n'est en revanche prévu contre la délocalisation artificielle du litige par l'intermédiaire d'une clause attributive de juridiction.

335. La Cour de Justice s'était pourtant prononcée sur l'efficacité d'une clause attributive de juridiction en refusant de faire jouer quelconques considérations de droit matériel. Ainsi, dans un arrêt *Castelletti* du 16 mars 1999, la Cour de Justice a affirmé que « *le choix du tribunal désigné dans une clause attributive de juridiction ne peut être apprécié qu'au regard de considérations qui se rattachement aux exigences établies par l'article 17 de la Convention. Des considérations relatives aux liens entre le tribunal désigné et le rapport litigieux, au bien-fondé de la clause et aux règles matérielles de responsabilité applicables devant le tribunal choisi sont étrangères à ces exigences* »[472]. Toutefois, il ne ressort pas clairement des faits d'espèce que la clause attributive était confrontée à une loi de police. La réponse n'était donc pas si clairement établie.

[470] Une telle possibilité est également consacrée à l'article 7 du Règlement Régimes matrimoniaux lorsque le litige concerne le régime matrimonial à titre principal. Cette possibilité est corroborée par la lecture de l'article 30 du Règlement qui prévoit l'application des lois de police sans prévoir de limite à la licéité de la clause attributive de juridiction. Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

[471] C'est le sens des articles 3§3 et 3§4 du Règlement Rome I. C'est également le cas de l'article 14§2 du Règlement Rome II. C'est ce que retient la Cour de Justice de l'Union européenne : CJUE, 8 juin 2017, *Vinyls Italia*, aff. C-54/16.

[472] CJCE, 16 mars 1999, *Castelletti*, C-159/97. *Rev. Crit. DIP*, p. 559, note H. GAUDEMET-TALLON.

336. Plus récemment, la Cour de Justice a eu à se prononcer sur la licéité d'une telle clause dans le cas particulier de la concurrence déloyale en faisant référence à cet arrêt. Dans un arrêt *Cartel Damage Claims* en date du 21 mai 2015[473], était en jeu la licéité d'une clause attributive de juridiction en présence d'une loi de police en matière d'ententes anticoncurrentielles. La Cour, à l'image de la solution française, a donné la faveur à l'effectivité de la clause s'appuyant expressément sur la jurisprudence *Castelletti*[474], précisant toutefois que la juridiction saisie devait vérifier la bonne application de l'article 23 du Règlement Bruxelles I (aujourd'hui article 25) concernant notamment son champ d'application[475]. La Cour entend rappeler qu'« *une clause attributive de juridiction ne peut concerner que des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce qui limite la portée d'une convention attributive de juridiction aux seuls différends qui trouvent leur origine dans le rapport de droit à l'occasion duquel cette clause a été convenue* »[476]. Aussi, pour la Cour de Justice, « *une clause qui se réfère de manière abstraite aux différends surgissant dans les rapports contractuels ne couvre pas un différend relatif à la responsabilité délictuelle qu'un contractant a prétendument encourue du fait de son comportement conforme à une entente illicite* »[477] alors qu'une clause précisant son application « *aux différends relatifs à la responsabilité encourue du fait d'une infraction au droit de la concurrence* » peut produire ces effets. La distinction n'est pas exempte de critiques[478].

337. Plutôt que d'affronter de front le problème de la compatibilité de la clause attributive de juridiction avec des dispositions impératives[479], la juridiction européenne semble contourner la difficulté par une détermination du périmètre de la clause.

---

[473] CJUE, 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims,* aff. C-352/13. *D.,* 2015, p. 2031, obs. L D'AVOUT ; *RTD eur.*, 2015, p. 807, obs. L. IDOT.

[474] CJUE, 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims,* aff. C-352/13, point 62.

[475] Il est nécessaire pour la juridiction de « *déterminer les différends qui relèvent de son champ d'application* ». CJUE, 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims,* aff. C-352/13, point 67.

[476] CJUE, 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims,* aff. C-352/13, point 68.

[477] CJUE, 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims,* aff. C-352/13, point 69.

[478] « En effet, si c'est parce qu'un tel litige n'est pas "raisonnablement prévisible" au moment de la conclusion du contrat contenant la clause, qu'il n'a pas "son origine dans les rapports contractuels" et qu'il se trouve en dehors du champ d'application de la clause, la démarche mériterait d'être étendue à d'autres hypothèses. Comment, en effet, savoir que le cocontractant mettra fin de manière brutale à la relation commerciale, quand elle vient juste de commencer ? Ou se livrera à tout autre comportement constitutif de concurrence déloyale ? Et si ces comportements-là sont prévisibles lors de la conclusion du contrat, l'on ne voit pas pourquoi il n'en va pas de même des comportements anticoncurrentiels, qui ne sont pas exceptionnels ». E. FARNOUX, *op. cit.,* t. II, spec. p. 722.

[479] Dans le même sens, « si le but est de rendre totalement inefficaces les clauses de for en matière d'ententes, pourquoi ne pas le dire clairement ? Peut-être parce l'admettre conduirait à remettre en cause frontalement le principe selon lequel les clauses attributives de juridiction sont efficaces, même en ce qui concerne la responsabilité concurrentielle, et par là, les deux justifications de ce principe : l'indifférence des règles matérielles applicables et l'équivalence des voies de recours mises en place dans chaque État membre. C'est sans doute le premier de ces principes qui a à souffrir de la solution rendue par la Cour, car, quoi qu'il en dise, c'est bien parce que le droit des

338. Des solutions autres pourraient cependant émerger dans certaines hypothèses. L'Union européenne est effectivement liée à la Convention de La Haye du 30 juin 2005 relative aux accords d'élection de for[480], laquelle pourra prévaloir dans certaines hypothèses[481]. Or, cette Convention pourrait interroger sur la résolution de ce type de contentieux. Elle pose des conditions quant à la licéité des clauses attributives de juridiction et prévoit tout d'abord un moyen de lutte contre la délocalisation artificielle du litige. L'article 1er § 2 de la Convention dispose en effet qu'« *une situation est internationale sauf si les parties résident dans le même État contractant et si les relations entre les parties et tous les autres éléments pertinents du litige, quel que soit le lieu du tribunal élu, sont liés uniquement à cet État* »[482]. Ensuite, l'article 6 indique que « *tout tribunal d'un État contractant autre que celui du tribunal élu sursoit à statuer ou se dessaisit lorsqu'il est saisi d'un litige auquel un accord exclusif d'élection de for s'applique* ». Mais, ce même article 6 prévoit des exceptions et notamment la possibilité de refuser de donner effet à la clause lorsque « *donner effet à l'accord aboutirait à une injustice manifeste ou serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi* »[483]. La clause peut dès lors être sans effet si l'ordre public de l'État saisi est en jeu. Une telle disposition pourrait viser l'exception d'ordre public international *stricto sensu,* mais également plus largement le mécanisme des lois de police[484]. En effet, comme il a déjà été démontré, sans assimiler le mécanisme des lois de police et celui de l'ordre public international, lorsqu'il s'agit d'appliquer une loi de police c'est toujours de l'ordre public qu'il s'agit. L'interprétation inverse reste toutefois tout aussi possible[485]. En la matière, en sus de l'incertitude relative au sens à donner à cette dernière disposition, il n'y a donc pas d'uniformité des solutions entre les deux instruments. Une telle incertitude sur le sort de la concordance imposée des compétences nait également du fait de la diversité des

---

pratiques anticoncurrentielles est en cause qu'une solution spécifique, revenant à l'inefficacité de la clause, s'impose ». *Ibid*, p. 723.

480 La Convention est entrée en vigueur dans l'Union européenne le 1er octobre 2015.

481 Dès qu'une partie réside dans un État-partie à la Convention et tiers à l'Union européenne Article 26 § 6 de la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for du 30 juin 2005

482 Article 1er § 2 de la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for du 30 juin 2005.

483 Article 6 c) de la Convention.

484 En ce sens, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, F.-X. TRAIN, *JDI*, 2009, p. 599, note sous Cass. 1ère Civ. 22 octobre 2008. Cette disposition est cependant source d'interprétations divergentes. B. AUDIT, « Observations sur la convention de La Haye du 30 juin 2005 relative aux accords d'élection de for », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 171, spéc. p. 185 ; C. KESSEDJIAN, « La convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for », *JDI*, 2006, p. 841, n° 59 ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, « Existence et effet de la clause attributive de juridiction face à une loi de police du for exclu », *Rev. Crit. DIP*, 2017, p. 269, spec. n°8.

485 En raison du contexte plus général de faire peu de place aux impérativités étatiques. Voir notamment, L. USUNIER, « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, beaucoup de bruit pour rien ? ». *Rev. Crit. DIP*, 2010, p. 37, n°23.

solutions. À l'inverse des solutions évoquées jusqu'ici, certains ordres juridiques préservent toujours l'application de leurs lois de police. L'exemple belge en atteste.

3- Analyse du droit belge

339. Le droit belge est l'une des législations qui garantissent le mieux l'application des lois de police grâce à une approche fonctionnelle du droit de la compétence juridictionnelle. En effet, le législateur belge envisage le litige de manière globale en associant règle de conflit de juridictions et lois de police afin de leur faire produire les effets escomptés. Le code de droit international privé belge prévoit à son article 20 l'application de « règles spéciales d'applicabilité », synonymes de lois de police[486]. L'innovation par rapport au droit européen ou au droit français se situe dans l'article 7 du Code de droit international privé. Cet article 7 contient des dispositions relatives à la compétence du juge étranger élu. En vertu de cet article, le juge belge saisi, non élu par la clause de juridiction, doit faire produire les effets à la clause de juridiction et surseoir à statuer sauf si les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits en vertu du droit belge et si la décision susceptible d'être rendue par le juge étranger « *ne pourra pas être reconnue ou exécutée en Belgique* »[487]. Or, le droit belge considère que les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits lorsqu'une loi de police est applicable. De même, la condition tenant à la possibilité de reconnaissance de la décision étrangère en Belgique ne peut être remplie s'il s'avère que le juge étranger ne met pas en œuvre la loi de police belge applicable au litige.

340. Des dispositions spéciales prévoient également la compétence impérative des tribunaux belges en présence d'une loi de police. C'est le cas de l'article 27 de la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale qui transpose la directive européenne de 1986 et des lois postérieures qui l'aménagent[488]. La loi du 19 décembre 2005 intégrée au Code de droit économique belge prévoit par exemple à son article X-33 que « *la phase*

[486] Article 20 alinéa 1 de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé belge : « *Les dispositions de la présente loi ne portent pas atteinte à l'application des règles impératives ou d'ordre public du droit belge qui entendent régir une situation internationale quel que soit le droit désigné par les règles de conflit de lois, en vertu de la loi ou en raison de leur but manifeste* ».

[487] Article 7 de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé belge : « *Lorsque les parties, en une matière où elles disposent librement de leurs droits en vertu du droit belge, sont convenues valablement, pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit, de la compétence des juridictions d'un État étranger ou de l'une d'elles et qu'un juge belge est saisi, celui-ci doit surseoir à statuer, sauf s'il est prévisible que la décision étrangère ne pourra pas être reconnue ou exécutée en Belgique ou si les juridictions belges sont compétentes en vertu de l'article 11. Il se dessaisit lorsque la décision étrangère est susceptible d'être reconnue en vertu de la présente loi* ».

[488] Sur lequel, A. NUYTS, « L'application des lois de police dans l'espace », *Rev. Crit. DIP*, 1999, p. 31, n° 3.

précontractuelle de l'accord de partenariat relève de la loi belge et de la compétence des tribunaux belges, lorsque la personne qui reçoit le droit exerce l'activité à laquelle se rapporte l'accord principalement en Belgique »[489]. Il ressort de l'ensemble de ces dispositions que la possibilité de délocaliser le contentieux est très restreinte.

341. À défaut de dispositions législatives, il appartient à la jurisprudence de fixer le cadre de l'impérativité des deux règles de compétence. Le débat en Belgique s'est cristallisé sur le terrain de l'arbitrabilité du litige. La Cour de cassation belge a eu à se prononcer sur le caractère arbitrable du litige lorsqu'est en jeu la loi du 27 juillet 1961 relative à la concession de vente exclusive, constitutive d'une loi de police[490]. En l'espèce, le litige opposait un concessionnaire belge à un concédant. Le concessionnaire belge a intenté une action devant les tribunaux belges. Le concédant invoquait une sentence arbitrale rendue en Suisse alors que le concessionnaire belge contestait la compétence de l'arbitre. La Cour de cassation belge, dans un arrêt du 28 juin 1979, après avoir relevé le caractère impératif et d'ordre public des dispositions de la loi de 1961, considère qu'un litige n'est pas susceptible d'être tranché par voie d'arbitrage en application d'une loi étrangère lorsque le contrat de concession de vente exclusive produit ses effets dans tout ou partie du territoire belge[491]. Il faut comprendre que ce n'est pas la matière qui est en elle-même inarbitrale, mais c'est le fait que la loi de police belge ne puisse pas être appliquée par l'arbitre qui rend le litige inarbitrable[492]. Ainsi, en octroyant une telle compétence fonctionnelle aux juridictions belges, le législateur s'assure de l'application de

[489] Article X-33 du Code de droit économique belge. V. RETORNAZ, B. VOLDERS, « Loi belge du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial », *Rev. Crit. DIP*, 2006, p. 441.

[490] Sur le caractère de loi de police de cette loi, voir : M. WILLEMART, S. WILLEMART, C. SMITS, *Les concessions de vente en Belgique, Éléments de droit positif de doctrine et de jurisprudence*, Waterloo, Kluwer, 2007, p. 24 ; C. VERBRAEKEN, « La loi applicable aux contrats de concession de vente exclusive comportant un ou plusieurs éléments d'extranéité », in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, (557), 562-563.

[491] Cass. (belge), 28 juin 1979.

[492] Les conclusions de l'Avocat général Krings abondent en ce sens : « Si la clause était conçue en ce sens notamment que les arbitres devraient appliquer la loi belge pour autant qu'il s'agisse d'un litige tombant sous l'application de la loi du 27 juillet 1961, on ne voit pas quelle pourrait être l'objection légale à une telle clause ». En ce sens également : A. NUYTS, *La concession de vente exclusive, l'agence commerciale et l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1996, n° 10.

sa législation. C'est ce que considère la Cour de cassation belge de manière constante[493]. C'est également le parti pris de l'Angleterre[494].

342. Or, si l'on compare cette législation nationale à la législation européenne, il faut remarquer que la protection apportée par la loi de police est mieux assurée en dehors du champ d'application du Règlement Bruxelles I *bis* que dans le champ d'application de la réglementation européenne, alors même qu'il peut s'agir d'une loi de transposition du droit de l'Union européenne. Le refus de faire produire des effets à la clause attributive de juridiction n'est valable que lorsque la juridiction saisie l'est en dehors du champ d'application de l'article 25 du Règlement Bruxelles I *bis* ou de la Convention de La Haye de 2005. La garantie de l'impérativité de la loi de police est donc à géométrie variable et le phénomène de concordance incertain.

B- Le contournement de la concordance imposée des compétences

343. Pour faire une étude précise de l'étendue du phénomène de concordance, il devient nécessaire de distinguer entre les lois de police qui sont assorties d'une compétence impérative et celles qui ne le sont pas. Si les lois de police sont assorties d'une compétence impérative, la concordance entre *forum* et *jus* ne peut pas être contournée. En revanche, si tel n'est pas le cas, elle peut être éludée.

344. Dans ce second cas, la rupture par la volonté privée du lien entre *forum* et *jus* a pour conséquence que la loi de police du juge évincé a le statut de loi de police étrangère pour le juge saisi. Or, comme nous l'avons déjà observé, si le juge étranger saisi est celui d'un État membre et que le litige est soumis au droit de l'Union européenne, l'application des lois de police étrangères dans les règlements européens n'est rendue possible que dans des cas restreints. De plus, il ne s'agit que d'une simple faculté d'application. Les parties peuvent ainsi facilement contourner l'impérativité de la loi de police.

345. Si le litige est soumis à un juge d'un État tiers à l'Union européenne, l'incertitude s'accroit encore plus. L'application de la loi de police dépend du régime des lois de police étrangères adopté par le législateur étranger. Dès lors, la réalisation de la

[493] En matière de contrat de concession exclusive en présence d'une clause d'arbitrage : Cass. (belge), 28 juin 1979 ; Cass. (belge), 14 janvier 2010, *R.C.J.B.* note M. TRAEST, p. 255. En matière de contrat d'agence : Cass (belge), 5 avril 2012, *R.D.C.* 2012, p. 937. En cette hypothèse, le dispositif belge vient en quelque sorte renforcer l'impérativité de la législation européenne.

[494] Court of Appeal, Queen's Bench Division, 30 octobre 2009 [2009] EWHC 2655 (QB), *Accentuate Ltd v. Asigra Inc.*

concordance est entre les mains des parties et à défaut d'intervention du législateur la protection de l'intérêt étatique en sort affaiblie. Une hiérarchie des intérêts apparaît dans laquelle l'intérêt privé est surplombant. Il en est de même lorsque le litige est soumis à la justice arbitrale. Le respect des lois de police sera ainsi dans les mains de l'arbitre qui décidera ou non d'en faire application[495].

346. Or, « pour que les lois de police équilibrent véritablement la liberté de choix donnée aux contractants, il faut que ces lois, destinées à être indérogeables au plan international, ne puissent pas être aisément contournées par les acteurs du commerce international. Leur impérativité ne serait plus sinon que de façade »[496].

347. L'impérativité des lois de police est en effet désactivée par le choix des parties alors que les lois de police sont faites pour encadrer la volonté privée[497]. « Ce rapport entre l'impérativité des lois de police étatiques et la volonté privée qu'elles encadrent s'inverse […] dans une large mesure »[498]. La volonté privée l'emporte sur la protection de l'intérêt public. L'individu peut jouer de la concurrence normative entre les ordres juridiques. Il devient acteur de la normativité et peut mettre les normes en concurrence. Comme l'a affirmé M. Radicati di Brozolo, « les règles classifiées, selon une certaine terminologie des conflits de lois, comme règles d'application nécessaire ne seront souvent en fait que des règles d'application "semi-nécessaire" ou "quasi nécessaire", du moment qu'elles perdent leur caractère d'application nécessaire chaque fois que ce n'est pas le juge du for qui exerce la juridiction, ce qui peut se passer fréquemment et qui reste largement en dehors du contrôle du juge »[499].

348. Cela atteste de la perte d'influence de l'État dans la réglementation du litige international au profit des acteurs privés. La règlementation de droit international privé ne sert plus à rechercher dans la mesure du possible la coordination des ordres juridiques, l'harmonie des solutions tout en préservant le respect de l'autorité de la loi[500]. Elle donne

---

495 Sur cette question, L. G. RADICATI DI BROZOLO, « Arbitrage commercial international et lois de police : considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international », *RCADI*, 2005, t. 315, spec. p. 324 et s.

496 Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ?. Cours général de droit international privé », *op. cit.,* p. 509, n°328.

497 Note sous Cass. 1ère Civ. 22 octobre 2008, D. BUREAU, H. MUIR WATT, « L'impérativité désactivée ? », *Rev. Crit. DIP*, 2009, p. 1.

498 D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. I, Partie générale, Paris, PUF, 4ème ed., 2017, n ° 556.

499 L. RADICATI DI BROZOLO, *op. cit.*.

500 M. P. Kinsch exprime le mieux cette idée en décrivant le passage de l'âge classique du droit international privé à son âge néolibéral. L'auteur dépeint le droit international privé classique comme « la conciliation de la prise en

au contraire les moyens aux parties de se jouer des ordres juridiques en les mettant en compétition. La concordance imposée des compétences pour sauvegarder une politique législative cède donc le pas au respect conditionnel de ces politiques et à une concordance optionnelle.

349. La possibilité encouragée par le droit de contourner la concordance entre *forum* et *jus* en présence d'une loi de police doit cependant être confrontée à la libéralisation de l'instance indirecte. En effet, la promotion d'une politique législative pourrait être préservée par une prise en compte de cet objectif au stade de l'instance directe. La rupture de la concordance imposée des compétences ne présenterait dès qu'une faveur aux parties sans pour autant contrevenir à la protection de l'intérêt étatique.

§2 : Les lois de police face à la libéralisation de l'instance indirecte

350. L'histoire de l'instance indirecte est celle de sa libéralisation. L'évolution de la matière tend en effet à supprimer ou à amoindrir les éléments de contrôle lors de la réception des décisions étrangères, ce qui ne fait que confirmer la possibilité pour les parties de contourner l'application des dispositions impératives en délocalisant le contentieux. La concordance entre compétence juridictionnelle et loi applicable en présence d'une loi de police est alors affaiblie par ce libéralisme qui se constate tant en matière judiciaire (A) qu'en matière arbitrale (B).

A- L'indifférence des lois de police dans l'accueil des décisions judiciaires

351. L'éviction d'une loi de police par la délocalisation du contentieux était pendant de nombreuses années sans effet sur l'autorité de celle-ci grâce au régime de régularité internationale des décisions étrangères. En effet, en droit commun, l'existence d'un contrôle *a posteriori* de la loi appliquée par le juge étranger était de nature à faire obstacle à la réception du jugement pris en violation d'une loi de police. Il était alors possible de refuser d'octroyer l'exequatur à un jugement prononcé dans l'État d'origine en violation d'une loi de police de l'État requis. Depuis l'arrêt *Cornelissen*[501] en France (1) et le

compte de l'internationalité des solutions avec le souci permanent de l'autorité de la loi ». P. KINSCH, « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », in *Mélanges en l'Honneur de Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, p. 377.

[501] Cass. 1ère Civ. 20 février 2007, *Cornelissen. D.*, 2007, p. 1115, note L. D'AVOUT, S. BOLLEE, *Rev. Crit. DIP*, 2007, p. 420 note. B. ANCEL, H. MUIR WATT ; *JDI*, 2007, p. 1195, note F.-X. TRAIN.

développement de règles libérales de réception des jugements au sein de l'Union européenne (2), les éléments de contrôle de la décision étrangère se sont réduits.

1- Le contournement de la concordance permis par le régime de droit commun

352. En droit français, l'arrêt *Cornelissen* est venu clore une longue évolution jurisprudentielle tendant à rendre de plus en plus libéral l'accueil dans l'ordre juridique français des décisions étrangères en se détachant des règles de conflit de lois françaises. En effet, avant cet arrêt, le juge chargé de contrôler la régularité internationale des décisions judiciaires étrangères devait, en vertu de la jurisprudence *Munzer*[502], effectuer un contrôle de la loi appliquée. Ce contrôle de la loi appliquée était alors le moyen le plus sûr de voir appliquer la loi de police du for évincé[503].

353. Or, depuis l'arrêt *Cornelissen* de 2007, le juge français n'est désormais plus tenu que de vérifier uniquement trois conditions de régularité à savoir la compétence du juge étranger telle que définie par l'arrêt *Simitch*, l'absence de fraude à la loi et l'absence de contrariété à l'ordre public international[504]. Est-ce la confirmation du possible contournement de la législation internationale impérative du for d'accueil ou est-ce que les trois critères restants pourraient assumer une certaine protection de la législation impérative[505]?

354. En vertu de la jurisprudence *Simitch*[506], la compétence du juge étranger est établie si le juge étranger n'empiète pas sur une règle de compétence exclusive française d'une part, et si, en cas de compétences concurrentes, il existe un lien caractérisé entre le litige et le juge étranger. Ce lien est apprécié par les juges et semble être caractérisé très facilement[507]. Il sera d'autant plus facile à établir lorsque le juge est élu par une clause

[502] Cass. 1ère Civ. 7 janvier 1964, *Rev. Crit. DIP*, 1964, p. 344, note H. BATIFFOL.
[503] A. SINAY-CYERMANN, *L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale*, thèse Strasbourg dactyl., 1980, spec. 217 ; P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.,* n°404 ; E. PATAUT, *op. cit.*, p. 183, n°270 : « Le contrôle de la loi appliquée permet, lorsque l'intérêt de l'État est impliqué, de vérifier que les exigences de l'ordre juridique français sont respectées par le juge étranger et favorise donc une plus grande coopération internationale par l'abandon d'un certain nombre de compétences exclusives. Le contrôle de la loi appliquée permet de poser une exigence intermédiaire entre l'abandon de toute compétence juridictionnelle française fondée sur une loi de police […] et le refus de toute compétence juridictionnelle étrangère ».
Voir également les notes en commentaire sous l'arrêt *Monster Cable* (voir *supra* note n°328).
[504] Sur cette évolution, B. ANCEL, H. MUIR WATT, « Les jugements étrangers et la règle de conflit de lois, chronique d'une séparation », in *Mélanges en l'Honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 134.
[505] En ce sens, L. D'AVOUT, S. BOLLEE, « L'abandon du contrôle de la loi appliquée par les jugements étrangers », *D.*, 2007, p. 1115, spec. p. 1118.
[506] Cass, 1ère Civ. 6 février 1985, *Simitch.*
[507] Cass. 1ère Civ. 11 février 2015, *Rev. Crit. DIP*, 2015, p. 891, note L. USUNIER.

attributive de juridiction. Cette condition ne pose donc pas de réelle difficulté au regard de notre problématique[508], la loi de police ne conférant pas l'exclusivité à la règle de compétence juridictionnelle[509]. Il reste alors la condition de l'absence de fraude (a) et celle de l'absence de contrariété à l'ordre public international (b) qui pourraient être invoquées pour bloquer le processus d'éviction des lois de police par la délocalisation du contentieux.

a- L'absence de fraude

355. L'absence de fraude à la loi est une exception ancienne dans le système conflictuel[510]. En matière de compétence indirecte, le recours à la notion de fraude a subi une évolution, mais a toujours été maintenu. C'est ce qu'il ressort de l'arrêt *Cornelissen*. Mais, si l'arrêt *Cornelissen* fait mention de la notion de fraude à la loi, l'arrêt *Simitch* énonçait l'absence de choix frauduleux de la juridiction tandis qu'un arrêt *Gazprombank* plus récent fait référence à la notion de fraude sans autre précision[511]. À cela s'ajoute le fait que « la fraude fait l'objet d'une double référence dans la construction synthétique proposée par la jurisprudence, étant à la fois un des trois critères de l'exequatur et un sous-critère d'un autre de ces trois critères »[512]. Ce moyen de contrôle est donc sujet à débat.

356. Ainsi, en dépit de la suppression du contrôle de la loi appliquée, la « fraude à la loi » telle qu'évoquée dans l'arrêt *Cornelissen* permet au for requis de l'exequatur de vérifier que les personnes privées n'ont pas volontairement modifié leur situation juridique afin de contourner la législation du for[513]. Une telle notion de fraude a pu être utilisée pour faire obstacle à la réception d'un jugement étranger lorsqu'il est démontré que les parties

[508] Sur les liens toutefois entre le contrôle de la loi appliquée et l'arrêt *Simitch* : B. ANCEL, « Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères », *TCFDIP*, 1986-1988, p. 25. Voir également C. REYDELLET, *op. cit.,* spec. p. 382 et s.

[509] Sur l'opportunité de laquelle, voir *infra* n°1444 et s.

[510] Cass, Civ, 18 mars 1978, *Princesse de Beauffremont. Grands arrêts* n°6.

[511] Voir également : Cass. 1ère Civ. 30 janvier 2013, *Gazprombank*, n° 11-10.588 qui mentionne la fraude sans préciser « fraude à la loi », *RTD. Com.*, 2014, p. 459, note P. DELEBECQUE ; *JCP G*, 2013, p. 299, note D. AKCHOTI.

[512] Faisant référence à la fraude dans l'arrêt *Simitch.* C. REYDELLET, *op. cit.,* spec. p. 374.

[513] Il n'y a d'ailleurs pas d'incompatibilité entre la suppression du premier critère et la préservation du second : comme l'indique le professeur S. Clavel, « dans la fraude à la loi, ce n'est pas ce simple fait qui est sanctionné, c'est le fait que la compétence législative consacrée par le juge étranger est le fruit d'une manœuvre frauduleuse […]. Il s'agit de protéger non plus tant notre conception de la répartition des compétences législatives de droit privé dans le monde, mais surtout la victime de la fraude contre la manœuvre frauduleuse qui a réussi à l'étranger, mais dont on ne veut pas que le juge français se rende complice ». Et l'auteur de conclure, « je trouve sain que la jurisprudence Cornelissen ait maintenu ce point de contrôle, nonobstant la disparition du contrôle de la loi appliquée ». S. CLAVEL, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *TCFDIP*, 2010-2012, p. 286 et p. 288.

« *ont volontairement modifié le rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente* »[514]. Mais, la fraude à la loi se double ou prend le plus souvent la forme d'une fraude à la juridiction, car c'est par l'intermédiaire de la saisine d'un juge étranger que se réalise la fraude. C'est la réalité du lien caractérisé entre le litige et le juge étranger qui est en jeu ici. L'on parle alors de fraude au jugement ou encore de fraude à la compétence[515] qui révèle une fraude à l'ordre juridique dans son ensemble[516]. Cette notion a été utilisée notamment en matière de divorce unilatéral à l'initiative purement maritale ou en matière de gestation pour autrui[517]. Mais, pour invoquer ces cas de fraude, il faudrait alors pouvoir retenir une notion large de la fraude[518] ou bien se référer au critère de la jurisprudence *Simitch*. C'est ce que semble permettre l'arrêt *Gazprombank* qui permet de faire référence à la fraude « procédurale », c'est-à-dire à la fraude à la compétence ou au jugement et rendant poreux, voire redondant, la notion de fraude en général et celle de fraude dans le cadre de la vérification du lien caractérisé[519].

357. Cette définition pourrait permettre à l'ordre juridique français de s'assurer de l'application de ses lois de police ou du moins de lutter contre leur contournement[520]. Pourtant, une telle notion est très peu efficace. Se pose tout d'abord un problème de preuve de l'élément intentionnel qui est très difficile à rapporter[521]. Ensuite concernant l'élément matériel, lorsque les parties ont eu recours à une clause attributive de juridiction, c'est l'ordre juridique évincé qui consent à se laisser soustraire du rapport de droit au stade de la compétence et donc indirectement à la loi normalement compétente. Enfin et surtout, un arrêt récent de la Cour de cassation semble mettre un sérieux coup d'arrêt à la possibilité d'invoquer une telle fraude au jugement. Dans un arrêt du 4 mai 2017, rendu

514 Cass. 1ère Civ. 17 mai 1983, *Rev. Crit. DIP*, 1985, p. 346, note B. ANCEL.

515 Dans ce cas, « la fraude du plaideur vise à obtenir une décision d'un contenu différent de celui qui serait le sien si le litige était porté devant le juge normalement compétent ». P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Rep. int. Dalloz*, V°« Fraude à la loi », n° 20.

516 Sur ces différentes acceptions de la fraude : S. CLAVEL, *op. cit.,* p. 255 et s.

517 Cass. 1ère Civ. 13 septembre 2013, n°12-18.315 et n°12-30.138. *D.*, 2014, p. 1787, obs. P. BONFILS ET A. GOUTTENOIRE ; *Rev. Crit. DIP*, 2014, p. 531, note H. FULCHIRON, M.-C. GILARTE ; *JDI*, 2014, p. 134, note J. GUILLAUME ; *D.*, 2015, 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHT

518 Favorable à cette extension de la notion : « Il ne serait pas mauvais que dans un arrêt ultérieur la Cour de cassation laisse tomber la fraude "à la loi" pour dire simple "absence de fraude'et ne viser ainsi que la réserve générale classique : *fraus omnia corrumpit*, la fraude fait exception à toutes les règles ». Remarque de Monsieur B. Audit lorsque l'intervention orale de S. CLAVEL, *op. cit.,* p. 255 et s.
Et déjà, L. D'AVOUT, S. BOLLEE, « L'abandon du contrôle de la loi appliquée, par les jugements étrangers », *D.*, 2007, p. 1115 ; F.-X. TRAIN, *JDI*, 2007, p. 1195, spec p. 1205. Notes sous l'arrêt *Cornelissen.*

519 P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.,* n°386 ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, « Recul d'un pas de la fraude au jugement », *Rev. Crit. DIP*, p. 457. C. REYDELLET, *op. cit.,* spec. p. 378 et s.

520 S. CLAVEL, *op. cit.,* p. 255, spec. p. 262.

521 B. ARCHINARD-GREIL, *op. cit.,* p. 122.

en matière personnelle, la juridiction française a cassé un arrêt d'une Cour d'appel qui considérait qu'était constitutif d'une fraude « *le fait d'obtenir à l'étranger une décision dans la perspective de l'invoquer ultérieurement en France alors qu'aucun juge français n'aurait rendu une décision en ce sens* »[522]. Il faut donc comprendre que désormais le sens de la décision du juge étranger ne doit pas être pris en considération par le juge français pour préjuger des liens caractérisés et qu'une décision rendue en sens contraire à ce qu'aurait décidé le juge français ne peut être un élément constitutif d'une fraude. La possibilité d'invoquer la fraude à la loi semble bien réduite à peau de chagrin. Le seul moyen de prendre en considération le contournement de la norme impérative française reste donc l'exception d'ordre public international.

b- Le recours limité à l'exception d'ordre public international

358. Une parenté existe entre l'exception d'ordre public international et la notion de loi de police puisque « l'exception d'ordre public international est une manifestation éclatante d'une préoccupation de justice matérielle »[523]. De même, lorsqu'il s'agit d'appliquer des lois de police, c'est toujours l'ordre public qui est en cause[524]. En outre, méthodologiquement, ces deux instruments sont la marque de la méthode unilatéraliste[525]. La question qui se pose est donc celle de savoir si l'exception d'ordre public international est apte, à titre de correctif, à s'opposer au contournement des lois de police du for au stade de l'instance indirecte. Pour répondre à cette question, il faut rappeler que les deux instruments du droit international privé se distinguent quant à leurs mécanismes respectifs et leurs fondements. La loi de police a une fonction de rattachement tandis que l'ordre public international intervient en tant que mécanisme d'éviction. Ensuite, les lois de police tendent à faire prévaloir des objectifs législatifs tandis que l'ordre public tend à défendre des valeurs. À chaque mécanisme sa fonction[526]. Mais, les objectifs et les valeurs peuvent converger. En pareille hypothèse, l'exception

[522] Cass. 1ère Civ. 4 mai 2017, pourvoi n°16-13.645, *JDI,* 2018, p. 97, note D. PORCHERON ; *JDI*, 2017, p. 1315, note F. MONEGER ; *Rev. Crit. DIP*, 2017, p. 457, note D. BUREAU, H. MUIR WATT.

[523] H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI*, 2005, t. 312, p. 273.

[524] V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux, Étude critique des méthodes*, *op. cit.,* n°375 ; P. FRANCESCAKIS, « Y a t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *TCFDIP*, 1966-1968, p. 165.

[525] En ce sens, D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, *op. cit.*.

[526] En ce sens, P. KINSCH, « La "sauvegarde de certaines politiques législatives ", cas d'intervention de l'ordre public international ? », in *Mélanges en l'Honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 447.

d'ordre public international pourrait faire obstacle à la réception du jugement étranger qui évince l'application des lois de police du for requis[527].

359. Cette hypothèse ne saurait pourtant être le principe. En effet, le contrôle effectué lors du déclenchement de l'ordre public international ne rend cette hypothèse que rarement exacte. De ce fait, le régime de l'exception d'ordre public international ne crée pas une réelle voie de secours pour l'ordre juridique requis pour s'assurer du respect des dispositions internationalement impératives. Tout d'abord, comme le relèvent certains auteurs, « il est évidemment à exclure que l'ordre public soit ici apprécié *in abstracto*, et déclenché par la seule ignorance d'une loi de police du for requis ; pareille conception — qui reviendrait d'ailleurs à réintroduire tel quel un simple contrôle de la loi appliquée — conduirait en effet à écarter de manière quasi systématique le jugement étranger, faute pour celui-ci d'avoir appliqué une loi de police française »[528]. Un tel contrôle *in abstracto* n'est d'ailleurs pas privilégié par la jurisprudence qui préfère opérer un contrôle in *concreto*. Dès lors, l'ordre juridique ne peut revenir sur l'éviction des lois de police que dans des circonstances déterminées et non de manière automatique. De plus, le contrôle qui est effectué peut subir un effet atténué[529]. Seule l'application de l'ordre public de proximité permet de revenir sur cet effet atténué. Dès lors, ce n'est que lorsque la décision qui évince l'application des lois de police de l'État requis porte atteinte à des valeurs fondamentales que le juge pourra refuser de lui faire produire des effets. Or, tous les objectifs promus par les lois de police ne concernent pas des valeurs fondamentales[530]. Il n'existe pas de fongibilité totale entre les contenus des lois de police et de l'exception d'ordre public international de sorte qu'en somme la possibilité de contourner l'application des lois de police se trouve rarement contrariée par le régime de droit commun de régularité internationale des décisions. Il en est de même en vertu du droit de l'Union européenne.

---

527 H. GAUDEMET-TALLON, « La clause attributive de juridiction, un moyen d'échapper aux lois de police ? », *op. cit.,* p. 707, spec. p. 720.

528 D. BUREAU, H. MUIR WATT, note sous Cass. 1ère Civ. 22 octobre 2008, « L'impérativité désactivée ? », *Rev. Crit. DIP*, 2009, n° 16.

529 Cass. Civ. 17 avril 1953, *Rivière. Grands arrêts*, n° 26.

530 J.-B. RACINE, « Droit économique et lois de police », *op. cit.,* p. 61, spec. p. 75 : « on pourrait considérer que le non-respect par un juge étranger d'une loi de police française est susceptible de constituer une contrariété à l'ordre public international. Toutefois, la solution ne coule pas de source. Encore faut-il intégrer les lois de police dans le domaine de la réserve d'ordre public » ; L. RADICATI DI BROZOLO, *op. cit.,* n°24 ; C. REYDELLET, *op. cit.,* spec. p. 371 et s.

2- Le contournement de la concordance confirmé par le régime de droit européen

360. Le droit de l'Union européenne prévoit des règles allégées de régularité internationale des jugements étrangers allant jusqu'à rendre automatique l'octroi de la force exécutoire même si des possibilités d'opposition sont maintenues. Cela s'explique par l'existence d'un espace judiciaire commun et par l'harmonisation des règles de compétence. En sus de l'affirmation de l'interdiction de toute révision au fond[531], sont également supprimés l'exception de fraude à la loi et le contrôle du lien caractérisé entre le juge étranger et le litige au profit du seul contrôle du respect des compétences exclusives et dérogatoires lors de l'instance directe[532]. Seul reste alors le contrôle de l'ordre public international qui est préservé dans l'ensemble des règlements européens[533].

361. À cet égard, pour refuser de faire produire des effets à un jugement étranger, la possibilité d'invoquer l'ordre public international a dès le départ été acceptée[534] sous réserve d'une application stricte[535]. La Cour de Justice a ainsi précisé que la violation de l'ordre public doit être manifeste pour ne pas s'apparenter à une révision au fond du litige[536]. La Cour de Justice s'octroie à ce titre le droit de « *contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un État-contractant peut avoir recours à la notion d'ordre public pour ne pas reconnaître une décision émanant d'une juridiction d'un autre État-contractant (membre)* »[537].

362. La Cour va cependant parfois plus loin que le seul encadrement du contrôle et tend à imposer un certain contenu. Elle impose notamment aux États membres de

---

[531] Article 52 du Règlement Bruxelles I *bis*.
Ce principe implique également la suppression du contrôle de la loi appliquée. CJCE, 28 mars 2000, *Krombach c./Bamberski,* C-7/98. *Rev. Crit. DIP,* 2000, p. 481, note H. MUIR WATT ; *JDI*, 2001, p. 691, note A. HUET : « *En prohibant la révision au fond de la décision étrangère, les articles 29 et 34, troisième alinéa, de la Convention interdisent au juge de l'État requis de refuser la reconnaissance ou l'exécution entre la règle de droit appliquée par le juge de l'État d'origine et celle qu'aurait appliquée le juge de l'État requis s'il avait été saisi du litige* ». Point 36.

[532] Article 45-1 e) du Règlement Bruxelles I *bis*.

[533] Pour exemple : article 45-1 e) du Règlement Bruxelles I *bis* ; article 22 a) du Règlement Bruxelles II *bis*, article 40 du Règlement Successions, articles 37 des Règlements Régimes matrimoniaux et Partenariats enregistrés, etc.

[534] Même si sa suppression avait été envisagée par la Commission européenne. Sur cette proposition : A. NUYTS, « La refonte du Règlement Bruxelles I », *Rev. Crit. DIP*, 2013, p. 1, spec. n°19 ; H. GAUDEMET-TALLON, C. KESSEDJIAN, « La refonte du Règlement Bruxelles I », *RTD eur.*, 2014, p. 435, spec. n°51 et s.

[535] C'est ce qui ressort du rapport Jenard prévoyant que « cette clause ne doit jouer que dans des cas exceptionnels ». *Rapport de M. P. JENARD sur la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, *op. cit.* p. 32.

[536] « *Un recours à la clause de l'ordre public, figurant à l'article 27, point 1, de la convention, n'est concevable que dans l'hypothèse où la reconnaissance ou l'exécution de la décision rendue dans un autre État contractant heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'État requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental. Afin de respecter la prohibition de la révision au fond de la décision étrangère, l'atteinte devrait constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique* ». CJCE, 28 mars 2000, *Krombach c./ Bamberski,* C-7/98, point 37, *Rev. Crit. DIP,* 2000, p. 481, note H. MUIR WATT ; *JDI*, 2001, p. 691, note A. HUET.

[537] Arrêt *Krombach* précité, point 1.

vérifier le respect des objectifs portés par les lois de police dites européennes. Il s'agit là de faire respecter la primauté du droit de l'Union européenne[538]. Les lois de police d'origine européenne intègrent donc les valeurs fondamentales des ordres juridiques nationaux. En pareille hypothèse, il n'est donc pas possible d'évincer l'application des lois de police par la délocalisation du contentieux.

363. Cependant, il faut bien reconnaître que ces hypothèses ne sont pas les plus nombreuses puisque l'essentiel des lois de police est constitué par des dispositions d'origine nationale. En présence d'une loi de police évincée de l'État requis, le droit de l'Union européenne reste donc impuissant à contrebalancer le contournement des dispositions internationalement impératives et tend à confirmer l'altération de la concordance imposée entre *forum* et *jus* en présence de lois de police.

364. En somme, en optant pour un régime libéral d'accueil des décisions étrangères, tant le droit commun que le droit d'origine européenne participent de la possibilité pour les personnes privées de contourner les dispositions garantissant le respect des intérêts publics étatiques. Ce libéralisme est également présent pour l'accueil des sentences arbitrales.

B- L'indifférence des lois de police dans l'accueil des sentences arbitrales

365. Lorsque le litige est laissé à l'arbitre, celui-ci n'a pas d'obligation d'appliquer les dispositions constitutives de loi de police. Nous avons vu que l'applicabilité d'une loi de police au litige ne remettait pas en cause son arbitrabilité notamment grâce à la possibilité d'effectuer un second regard sur la sentence sous le contrôle du juge étatique. C'est lors de ce second regard que le juge va pouvoir remettre en cause le contournement de sa loi évincée. En matière arbitrale, la non-conformité de la sentence aux lois de police semble *a priori* sanctionnable. C'est ce qui est prévu dans la résolution de l'Association de droit international de 2002[539] et dans de nombreuses législations par le biais du recours à l'ordre public international. L'ordre public international est une condition phare à laquelle

[538] CJCE, 1er juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd c./Benetton International NV*, C-126/97, *Rev. Arb.* 1999, p. 369, note L. IDOT. Cet arrêt concernait la matière arbitrale. Voir *infra* n°366.

[539] Selon l'article 1 (d) de la Résolution de l'Association de droit international : « *l'ordre public international d'un État comprend : (i) les principes fondamentaux relatifs à la justice et à la morale, que l'État désire protéger, même lorsqu'il n'est pas directement concerné ; (ii) les règles destinées à servir les intérêts politiques sociaux ou économiques de l'État, connues sous l'appellation de "lois de police" ou "lois d'ordre public*". Sur cette résolution, P. MAYER, « Recommandations 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, p. 1061.

les États ne sauraient renoncer[540]. Il s'agit de la « voie essentielle du contrôle étatique des lois de police »[541].

366. En ce sens, la Cour de Justice des Communautés européennes notamment a imposé aux États membres de faire entrer dans le contrôle de l'ordre public certaines dispositions impératives du droit européen. Dans un arrêt *Eco Swiss* rendu le 1er juin 1999, la Cour a considéré que les dispositions prohibant les pratiques anticoncurrentielles doivent faire partie intégrante des ordres publics internationaux des États membres[542]. Dans le même sens, la jurisprudence française considère que le contenu de l'ordre public international doit comprendre certaines sources de droit international[543]. Si le contenu de l'ordre public n'est pas limité aux dispositions de droit interne et peut comprendre les normes impératives supranationales, l'étendu du contrôle effectué reste cependant source d'incertitude.

367. En France, c'est le très controversé arrêt *Thales*, qui a posé les jalons de l'étendue du contrôle de l'ordre public international. En vertu de cette jurisprudence, « *la violation de l'ordre public international au sens de l'article 1502-5° du nouveau Code de procédure civile doit être flagrante, effective et concrète* »[544]. Il est donc très clair que le contrôle opéré sur la sentence est conçu comme très limité. L'exigence de flagrance, notamment, limite considérablement le contrôle. Comme l'exprime parfaitement le professeur L. G. Radicati di Brozolo, le juge ne peut annuler la sentence arbitrale sur le fondement de l'ordre public que si la contrariété de la sentence avec l'ordre public « crève les yeux »[545].

368. Dans cette lignée, la Cour d'appel de Paris a pu affirmer que « *s'agissant de la violation de l'ordre public international, la Cour, qui n'est pas juge du procès, mais de la sentence, n'exerce […] sur celle-ci qu'un contrôle extrinsèque puisque seule sa reconnaissance ou son exécution est*

---

[540] Elle est prévue aux articles V. 2. b) de la Convention de New York du 10 juin 1958 et 34. 2. b. ii de la loi-type CNUDCI.

[541] C. SERAGLINI, *op. cit.,* spec. n°320.

[542] « *Une juridiction nationale saisie d'une demande en annulation d'une sentence arbitrale doit faire droit à une telle demande lorsqu'elle estime que cette sentence est effectivement contraire à l'article 85 du traité CE (devenu article 81 CE), dès lors qu'elle doit, selon ses règles de procédure internes, faire droit à une demande en annulation fondée sur la méconnaissance de règles nationales d'ordre public* » : CJCE, 1er juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd c./Benetton International NV*, C-126/97, *Rev. Arb.* 1999, p. 369, note L. IDOT.

[543] En l'espèce, l'ordre public est défini par référence à la Convention des Nations-Unies contre la corruption conclue à Mérida le 9 décembre 2003. CA Paris, 21 février 2017, *République du Kirghisistan contre Belokon*, *D.*, 2017, p. 2054, obs. L. D'AVOUT, S. BOLLEE ; *JDI*, 2017, p. 1361, note E. GAILLARD.

[544] CA Paris, 18 novembre 2004, *Thalès Air Défense c./GIE Euromissile. Rev. Crit. DIP*, 2006, p. 104, note S. BOLLEE ; *RTD Com.* 2005, p. 263, obs. E. LOQUIN.

[545] L. G. RADICATI DI BROZOLO, « L'illicéité "qui crève les yeux" : critère du contrôle des sentences au regard de l'ordre public international », *Rev. Arb.* 2005, p. 529.

examinée au regard de la compatibilité avec l'ordre public international au moment de sa présentation au juge »[546]. Il s'agit d'un contrôle « minimaliste » alors que « l'admission de l'arbitrabilité des matières d'ordre public n'a jamais signifié que l'on entendait laisser aux arbitres le dernier mot en la matière, car elle était conditionnée au maintien du contrôle étatique ; il ne s'agissait, en réalité, que de consentir à ce que les arbitres aient le premier mot, pour éviter une perturbation de la procédure arbitrale »[547].

369. Après de nombreuses critiques, les juridictions françaises ont retenu une solution plus nuancée. Le critère de la flagrance disparaît et la contrariété de la sentence à l'ordre public doit désormais être « *manifeste, effective et concrète* »[548] pour pouvoir entrainer l'annulation de la sentence. L'adjectif « manifeste » n'ôte pas tous les doutes quant à la portée du contrôle. L'exigence d'une violation manifeste renvoie, non à ce qui « crève les yeux », mais au moins à ce qui « saute aux yeux ». Pour autant, les juges dans l'affaire *République du Kirghizistan contre Belokon* précitée, tout en exigeant le caractère manifeste de la violation, ont pratiqué un contrôle étendu en affirmant que la recherche faite par le juge de l'annulation « *menée pour la défense de l'ordre public international n'est pas limitée aux éléments de preuve produits devant les arbitres, ni liée par les constatations, appréciations et qualifications opérées par ceux-ci* ». Les juges semblent ne plus se contenter d'un contrôle minimaliste malgré la formulation employée.

370. Une jurisprudence récente semble aller plus loin encore dans le sens d'un contrôle plus développé. Dans un arrêt du 16 janvier 2018, la Cour d'appel de Paris a effectué un contrôle approfondi de la sentence et a accepté de prendre en considération, outre une norme de droit international public coutumier[549], l'applicabilité des lois de police étrangère au litige en tant qu'éléments relevant de l'ordre public international. Elle affirme effectivement que « *l'ordre public international au regard duquel s'effectue le contrôle du juge de l'annulation s'entend de la conception qu'en a l'ordre juridique français, c'est-à-dire des valeurs et des principes dont celui-ci ne saurait souffrir la méconnaissance même dans un contexte international ; que ce*

[546] CA Paris, 23 mars 2006, *SNF c./Cytec Industries*. *Rev. arb.* 2007, p. 100, obs. S. BOLLEE. La solution a été confirmée par la Cour de cassation deux ans plus tard. Cass., 1ère Civ. 4 juin 2008, *D*., 2008, p. 1684, note X. DELPECH.

[547] P. MAYER, « L'étendue du contrôle par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 466. *Contra* : Y. DERAINS, *Rev. arb.* 2001, p. 819.

[548] Sur la disparition du critère de la flagrance : CA Paris, 14 mars 2014, *D*., 2014, p. 1967, obs. L. D'AVOUT, S. BOLLEE

[549] En l'espèce il s'agissait de la Résolution de l'Assemblée générale des Nations unies du 14 décembre 1962 proclamant la souveraineté permanente des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles.

n'est que dans cette mesure que des lois de police étrangères peuvent être regardées comme relevant de l'ordre public international […] »[550]. Après une telle solution, l'application des lois de police semble pouvoir être mieux garantie en matière arbitrale que juridictionnelle, car elles sont comprises dans le contenu de l'ordre public même si l'étendue du contrôle reste incertaine.

371. Face au manque d'uniformité des solutions, il y a là un paradoxe évident. Comment l'ordre juridique peut-il qualifier certaines dispositions de « dispositions internationalement impératives » pour déroger à la réglementation classique du conflit de lois et laisser aux individus un outil de contournement de cette réglementation ? Quelle est l'utilité pour l'État de mettre en avant la nécessité de préserver une politique législative si la seule volonté des parties suffit à éluder toute disposition impérative ? En éludant le problème juridictionnel, l'État crée lui-même les conditions d'une relative dépossession normative.

Conclusion de la section :

372. En l'état du droit positif, les individus peuvent facilement délocaliser le litige dans un ordre juridique étranger. Devant une telle possibilité était en jeu la question du sort des lois de police et par suite du sort de la concordance imposée des compétences juridictionnelle et législative précédemment relevée. Il est apparu une indifférence de l'ordre juridique à l'égard des lois de police sur le droit de la compétence juridictionnelle et plus précisément sur le droit des clauses de prorogation de compétence. Face à une telle indifférence, les lois de police deviennent alors « semi-nécessaires » sous le poids de la libéralisation de l'instance et le lien intime entre *forum* et *jus* se trouve altéré. De concordance imposée, la concordance devient simplement facultative. Les individus peuvent donc échapper à l'application des lois de police au stade de l'instance directe. Cependant, lorsque le jugement étranger est rendu, le juge de réception du jugement pourrait rejeter celui-ci dans le but de préserver ses intérêts publics. Or tel n'est plus le cas depuis la libéralisation de l'instance indirecte, ce qui fragilise encore davantage la concordance pourtant nécessaire des compétences juridictionnelle et législative en présence d'une loi de police.

[550] CA Paris, 16 janvier 2018, n°15/21703. *D,* 2018, p. 1635, note M. AUDIT ; *D.,* 2108, p. 1934, note L. D'AVOUT ; *D.*, 2018, p. 2448, note. T. CLAY. Voir également CA Paris, 20 décembre 2018, n°16/25484. *D.*, 2019, p. 2435, note T. CLAY.

Conclusion du chapitre :

373. Par l'édiction de lois de police, l'ordre juridique entend se réserver unilatéralement la résolution matérielle du litige. Ainsi, une fois la compétence juridictionnelle acquise, la présence d'une loi de police préempte, du fait de l'impérativité de la disposition, l'application de la règle de conflit de lois afin de faire prévaloir un intérêt spécifique. Lorsqu'il s'agit d'appliquer les lois de police du for, ce qui représente l'immense majorité des hypothèses, une concordance des compétences juridictionnelle et législative est alors imposée par le for. Si cette concordance prospère traditionnellement dans l'ordre juridique étatique, le droit international privé européen modifie et renouvelle ses possibilités de développement. Le droit de l'Union européenne intervient tout d'abord pour fixer les contours des lois de police étatiques, ce qui rejaillit indirectement sur les contours de la concordance des compétences. Ensuite, l'ordre juridique européen revendique pour lui-même l'impérativité de certaines dispositions de sorte qu'une nouvelle concordance apparaît entre *forum* européen et *jus* européen.

374. Or, l'effectivité de cette revendication unilatérale de compétence législative fondée sur l'intérêt étatique ou unioniste est source d'incertitude devant la potentielle délocalisation du contentieux. La ou les parties, profitant du pluralisme juridictionnel peu(ven)t choisir de plaider ailleurs que dans l'ordre juridique dont une loi de police se veut applicable. Or, l'incertitude semble céder la place à l'inquiétude quant à l'efficacité d'une telle concordance imposée des compétences. Nous avons effectivement constaté qu'en dépit des intérêts en cause justifiant une méthode dérogatoire sur le plan de la compétence législative, la réglementation du conflit de juridictions, qu'il s'agisse de l'instance directe ou de l'instance indirecte, ne fait guère de place aux considérations issues des lois de police potentiellement applicables au litige. Face à un tel constat, l'opportunité ou l'effectivité de la concordance imposée des compétences est interrogée. Pourquoi, l'ordre juridique étatique entendrait-il imposer d'une main une résolution particulière du litige tout en laissant d'une autre main la possibilité de la contourner ? La concordance imposée apparaît en réalité relative. Qu'en est-il lorsque la concordance des compétences juridictionnelle et législative est imposée par le recours à l'ordre public international ?

CHAPITRE 3 : LA CONCORDANCE IMPOSÉE DES COMPÉTENCES PAR LE RECOURS A L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

375. Le droit international privé d'origine savignienne est connu pour sa neutralité[551]. La désignation de la loi applicable effectuée en vertu du seul rapport de droit fait de la règle de conflit de lois une règle neutre[552]. Pour autant, il a toujours été admis une limite à cette neutralité, au moins au stade du déploiement de l'exception d'ordre public international.

376. Effectivement, l'ordre public international, « mécanisme de base du droit international privé contemporain »[553], est traditionnellement envisagé comme un mécanisme permettant à l'ordre juridique du for d'évincer l'application de la loi étrangère ou de refuser de donner effet à un jugement étranger. Il s'entend comme un ensemble de principe et de valeurs essentiels dans un ordre juridique donné[554]. Il est ainsi admis, depuis l'analyse effectuée par le professeur Paul Lagarde, que le mécanisme de l'ordre public international se traduit par deux effets ou deux phases[555].

377. Le premier effet de l'exception d'ordre public international est un effet négatif d'éviction de la norme étrangère. Il s'agit en réalité de neutraliser l'application de la loi étrangère, non sa compétence[556]. Par exemple, en matière de loi applicable, une fois la règle de conflit de lois mise en œuvre, l'ordre public international a un effet négatif qui consiste à évincer la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois lorsque son application concrète porte atteinte aux valeurs et principes fondamentaux du for. Le second effet, positif cette fois-ci, est celui de la substitution de la loi du for. Si besoin est,

---

551 D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. I, Partie générale, Paris, PUF, 4ème ed., 2017, n°14.

552 Précisément, « la règle est neutre dans la mesure où c'est essentiellement l'intensité du lien qu'il présente avec tel ou tel État qui dicte le rattachement du rapport de droit » Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *TCFDIP*, 1980-1981, t. II, p. 44.

553 P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « L'exception d'ordre public et régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *RCADI*, 2014, t. 371, p. 165.

554 En France, il s'agit notamment des célèbres « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue ». Cass. Civ. 25 mai 1948, *Lautour*, *Grands arrêts* n°19 ; *Rev. Crit. DIP* 1949, p. 89, note H. BATIFFOL.

555 P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1959. Voir également, J. FOYER, « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 285.

556 P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « L'exception d'ordre public et régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *op. cit.,* p. 255. En ce sens également, D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, *op. cit.,* spéc. p 627-632.

la *lex fori* intervient à titre subsidiaire afin de ne pas entrainer de déni de justice matériel. Cet effet positif ne saurait être assimilable à un rattachement en faveur de la loi du for puisque l'intervention de la *lex fori* n'est pas toujours nécessaire[557]. Il ne saurait donc *a priori* y avoir de concordance imposée des compétences, mais seulement une coïncidence des compétences liée à la vocation subsidiaire de la *lex fori*.

378. Pourtant, à l'inverse de son usage classique, l'ordre public international est également susceptible de produire des effets sur la détermination de la compétence juridictionnelle ou législative. C'est le cas lorsque l'exception intervient de manière positive. Elle opère alors comme un rattachement autonome qui crée une concordance imposée entre *forum* et *jus* pour rattacher la situation au for alors que l'application « normale » des règles de conflit n'aurait pas mené à ce résultat[558]. L'exception peut ainsi être utilisée par le juge pour imposer une concordance des compétences en entrainant l'application de la loi du for lorsque la compétence juridictionnelle est acquise (SECTION 1) ou en fondant la compétence de l'ordre juridique dans son ensemble, lorsque ni les règles de compétence juridictionnelle ni les règles de conflit de lois ne désignent l'ordre juridique (SECTION 2).

[557] Il peut même y avoir un renvoi à une loi étrangère. Pour des exemples en droit comparé voir, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « L'exception d'ordre public et régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *op. cit.,* p. 261, n°106.

[558] « Sous couvert d'un appel à l'ordre public, c'est la compétence générale de l'ordre juridique du for qui est imposée *a priori*, à une situation qui aurait dû relever d'un ordre juridique étranger ». P. HAMMJE, « L'ordre public de rattachement », *TCFDIP*, 2006-2008, p. 155.

SECTION 1 : L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL COMME RATTACHEMENT A LA *LEX FORI*

379. L'ordre public international représente un outil flexible dont disposent les juges sur lequel se cristallisent les limites de la tolérance[559]. L'exception représente un maillon indispensable de la chaîne conflictuelle permettant de confronter l'apparente neutralité de la règle de conflit de lois à la réalité des enjeux matériels et axiologiques du litige à caractère international.

380. Instrument du juge, l'ordre public international a parfois connu une modification de son usage traditionnel. Ainsi, sous couvert d'une application classique de l'ordre public international, les juges instrumentalisent le recours à l'exception d'ordre public pour lui faire produire un effet systématique de rattachement. Ce faisant, les magistrats imposent la concordance des compétences au nom de valeurs considérées comme supérieures.

381. Un tel phénomène de concordance imposée des compétences juridictionnelle et législative est le résultat des modalités spécifiques d'éviction de la norme étrangère (§1) dont le but est de rattacher la situation à la loi du for (§2).

§1 : L'éviction de la norme étrangère

382. Dans le but de rattacher la situation juridique au for, le juge a recours à la notion d'ordre public international de proximité au stade de l'éviction de la norme étrangère. L'emploi de la proximité au sein de l'ordre public international sert à modifier sa fonction traditionnelle[560]. Sous couvert d'un appel à la proximité, l'exception d'ordre public international interviendrait pour favoriser l'application de la *lex fori* au lieu de rendre simplement inopposable une norme étrangère. Il y aurait là une parenté avec les lois qualifiées d'ordre public sous la plume de Mancini[561] qui entrainent le rattachement de la situation litigieuse au territoire de l'ordre juridique qui a édicté la norme. « Proche du jeu d'une loi de police, son intervention s'en démarquerait cependant, puisqu'il ne s'agit

[559] D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, *op. cit.* ; H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes de droit international privé (Des formes juridiques de l'inter-altérité) », *op. cit.,* spec. p. 237 et s.

[560] P. HAMMJE, « L'ordre public de rattachement », *op. cit.,* p. 153 et s.

[561] P. MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », *JDI*, 1874, spéc. p. 296.

pas tant d'étendre à l'international l'application d'une disposition impérative spécifique du for, que de consacrer une revendication générale de compétence du for lorsque ses intérêts fondamentaux le commandent »[562].

383. Avant d'éprouver cette hypothèse et de saisir les spécificités du déploiement de l'ordre public international (B), il convient de revenir rapidement sur l'usage classique de l'ordre public international de proximité (A).

A- Le recours classique à l'ordre public international de proximité

384. La proximité permet d'instaurer un facteur de relativité au sein de l'exception d'ordre public. Cependant, l'usage fait par la jurisprudence de cette notion de proximité permet en réalité de dépasser le raisonnement conflictuel pour pouvoir appliquer la *lex fori*. Ces hésitations, quant au sort qu'il doit être réservé à la proximité au sein de l'ordre public international (2), s'expliquent en amont par le fait que la notion de proximité est susceptible de revêtir des acceptions différentes (1).

1- Acceptions de la notion de proximité

385. La notion de proximité est inspirée de la notion allemande d'*Inlandsbeziehung* qui signifie « liens suffisants avec l'ordre juridique ». Elle permet de doter l'ordre juridique d'une dose de souplesse dans la réglementation du conflit de juridictions et du conflit de lois en prenant en considérant l'existence de liens entre le litige et l'ordre juridique du for[563] une fois la règle de rattachement posée. Cette notion d'*Inlandsbeziehung* doit être distinguée de la recherche d'un rattachement qui entretient des liens suffisants avec le for, c'est-à-dire du procédé de localisation fondée sur la proximité pour lequel la proximité a intégré le rattachement[564]. L'exigence de proximité est ante-normative en ce sens qu'elle intègre l'élaboration de la norme. À l'inverse, l'emploi de la notion d'*Inlandsbeziehung* est extérieur à tout rattachement et intervient à un stade post-normatif pour confirmer la compétence. Elle vient se rajouter à la mécanique de rattachement[565]. Ainsi, « la notion

---

[562] P. HAMMJE, « L'ordre public de rattachement », *op. cit.,* p. 164. En ce sens également, N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Paris, Litec, 2009, vol. 29, p. 192.

[563] Dont les prémices remontent au célèbre auteur allemand Franz Kahn : F. KAHN, « Die Lehre vom ordre publik (Prohibitivgesetze) », *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1898. Cité par N. JOUBERT, *op. cit.,* p. 3.

[564] P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.*.

[565] Par exemple, « lorsqu'une règle de compétence juridictionnelle prévoit la compétence des tribunaux français du domicile du défendeur, il est bien évident que le rattachement utilisé constitue un lien suffisant. Cependant, ce lien suffisant est incorporé dans le rattachement et n'apparaît pas comme une condition explicite et distincte. On peut

d'*Inlandsbeziehung* est concernée dès lors que l'exigence d'un lien suffisant intervient comme un critère extérieur à un rattachement préétabli »[566].

386. Cette méthodologie se distingue également de celle qui prévaut en matière de clause d'exception ou de *forum non conveniens*. Des clauses d'exception *lato sensu* peuvent en effet permettre de refuser d'exercer la compétence juridictionnelle ou législative lorsqu'*in concreto* un tribunal ou une loi semble plus approprié(e) pour trancher le litige[567]. La clause d'exception suppose une analyse comparative de l'exercice de la compétence non plus pour confirmer la compétence, mais pour s'y soustraire. À l'inverse, la notion d'*Inlandsbeziehung* intervient pour conforter le critère de compétence qui sert à désigner un juge ou une loi. L'analyse ne porte donc pas sur l'exercice de la compétence, mais sur le titre de compétence. Ainsi, s'il n'y a pas de liens suffisants, le juge ou la loi visé(e) ne sera pas reconnu compétent(e), car ne présentant pas de fondement suffisant à leur intervention dans le litige. Une même analyse se poursuit sur le terrain de l'ordre public international.

2- Application de la notion à l'ordre public international

387. Dans le cadre de l'ordre public international, le juriste allemand Kahn relève que l'intervention de l'I*nlandsbeziehung* agit comme un rattachement subsidiaire qui impose l'application de la loi du for au détriment de la loi étrangère, démontrant l'inadaptation de la règle de conflit de lois et corrigeant l'application celle-ci[568]. Certains relèvent que cette théorie serait « née d'un malentendu »[569], offrant une alternative incohérente à la règle de

---

dire en revanche qu'une règle de compétence fait usage de la notion d'*Inlandsbeziehung* lorsqu'elle pose comme condition de la compétence, l'existence de liens suffisants entre le litige et le for sans caractériser les liens requis. Il s'agit alors d'une règle de compétence ouverte ou souple, non fondée sur un critère de rattachement préétabli de façon rigide ». N. JOUBERT, *op. cit.,* p. 2-3.

[566] *Loc. cit.*

[567] Sur la clause d'exception voir : P. REMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception », *Rev. Crit. DIP*, 2003, p. 37. P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *op. cit.,* p. 9.

[568] F. KAHN, « Die Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetze) », *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1898.

Pour une étude des origines de l'ordre public de rattachement : B. ANCEL, *Regards critiques sur l'érosion du paradigme conflictuel*, *op. cit.*.

[569] C'est ce que relève ainsi Monsieur D. Boden attribuant la paternité de l'usage de l'*Inlandsbeziehung* dans l'ordre public international à Ernst Zitelmann : « A partir de ces prémisses erronées, Zitelmann en arrive à proclamer que, par nécessité logique, l'on ne peut déclencher l'exception d'ordre public à l'encontre d'une norme étrangère qu'à la condition que l'affaire présente une relation avec le for, puisque c'est cette relation qui sera le critère de la désignation de la *lex fori*. […] La théorie de l'*Inlandsbeziehung* repose donc sur l'affirmation fausse et confuse que l'exception d'ordre public serait une règle de conflit de lois ». D. BODEN, « *Requiem* pour l'*Inlandsbeziehung* », *Rev. Crit. DIP*, 2018, p. 882.

conflit de lois bilatérale en faisant de l'ordre public international une règle de conflit de lois à part entière.

388. En France, le professeur Paul Lagarde, à qui l'on doit l'étude de la notion de proximité[570], se situe en rupture avec l'auteur allemand et fait du principe de proximité un critère de relativité spatiale de l'exception d'ordre public international. Selon l'auteur, cette notion prend ainsi sa place à côté de celle de l'effet atténué de l'ordre public international issu de la jurisprudence *Rivière*[571] et tend à être un élément de mise en jeu de l'ordre public international du for[572]. Selon cette acception du principe de proximité, l'ordre juridique du for vient poser les limites de la tolérance à l'égard de la norme étrangère en fonction des liens étroits qui existent avec le for. Il s'agit, comme pour l'effet atténué, lors de l'appréciation *in concreto* des effets de la norme étrangère, de prendre en considération l'existence de liens particulièrement importants avec le for pour justifier le déclenchement de l'exception d'ordre public international[573].

389. Ainsi, l'effet atténué consacré par le célèbre arrêt *Rivière* permet un effacement de l'ordre public international lorsque la situation est valablement créée à l'étranger. Il est courant d'expliquer que l'effet atténué permet de distinguer la création du droit de l'efficacité du droit déjà acquis. Il s'agit d'un critère temporel. Mais, à y regarder de plus près, il y a nécessairement une référence implicite à la notion de proximité, car c'est la création de la situation sur le territoire d'un ordre juridique étranger qui permet au juge requis de faire produire un effet atténué à l'ordre public international[574]. La seule référence à la distinction entre création et efficacité ne suffit donc pas. L'effet atténué

---

570 P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, *op. cit.*. Pour une comparaison avec le droit allemand : J. MAURY, « L'ordre public en droit international privé français et en droit international privé allemand. Convergences et divergences », *Rev. Crit. DIP*, 1954, p. 7. N. JOUBERT, *op. cit.,* spéc. p. 133 et s.

571 Cass, 1ère Civ. 17 avril 1953, *Rev. Crit. DIP*, 1953, p. 412, note H. BATIFFOL ; *Grands arrêts,* n°26.

572 Pour une présentation générale et résumée de ces deux mécanismes en France : « La conception française de l'ordre public international », *Rapport annuel et Étude annuelle de la Cour de cassation 2013*, Livre 3, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2. Disponible en ligne sur le site de la Cour de cassation.

573 En ce sens : P. COURBE, « L'ordre public de proximité », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 227.

574 Il existerait en réalité un faisceau d'indices multiples pour justifier le déclenchement de l'ordre public international. Ainsi que le relève Monsieur D. Boden, le juge doit, dans son appréciation du contrôle, rechercher « 1) et 2) le raisonnement par lequel on en arrive à demander qu'effet soit donné à la norme extérieure, et la substance de l'effet qu'il est demandé de lui donner ; 3 et 4) l'importance des valeurs que consacrent les principes généraux du droit du for avec lesquels contraste l'effet sollicité, et l'amplitude de ce contraste ; 5) le lieu où l'effet est demandé ; 6) le moment auquel l'effet est demandé ; 7) les relations existant entre l'ordre juridique d'origine et l'ordre juridique d'accueil ; 8) la fermeté respective des valeurs que consacrent ces principes généraux et de celles que consacre la norme externe ; 9) le degré d'extranéité du litige ». D. BODEN, *L'ordre public : limites et conditions de la tolérance – recherches sur le pluralisme juridique*, *op. cit.*, n° 679.

combine en réalité un facteur temporel et un facteur spatial[575]. Pourtant, la prise en considération de cette relativité spatiale était passée sous silence et l'élément temporel était alors la clé de voute de la solution.

390. Cependant, bien que la situation ait été créée à l'étranger, elle peut présenter des liens importants avec le for, voire des liens plus importants avec l'État requis qu'avec l'État de création de la situation[576]. Afin de contrer le développement voire le déclenchement systématique de l'effet atténué de l'exception d'ordre public international, la jurisprudence a alors eu recours à la notion d'ordre public international de proximité. Cette notion permet de prendre en considération les multiples liens de proximité qu'entretient le litige avec l'ordre juridique à savoir des liens territoriaux, mais également personnels.

391. Ainsi, lors de sa première utilisation du concept de proximité[577], la Cour de cassation française a pu établir en matière de divorce que l'application de la loi espagnole qui prohibait le divorce était « *contraire à la conception française actuelle de l'ordre public international qui impose la faculté, pour un Français domicilié en France, de demander le divorce* »[578]. La Cour de cassation se réfère en l'espèce au domicile de l'une des parties ainsi qu'à la nationalité française en tant qu'éléments de proximité pour déclencher le recours à l'exception d'ordre public international alors même qu'elle avait jugé plus tôt que « *l'application de la loi étrangère qui ignore le divorce sans interdire tout moyen de mettre fin à la vie commune n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international* »[579].

392. En outre, en matière de réception des jugements de répudiation par exemple, la Cour de cassation dans les arrêts rendus le 17 février 2004 refuse de faire produire des effets aux jugements étrangers sur le fondement du principe d'égalité des époux « *et donc à l'ordre public international réservé par l'article 1er, d, de la convention franco-algérienne du 27 août*

---

575 Sur la distinction entre ces deux critères : P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.,* n° 207 et s.. Il convient de préciser que l'emploi du terme temporel se distingue ici du principe d'actualité de l'ordre public international. Il s'agit de distinguer dans le temps la création d'un droit qui intervient en amont de l'efficacité du droit qui est recherchée en aval.

576 En ce sens, J.-M. BISCHOFF, « Le mariage polygamique en droit international privé », *TCFDIP,* 1980, p. 91, spéc. p. 92.

577 Pour une première utilisation par les juges du fond : TGI Paris, 23 avril 1979, *Rev. Crit. DIP*, 1980, p. 83, note P. LAGARDE.

578 Cass, 1ère Civ. 1er avril 1981, *De Pedro*, *JDI*, 1981, p. 812, note D. ALEXANDRE.

579 Cass, 1ère Civ. 10 juillet 1979, *Van der Plassche*, *Rev. Crit. DIP*, 1980, p. 91, note H. GAUDEMET-TALLON.

1964, dès lors que, comme en l'espèce, les deux époux étaient domiciliés sur le territoire français »[580]. L'existence de liens significatifs avec le for constitue un élément de pondération de l'exception de l'ordre public international.

393. Ces jurisprudences laissent transparaître d'une manière évidente l'emploi d'un facteur spatial important de relativité de l'ordre public international[581]. Mais, bien plus qu'un système de relativité, cet usage du principe de proximité révèle en réalité une mutation méthodologique de l'exception d'ordre public international en ce qu'il consacre un élément de rattachement à l'ordre juridique du for.

B- L'utilisation de l'ordre public international de proximité comme rattachement

394. L'éviction de la norme étrangère par la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international n'a *a priori* rien de surprenant. Cependant, l'appel à la proximité en modifie l'exercice. L'analyse de ce phénomène nécessite de reprendre une partie de l'évolution jurisprudentielle, même si certaines des solutions sont aujourd'hui en partie abandonnées. Cette observation se fonde sur le double constat d'une absence de contrariété substantielle à l'ordre public international[582] (1) et d'une préférence pour un contrôle *in abstracto* de la norme étrangère (2).

1- L'absence de contrariété substantielle de la norme étrangère à l'ordre public international

395. Cet usage de l'ordre public de proximité a été développé par la jurisprudence dans les années 1990[583]. Dans un célèbre arrêt *Latouz* du 10 février 1993, la Cour de cassation estimait que « *si les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne*

[580] Cass. 1ère Civ. 17 février 2004, (5 arrêts), *D.,* 2004, p. 815, chron. P. COURBE ; *JDI*, 2005, p. 1200, note L. GANNAGE ; *Rev. Crit. DIP*, 2004, p. 423, note P. HAMMJE ; *JCP*, 2004, p. 10128, note H. FULCHIRON ; Cass. 1ère Civ., 7 juin 2006, n° 04-17.219 ; Cass. 1ère Civ. 20 février 2008, n° 07-14.469 ; Cass. 1ère Civ. 4 novembre 2009, *Droit de la famille*, 2010, comm. 13, p. 34, L. ABADIE ; Cass. 1ère Civ. 18 mai 2011, *RLDC*, 2011, p. 44 obs. E. POULIQUEN.
[581] Voir également la jurisprudence en matière de mariage polygamique, Cass. 1ère Civ. 6 juillet 1988, *Bazziz*, *Rev. Crit. DIP*, 1989, p. 71, note Y. LEQUETTE ; Cass. 1ère Civ. 21 décembre 2011, *Rev. Crit. DIP*, 2012, p. 339, note P. LAGARDE.
[582] Voir en ce sens : K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité, d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*. thèse dactyl, Paris I, 2017, disponible en ligne, p. 44 et s.
[583] L'arrêt *De Pedro* précédemment cité, rendu par la Cour de cassation en matière de divorce peut donner lieu à une autre lecture que celle se cantonnant à énoncer l'existence d'une apparente variation spatiale de l'ordre public international. Rappelons que la Cour de cassation écarte la loi espagnole prohibant le divorce en raison de l'existence de la nationalité et du domicile d'une des parties en France. Pourtant, elle a considéré au préalable qu'une telle loi n'est pas contraire à l'ordre public international.

sont, en principe, pas contraires à la conception française de l'ordre public international, il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France, du droit d'établir sa filiation »[584]. Les juges affirmaient clairement que le contenu de la loi étrangère n'était pas contraire à l'ordre public international français, ce qui ne pouvait guère étonner dès lors que le droit d'établir le lien de filiation paternelle n'était lui-même pas absolu en droit interne à cette époque[585].

396. Si ce droit n'était pas absolu dans l'ordre interne, il était par conséquent difficile d'admettre le contraire dans un litige à caractère international. Comment un droit qui n'est pas absolu dans l'ordre interne pourrait-il revêtir le caractère d'une valeur à laquelle on ne peut pas porter atteinte par la seule présence d'un élément d'extranéité ?

397. Matériellement, rien ne s'opposait donc à l'application de cette loi étrangère. Pourtant, la Cour de cassation considérait en l'espèce que la nationalité de l'enfant ou sa résidence sur le territoire français suffisait à écarter cette loi pour lui préférer l'application des dispositions matérielles françaises[586]. Le raisonnement de la Cour de cassation s'éloignait alors du raisonnement habituel en matière d'ordre public international. Un tel raisonnement perdure aujourd'hui en matière de répudiations[587].

398. Cet éloignement du contrôle classiquement effectué se vérifiait également par l'abstraction et l'automaticité du raisonnement déployé par le juge.

2- L'abstraction et l'automaticité du raisonnement

399. Traditionnellement, soit le résultat de l'application de la norme étrangère est choquant pour l'ordre juridique et dans une telle hypothèse l'exception d'ordre public sert

[584] Cass., 1ère Civ. 10 février 1993, *Latouz, Rev. Crit. DIP* 1993, p. 620, note J. FOYER ; *D.*, 1994, p. 66, note J. MASSIP ; *JDI*, 1994, p. 124, note I. BARRIERE-BROUSSE.

[585] C'est toujours le cas notamment en cas d'inceste où l'établissement du double lien de filiation est prohibé. Voir notamment : S. PERRIN, « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Droit de la famille*, 2010, n°6, étude 16. Il est vrai cependant que sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'Homme le droit à connaître ses origines et a établir son identité vient peu à peu réduire à une peau de chagrin l'interdiction d'établir sa filiation biologique. CEDH, 13 juillet 2006, *Jäggi c./Suisse*, req. n°58757/00. *RTD civ.* 2006, p. 727, obs. J.-P. MARGUENAUD, *RTD civ.* 2007, p. 99, obs. J. HAUSER. CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c./France*, req. n°65192/11 . CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c./France*, req. n°65941/11. *D.*, 2014, p. 1797, note F. CHENEDE ; p. 1787, obs. P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE ; p. 1806, note L. D'AVOUT ; *D.*, 2015, p. 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; p. 755, obs. J.-C. GALLOUX, H. GAUMONT-PRAT ; p. 1056, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE ; *AJ famille*, 2014, p. 499, obs. B. HAFTEL ; *Rev. Crit. DIP*, 2015, p. 1, note H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON ; p. 144, note S. BOLLEE.

[586] Une telle position a été confirmée par un arrêt du 10 mai 2006 pour permettre cette fois-ci d'appliquer la loi étrangère. Cass., 1ère Civ. 10 mai 2006, *JCP*, 2006, p. 10164, note T. AZZI ; Cass. 1ère Civ. 25 avril 2007, *Rev. Crit. DIP*, 2008, p. 81, note P. LAGARDE ; *D.*, 2008, p. 1507, obs. P. COURBE, F. JAULT-SESEKE.

[587] Voir *infra* n°405.

de dernier rempart contre l'application d'une norme contraire aux valeurs fondamentales du for. Soit, le résultat ne porte pas atteinte à l'ordre public international, et rien ne justifie que cette norme soit écartée, même si elle est abstraitement contraire à un texte international. Pourtant, l'analyse des premières jurisprudences faisant état du recours à l'ordre public de proximité dévoile l'abstraction et l'automaticité du raisonnement employé (a).

400. Cette analyse est ensuite corroborée par le mouvement de fondamentalisation du droit qui touche le droit international privé[588] (b).

a- Les prémices de la solution

401. Comme le relève Monsieur K. Bihannic[589], une certaine automaticité du déclenchement de l'exception d'ordre public international semble poindre de certaines jurisprudences invoquant l'ordre public de proximité. « L'automaticité de l'ordre public de proximité se révèle par le refus de prendre en compte une pluralité d'autres facteurs ; par une prédétermination de la proximité pertinente pour la défense des valeurs »[590].

402. Un arrêt du 10 mai 2006 rendu par la Cour de cassation en témoigne. En l'espèce, une ressortissante et résidente algérienne agissant au nom de sa fille également de nationalité algérienne et résidente en Algérie intente une action en recherche de paternité à l'encontre d'un Français résidant en France. Conformément à l'article 311-14 du Code civil qui régit l'établissement du lien de filiation, la loi algérienne est applicable. Se posait alors la question de la conformité de cette loi à l'ordre public international français puisque la législation algérienne ne permet pas l'établissement du lien de filiation paternelle naturelle. La Cour de cassation affirme que cette loi ne porte pas atteinte à l'ordre public international dès lors que « *l'enfant n'a pas la nationalité française et ne réside pas en France* ». La Cour de cassation semble alors se contenter d'une analyse du rattachement de l'enfant avec l'ordre juridique, sans se préoccuper de la situation du père en France[591] ni de la valeur substantielle en cause. Le raisonnement de la Cour de cassation s'éloigne

[588] Ce phénomène est le résultat de l'essor des nombreux textes et règlementations relatifs aux droits de l'Homme, de sources diverses, qui exercent une influence considérable sur l'ensemble de la science juridique. En Europe, ce mouvement de développement des droits fondamentaux s'est fait sous l'impulsion du Conseil de l'Europe grâce notamment à son instrument conventionnel : la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Pour une analyse plus détaillée de cette fondamentalisation Voir *infra* n°1043 et s.
[589] K. BIHANNIC, *op. cit.,* p. 40 et s.
[590] *Ibid*, p. 43, n° 62.
[591] Elle omet notamment de confronter ces liens avec « ceux qui pourraient traduire un enracinement de l'affaire en France ». K. ZAHER, *Conflit de civilisations et droit international privé*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 174, n° 237.

encore une fois du contrôle classique en matière d'ordre public international qui consiste à un contrôle *in concreto* de l'application de la norme étrangère. Cette modification de l'utilisation de l'ordre public international prend un tour nouveau sous l'impulsion des droits fondamentaux.

b- L'évolution du procédé sous l'impulsion des droits fondamentaux

403. La question de la compatibilité de la rationalité des droits de l'homme avec celle du droit international privé est mise en cause[592]. *A priori*, cette fondamentalisation du droit n'est pas de nature à exercer une influence directe sur les règles de conflit du droit international privé puisque la diversité des législations perdure. De surcroît, à la justice matérielle prônée par les droits fondamentaux, le droit international privé entend donner une réponse conflictuelle. Le droit international privé suit en effet une méthode neutre et abstraite recherchant la sécurité juridique à travers un raisonnement de type syllogistique et déductiviste. À l'inverse, les droits de l'homme recherchent une approche concrète du litige à travers un raisonnement en proportionnalité et une mise en balance des intérêts en présence. Ainsi, comme le relève le professeur H. Muir-Watt, ces deux raisonnements opposent « une recherche de l'ordre et de la prévisibilité à la quête d'une justice sur mesure à la fois contextualisée et individualisée ; […] une hypertrophie de la technique à la recherche d'une transcendance »[593]. Les rationalités opposées de ces deux justices empêcheraient leur rencontre au stade conflictuel. Pourtant, tel n'est pas le cas et cette affirmation doit être récusée[594], notamment, au stade du déclenchement de l'exception d'ordre public.

404. Cela se traduit dans l'ordre juridique interne par l'inclusion dans des décisions de justice de droits fondamentaux au sein de l'ordre public international en faisant une

[592] En ce sens : « As regards what the impact of human rights law on private international law should be, this will depend upon one essential question : is private international law compatible with human rights law ? More specifically, does the private international law rule or its application involve a breach of human rights obligations? And, what remedy should be afforded to the applicant? Can the human rights concern be met by the application of well-established principles of private international law, such as the doctrine of public policy? If not, the potential for human rights law to impact private international law is huge. » J.J FAWCETT, M. N. SHUILLEABHAIN, S. SHAH, *Human Rights and Private International Law*, Oxford, Oxford Université Press, 2016, p. 2.

[593] H. MUIR WATT, « Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance mondiale », *RIDE*, 2013/1, t. XXVII, p. 68-69.

[594] Sur la diversité des interactions : Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *op. cit.,* p. 351 et s. Voir également : P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, *op. cit.* ; L. GANNAGE, *op. cit*; P. KINSCH, « Droits de l'Homme, droits fondamentaux et droit international privé », *op. cit.,* p. 9 ; F. MARCHADIER, *op. cit.* ; R. LEGENDRE, *op. cit.*.

référence directe et spécifique au droit fondamental protégé par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Ainsi, la Cour de cassation ne se borne pas à affirmer que telle valeur — protégée également par la Convention européenne des droits de l'homme — fait partie intégrante de l'ordre public international, elle indique quelle est la norme positivement identifiée au sein de la Convention à laquelle il est impossible de déroger. C'est donc la norme, vecteur de droit subjectif, protégeant la valeur en question qui intègre directement l'ordre public international.

405. L'exemple topique est issu des arrêts du 17 février 2004 où la juridiction française se fonde sur l'article 5 du Protocole n°7 de la Convention européenne auquel elle ajoute une condition de proximité pour refuser de reconnaître des jugements de répudiation[595]. Pour refuser de faire produire en France des effets aux décisions de répudiations prises à l'étranger, les juges français ont retenu que le jugement de répudiation « *est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage reconnu par l'article 5 du protocole n°7 du 22 novembre 1984, additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et donc à l'ordre public international* ». Un tel raisonnement est maintenu notamment dans deux arrêts du 4 novembre 2009[596] et le 4 juillet 2018[597], alors même que le terme de répudiation a disparu du Code de la famille marocain et que deux procédures existent désormais pour permettre à l'homme et à la femme de dissoudre unilatéralement le lien du mariage[598].

406. Le raisonnement est particulièrement intéressant puisque la Cour de cassation fait mention de l'engagement de la France pour toute personne « *relevant de sa juridiction* ». Ce faisant, la juridiction reprend les termes de l'article 1er de la Convention européenne des droits de l'homme qui en fixe le champ d'application[599], pour en faire découler

[595] Cass. 1ère Civ. 17 février 2004 (cinq arrêts) ; grands arrêts n°63-64 ; *Rev. Crit. DIP*, 2004, p. 423, note P. HAMMJE ; *JDI*, 2004, p. 1200, note L. GANNAGE ; *D.*, 2004, p. 815, note P. COURBE.

[596] Cass. 1ère Civ. 4 novembre 2009, *D.*, 2010, p. 543, obs. I. GALLMEISTER ; *Rev. Crit. DIP*, 2010, p. 313, note K. ZAHER. Voir également, Cass. 1ère Civ. 18 mai 2011, Cass. 1ère Civ. 23 octobre 2013, *Revue Droit de la famille*, février 2014, comm. 31, M. FARGE.

[597] Cass., 1ère Civ. 4 juillet 2018, n°17-16.102. *Droit de la famille*, 2018, p. 59, note M. FARGE.

[598] Pour une présentation de la réforme du droit marocain : M.-C. FOBLETS et M. LOUKILIV, « Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille : quelles implications pour les Marocains en Europe ? », *Rev. Crit. DIP*, 2006, p. 521 ; et un aperçu de la position de la Cour de cassation française après la réforme : M.-C. NAJM, « La Cour de cassation française et la répudiation musulmane. Une décennie après l'entrée en vigueur des réformes du droit de la famille Maroc et en Algérie », *JDI*, 2015, n°7, p. 791.

[599] Article 1er de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales : « *Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I* ». En ce sens, « la notion d'État, de la juridiction de qui relève une personne, englobe toute autorité ou organe étatique (exécutif, législateur ou autorité judiciaire). Quel que soit l'acte, émanant de l'un de ces pouvoirs, qui soit source de la violation alléguée de la Convention, la responsabilité internationale de l'État s'en trouve, le cas échéant, engagée,

l'obligation d'appliquer le principe d'égalité entre époux. Dans ces arrêts, la Cour opère ensuite un glissement entre le texte de la Convention européenne des droits de l'homme qu'il convient d'appliquer et l'ordre public international. Elle assimile pleinement les droits fondamentaux contenus dans la Convention à l'ordre public international comme étant logiquement constitutifs de celui-ci. Selon la Cour, il y a là une porosité des concepts.

407. Enfin, dans ces arrêts, la précision selon laquelle les époux ont leur domicile sur le territoire de l'État contractant interpelle. Cela peut signifier qu'en raison du domicile, les époux se trouvent sur la juridiction de l'État membre, ce qui suffit à déclencher l'application de l'ordre public international « fondamentalisé ». Mais, en rajoutant cette référence au domicile, l'on peut s'interroger sur l'influence réelle de la proximité. La Cour de cassation, pour faire jouer l'exception d'ordre public international, a pris le soin de préciser la présence du domicile d'au moins une des parties sur le territoire français pour faire jouer le droit fondamental abstraitement à partir d'un raisonnement de type déductiviste auquel est associé un raisonnement localisateur. Faut-il dans ces arrêts comprendre que le droit fondamental invoqué ne devient absolu que lorsqu'il existe un certain lien avec l'ordre juridique français ? S'il s'agit véritablement d'un droit fondamental, les juges n'auraient-ils pas dû refuser par principe de faire produire des effets à une norme étrangère qui contrevient à ce principe ?[600] Dans ce cas, « l'absolutisme du principe semble en contradiction avec le relativisme de sa défense »[601].

408. Dans ces affaires, la Cour de cassation applique par l'intermédiaire de l'ordre public international la norme de source européenne sans se soucier des circonstances concrètes de l'affaire dès qu'un lien caractérisé, à savoir en l'espèce le domicile, existe avec l'ordre juridique français. On peut affirmer avec Madame P. Hammje que « de l'éviction pour contrariété aux droits fondamentaux, on semble être passé à une application directe de ceux-ci sous condition de proximité »[602].

---

au nom de l'unicité de l'État en droit international ». J.-P. COSTA, « Qui relève de la juridiction de quel(s) État(s) au sens de l'article 1 de la Cour européenne des droits de l'Homme ? », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en l'honneur du Doyen G. Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 483 et s., spéc. p. 486.

[600] Le professeur P. Mayer avait soulevé ce problème à l'issue de l'intervention du professeur P. Hammje au Comité français de droit international privé. « Je trouve moi aussi choquant de dire que la répudiation prononcée à l'étranger est contraire à l'ordre public, et qu'on ne la reconnaîtra pas si la personne est Française, mais qu'on la reconnaîtra si la personne est Belge » in P. HAMMJE, « L'ordre public de rattachement », *op. cit.,* p. 185.

[601] *Ibid*, p. 159.

[602] *Loc cit.*, p. 159.

409. L'intégration dans l'ordre public international d'un droit concrètement identifié et non d'une valeur abstraite sous forme de principe entraine des conséquences sur le fonctionnement de l'ordre public international. Il ne s'agit plus de prendre le contenu du droit fondamental pour le faire intégrer nos valeurs fondamentales, mais d'y intégrer le contenant spécifique de ce droit pour en définir le champ d'application.

410. La nature du contrôle en ressort différente. En effet, tant qu'il s'agit de mettre la focale sur la source matérielle de l'ordre public international, le juge peut se borner à effectuer un contrôle sous forme d'exception. La norme étrangère peut produire des effets sauf si son application concrète contrevient à la valeur fondamentale visée. Au contraire, ici le juge se place sur le terrain de la source formelle. Cette dernière étant une norme de source supranationale, il apparaît à la lecture des arrêts de la Cour de cassation une conception hiérarchique de l'ordre public international. Le juge entreprend de définir le champ d'application de cette norme supérieure qui va déterminer le périmètre du mécanisme de l'ordre public international. En témoigne la référence faite au champ d'application de la Convention européenne des droits de l'homme qui s'applique à toute personne relevant de la juridiction des États-parties. L'on comprend alors que l'utilisation de l'ordre public de proximité est malhabile, car il semble difficile de raisonner uniquement en termes de localisation proximiste pour autoriser ou refuser de reconnaître une situation[603] alors que le droit fondamental présente la spécificité de faire fi de l'internationalité[604]. Le risque est alors d'ériger le raisonnement de droits fondamentaux en méthode de réglementation de droit international privé[605] alors que ni les droits

---

Il s'agit même pour certains auteurs de « l'émergence d'une tendance, récente, mais de plus en plus vérifiée, à faire une application immédiate des droits fondamentaux, érigeant ceux-ci en méthode de réglementation propre se substituant préventivement aux règles de droit international privé ». M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Paris, Dalloz, 2005, spec. p. 512, n° 542.

[603] En ce sens : « Accorder ou refuser la protection attachée à ces droits au motif que la situation est née sur le territoire de l'État requis ou dans un autre État, ou que la situation entretient ou non des liens étroits avec l'État requis n'a pas de sens : dans le premier cas, elle conduirait à des solutions trop laxistes, peu respectueuses des droits et libertés que prétend défendre l'État en question ; dans le second, elle conduirait au contraire à des résultats d'une excessive dureté ». H. FULCHIRON, « La reconnaissance, jusqu'où ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 647, spéc. p. 674.

[604] On peut parler en ce sens d'« effacement de l'internationalité ». R. LEGENDRE, *op. cit.,* spec. p. 126.

[605] En ce sens, il y a « un risque sérieux (ou si l'on préfère une tentation) de concurrence du droit international privé par les droits fondamentaux. […]. Substitution des droits fondamentaux au droit international privé : l'expression est forte et risque, peut-être, de ne correspondre à l'heure actuelle qu'à certaines systématisations doctrinales de manifestations éparses du droit positif. Le sillon mérite cependant d'être creusé, et avec esprit de contradiction ». L. D'AVOUT, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in E. DUBOUT, S. TOUZE (dir.) *Les droits fondamentaux : charnière entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, p. 159, spec. p. 170.

fondamentaux ni le droit international privé ne le nécessitent[606]. Pour contrecarrer ces problèmes, il est envisagé « un retour à la distinction classique de l'ordre public plein et de l'ordre public atténué »[607] en matière de reconnaissance[608]. Mais, n'aurait-il pas fallu plutôt vérifier l'existence effective de l'atteinte à ce droit fondamental selon les propres canons de la logique des droits fondamentaux ?

411. S'il s'agit de calquer le champ d'application de l'ordre public international sur la source formelle supranationale, la cohérence obligerait à prendre en considération l'ensemble des éléments du régime d'applicabilité du droit fondamental et non sa seule primauté hiérarchique. Autrement dit, il faudrait intégrer la rationalité particulière de la norme visée. Effectivement, ce n'est pas parce que la Convention européenne est applicable que les droits fondamentaux priment l'application des lois nationales ou étrangères du fait du raisonnement en proportionnalité. Le standard de protection n'entend pas se substituer aux différentes règles, quelles que soient leurs origines formelles tant qu'elles ne portent pas atteinte à ce standard. De plus, il est des hypothèses où apparaissent de vrais conflits de valeurs lorsqu'au moins deux valeurs fondamentales prescrivent des solutions contraires[609].

---

606 Le professeur F. Marchadier a en effet démontré que les droits fondamentaux sont en réalité sans effet sur les méthodes de droit international privé. F. MARCHADIER, *op. cit.,* spéc. p. 295 et s.
Il convient alors de ne pas confondre l'influence des droits fondamentaux sur les méthodes de droit international privé et leur influence sur les solutions de droit international privé. Voir également R. LEGENDRE, *op. cit.,* spec. p. 226 et s.

607 L. GANNAGE, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *TCFDIP,* 2006-2008, p. 221, n° 36. Dans le même sens, D. SINDRES, « Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *JDI*, 2012, p. 887, n° 22.

608 En réalité, en dépit de son affirmation, l'auteur prend en considération d'autres critères tels que la présence d'un tiers ou l'attente légitime des parties. Cela ressort d'un des exemples fournis par l'auteur : « Dans l'hypothèse d'un mariage polygamique célébré en Algérie et qui est contesté dix ans plus tard en France par la première épouse, il va de soi que le fait de ne pas reconnaître le mariage litigieux causerait un préjudice important à la seconde épouse et à ses enfants. Au surplus, la protection de l'égalité des époux menacerait ici la liberté de mariage de la seconde épouse. En revanche, le fait de ne pas reconnaître une répudiation intervenue à l'étranger, notamment dans l'hypothèse fréquente devant les tribunaux français où la dissolution n'a pas été suivie du remariage du mari, n'est pas de nature à justifier le sacrifice de l'égalité des époux. De fait, la remise en cause des prévisions des parties est ici de bien moindre portée que dans l'hypothèse précédente notamment lorsque la répudiation est intervenue peu de temps avant le prononcé de la décision française ». L. GANNAGE, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *op. cit.,* p. 221, n° 36.

609 CEDH, 6 juillet 2010, *Green et Farhat c./Malte*, req. n°38797/07. *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 665, note L. D'AVOUT.
En l'espèce, Madame Green, maltaise, a célébré un premier mariage en 1978 à Malte avec un Maltais. Deux années plus tard, l'épouse se rend en Libye où elle se convertit à l'Islam, ce qui entraîne aux yeux du droit islamique la nullité du premier mariage. Un jugement est rendu en ce sens en Libye. Madame Green épouse alors Monsieur Farhat en Libye. De retour à Malte après vingt années de mariage, les autorités maltaises, après des hésitations, refusent de reconnaître leur mariage, car le premier mariage n'a pas valablement été dissous selon le droit maltais. Les époux contestent ce refus, ce qui les mène jusqu'à la Cour de Strasbourg.
Un conflit de valeurs fondamentales voit le jour entre le premier époux et les seconds époux qui ne sont pas l'objet du litige qui oppose les valeurs fondamentales revendiquées par les seconds époux et celles dégagées par l'ordre

412. En somme, il s'agit pour reprendre l'expression de Monsieur K. Bihannic d'un véritable « dévoiement fonctionnel »[610] du mécanisme d'exception que constitue l'ordre public international qui a pour effet de rattacher la situation à la *lex fori* et par suite d'imposer une concordance des compétences.

§2 : Le rattachement à la loi du for

413. Les modalités de mise en œuvre de la proximité dans l'ordre public international révèlent l'existence d'une mutation méthodologique. En effet, la préférence pour la loi du for sous couvert de proximité cache en réalité un ajustement de la méthode conflictuelle classique et la volonté de remédier à ses imperfections. Cet usage de la proximité permet, entre autres, de corriger le rattachement initial prévu par la règle de conflit de lois pour défendre un droit subjectif particulier.

414. Le recours à l'ordre public de proximité a permis dans certains cas de remédier à l'imperfection des rattachements conflictuels. En matière de divorce, l'ordre public de proximité a ainsi pu permettre de préserver la conception du divorce du for et promouvoir le droit au divorce (A) tandis qu'en matière de filiation paternelle, cette exception a permis de corriger l'absence de proximité entre la loi applicable et la réalité de la situation juridique pour récemment promouvoir le droit de voir sa filiation établie (B).

A- Le rattachement subsidiaire en matière de divorce

415. En matière de divorce, la Cour de cassation dans l'arrêt *De Pedro*[611] imposait l'application de la loi française lorsqu'un des plaideurs était français et résidait en France. Elle posait ainsi des critères d'application de la loi française selon laquelle un Français devait pouvoir divorcer alors que la règle de conflit française, contenue à l'époque dans l'article 310 du Code civil, prévoyait la compétence de la loi française lorsque les deux époux étaient français ou lorsque les deux époux avaient leur domicile sur le territoire français ou encore lorsqu'aucune loi ne se reconnaissait compétente. Plus qu'une simple référence à la proximité, la solution permettait de créer une règle de conflit de lois unilatérale subsidiaire à la règle de conflit de lois en faveur de la loi du for pour préserver la conception française du divorce. Le rattachement se fondait sur le principe de

juridique. En ce sens, Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *op. cit.,* p. 387.

[610] K. BIHANNIC, *op. cit.,* p. 38 et s.

[611] Cass, 1ère Civ. 1er avril 1981, *De Pedro*, précité.

souveraineté et l'idée de sujétion[612]. L'ordre juridique français entendait garantir la possibilité de divorcer lorsqu'un Français était partie au litige et imposant une concordance des compétences juridictionnelle et législative.

416. Plus récemment, le refus de reconnaître les jugements de divorce unilatéraux entrepris à l'étranger vient imposer la vision française égalitaire du divorce inspirée du droit européen des droits de l'homme puisqu'en refusant de reconnaître ces jugements étrangers, le for français impose, *in fine*, aux parties d'obtenir le divorce en France. Il a également été relevé que l'ordre public international proximité est parfois employé comme sanction des cas de fraude à l'ordre juridique ou à la compétence[613] pour palier l'effet de son délitement en droit international privé. Devant les difficultés d'invoquer l'exception de fraude en droit international privé, l'ordre public de proximité intervient en matière de divorce pour compenser son absence de sanction. Dans ces hypothèses, il existe une « équivalence fonctionnelle entre fraude et ordre public »[614]. Ce faisant, les juridictions françaises imposent aux parties de ressaisir le juge français. Cet usage de l'ordre public international devient le vecteur du rattachement de la situation à l'ordre juridique qui présente réellement le plus de liens avec le litige et permet de s'assurer de l'application de la *lex fori* lorsque les époux résident en France.

417. L'évolution du droit international privé européen en la matière confirme cette tendance au rattachement. En effet, le Règlement Rome III applicable en matière de divorce et de séparation de corps[615] contient à l'article 10 une disposition imposant l'application de la loi du for lorsque la loi applicable, choisie[616] ou non[617], « *ne prévoit pas le divorce ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou à l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps* »[618].

---

[612] Dans le même sens : « Dépassant les seules considérations spatiales, le lien de proximité serait mis au service de la souveraineté, en tant qu'expression des intérêts de l'État, qu'ils lui soient propres ou plus universels ». P. HAMMJE, « L'ordre public de rattachement », *op. cit.,* p. 160.

[613] C'est parfois ce qui est recherché en matière de répudiation ou de divorce unilatéral à initiative purement maritale lorsque les individus jouent des règles de conflit de juridictions contenues dans les conventions bilatérales pour échapper ensuite sur le plan substantiel à la vision égalitaire du divorce français.

[614] S. CLAVEL, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *op. cit.*, spéc. p. 266. L'auteur poursuit : « L'exception de fraude ne jouera donc pas … tant que la notion d'ordre public de proximité subsistera. Si cette notion devait être repensée, en revanche, la fraude pourrait revenir dans le débat ».
Dans le même sens, K. BIHANNIC, *op. cit.,* p. 61, n°101.

[615] 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. Ci-après dénommé Règlement Rome III.

[616] En vertu de l'article 5 du Règlement Rome III.

[617] En vertu de l'article 8 du Règlement Rome III.

[618] Article 10 du Règlement Rome III.

418. En vertu de ce texte et bien qu'il ne s'agisse pas à proprement parler d'ordre public international, la loi du for sera appliquée, supplantant l'application d'une loi qui ne connaît pas le divorce, qu'il s'agisse d'une loi d'un État membre de la coopération renforcée[619] ou d'un État tiers à celle-ci. Ces hypothèses sont cependant très rares puisque le droit au divorce est connu de très nombreuses législations. De plus, alors même que la Cour de Justice aurait pu évoquer le principe de l'effet utile du Règlement pour s'opposer à l'autonomie procédurale des Etats membres en l'espèce, elle précise dans un arrêt *JE c/ KF* rendu le 16 juillet 2020 que cette disposition ne peut être invoquée uniquement dans « *les situations dans lesquelles la loi étrangère applicable ne prévoit le divorce sous aucune forme* » et non lorsque des conditions procédurales doivent être remplies pour jouir de ce droit [620]. En réalité, l'apport de ce texte réside aujourd'hui dans le fait que le Règlement consacre une vision européenne du divorce. En effet, en sus d'harmoniser les règles de conflit de lois, le texte tend à imposer une vision substantielle et procédurale égalitaire de ce droit. Le passage de l'ordre public international à la règle de conflit de lois démontre la matérialité grandissante du règlement du conflit de lois qui s'éloigne de la revendication originelle de neutralité. Pourtant, le droit au divorce n'est pas considéré comme un droit fondamental au sens de la Convention européenne des droits de l'homme[621].

419. Cette vision substantielle est accentuée par l'exigence de l'article 10 du Règlement d'une conception égalitaire du divorce qui empêche l'application d'une loi qui serait considérée comme discriminatoire. Il ne serait par conséquent pas possible pour le for saisi d'appliquer une loi qui prévoit la répudiation ou le divorce unilatéral à l'initiative unique d'un seul conjoint comme mode de dissolution des liens du mariage[622]. L'on voit

[619] L'on songe à l'origine de l'instrument à la loi maltaise qui ne connaît pas le divorce. Cette disposition est cependant surprenante confrontée à l'article 13 du même instrument qui préserve la spécificité maltaise. Il consacre en effet la possibilité de ne pas prononcer le divorce lorsque le droit d'un État membre ne connaît pas le divorce. L'article 13 a cependant vocation à s'appliquer lorsque la juridiction maltaise est saisie. Il en va autrement lorsque la loi maltaise est applicable dans une juridiction d'un autre État membre. L'article 10 pourra dès lors permettre d'évincer la loi maltaise qui ne connaît pas le divorce devant la juridiction d'un autre État membre.

[620] Dans cette affaire, il s'agissait de savoir s'il fallait appliquer cette disposition et donc la loi du for à l'encontre d'une loi étrangère, en l'occurrence la loi italienne qui prévoit la nécessité d'une séparation de corps préalablement constatée au moins trois ans avant la demande de divorce. L'Avocat général M. Evgeni Tanchev plaide pour une application restrictive de l'article 10 en cantonnant son application à l'hypothèse où la loi étrangère ne connaît pas le divorce. Conclusions de l'Avocat général M. Evgeni Tanchev dans l'affaire C-249/19*, JE c./KF* présentées le 26 mars 2020. La Cour confirme cette position : CJUE, 16 juillet 2020, *JE c./KF*, aff. C-249/19. *RJPF*, 2020, n°11, p. 36, note S. GODECHOT-PATRIS.

[621] CEDH, 18 décembre 1986, *Johnston et autres c./Irlande*, req. n° 9697/82.

[622] Cette difficulté avait été soulevée et proposée à la suppression lors des discussions du projet de refonte du Règlement Bruxelles II *bis* en un instrument regroupant le conflit de juridictions et le conflit de lois : « *C'est une règle très sévère, sujette à discussion. Une des propositions est de la supprimer. Une autre suggestion est de supprimer seulement la référence à l'égalité des sexes* ». Vingt-huitième réunion, Anvers 21-23 septembre 2018. Travaux du Groupe européen de droit international privé. Compte rendu des séances de travail.

ici l'influence des droits fondamentaux en la matière. Le considérant 16 du Règlement Rome III exprime cette idée : « *la loi choisie par les époux doit être conforme aux droits fondamentaux reconnus par les traités et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* ». En ce sens, le Règlement préserve notamment le respect du principe de non-discrimination[623], ce qui rejoint les décisions françaises en matière de répudiation qui se fondent sur le principe d'égalité entre époux protégé cette fois-ci par des instruments conventionnels émanant du Conseil de l'Europe.

420. Cette disposition n'exige par ailleurs aucune condition de proximité. Par conséquent, dès qu'une juridiction d'un État membre est saisie et que le droit de l'Union européenne est applicable, la juridiction est soumise à la protection des droits fondamentaux même si la loi désignée est celle d'un État tiers[624]. Comme l'a exprimé la doctrine, « l'on n'est pas loin alors d'une sorte d'ordre public de rattachement, imposant directement, même sans lien du couple avec le for autre que juridictionnel, une certaine vision du divorce »[625]. La proximité exigée est en réalité une proximité juridictionnelle européenne puisqu'il faut qu'un juge d'un État-partie à la coopération renforcée soit saisi en vertu du Règlement Bruxelles II *bis* [626] ou à l'avenir du Règlement Bruxelles II *ter*. La proximité ainsi consacrée s'entend très largement dès lors que les critères de compétence juridictionnelle ne répondent pas au critère des liens les plus étroits que peut parfois consacrer le lien de rattachement conflictuel. La multiplicité des critères du Règlement Bruxelles II *bis* et du Règlement Bruxelles II *ter* témoigne ainsi d'une dilution de l'idée de proximité. La préservation d'une application extensive des droits fondamentaux se fait parfois au prix de la coordination des ordres juridiques en s'opposant à l'application d'une loi étrangère pour préserver la vision européenne du divorce alors même que la situation juridique ne présente que peu de liens avec le for saisi. En définitive, au nom des droits fondamentaux et d'une vision européenne du divorce, le droit de l'Union européenne

[623] Article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000/6, 364/01.
[624] Cela rejoint ici l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne qui retient un champ d'application extensif de la Charte des droits fondamentaux qui a vocation à s'appliquer selon le critère de « l'applicabilité du droit de l'Union » et non celui de la mise en œuvre du droit de l'Union européenne. CJUE, 26 février 2013, *Äklagaren c./Hans Äkerberg Fransson*, aff. C-617/10. *RDLF*, 2013, chron. n° 11, note S. PLATON.
[625] P. HAMMJE, « Le nouveau 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 », *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 291 et s., spéc n°44.
[626] 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. (Ci-après Règlement Bruxelles II *bis*).

tend à créer un rattachement subsidiaire dont la localisation requise est la seule saisine des juridictions d'un État membre[627].

421. À l'issue de ces évolutions jurisprudentielles et législatives, l'on remarque que l'exception d'ordre public international de proximité a revêtu une fonction transitoire de rattachement, dictée par des considérations matérielles. Dans cette situation, l'emploi de l'exception d'ordre public international a servi de contournement à la méthode conflictuelle en matière de divorce pour préférer une utilisation unilatéraliste des droits fondamentaux en question. La concordance des compétences a ainsi été imposée pour favoriser le respect d'un droit subjectif modelé selon les conceptions fondamentales du for. L'évolution est similaire en matière de filiation.

B- Le rattachement subsidiaire en matière d'établissement du lien de filiation

422. En matière d'établissement de la filiation paternelle, dans l'arrêt *Latouz*, la juridiction française précisait qu'elle écartait l'application de la loi étrangère « *au profit des dispositions des articles 340 et suivant du Code civil français* »[628]. La volonté est donc bien d'appliquer la loi du for. De manière plus probante encore que dans l'arrêt concernant le divorce où la proximité pouvait reprendre « l'extension de compétence française déjà réalisée par la règle de conflit »[629], la proximité servait ici de véritable critère de rattachement de la *lex fori* et créait une règle de conflit de lois unilatérale correctrice de la règle de conflit de lois normalement applicable en se recentrant sur la situation de l'enfant.

423. Cela allait dans le sens de la jurisprudence européenne qui place l'intérêt supérieur de l'enfant au centre des débats. Le critère de rattachement choisi en matière d'établissement du lien de filiation qui est celui de la loi personnelle de la mère au

---

[627] Ce phénomène est effectivement à mettre en relation avec les nombreux chefs de compétence dans le Règlement Bruxelles II *bis*. En ce sens, le professeur B. Ancel a pu récemment s'interroger ; « N'entre-t-on pas dans un domaine où l'organisation verticale des compétences n'opère plus et où l'on veut obtenir un résultat substantiel, que le droit applicable au litige soit effectif. C'est plus, à mon avis, cette effectivité qui est recherchée que le confort ou le réconfort du plaideur ; celui-ci va en résulter, bien sûr, mais, quand on voit le *forum actoris* en matière de divorce, je ne pense pas que ce soit la protection des intérêts particuliers d'un époux. C'est simplement que la philosophie du mariage qu'au sein de l'Union européenne cultive notre droit international privé, il ne faut pas maintenir dans les liens du mariage un couple qui ne s'entend plus, et finalement, c'est une option de fond ». Intervention lors des débats issus de la communication de : J.-B. RACINE, « Le *forum actoris* en droit international privé », *TCFDIP,* 2016-2018, p. 71.

[628] Cass., 1ère Civ. 10 février 1993*, Latouz, Rev. Crit. DIP* 1993, p. 620, note J. FOYER ; *D.*, 1994, p. 66, note J. MASSIP ; *JDI*, 1994, p. 124, note I. BARRIERE-BROUSSE.

[629] P. HAMMJE, « L'ordre public de rattachement », *op. cit.,* p. 157.

moment de la naissance même lorsqu'il s'agit d'établir la filiation paternelle a d'ailleurs fait l'objet de nombreuses critiques depuis son adoption[630]. En ce sens, l'ordre public de proximité assumait le rôle d'un rattachement dérogatoire pour modifier la loi normalement compétente afin de consacrer un droit subjectif particulier. La justice matérielle imposait que soit modifié le rattachement initial. Une concordance entre les compétences naissait ainsi, en soutien d'un droit subjectif particulier.

424. Pour autant, fortement critiquée, en raison de la « discrimination » opérée entre les enfants qui présentent un lien étroit avec l'ordre juridique français et ceux pour qui ces liens sont plus ténus, la solution est aujourd'hui abandonnée au profit d'un respect généralisé de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans un arrêt du 26 octobre 2011[631], la Cour de cassation a approuvé la décision de la Cour d'appel qui a considéré que les dispositions de la loi étrangère étaient « *contraires à l'ordre public international français dès lors qu'elles privaient l'enfant d'établir sa filiation paternelle* », sans référence à la notion de proximité[632]. Était-ce là une marque de la disparition de l'ordre public de proximité comme l'envisageaient certains auteurs ?[633] La décision présentait une zone d'incertitude puisque le rapport annuel de la Cour de cassation était source d'ambiguïté en la matière[634] en continuant de faire mention de la proximité. Une décision du 27 septembre 2017[635] semble confirmer ce revirement de jurisprudence[636], en dépit des faits d'espèce faisant état de liens avec l'ordre juridique français.

425. Cette évolution est à mettre en relation avec le contentieux relatif à la gestation pour autrui. En effet, après la condamnation de la France en 2014 par la Cour

---

630 H. BATIFFOL, P. LAGARDE, « L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation », *Rev. Crit. DIP*, 1972, p. 1, spéc. p. 6.

631 Cass., 1ère Civ. 26 octobre 2011, *JDI,* 2012, p. 176, note J. GUILLAUME ; *JDI*, 2012, p. 887, note D. SINDRES.

632 Même si, à regarder les faits de près, l'enfant était de nationalité française et résidait en France.

633 Voir note de D. SINDRES précitée. La réponse à une telle question restait cependant incertaine puisque le pourvoi en cassation ne relevait pas cette argumentation.

634 « *Pour faire intervenir l'ordre public, le juge prend en considération les liens, plus ou moins proches, entretenus entre la situation juridique et le for. […] L'intervention de l'ordre public international exige des liens de rattachement suffisants entre le for et la situation juridique considérée, et lorsque la première chambre civile se réfère à la nationalité française ou à la résidence habituelle sur le territoire français de l'une des parties, elle pose une exigence de proximité* ». *Rapport annuel et Étude annuelle de la Cour de cassation 2013*, p. 128-129. Disponible en ligne sur le site de la Cour de cassation.

635 Cass. 1ère Civ, 27 septembre 2017, n°16-19.654 : « *Mais attendu qu'après avoir relevé qu'aux termes de la loi camerounaise, l'action en recherche de paternité est irrecevable lorsque, pendant la période légale de conception, la mère a té d'une inconduite notoire ou si elle a eu commerce avec un autre homme, la cour d'appel a exactement retenu que ces dispositions, qui privaient l'enfant de son droit d'établir sa filiation paternelle, étaient contraires à l'ordre public international français* ». *Dalloz actualités*, 16 octobre 2017, note F. MELIN ; *D.,* 2017, p. 2518, note J. GUILLAUME ; *AJ Famille*, 2018, p. 41, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *JDI*, 2018, p. 875, note S. GODECHOT-PATRIS ; *Rev. Crit. DIP*, 2018, p. 882, note D. BODEN ; *RDLF*, 2018, Chron. 6, note K. BIHANNIC.

636 *Contra* : voir note K. BIHANNIC précitée.

européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation, réunie en assemblée plénière le 3 juillet 2015[637], a opéré un revirement de jurisprudence au visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et a accepté de reconnaître la filiation paternelle d'un enfant né d'une gestation pour autrui lorsque celle-ci est conforme à la vérité biologique, sans aucune référence aux techniques de droit international privé. Elle fait donc une application directe des droits fondamentaux sans considération de proximité cette fois-ci et sans évoquer l'ordre public international. Les droits fondamentaux ont en ce sens absorbé l'exception d'ordre public international. Tel un jeu de vases communicants, l'ordre public international national s'efface devant le développement d'un ordre public transnational développé sous l'égide de la Cour européenne des droits de l'homme[638] qui impose une solution particulière.

426. Il est d'ailleurs probable qu'une telle solution influence de manière conséquente, dans l'ordre juridique interne, l'établissement de la filiation paternelle qui reste régie par la règle de conflit de lois, sans se préoccuper de l'existence de rattachements de l'individu avec l'ordre juridique du for ou des ordres juridiques étrangers.

427. Dans une situation tout autre que l'établissement du lien de filiation, mais qui concerne également l'intérêt supérieur de l'enfant, la prise en compte de l'objectif matériel pourrait à l'avenir conférer à l'enfant un droit subjectif particulier. En effet, en matière de responsabilité parentale par exemple, le fait pour l'enfant de ne pas avoir été entendu dans les affaires le concernant constitue un motif de non-reconnaissance des décisions de justice[639] au sein du Règlement Bruxelles II *bis*. Or, lors de l'élaboration d'un projet de refonte du Règlement Bruxelles II *bis* concernant la responsabilité parentale, il a été envisagé la reconnaissance d'un droit à l'audition de l'enfant[640]. La Commission européenne justifiait cette création par la ratification par l'ensemble des États membres de

[637] Cass. 1ère Civ. 3 juillet 2015, pourvois n°14-21.323. et n°15-50.002, *D.*, 2015, 1481, note S. BOLLEE ; *Defrénois*, 2016, n° 9, 476 obs. P. CALLE ; *D.*, 2016, p. 857, obs. F. GRANET-LAMBRECHT.

[638] Sur l'avènement d'un ordre public supranational : F. MARCHADIER, *op. cit.,* spéc. p. 609 et s ; M. FORTEAU, « L'ordre public " transnational " ou " réellement international " : l'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public ». *JDI,* 2011, p. 1.

[639] Article 23 du Règlement Bruxelles II *bis* : « *Une décision rendue en matière de responsabilité parentale n'est pas reconnue : b) si, sauf en cas d'urgence, elle a été rendue sans que l'enfant, en violation des règles fondamentales de procédure de l'État membre requis, ait eu la possibilité d'être entendu* ».

[640] « The Proposal provides a general right of children capable of expressing their own views to express before the authorities their views regarding issues of parental responsibility (Article 20 new) including child abduction (Article 24) ». *Comments on the Commission Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast*) (COM(2016) 411 final). Annexe 1, point 23. Document du Groupe européen de droit international privé.

la Convention de New York relative aux droits de l'enfant[641]. Le nouveau Règlement Bruxelles II *ter*[642] consacre cette possibilité à l'article 21 de l'instrument[643] en tant que règle commune irriguant l'ensemble des matières couvertes par le règlement.

428. Désormais, la tendance est donc à la substantialisation de la règle de compétence directe. Les droits fondamentaux de l'enfant intègrent ainsi la réglementation de droit international privé en tant que règle matérielle dans l'instance directe et supposent désormais une application substantielle positive, au lieu de constituer un mécanisme d'éviction[644]. Là encore, une telle démarche se rapproche d'un ordre public de rattachement imposant, lorsque le litige se rattache juridictionnellement à l'espace européen, une certaine conception de l'intérêt supérieur de l'enfant. Plus qu'une concordance imposée entre juge compétent et loi applicable, le droit fondamental devient une condition de l'exercice de la compétence juridictionnelle lorsqu'un juge européen est saisi.

429. En réalité, l'usage instrumentalisé de l'ordre public international de proximité était révélateur de l'inadaptation de la règle de conflit bilatérale en raison des intérêts en cause dans le litige. Le droit en cause était le fondement matériel de la création d'une règle unilatérale fixant l'application de la loi du for. C'était la réalisation de ce droit qui justifiait

641 « *This mean that an obligation to give the child who is capable of forming his or her own views an opportunity to express these views would be made explicit in the Regulation, bearing in mind that all Member States have ratified the UN Convention on the Rights of the Child which already obliges them to hear the children meeting the condition mentioned above in any domestic and cross-border proceedings concerning them* ». *Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matter and the matters of parental responsibility and on international child abduction. COM (2016) 411 fina*l.

642 Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants. Ci-après « Bruxelles II *ter* ».

643 Article 21 du Règlement Bruxelles II *ter*, Droit de l'enfant d'exprimer son opinion : « *1. Dans l'exercice de leur compétence en application de la section 2 du présent chapitre, les juridictions des États membres, conformément aux législations et procédures nationales, donnent à un enfant qui est capable de discernement une possibilité réelle et effective d'exprimer son opinion, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié.*

2. Lorsque la juridiction, conformément aux législations et procédures nationales, donne à un enfant la possibilité d'exprimer son opinion conformément au présent article, elle prend dûment en compte l'opinion de l'enfant eu égard à son âge et à son degré de maturité ».

644 Ce motif de non-reconnaissance est cependant conservé à l'article 39.2 du Règlement Bruxelles II *ter,* mais seulement pour la responsabilité parentale et son recours est largement conditionné. « *La reconnaissance d'une décision en matière de responsabilité parentale peut être refusée si ladite décision a été rendue sans que l'enfant qui est capable de discernement n'ait eu la possibilité d'exprimer son opinion conformément à l'article 21, sauf : a) si la procédure ne portait que sur les biens de l'enfant et pour autant qu'il n'était pas requis de donner cette possibilité compte tenu e l'objet de la procédure ; ou b) s'il existait des motifs sérieux d'agir ainsi compte tenu notamment de l'urgence de l'affaire* ».

l'extension du champ d'application de la *lex fori*, tandis que l'existence d'un lien étroit avec le for en justifiait le déploiement[645]. La proximité servait dès lors d'élément localisateur.

Conclusion de la section :

430. Une concordance imposée des compétences s'est créée sous l'effet d'un dévoiement par le juge de l'usage de l'exception d'ordre public international. En se fondant sur l'ordre public de proximité, le juge se détache ici du contrôle effectué *in concreto* de l'application de la norme étrangère au profit d'un contrôle *in abstracto,* se contentant d'analyser les liens significatifs de l'une des parties avec le for pour en déduire la volonté d'application de la loi du for[646]. Il ne juge plus de l'adéquation ou l'inadéquation matérielle de la norme étrangère avec les valeurs fondamentales du for, mais de l'opportunité du rattachement qui donne compétence à la loi étrangère pour favoriser l'application de la *lex fori*.

431. D'un point de vue méthodologique, ces situations reflètent les défauts et les insuffisances de la méthode conflictuelle classique dont la méthodologie abstraite et neutre ainsi que les mécanismes correcteurs qui y sont attachés ne semblent en partie plus adaptés aux évolutions contemporaines du statut personnel. De même, ces jurisprudences mettent en lumière des difficultés liées à la rencontre entre droit international privé et droits fondamentaux. Sous couvert de respecter un raisonnement propre à la méthode bilatérale, les juges instrumentalisent l'exception classique d'ordre public international pour appliquer directement un droit fondamental.

432. Or, si l'utilisation de l'ordre public international a pour effet d'imposer une concordance entre *forum* et *jus* par un effet de rattachement à la *lex fori*, ce qui est réellement recherché est la réalisation d'un droit subjectif particulier. La proximité n'est effectivement plus envisagée comme un élément de relativité de l'ordre public international parmi d'autres, mais est érigée en un élément de rattachement alors même que le périmètre des valeurs défendues est parfois sujet à débat. Cet usage particulier de

[645] Des auteurs se sont prononcés en faveur d'un tel alignement pour que soit assuré un droit particulier : sur la question du divorce voir : F. RIGAUX, « Règles de compétence judiciaire et règles de fond en matière de divorce et de séparation de corps », *Revue critique de jurisprudence belge*, 1970, p. 24 ; sur le statut personnel en général : G. DROZ, « Réflexions pour une réforme des articles 14 et 15 du Code civil français », *op. cit.,* p. 1.

[646] Certains auteurs font d'ailleurs remarquer que le rôle d'appréciation du juge en matière d'ordre public international tend à disparaître dans ces hypothèses : « Le rôle du juge y est extrêmement réduit, il a un caractère général, s'apprécie in abstracto et s'applique également à toutes les situations juridiques ». F. CADET, *L'ordre public en droit international de la famille. Étude de droit comparée France/Espagne*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 74, n° 83.

l'ordre public international préfigurait en réalité la mutation et la matérialisation des règles de droit international privé induite par l'essor des droits fondamentaux. En attestent certaines règles de compétence juridictionnelle qui intègrent désormais cet objectif.

433. L'usage de l'ordre public international peut également servir de rattachement autonome de la situation à l'ordre juridique. Il convient de le montrer.

SECTION 2 : L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL COMME RATTACHEMENT À L'ORDRE JURIDIQUE

434. Le recours à l'exception d'ordre public international peut être mobilisé à présent pour rendre l'ordre juridique compétent alors même qu'aucune règle de droit international privé ne rend le for compétent. Dans cette hypothèse, comme le relève le professeur P. Hammje, l'ordre public international sert de rattachement autonome de droit international privé. Ce mécanisme est notamment susceptible de jouer en présence de droits fondamentaux. À cet égard, si la confrontation entre droit international privé et droits fondamentaux devient patente, l'opposition met généralement en scène la méthode de conflit de lois et la logique des droits fondamentaux, mais plus rarement les points de friction entre la compétence juridictionnelle ou l'ordre juridique dans son entier et les droits fondamentaux.

435. Or, la situation internationale comporte des risques aigus de violations des droits fondamentaux laissées impunies en raison du risque de conflit négatif de compétences juridictionnelles. L'analyse privatiste de la compétence juridictionnelle largement centrée sur la proximité et la recherche de la bonne administration de la justice reste alors difficile à justifier d'autant plus lorsque certains droits fondamentaux ont une importance telle qu'ils aspirent à un très haut degré d'universalité.

436. À ce stade, deux considérations peuvent émerger. D'une part, les valeurs matérielles constitutives de l'ordre public international sont susceptibles d'exercer une influence sur la détermination de la compétence juridictionnelle. D'autre part, la fondamentalisation de l'accès à la justice et particulièrement la prohibition du déni de justice est prompte à modifier l'analyse de la compétence juridictionnelle. Mais, s'agit-il cependant d'une véritable concordance imposée des compétences ? C'est ce qu'il convient de vérifier désormais par un examen de l'influence de l'ordre public international substantiel sur la concordance des compétences (§1) puis par celui de l'influence de l'ordre public international procédural d'autre part (§2).

§1 : L'influence de l'ordre public international substantiel sur la concordance des compétences

437. Classiquement, l'ordre public international n'est pas de nature à jouer un quelconque rôle de rattachement à l'ordre juridique ou plus spécifiquement à exercer une

influence sur la détermination de la compétence juridictionnelle. Pourtant, les juges ont fait intervenir l'ordre public international pour fonder la compétence de l'ordre juridique dans son ensemble afin de garantir les valeurs constitutives de l'ordre public international, imposant une concordance des compétences juridictionnelle et législative.

438. Cette position reste toutefois isolée, car l'essentiel du débat se situe en réalité au stade de la compétence juridictionnelle. Au lieu d'imposer la concordance des compétences pour servir la justice matérielle, les droits fondamentaux peuvent exercer une influence au seul stade de la compétence juridictionnelle pour concilier leur effectivité avec le raisonnement de droit international privé. En ce sens, l'ordre public international n'agirait plus contre les règles de compétence en vigueur dans l'ordre juridique (A), mais au sein de celles-ci (B).

A- L'ordre public international contre les règles de compétence

439. L'arrêt *Moukarim* rendu par la Cour de cassation le 10 mai 2006[647] offre un exemple de concordance des compétences imposée par le recours à l'ordre public international contre les règles de compétence normalement applicables. En l'espèce, une femme de nationalité nigériane travaillait au Nigéria pour un employeur britannique. Le contrat de travail s'exécutait au Nigéria, mais s'apparentait à une situation d'esclavage domestique en raison des conditions de travail et de rémunération. Contrainte de suivre son employeur lors de ses séjours à l'étranger, c'est à l'occasion d'un séjour en France que la jeune femme s'est enfuie et est parvenue à saisir le Conseil de prud'hommes. Après un arrêt rendu par la Cour d'appel en faveur de l'employée, la Cour de cassation est saisie. Celle-ci rejette le pourvoi formé par les employeurs aux motifs que « *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 employé dans des conditions ayant méconnu sa liberté individuelle* ».

440. La Cour de cassation se fonde donc sur l'exception d'ordre public international pour fonder la compétence de l'ordre juridique français. La situation révèle l'existence

[647] Cass. Soc. 10 mai 2006. *Rev. Crit. DIP*, p. 856, note E. PATAUT, P. HAMMJE ; *JCP*, 2006, II, p. 10121, note. S. BOLLEE ; *D.*, 2007, p. 1751, note P. COURBE.

d'une situation d'esclavage domestique qui est strictement prohibée et est contraire aux valeurs et principes essentiels défendus par la société française ainsi qu'à de nombreuses conventions internationales. Cependant, d'un point de vue méthodologique, le scepticisme est de mise puisque l'exception d'ordre public international n'est pas employée pour faire obstacle à l'application d'une loi étrangère, mais pour s'opposer aux règles de compétence juridictionnelle et de conflit de lois françaises. En effet, en raison du lieu de domicile des intéressés et du lieu d'exécution du contrat, les règles de compétence juridictionnelle et les règles de conflit de lois étaient impuissantes à consacrer la compétence des juridictions françaises et de la loi française. Par conséquent, pour pouvoir trancher le litige et garantir le principe de prohibition de l'esclavage, les juridictions françaises devaient trouver un moyen juridique pour passer outre leur incompétence. C'est l'ordre public international qui a été choisi.

441. Mais, si l'ordre public international aurait pu permettre d'évincer la loi normalement applicable, c'est-à-dire en l'espèce la loi nigériane, car le travail s'effectuait régulièrement au Nigéria, rien ne justifie théoriquement que le juge impose directement son droit interne en se passant du raisonnement de droit international privé. Divers arguments pourraient être avancés comme la lutte contre le déni de justice ou l'existence d'une compétence fondée sur une disposition impérative. Mais en l'espèce, la solution ne saurait être totalement rapprochée, sur le plan du raisonnement juridique, de la compétence fondée sur le déni de justice[648] ni de l'application des lois de police.

442. D'une part, la compétence fondée sur le déni de justice qui désigne le for de nécessité permet au juge de se reconnaître compétent alors qu'il est normalement incompétent[649]. C'est le cas notamment si aucun for étranger n'est disponible[650]. La lutte contre le déni de justice trouve son fondement dans différents textes et notamment dans l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il est vrai que cette solution peut en partie être interprétée comme permettant de pallier le risque de déni de

[648] Même si « la philosophie reste fondamentalement la même ». *JCP*, 2006, II, p. 10121, note. S. BOLLEE.
[649] Sur la notion de déni de justice : voir *infra* n°464 et s.
[650] L'impossibilité d'obtenir justice dans un for étranger est susceptible d'interprétations diverses. Pour des exemples de jurisprudences de la Cour de cassation qui se reconnaît compétente sur le fondement du déni de justice : pour pallier l'absence de constitution d'un tribunal arbitral : Cass. 1ère Civ. 1er février 2005, *NIOC*, *Rev. Arb.* 2005, p. 693, note H. MUIR WATT ; *Rev. Crit. DIP*, 2006, p. 140, note T. CLAY. Pour pallier l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge en raison de l'existence d'une immunité de juridiction : Cass. Soc. 25 janvier 2005, *Banque africaine de développement c./Degboe* ; *D.*, 2005, p. 1540, note F. VIANGALLI. Pour une application en droit du travail : Cass. Soc. 14 septembre 2017, *Semaine sociale Lamy*, 2018, n° 1808, p. 5 chron. O. OESTERLE ; *Rev. Crit. DIP*, 2018, p. 267, note E. PATAUT ; *JCP S*, 2017, p. 37, note L. D'AVOUT ; *Procédures,* 2017, p. 27, note A. BUGADA

justice. En effet, en raison des faits d'espèce, il semble *a priori* difficile, voire impossible pour la requérante, de saisir un autre juge que le juge français. Pour autant, en admettant que la compétence des juridictions françaises soit en partie fondée sur le déni de justice, rien ne justifie qu'une telle compétence juridictionnelle implique ensuite l'application préférentielle du droit du for à ce stade du raisonnement. Le raisonnement en termes de conflit de lois ne disparaît pas lorsqu'est en cause le déni de justice.

443. D'autre part, une telle solution ne peut pas non plus être rapprochée de la notion de loi de police. Une telle affirmation reviendrait à considérer que la prohibition de l'esclavage est une disposition impérative de droit international privé qui devrait s'appliquer de manière immédiate pour chaque litige, primant l'application de la loi étrangère dès qu'un certain lien avec le for est constaté. Or, en l'espèce, aucun champ d'application spatial spécial n'est identifié puisque la Cour confère à la loi française une compétence générale. Il ne s'agit donc pas d'imposer l'application d'une disposition impérative spéciale à laquelle on lie la compétence juridictionnelle. La prohibition de l'esclavage ne saurait effectivement être assimilée à une disposition qui vise à sauvegarder une politique législative d'un État. Il s'agit d'un principe appartenant aux droits humains sans qu'il soit nécessaire d'exiger un lien de rattachement précis pour faire bénéficier de sa protection. De surcroît, puisque ce principe est contenu dans la Convention européenne des droits de l'homme, et fait partie des articles « indérogeables », le juge doit en faire bénéficier tous ceux qui se trouvent sous sa juridiction.

444. Dès lors, cette décision révèle essentiellement la volonté de conférer la compétence à l'ordre juridique du for lorsqu'une violation d'un droit de l'homme est en cause[651]. L'ordre public international est utilisé comme un rattachement autonome pour créer une règle nouvelle de compétence générale de l'ordre juridique lorsque le litige se rapporte à la prohibition de l'esclavage et se rattache, même très accidentellement, à la France. Le raisonnement est assurément unilatéraliste puisqu'il convient de partir de la norme fondamentale pour lui octroyer un champ d'application particulier. Ainsi que le relève le professeur S. Bollée, la Cour crée des règles unilatérales nouvelles de type

[651] En ce sens, E. FARNOUX, *op. cit.,* t. II, p. 754, n° 704.

pénalistes permettant de saisir le juge français et d'appliquer la loi française lorsque le litige présente un rattachement même ténu avec le for[652].

445. Mais, si le résultat d'une telle solution se comprend en raison des faits et des enjeux de l'espèce, sa généralisation mettrait de côté de manière trop absolue le raisonnement de droit international privé. « Ayant pour objet la mise en relation de systèmes juridiques différents, le droit international privé oblige en effet à un certain relativisme de valeurs auquel au contraire se prête fort mal le caractère impératif des droits fondamentaux »[653]. D'autres instruments peuvent en réalité prendre le relai de la protection des valeurs fondamentales au stade de la règle de compétence juridictionnelle.

B- L'ordre public international dans la règle de compétence juridictionnelle

446. Pour neutraliser les risques de violation des droits fondamentaux dans les situations internationales, l'opportunité d'une compétence civile universelle peut être interrogée[654]. L'octroi d'une compétence civile universelle vise « *à conférer à l'objet de la compétence une portée mondiale, dépassant, de par la nature de l'exercice de la fonction juridictionnelle qu'elle représente, le domaine d'intérêt d'un seul ou plusieurs États […] ce n'est pas, à vrai dire, la compétence qui est universelle, mais la justification donnée à son exercice par une juridiction* »[655]. Une telle compétence civile universelle avait trouvé une place dans l'Avant-projet de convention de La Haye sur la compétence juridictionnelle en matière civile et commerciale[656]. En l'absence de consécration conventionnelle d'une telle compétence, il convient d'analyser les différents exemples s'y rapportant.

447. L'exemple américain de l'*Alien Tort Statute* permet de bien cerner les enjeux d'une telle méthode (1). Plus récemment, une telle occasion de consacrer une compétence civile universelle en présence de droits fondamentaux s'est présentée devant la Cour européenne des droits de l'homme qui a fait preuve de prudence sur le sujet (2).

---

[652] « 1° une règle de compétence juridictionnelle permettant audit salarié de saisir les juridictions françaises "si le litige présente un rattachement avec la France" ; 2° une règle de conflit de lois unilatérale s'énonçant ainsi : "la loi française est compétente si le litige présente un rattachement avec la France". *JCP*, 2006, II, p. 10121, note. S. BOLLEE.

[653] *Rev. Crit. DIP*, p. 856, note E. PATAUT, P. HAMMJE

[654] Sur cette notion, A. BUCHER, « La compétence universelle civile », *RCADI*, 2014, t. 372, spec. p. 106 et s.

[655] *Résolution relative à la compétence universelle civile en matière de réparation pour crimes internationaux*, 30 aout 2015, Institut de droit international, Tallin. Rapporteur A. Bucher, p. 90.

[656] Article 18 de l'*Avant-Projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale*, *Document préliminaire n°11*, aout 2000, Conférence de La Haye.

1- L'exemple américain : *l'Alien Tort Statute*

448. Les États-Unis offrent un exemple intéressant des enjeux de l'octroi d'une compétence civile universelle. Les juges américains ont en effet sorti de l'ombre l'*Alien Tort Claims* datant de 1789 qui prévoit que « *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* » pour conférer une compétence civile universelle *ratione materiae*. Ce texte est longtemps resté inusité jusqu'à ce qu'un arrêt *Filartiga v. Pena-Irala* de 1980 vienne en quelque sorte le réveiller et reconnaître une telle compétence civile universelle[657]. Sur le fondement de ce texte, toute victime, personne privée, d'une violation du droit international coutumier peut saisir les juridictions américaines fédérales pour obtenir réparation. L'*Alien Tort Statute* (ci-après *ATS*) s'applique en renvoyant au droit international coutumier qui fixe les normes de conduites susceptibles d'entrainer des violations en cas de non-respect. La compétence juridictionnelle est dès lors conditionnée à l'application de ce texte. La compétence est donc dans la dépendance du droit applicable. Le texte est original, car il n'a vocation qu'à s'appliquer aux litiges civils. La violation du droit international public est donc le point de départ d'un contentieux entre personnes privées.

449. Par conséquent, pour savoir si les juridictions ont véritablement une compétence universelle, il est nécessaire que l'*ATS* puisse s'appliquer à des faits commis à l'étranger et/ou par des étrangers. Autrement dit, il faut établir selon la terminologie de droit public employée l'extraterritorialité du texte[658]. Le potentiel de ce texte est important puisqu'il permettrait de juger des violations des droits de l'homme [659] commises, notamment par des sociétés transnationales[660] (lorsqu'elles sont à l'origine de catastrophes

[657] *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876, 878-79 (2nd Cir. 1980).

[658] Cette terminologie est publiciste et parfois étrangère pour des juristes romano-germaniques. Elle est cependant celle usitée aux États-Unis où la distinction « public-privé », vivement critiquée, ne repose pas sur les mêmes critères. Les *torts* sont en effet considérés comme relevant du droit public, car se situant en dehors de la matière contractuelle et se rattachent à la « *distributive justice* ». Pour une analyse de cette distinction entre droit public et droit privé en comparant le système américain et le système romano-germanique : R. MICHAELS, N. JANSEN, « Private Law Beyond The State ? Europeanization, Globalization, Privatization », 54, *American Journal of Comparative Law*, 2006, p. 843-890, spec. p. 848.

[659] À supposer que les juges ne se limitent pas à une lecture « originaliste » du texte et en fassent une interprétation contemporaine. Sur ce point : D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. II, Partie spéciale, 4ème ed., Paris, PUF, 2017, p. 549 et s.

[660] Le texte a eu d'abord à s'appliquer à des cas de tortures comme ce fût le cas dans l'arrêt *Filartiga* précité.

humaines, industrielles, écologiques, etc.), souvent à l'abri de telles poursuites en raison de l'inefficacité actuelle du droit international privé et public[661] stato-centrée.

450. Pourtant, ce texte a fait l'objet d'une restriction considérable depuis le célèbre arrêt *Kiobel*[662]. Dans cette affaire, les juges fédéraux ont mis en cause la portée extraterritoriale du texte. Ils ont en effet estimé que ce texte ne pouvait s'appliquer lorsque les faits se sont déroulés à l'étranger. La juridiction américaine met en œuvre un principe de présomption contre l'extraterritorialité telle qu'elle l'avait dégagée dans le précédent arrêt *Morrison*[663]. Cette présomption implique un raisonnement qui se décompose en deux stades. D'une part, il convient d'observer si le texte contient lui-même la marque de sa vocation extraterritoriale. Pour ce faire, il peut être utile de rechercher la volonté du législateur pour renverser une telle présomption. D'autre part et à défaut, il faut rechercher la « focale » de la loi (par exemple le dommage) et analyser si

[661] Sur ce constat, la littérature est particulièrement importante. Voir notamment : H. MUIR WATT, « Private International Law Beyond the Schism », *Transnational Legal Theory*, 2011, p. 347; v° « Globalization and Private International Law », in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO (dir.), *Encyclopaedia of Private international Law*, Cheltenham, Elgar, 2017 ; « La fonction économique du droit international privé », *RIDE*, 2010/1, t. XXIV, p. 103 ; « Les enjeux de l'affaire Kiobel : le chaînon manquant dans la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises multinationales en droit international public et privé », *TCFDIP*, 2010-2012, p. 233 ; « Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance mondiale », *op. cit.*, p. 59 ; F. MARCHADIER, « Extraterritorial application of domestic statutes : tip-toeing around the issue of international competence », in H. MUIR WATT, L. BIZIKOVA, A. BRANDÃO DE OLIVEIRA, D. P. FERNANDEZ ARROYO (dir.), *Global Private International Law, Adjudication without Frontiers*, Cheltenham, Elgar, 2019, p. 319.
Sur la responsabilité sociétale des entreprises en particulier : F. MARRELLA, « Protection internationale des droits de l'Homme et activités des sociétés transnationales », *RCADI*, 2017, t. 385, p. 33. K. MARTIN-CHENUT, N. NORD, « La recherche d'un juge compétent : les défis posés par l'extraterritorialité », in *La RSE saisie par le droit : perspectives internes et internationale*, Paris, Pedone, 2016, p. 625 ; G. SAUMIER, « PILAGG in Practice : two examples of Concrete Steps », *Doc. PILAGG e-Series/GG/1*.

[662] *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co*, n°10-1491, 133 S.Ct 1659 (2013), 17 avril 2013, *Rev. Crit. DIP*, 2013, p. 595, obs. H. MUIR WATT. En l'espèce, le litige opposait un groupe de Nigérians à la société transnationale anglo-néerlandaise Royal Dutch Shell pour demander réparation de faits de torture et de tueries perpétrés par l'entreprise à l'occasion d'opérations de résistance des citoyens face à la destruction de leur environnement causée par l'implantation de l'entreprise.

[663] US Suprem Court, 24 juin 2010, *Morrison e. a v. National Australia Bank LTD e. a. Rev. Crit. DIP*, 210, p. 714, obs. H. MUIR WATT ; La configuration de l'espèce pouvait expliquer la solution puisqu'il s'agissait pour les juridictions américaines de trancher une *foreign cube action*.

cette focale se produit à l'étranger[664]. Le raisonnement a été réitéré et précisé postérieurement dans un arrêt *RJR Nabisco*[665].

451. La Cour base son raisonnement en partie sur la portée de la loi fédérale et non sur la norme internationale violée. En effet, à considérer qu'une norme de droit international est en cause, en raison de l'absence de critères de mise en œuvre de la sanction, les juridictions américaines ont estimé qu'il revenait au droit du for de s'appliquer. Il s'agit là d'une concordance imposée des compétences juridictionnelle et législative pour garantir un droit d'une valeur supérieure.

452. Cette précision est importante puisque comme le relève le professeur H. Muir Watt, la Cour dans l'arrêt *Kiobel* « semble donner une importance décisive au fait qu'il ne s'agit pas d'appliquer la loi étrangère (comme en matière de conflit de lois), mais de mettre en œuvre une sanction prévue par la loi du for, de sorte que la norme internationale est prise en considération, ou entre dans le raisonnement à travers une fenêtre ouverte dans le droit du for lui-même ». Se basant sur la portée extraterritoriale de la loi fédérale, les débats ont, sans surprise, pris une allure publiciste quant au rôle des juridictions américaines dans les relations internationales[666] au détriment de leur rôle de garant des violations les plus graves aux droits de l'homme universellement reconnus[667],

---

[664] La Cour Suprême le résume ainsi dans un arrêt postérieur : « *First, the Court asks whether the presumption against extraterritoriality has been rebutted – i.e., whether the statute gives a clear, affirmative indication that it applies extraterritorially. This question is asked regardless of whether the particular statute regulates conduct, affords relief, or merely confers jurisdiction. If, and only if, the statue is not found extraterritorial at step one, the Court moves to step two, where it examines the statute's "focus' to determine whether the case involves a domestic application of the statute. It the conduct relevant to the statute's focus occurred in the United States, then the case involves an impermissible extraterritorial application regardless of whether other conduct occurred in U.S. territory. In the event the statute is found to have clear extraterritorial effect at step one, then the statute's scope turns on the limits Congress has or has not imposed on the statute's foreign application, and not on the statute's "focus"* ». *RJR Nabisco Inc. e. a. v. Communauté européenne e. a. US Supreme Court*, 20 juin 2016, n°15-138, *syllabu*s.

[665] *RJR Nabisco Inc. e. a. v. Communauté européenne e. a. US Supreme Court*, 20 juin 2016, n°15-138, *syllabu*s. *Rev. Crit. DIP*, 2017, p. 70, note H. MUIR WATT, J. PRATTER.

[666] Ce rôle avait été vivement critiqué lorsque les juridictions américaines s'étaient octroyées une compétence civile universelle pour connaître des réparations liées aux préjudices nés de la période nazie. Voir notamment : C. KESSEDJIAN, « Les actions civiles pour violation des droits de l'homme. Aspects de droit international privé », *TCFDIP*, 2002-2004, p. 151 ; H. MUIR WATT, « Privatisation du contentieux des droits de l'homme et vocation universelle du juge américain : les actions en justice des victimes de l'Holocauste devant les tribunaux des États-Unis », *RIDC*, vol. 55, n°4, 2003, p. 883.

[667] Un autre exemple, en matière de prescription cette fois-ci, de cette tendance à séparer le fond de l'affaire de la technique, à « refouler » en quelque sorte le fond du litige, est fourni par le professeur H. Muir Watt. L'auteur analyse la décision rendue par la Cour suprême anglaise où la juridiction refuse d'entendre une action intentée par des ressortissants irakiens pour obtenir réparation de préjudices subis par les forces militaires anglaises en Irak : Cour suprême du Royaume-Uni, 12 mai 2016, [2016] UKSC 25, *Rev. Crit. DIP*, 2016, p. 657, note H. MUIR WATT. Critiquant cette décision, l'auteur affirme qu'une telle décision « établissant une séparation étanche entre le fond (humainement tragique et politiquement sensible) et la forme juridique (incarnée dans la méthode), elle pourrait en tout cas constituer une "recette" pour neutraliser les droits fondamentaux au moyen du conflit de lois ». H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes de droit international privé (Des formes juridiques de l'inter-altérité) », *op. cit.,* p. 77.

ce qui a entrainé naturellement le débat sur le terrain interétatique et a pu justifier plus facilement la restriction du champ d'application de l'*ATS*.

453. L'*ATS* a reçu le coup de grâce dans un arrêt plus récent où la juridiction américaine a eu à connaître d'une action en responsabilité menée sur le fondement de l'*ATS* intentée contre une banque jordanienne pour sa participation au financement d'activités terroristes du fait de son action dans des transferts internationaux de fonds[668]. Cette fois-ci, ce n'est pas la vocation extraterritoriale du texte qui fut remise en cause, mais le destinataire de la norme. En effet, la Cour suprême considère qu'une personne morale de droit privé n'étant pas sujet de droit international ne peut être pas tenue pour responsable sur le fondement du droit international, faisant ainsi cette fois-ci basculer le débat sur la norme de droit international et non sur la loi du for. En toile de fond, les juges avaient fait remarquer d'importants enjeux diplomatiques.

454. Il résulte de ces diverses jurisprudences que la garantie fédérale de protection des droits fondamentaux aurait pu être davantage respectée en « dépublicisant » le conflit de normes en faveur d'un raisonnement de type privatiste qui offre un éventail plus large de solutions techniques[669]. Ainsi, en se basant seulement sur la compétence juridictionnelle et le besoin d'offrir aux victimes un accès à la justice sans pour autant offrir un monopole à la réglementation fédérale américaine, une solution plus politiquement et juridiquement nuancée aurait pu être apportée, sans imposer donc une concordance des compétences[670]. Si ces décisions ont été amplement et âprement commentées, il convient désormais d'analyser les développements similaires en droit européen.

2- L'exemple européen : l'affaire *Nait-Liman contre Suisse*

455. La Cour européenne des droits de l'homme a été saisie d'un litige portant sur le for de nécessité et la compétence civile universelle dans l'affaire *Nait-Liman contre Suisse*[671]

[668] US Supreme Court, 24 avril 2018, *Jesner et al. v./Arab bank*, PLC, n°16-499. *Rev. Crit. DIP*, 2018, p. 670, note H. MUIR WATT.

[669] Sur les raisonnements envisageables : H. MUIR WATT, « Les enjeux de l'affaire Kiobel : le chaînon manquant dans la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises multinationales en droit international public et privé », *op. cit.*, p. 233

[670] Il demeure cependant qu'en dépit de l'imperfection du fonctionnement de l'ATS tel qu'interprété dans l'arrêt *Filartiga*, l'on peut regretter la solution de l'arrêt Kiobel, et les incertitudes liées à sa motivation, faute de mieux, en l'état actuel des règlementations et de l'impunité de certains acteurs privés transnationaux.

[671] CEDH, 21 juin 2016, *Nait-Liman c./Suisse*, req. n°51357/07, *JCP G*, 2016, n° 28, p. 1427, obs. G. GONZALEZ ; *JDI*, 2017, n°2, p. 10, comm. F. MARCHADIER ; *JDI*, 2017, n°3, p. 934, chron. S. TOUZE. CEDH Grande chambre,

où étaient en cause des faits de torture. Cette affaire a donné lieu à deux arrêts de la part de la Cour. En l'espèce, en 1992, un requérant de nationalité tunisienne au moment des faits a été arrêté par la police italienne qui l'a transférée en Tunisie. Le requérant atteste avoir subi des faits de torture par des membres du gouvernement tunisien. Le requérant s'est ensuite rendu en Suisse en 1995 où il a obtenu le droit d'asile politique. Il devient par la suite résident puis acquiert la nationalité suisse. Le requérant a saisi les juridictions civiles suisses en réparation du préjudice subi du fait des actes de tortures à l'encontre du gouvernement tunisien et du ministre de l'Intérieur en fonction au moment des faits. Les juridictions suisses ont décliné leur compétence sur le fondement de l'article 3 de la loi sur le droit international privé[672] qui prévoit l'existence d'un for de nécessité en estimant qu'il n'y avait pas de liens suffisants entre le litige et les juridictions suisses.

456. Le requérant se plaint d'une ingérence disproportionnée dans son droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme et invoque également la Convention internationale contre la torture de 1984 et son article 14[673] qui oblige les juridictions des États-parties à donner accès à leur prétoire. La Cour de Strasbourg devait alors se prononcer sur la conformité de ce refus aux exigences de son instrument conventionnel et était interrogée sur la possibilité de consacrer une compétence civile universelle. Dans ses deux arrêts, la Cour rejette la demande du requérant et estime que le refus des juridictions suisses de se reconnaître compétentes est proportionné au but poursuivi. Pour ce faire, la Cour effectue une étude importante de droit comparé relative à l'utilisation du for de nécessité et de la compétence civile universelle.

457. La Cour refuse de consacrer une compétence civile universelle en matière de torture. Elle avait pourtant reconnu dans l'arrêt *Soering* de 1979 que la prohibition de la torture « *consacre l'une des valeurs fondamentales de sociétés démocratiques* »[674]. Dans l'arrêt *Al-Adsani,* la Cour de Strasbourg avait également relevé que cette prohibition est une norme

---

15 mars 2018, *Nait-Liman c./Suisse*, req. n°51357/07, *JCP G*, 2018, n° 13, p. 611, obs. L. MILANO ; *JCP G,* 2018, n° 26, p. 1278 et s., chron. F. SUDRE.

672 Article 3 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987.

673 « *Tout État-partie garantit, dans son système juridique, à la victime d'un acte de torture, le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée équitablement et de manière adéquate, y compris les moyens nécessaires à sa réadaptation la plus complète possible […]* ». Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (entrée en vigueur le 26 juin 1987).

674 CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c./Royaume-Uni*, req. n° 14038/88, *JCP*, 1990, n° 3452, note H. LABAYLE ; *RGDIP*, 1990, p. 103, note F. SUDRE.

impérative de droit international[675]. L'interdiction de la torture fait effectivement partie des droits les plus fortement et universellement protégés[676]. Cette prohibition se retrouve dans de nombreux textes internationaux[677] et régionaux[678]. La prohibition de la torture constitue également une coutume internationale[679] et est devenue une norme impérative de droit international public et de *jus cogens*[680]. En ce sens, l'interdiction de la torture fait partie de cet « ordre public véritablement international » qui devrait pouvoir entrainer le respect et son invocation devant tout *forum*[681].

458. Dans l'affaire *Al-Adsani* était en jeu la confrontation entre l'accès à la justice et les immunités juridictionnelles. En dépit du statut de norme de *jus cogens* en droit international[682], l'interdiction de la torture a cédé devant l'invocation des immunités juridictionnelles. Selon la Cour, il était impossible de conclure qu'un État « *ne jouit plus de l'immunité d'une action civile devant les cours et tribunaux d'un autre État devant lesquels sont formulées des allégations de torture* »[683]. La solution était sujette à débat. Comme l'avait fait remarquer l'un des juges dans son opinion dissidente, la qualification de *jus cogens* de l'interdiction de

675 CEDH, 21 novembre 2001, *Al-Adsani c./ Royaume-Uni*, req. n° 35763/97, *JDI*, 2002, p. 273, note O. DE FROUVILLE ; *RGDIP*, 2002, p. 178, comm. P. WECKEL ; *JCP G*, 2002, n° 3, p. 128 et s. chron. F. SUDRE.

676 Pour une vue d'ensemble : F. M. MARIÑO MENENDEZ, « Prohibition of Torture in public international law », *RCADI*, 2017, t. 391. La torture, comme également le génocide, les traitements inhumains et dégradants ou encore l'esclavage sont absolument prohibés que ce soit en temps de paix, en temps de guerre, en cas de menace terroriste ou d'état d'exception.

677 Cette prohibition est notamment consacrée dans l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 : « *Nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* ». Déclaration universelle des droits de l'homme, Rés. AG 217A (III), Doc. ONU A/810, (1948). Voir également : Article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Rés. AG 22000A (XXI), 1966 ; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Rés. AG 39/46, 1984.

678 Dans le système européen, la prohibition est contenue à l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme : « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». Dans le système interaméricain, cette prohibition est comprise à l'article 5 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme : « *1. Toute personne a droit au respect de son intégrité physique, psychique et morale. 2. Nul ne peut être soumis à la torture […]* » ou encore dans la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture (1987). Dans le système régional africain, l'article 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples prévoit que « *Tout individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa personnalité juridique. Toutes formes d'exploitation et d'avilissement de l'homme, notamment l'esclavage, la traite des personnes, la torture physique ou morale, et les peines ou les traitements cruels inhumains ou dégradants, sont interdites* ».

679 CIJ, 4 novembre 1979, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, *Rec.* 1980, p. 42.

680 TPIY, 10 décembre 1998, *Furundzija*.

681 M. FORTEAU, *op. cit.*. *JDI,* 2011, p. 1.

682 CEDH, 21 novembre 2001, *Al-Adsani*, précité, point 60.

683 CEDH, 21 novembre 2001, *Al-Adsani*, précité, points 59-61.
La précise de l'action civile est importante, car la Cour distingue l'action pénale et l'action civile pour asseoir sa décision. Pour une critique de cette distinction, voir l'opinion dissidente commune aux juges Rozakis et Caflish, rejoints par les juges Cabral Baretto, Costa, Vajie et Wildhaber, p. 1.

la torture devait pouvoir faire obstacle à l'invocation des immunités de juridiction[684] qu'il s'agisse d'ailleurs d'un acte *jure gestionnis* ou *jure imperii*[685].

459. Une porte restait cependant ouverte pour une évolution dans le sens d'une effectivité renforcée de l'interdiction de la torture par un élargissement de l'accès à la justice. Dans des arrêts postérieurs, la Cour européenne a relevé l'évolution en matière d'immunité de juridiction dans le sens de leur limitation[686], mais sans toutefois infléchir sa jurisprudence lorsqu'est en cause un tel droit[687].

460. Dans cette affaire *Nait-Liman*, la Cour ne fléchit pas, et attachée au positivisme[688], justifie sa position par l'absence de consensus et de coutume internationale sur l'existence d'une compétence juridictionnelle universelle en matière civile. Cet attachement au positivisme a été vivement critiqué dans une opinion dissidente exprimant une vision *jusnaturaliste* qui se rapproche des tenants d'une vision objectiviste du droit international[689] souhaitant mettre l'individu au centre des débats et voir se développer un nouveau *jus gentium*[690], remettant également en cause la vision volontariste du droit

---

[684] Voir en ce sens, l'opinion dissidente du juge Loucaides dans l'arrêt Al-Adsani, précité, p. 1.

[685] Pour une critique de la distinction entre acte *jure gestionnis* et acte *jure imperii* dans les hypothèses de violations de règles de *jus cogens* : A. A. CANÇADO TRINDADE, *Vers un nouveau jus gentium humanisé - Recueil des opinions individuelles du juge A. A. Cançado Trinade*, Paris, L'Harmattan, 2018, spec, p. 515 et s. L'auteur s'exprime à propos de l'arrêt Allemagne c./Italie. Voir *infra* n°478.

[686] CEDH, 21 novembre 2001, *McElhinney c./Irlande*, req. n°31253/96 ; CEDH 21 novembre 2001, *Fogarty c./Royaume-Uni*, req. n°37112/97 ; CEDH, 12 décembre 2002, *Kalogeropoulou et a. c./Grèce et Allemagne* (décision sur la recevabilité), req. n°59021/00 ; CEDH, 23 mars 2010, *Cudak c./Lituanie*, req. n°15869/02.

[687] Voir particulièrement les arrêts CEDH, 21 novembre 2001, *McElhinney c./Irlande*, req. n°31253/96, spec. point 38. CEDH 21 novembre 2001, *Fogarty c./Royaume-Uni,* req. n°37112/97.

[688] C'est cet attachement au positivisme que dénonce de manière intransigeante le juge Dedov: « *le positivisme ou la face obscure du droit international : Je ne vois aucune morale ni aucune justice dans le droit international lequel, d'une part, permet aux tyrans et aux dictateurs de bénéficier de l'un des meilleurs systèmes bancaire et médical du monde, et d'autre part, refuse à leurs victimes l'accès aux tribunaux. La majorité a choisi de rendre une décision juridique et non une décision morale, alors que cette dernière approche aurait été la plus appropriée en l'espèce.*

Les positivistes pensent que la loi ne tire pas son autorité de la morale, mais de son acceptation et de sa reconnaissance par les autorités […]. C'est ainsi que le positivisme sépare la loi de la morale. C'est cette approche que suit la majorité lorsqu'elle conclut que les tribunaux nationaux ne sont pas juridiquement tenus d'exercer une compétence universelle. C'est en général comme cela qu'il faut voir les choses, mais la présente espèce constitue un cas particulier et, en l'occurrence, une telle position empêche d'assurer une protection effective contre la torture, qui est l'une des atteintes les plus graves aux droits de l'homme (ce qui est reconnu sur le plan international).

Il faudrait partir de la prémisse contraire, à savoir que les autorités nationales sont tenues par des valeurs communes et qu'elles doivent tout faire pour donner corps au droit d'accès à un tribunal.

Le positivisme n'autorise aucune critique, ce pour quoi il légitime toutes les règles de droit écrit qui existent à l'époque considérée (ou l'absence de règles, comme en l'espèce) ». Arrêt *Nait-Liman c/Suisse*, opinions séparées, p. 75.

[689] Même si l'objectivisme s'analyse comme un positivisme : R. AGO, « Droit positif et droit international », *AFDI*, 1957, p. 21.

[690] A. A. CANÇADO-TRINDADE, *Evolution du droit international au droit des gens. L'accès des individus à la Justice Internationale, Le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2008, p. 140 ; A. A. CANÇADO TRINDADE, *Vers un nouveau jus gentium humanisé - Recueil des opinions individuelles du juge A. A. Cançado Trinade*, *op. cit.,*. S. VILLALPANDO, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité internationale de l'État*, Genève, Graduate Institute Publications, 2005.

international[691] et centrée sur la souveraineté étatique[692]. La Cour n'exclut pas pour autant une évolution en cas de formation progressive d'une norme internationale en la matière.

461. L'arrêt de Grande chambre précise en outre que si le requérant se prévalait de l'article 14 de la Convention contre la torture pour fonder une telle compétence universelle civile, la Grande chambre confirme la position du premier arrêt de la Cour et affirme que cet article est équivoque quant à son application extraterritoriale[693].

462. Dans son premier arrêt, la Cour justifiait également sa position en invoquant des arguments liés à la souveraineté et la possibilité de *« provoquer des immiscions indésirables d'un pays dans les affaires internes d'un autre »*[694]. Cette référence à la souveraineté a disparu dans l'arrêt de Grande chambre. Pour autant, *in fine* la solution reste identique. L'on se situe ici à l'opposé de la solution dégagée dans l'arrêt *Moukarim*. L'on assiste au passage d'une concordance des compétences maladroitement imposée, à une absence totale de traitement du contentieux. Devant l'absence d'une compétence civile universelle, le salut pourrait venir de l'admission du for de nécessité.

§2 : L'influence de l'ordre public international procédural sur la concordance des compétences

463. Sous l'impulsion des droits fondamentaux, les garanties procédurales se développent et l'ordre public international devient le réceptacle de ces considérations processuelles. Envisagées seules ou par le prisme de la valeur substantielle, les valeurs fondamentales processuelles tendent à jouer un rôle important dont l'illustration la plus emblématique est l'essor du for de nécessité (A) pour pallier le risque de déni de justice.

---

[691] La critique doit pour autant être tempérée, car l'approche volontariste n'empêche pas une critique d'une approche absolutiste de la souveraineté : « La doctrine insiste de manière récurrente sur le passage d'un droit international stato-centré à un droit international qui place l'individu au cœur de ses préoccupations, voire à un véritable jus gentium, ce qui serait la preuve irréfutable de la fin définitive du positivisme volontariste. En réalité, une telle analyse revient à confondre entre doctrine de la souveraineté absolue et doctrine volontariste d'une part et entre le contenu des normes et les sources formelles du droit international, voire le fondement de son caractère obligatoire, d'autre part ». N. ALOUPI, « L'approche positiviste : une critique contemporaine du droit international des droits de l'homme ? », in E. DUBOUT, S. TOUZE (dir.) *Refonder les droits de l'homme – des critiques aux pratiques*, Pedone, Paris, 2019, p. 99.

[692] Voir en ce sens, « le paradoxe est puissant : le droit international garantit la souveraineté et la souveraineté est ce qui fait obstacle au développement d'un droit international commun et universel. C'est au nom de la souveraineté que les grandes conventions ne parviennent pas à l'universalité, que le jus cogens est refusé par certains, que la compétence des juridictions internationales n'est pas obligatoire. La situation se trouve ainsi dans une impasse ». M. CHEMILLIER-GENDREAU, « A quelles conditions l'universalité du droit international est-elle possible ? », *RCADI*, 2011, t. 355, p. 38.

[693] §117 du premier arrêt, §191 de l'arrêt de Grande chambre.

[694] §107 du premier arrêt.

L'on s'éloigne ici de la concordance imposée des compétences pour privilégier un instrument de conciliation entre la logique de droit international privé et celle des droits fondamentaux. Mais, la montée en puissance du for de nécessité est tempérée par l'incertitude de sa définition actuelle (B).

A- L'essor du for de nécessité

464. En Europe, sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme et particulièrement de son interprétation de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit d'accès à la justice est considéré comme un droit fondamental. La consécration a eu lieu dans le célèbre arrêt *Golder c./Royaume-Uni* du 21 février 1975[695]. Le droit international privé est particulièrement intéressé par ce droit, car l'internationalité du litige multiplie les risques de déni de justice.

465. C'est ainsi que conscient de ces risques, le développement d'un for de nécessité permet de donner accès au prétoire au demandeur lorsqu'il s'agit d'éviter un déni de justice[696]. De tels fors sont consacrés récemment par l'Union européenne en matière familiale[697]. Une telle proposition avait été formulée avant la refonte du Règlement Bruxelles I pour les cas où le défendeur n'est pas originaire d'un État membre de l'Union européenne. Ainsi l'article 26 de la proposition de refonte du règlement Bruxelles I prévoyait que « *lorsqu'aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu du présent règlement, les tribunaux d'un État membre peuvent, à titre exceptionnel, connaître du litige si le droit à un procès équitable ou le droit d'accès à la justice l'exigent, et notamment : 1. a) si une procédure ne peut raisonnement être introduite ou conduite, ou se révèle impossible dans un État tiers avec lequel le litige a un lien étroit ; ou 2. b) lorsque la décision rendue dans État tiers ne pourrait faire l'objet d'une reconnaissance et d'une exécution dans l'État membre de la juridiction saisie en vertu du droit de cet État et que cette reconnaissance et cette exécution sont nécessaires pour garantir le respect des droits du demandeur ; et que le litige présente un lien suffisant avec l'État membre de la juridiction saisie »*[698]. Cet article n'a jamais vu le jour. Pour autant, un nombre important d'États membres de l'Union européenne connaissent le *forum necessitatis* soit dans leur législation, soit consacré

[695] CEDH, 21 février 1975, *Golder c./Royaume-Uni*, req. n° 4451/70. Voir également, CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c./Irlande*, req. n°6289/73.

[696] Pour une analyse de la notion : A. BUCHER, « La compétence universelle civile », *op. cit.,* p. 103 et s.

[697] Voir notamment, article 7 du Règlement Obligations alimentaires, article 11 du Règlement Successions, article 11 du Règlement régimes matrimoniaux, article 11 du Règlement concernant les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

[698] *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte)*, 14 décembre 2010 COM (2010) 748 Finale.

en jurisprudence[699]. En France, le déni de justice a même permis de retenir la compétence du juge français dans des affaires touchant des immunités de juridictions[700] ou la matière arbitrale[701]. La Cour de cassation consacre dans ces arrêts le fait que l'accès à la justice relève en tant que tel de l'ordre public international permettant à lui seul de rattacher la situation à l'ordre juridique, du moins à forcer la compétence du juge, sans même que soit en cause la gravité des faits litigieux.

466. Les associations de droit international préconisent, quant à elles, la mise en place de tels mécanismes pour venir au secours de valeurs fondamentales. En matière de litige concernant des violations des droits de l'homme, cette solution a été préconisée par l'*International Law Association* en 2012 dans les lignes directrices de Sofia[702] et par l'Institut de droit international en 2017[703].

467. Pour mobiliser le for de nécessité, il est nécessaire, à larges traits, de démontrer d'une part l'impossibilité d'obtenir justice dans le pays du lieu de survenance du dommage et d'autre part l'existence de liens suffisants entre le litige et le for saisi sur le fondement du déni de justice[704].

468. Dans ces hypothèses, il n'existe plus de concordance des compétences, car l'utilisation de la règle de conflit de lois peut être préservée. Seulement, l'admission du for de nécessité peut parvenir à s'assurer du respect des valeurs en jeu sans présenter l'inconvénient de forcer une liaison entre *forum* et *jus* alors même que le litige entretient des liens faibles avec le for.

---

[699] Voir notamment l'étude réalisée en 2007 par Arnaud Nuyts pour la Commission européenne. *Study on Residual Jurisdiction: General Report*, 2007, A. NUYTS, [http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/publications_en.htm]
Voir également : V. RETORNAZ, B. VOLDERS, « Le for de nécessité tableau comparatif et évolutif », *Rev. Crit. DIP*, 2008, p. 215.

[700] Cass. Soc., 25 janvier 2005, *Affaire Banque africaine de développement*, n°04-41.012. *D.*, 2005, p. 1540, note F. VIANGALLI ; *D.*, 2006, p. 1495, obs. P. COURBE, F. JAULT-SESEKE ; *Rev. Crit. DIP*, 2005, p. 477, note I. PINGEL.

[701] Cass., 1ère Civ. 1er février 2005, *NIOC*, 01-13.742. *D.*, 2005, p. 3030, obs. T. CLAY ; *Rev. Crit. DIP*, 2006, p. 140 note T. CLAY ; *RTD com.*, 2005, p. 266, obs. E. LOQUIN ; *Rev. arb.*, 2005, p. 693, note H. MUIR WATT.

[702] Il était prévu l'instauration d'un *forum necessitatis* à l'article 2.3 : « *1. Les juridictions de l'État qui possède un lien suffisant avec le litige sont compétentes pour éviter un déni de justice. 2*
(2) Au sens du paragraphe 2.3 (1), un déni de justice existe si, près avoir entendu toutes les parties intéressées et pris en considération les sources d'informations fiables et publiques, le tribunal parvient à la conclusion que : (a) aucun autre tribunal n'est disponible, ou (b) il ne peut être raisonnablement exigé du demandeur qu'il saisisse un autre tribunal.
(3) Au sens du paragraphe 2. 3 (1), un lien suffisant est constitué, notamment, par 1. (a) la présence du demandeur ; 2. (b) la nationalité du demandeur ou du défendeur ; 3. (c) la présence de biens appartenant au défendeur ; 4. (d) certaines activités exercées par le défendeur ; 5 (e) une action pénale à condition que le tribunal puisse juger en même temps de l'action civile en vertu de son droit ».
Voir : « Final Report International civil Litigation for Human Rights Violations », *ILA Report*, Sofia 2012.

[703] Article 9 de l'*Avant-Projet de Résolution sur les droits de l'homme et le droit international privé,* 2017, Institut de droit international.

[704] Sur ces conditions : E. FARNOUX, *op. cit.,* t. II, p. 739 et s.

469. Cela rejoint une des propositions formulées lors de la Conférence de Sofia relative aux droits de l'homme en matière de sociétés transnationales[705]. En vertu de l'article 3, le for devrait appliquer ses règles de conflit de lois tout en préservant l'application de la *lex fori* dans trois hypothèses spécifiques pour éviter le défaut d'efficacité de l'application de la loi étrangère[706]. Ainsi, l'article 3 prévoit que la juridiction saisie applique ses propres règles de conflit de lois. La plupart du temps, la loi étrangère permettra de sanctionner la violation des droits fondamentaux. En effet, puisqu'il s'agit de droits fondamentaux universalisés, une équivalence entre les droits devrait apparaître régulièrement. Mais, l'alinéa 2 prévoit notamment que le juge applique sa propre loi lorsque la loi étrangère est en conflit avec les droits de l'homme internationalement reconnus ou ne prévoit pas de recours efficace. La concordance des compétences serait ainsi reformée.

470. À ce titre, dans l'affaire *Moukarim* jugée par la Cour de cassation, il était tout à fait envisageable de retenir la compétence du juge sur le fondement de la violation de l'ordre public réellement international, c'est-à-dire en violation des droits fondamentaux, puis d'appliquer la règle de conflit de lois et ensuite, au stade de l'application de la loi normalement applicable, de vérifier l'adéquation matérielle avec les exigences découlant des droits fondamentaux. En ce sens, le principe de prohibition de l'esclavage serait respecté tout en maintenant le raisonnement de droit international privé. Dans cette affaire, ce principe hiérarchiquement supérieur aurait toujours pu trouver à s'appliquer notamment dans le cadre traditionnel de l'exception d'ordre public.

471. Lorsque de telles valeurs sont en jeu, le recours au for de nécessité affecte le juge saisi d'une vocation internationale[707]. Le juge intervient ici en tant qu'organe de l'État, mais aussi en tant que garant d'un ordre international tout en préservant, le plus possible, les vertus coordinatrices du droit international privé.

---

[705] L'on retrouve une solution similaire plus récemment dans le *Projet 0 de Traité contraignant relatif à la responsabilité des entreprises en matière de droit de l'homme.*

[706] « Final Report International civil Litigation for Human Rights Violations », *ILA Report*, Sofia 2012 : « *Article 3 : Applicable law. 3.1 The court seized shall apply its own choice of law rules only.*
3. 2 The court seized shall apply its own law to extent that the law designated by its choice of law rules: (a) conflicts with internationally recognised human rights; (b) attributes legal responsibility among member of a corporate group in a manner that avoids appropriate accountability; or (c) fails to provide an effective remedy. »

[707] En ce sens, voir : M. FORTEAU, *op. cit.,* spéc. n° 72 et s.

472. Pourtant, en dépit de cette acception partagée du déni de justice, la définition actuelle posée par différentes juridictions semble réduire considérablement les possibilités d'utilisation du procédé.

B- L'incertitude de la définition actuelle du déni de justice

473. L'on assiste récemment à une régression du for de nécessité en raison d'une définition restrictive des conditions de sa mise en œuvre. Une des illustrations les plus symptomatiques est offerte par la jurisprudence française qui, après le maximalisme de la jurisprudence *Moukarim*, est venue réduire sensiblement le potentiel d'un tel instrument.

474. Après avoir affirmé que « *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 constitue un déni de justice fondant la compétence de la juridiction française lorsqu'il existe un rattachement avec la France* », la Cour de cassation considère dans la même affaire *Comilog* que « *la seule détention par une société française d'une partie du capital d'une société étrangère ne constitue pas un lien de rattachement au titre du déni de justice* »[708]. Tant l'impossibilité d'accéder au juge étranger que la présence de liens avec le for ne semblent pas suffisants pour justifier la compétence du juge français.

475. Les faits de l'espèce amènent pourtant à la critique puisque depuis 1995, la justice étrangère n'a pas offert d'alternative aux plaideurs. L'on peut alors considérer qu'il est difficile, voire impossible pour les plaideurs, de plaider dans l'État étranger. Ensuite, sur le terrain des liens exigés, le critère du lien capitalistique n'emporte pas la conviction des juges français alors que la société étrangère est partiellement possédée par une société française. « Dès lors, difficile, *in fine*, de ne pas être déçu par l'arrêt de la Cour de cassation, dont il apparaît que la défense peut-être un peu frileuse des règles classiques de droit international privé semble la conduire à fermer rigidement l'accès au for français »[709].

---

[708] Cass. Soc. 14 septembre 2017, n°15-26.737 et 15-26.738. *Semaine sociale Lamy*, 2018, n° 1808, p. 5 chron. O. OESTERLE ; *Rev. Crit. DIP*, 2018, p. 267, note E. PATAUT ; *JCP S*, 2017, p. 37, note L. D'AVOUT ; *Procédures,* 2017, p. 27, note A. BUGADA.

[709] Et l'auteur de poursuivre : « on comprend la volonté de ne pas faire de la France un havre d'accueil pour toute atteinte aux droits fondamentaux de par le monde. Que cette volonté se traduise par l'impossibilité pratique de mettre en œuvre un instrument de lutte contre le déni de justice qu'elle a elle-même élevé au rang de principe général du droit paraît beaucoup plus discutable ». *Rev. Crit. DIP*, 2018, p. 267, note E. PATAUT sous l'arrêt précité. Nous approuvons ces réflexions.

476. Une telle frilosité peut se retrouver également dans l'arrêt *Nait-Liman*[710] où la Cour de Strasbourg considère que le for de nécessité peut faire l'objet de restrictions, notamment liées à des exigences de bonne administration de la justice[711]. La Cour a toujours reconnu des limitations à l'article 6§1[712]. Elle renvoie à la marge d'appréciation des États[713]. L'argumentation en l'espèce est sujette à débat. Peut-on admettre que cet argument de bonne administration de la justice serve à limiter une compétence qui n'a justement pas de vocation ordinaire, mais revêt un caractère éminemment exorbitant et exceptionnel en raison du risque de déni de justice et de la gravité des faits ? Il est regrettable que le fond de l'affaire soit indifférent à la solution du litige. C'est ce que relèvent les quatre juges qui ont formulé des opinions dissidentes ou partiellement dissidentes. En particulier, le juge Serghides considère que « *le fait que le requérant n'a pas pu porter sa demande devant les tribunaux suisses s'analyse, dans les circonstances de la cause, non seulement en un déni d'accès procédural à la justice et en un déni d'accès subjectif effectif à la justice, mais aussi, en dernière analyse, en un déni de tout accès matériel à la justice* »[714].

477. L'exigence de liens suffisants posée par les juridictions suisses peut être critiquée. Certes, peu de liens unissaient le requérant et l'ordre juridique suisse au moment des faits. Mais, le requérant avait depuis acquis la nationalité suisse et y avait fixé sa résidence. L'inexistence des liens pouvait donc être relativisée. Pour la Cour de Strasbourg, la lutte contre le déni de justice ploie devant des exigences de neutralité propres aux règles classiques de compétence juridictionnelle. L'on ne peut que regretter que le fond de l'affaire d'une particulière gravité soit sans effet sur les conditions de prise en compte d'un déni de justice. Un tel infléchissement du déni de justice est à mettre en

---

[710] CEDH, 21 juin 2016, *Nait-Liman c./Suisse*, req. n°51357/07, *JCP G*, 2016, n° 28, p. 1427, obs. G. GONZALEZ ; *JDI*, 2017, n°2, p. 10, comm. F. MARCHADIER ; *JDI*, 2017, n°3, p. 934, chron. S. TOUZE. CEDH Grande chambre, 15 mars 2018, *Nait-Liman c./Suisse*, req. n°51357/07, *JCP G*, 2018, n° 13, p. 611, obs. L. MILANO ; *JCP G,* 2018, n° 26, p. 1278 et s., chron. F. SUDRE.

[711] §118 de l'arrêt de 2016 et §122 de l'arrêt de Grande chambre.
À ce titre, la jurisprudence suisse exige en effet trois conditions cumulatives pour donner accès à ses tribunaux sur le fondement du déni de justice à savoir l'absence de compétence des tribunaux en vertu d'un for ordinaire, l'impossibilité d'agir à l'étranger et l'existence d'un lien suffisant avec la Suisse.

[712] « *Le droit d'accès aux tribunaux n'est pas absolu, il peut donner lieu à des limitations implicitement admises, car il "appelle de par sa nature même une réglementation par l'État, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus […]. En élaborant pareille réglementation, les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation. S'il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention, elle n'a pas qualité pour substituer à l'appréciation des autorités nationales une autre appréciation de ce que pourrait être la meilleure politique en la matière. Néanmoins, les limitations appliquées ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tel que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, elles ne se concilient avec l'article 6 par. 1 que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé*". CEDH, 28 mai 1985, *Ashingdamne c/Royaume-Uni*, req. n°8225/78, point 57.

[713] §173 de l'arrêt de Grande chambre.

[714] Juge Serghides : *Arrêt Nait-Liman c/Suisse*, opinions séparées, p. 121.

perspective avec la solution dégagée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Allemagne contre Italie* à laquelle fait d'ailleurs référence la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Nait-Liman*.

478. Dans l'arrêt rendu le 3 février 2012[715], la Cour internationale de justice est en effet confrontée au problème des immunités souveraines dans un litige concernant des violations du *jus cogens*. Il s'agissait de savoir si les immunités juridictionnelles de l'État étaient opposables lors d'actions en responsabilité civile contre l'État pour crime de guerre. L'enjeu de l'affaire était important face « aux besoins changeants de la société internationale »[716]. L'affaire a ainsi pu apparaître comme révélateur de « la confrontation d'une conception "stato-centrée" du droit international et d'une vision plus humaniste et résolument ancrée dans la défense des droits fondamentaux »[717]. Pourtant une telle confrontation n'a pas eu lieu et le débat s'est situé ailleurs. En effet, par un raisonnement formaliste classique, la Cour internationale de justice affirme l'opposabilité des immunités en raison de leur caractère procédural qui ne saurait trouver de limite dans le droit substantiel en cause[718], en s'appuyant ainsi sur une stricte distinction entre le fond et la procédure.

479. Plus généralement, le déclin du déni de justice peut prospérer en rompant le lien entre la compétence juridictionnelle et les considérations substantielles. C'est justement à cette distinction que s'attaque un arrêt récent rendu par la Cour Suprême du Royaume-Uni luttant contre le risque d'une hypertrophie de cette opposition. Dans un arrêt *Vedanta* en date du 10 avril 2019[719], était en cause la compétence des juridictions britanniques pour connaître d'une action intentée à l'encontre de la société mère *Vedanta* et de sa filiale zambienne en réparation de dommages causés dans une exploitation minière en Zambie. Il s'agissait de savoir si la société mère pouvait être attraite sur le fondement de l'article 4 du Règlement Bruxelles I *bis* alors même que les dommages causés aux tiers sont le fait de la filiale étrangère. La Cour reconnaît cette possibilité dès

[715] CIJ, 3 février 2012, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c./Italie). AFDI*, 2012, 58, p. 147, note P.-F. LAVAL.
[716] A. PELLET, « L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale », *RCADI,* 2007, t. 329, p. 9.
[717] P.-F. LAVAL, *AFDI*, 2012, p. 156, note précitée.
[718] « *Les règles qui régissent l'immunité de l'État sont de nature procédurale et se bornent à déterminer si les tribunaux d'un État sont fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre. Elles sont sans incidence sur la question de savoir si le comportement à l'égard duquel les actions ont été engagées était licite ou illicite* ». CIJ, 3 février 2012, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c./Italie)*, § 93.
[719] Cour Suprême du Royaume-Uni, 10 avril 2019, *Vedanta Resources PLC and another (Appellants) v. Lungowe and others (Respondents)*, [2019] UKSC 20. *Rev. Crit. DIP*, 2019, p. 504, note H. MUIR WATT.

lors que la société est tenue d'un *duty of care*, devenant ainsi un « *anchor defendant* », ce qui permet d'attraire la société étrangère devant le juge anglais sur le fondement du droit international privé commun anglais. La Cour Suprême considère toutefois que si la société mère consent à être attraite devant les tribunaux du pays de ses filiales, la compétence du juge anglais pour connaître de l'action envers la société étrangère n'est pas acquise. C'était le cas en l'espèce, car les juridictions anglaises et zambiennes étaient susceptibles d'être compétentes.

480. Or, et c'est un intérêt essentiel de l'arrêt, une exception est apportée à ce principe. Selon la Cour anglaise, la compétence doit cependant s'imposer pour les besoins de la justice matérielle si le traitement du litige dans le pays étranger présente un risque pour les victimes de se voir privées d'une justice de qualité suffisante[720]. La Cour vient ici briser « le mur juridictionnel »[721] qui est un obstacle traditionnel à l'accès à la justice lorsque les victimes font valoir l'impossibilité d'aboutir à une solution « juste » à l'étranger. Mais, la difficulté réside dans le fait que de tels jugements alimentent une défiance envers la juridiction étrangère, ce qui inquiète la Cour[722]. À ce titre comme le fait remarquer un auteur, des interrogations importantes perdurent : « faut-il alors lire cette décision comme une avancée (la compétence anglaise est retenue et le *duty of care* de la société mère confirmé) ou comme un recul (la société mère peut y échapper en se soumettant à la justice locale étrangère, obligeant alors les demandeurs à porter des critiques politiquement sensibles sur la justice de leur propre pays) ? L'avenir le dira … mais pas forcément dans cette même affaire, devenue trop explosive »[723].

481. En définitive, l'analyse de ces diverses jurisprudences est révélatrice de la diversité des enjeux présents en droit international privé. Entre flux et reflux de la compétence civile universelle et du for de nécessité, l'hésitation des juges montre que la

---

[720] « *Even if the court concludes (as I would have in the present case) that a foreign jurisdiction is the proper place in which the case should be tried, the court may nonetheless permit (or refuse to set aside) service of English proceedings on the foreign defendant if satisfied, by cogent evidence, that there is a real risk that substantial justice will not be obtainable in that foreign jurisdiction* ».§88. Cour Suprême du Royaume-Uni, 10 avril 2019, *Vedanta Resources PLC and another (Appellants) v. Lungowe and others (Respondents)*, [2019] UKSC 20.

[721] Selon l'expression retenue par H. MUIR WATT note précitée.

[722]Comme le relève l'un des juges, « *I am conscious that some of the foregoing paragraphs could be seen as a criticism of the Zambian legal system. I might even be accused of colonial condescension. But that is not the intention or purpose of this part of the judgment. I am not being asked to review the Zambian legal system. I simply have to reach a conclusion on a specific issue, based on the evidence before me. And it seems to me that, doing my best to asses that evidence, I am bound to conclude… that the claimants would almost certainly not get access to justice if these claims were pursued in Zambia* » §97.

[723] H. MUIR WATT note précitée.

détermination de la compétence juridictionnelle est prise entre des considérations multiples où l'absolue neutralité n'existe pas.

Conclusion de la section :

482. Le recours à l'exception d'ordre public international peut servir à rattacher le litige à l'ordre juridique du for dans son ensemble alors même que les liens entre le litige et le for sont très accidentels et qu'aucune règle de droit international privé ne permettait de retenir la compétence de l'ordre juridique.

483. S'agit-il cependant d'imposer une véritable concordance des compétences ? La réponse positive dans l'arrêt *Moukarim* a fait figure d'exception en la matière. C'est qu'en réalité, l'utilisation maladroite de l'ordre public international est venue suppléer les défauts d'une analyse purement technique et neutre du droit de la compétence juridictionnelle. D'autres instruments existent cependant pour prendre acte de l'essor des droits fondamentaux en droit international privé. Si l'ordre public international a pu jouer contre les règles de droit international privé, il peut, à l'inverse, imprégner ces règles d'une forte dimension substantielle. En ce sens, il y aurait une confluence de vue entre droits fondamentaux et valeurs fondamentales. Mais, l'étude réalisée a permis de révéler les hésitations en la matière, reflet des mutations actuelles du droit international privé. Garanties initialement par une concordance imposée, mais critiquable des compétences, les valeurs fondamentales risquent de se retrouver orphelines de juges. L'on vient alors à regretter l'usage techniquement maladroit de l'ordre public international dans l'attente d'une solution meilleure.

Conclusion du chapitre :

484. L'étude de l'ordre public international de rattachement a pu confirmer des hypothèses de concordance imposée des compétences juridictionnelle et législative.

485. Tout d'abord, lorsque la compétence juridictionnelle est acquise, le juge peut se servir de l'exception d'ordre public international de proximité pour instrumentaliser le raisonnement de droit international privé et rattacher la situation au for. La démarche ressemble à une démarche de type statutiste qui vient en soutien d'un droit particulier. La lecture de la jurisprudence démontre effectivement que, sous couvert de proximité, le droit de divorcer ou le droit d'établir sa filiation en France ont été érigés en valeurs auxquelles il n'est pas possible de déroger. La concordance entre *forum* et *jus* apparaît et se justifie sur le fondement d'un droit fondamental. Plus encore, c'est le droit subjectif garanti par la *lex fori* qui doit être mis en œuvre. La concordance imposée entre *forum* et *jus* trouve sa raison d'être dans le droit subjectif protégé. Et si le recours à la proximité semble désormais en perte de vitesse, c'est parce que les règles de droit international privé intègrent peu à peu la valeur fondamentale dans leur rattachement ou leur correctif. En cela, les règles de droit international privé se substantialisent.

486. Ensuite, si la logique du droit international privé est souvent opposée à celle des droits fondamentaux, il s'avère qu'une certaine convergence de vue peut émerger en opérant un rattachement autonome à l'ordre juridique pour préserver un droit fondamental. En ce sens, le recours à l'ordre public international pourrait être au service des droits fondamentaux les plus importants. L'intérêt est d'offrir le moyen de sanctionner les violations des droits fondamentaux qui se développent dans des contextes transfrontières. Le mécanisme correcteur a pu combler l'absence de règles de droit international privé pour rendre l'ordre juridique compétent juridictionnellement et matériellement dans le but de faire respecter un droit fondamental alors qu'aucune règle de compétence ne le permettait. Mais, la solution, maladroite méthodologiquement, est restée isolée. D'autres instruments de droit international privé pourraient prendre le relai de la protection des droits fondamentaux. C'est le cas de la compétence civile universelle ou du for de déni de justice.

487. Cependant, l'étude de la jurisprudence en la matière atteste d'une grande part d'hésitation chez les juges en proie à des tendances contradictoires. Ces différentes

solutions ainsi que les critiques qui peuvent en être faites démontrent que la tâche difficile du juge est de trouver un juste équilibre entre un légalisme exacerbé et une audace créatrice excessive[724]. La concordance imposée des compétences n'était qu'une possibilité parmi d'autres de parvenir aux objectifs recherchés. Et, si la concordance n'est sans doute pas la solution la plus appropriée, elle a présenté le mérite de répondre aux défis posés aux juges, tandis que la solution actuelle, sans doute techniquement plus justifiée reste très décevante. Le risque, en effet, n'est plus d'imposer une concordance excessive des compétences, mais celui d'une absence totale de traitement du contentieux. En somme, elle a surtout permis de montrer que le traitement de la compétence juridictionnelle n'est pas neutre et doit prendre en considération les nombreux objectifs substantiels présents dans le litige international, sans que cela soit l'apanage de la règle de conflit de lois.

[724] Ce constat n'est pas nouveau et n'est pas propre au droit international privé. « Placé ainsi à mi-chemin entre " la légalité et l'opportunité ", le juge est sans cesse menacé par deux écueils : reste-t-il sourd aux jeux sociétaires engagés dans les conflits dont il a à connaître, se replie-t-il derrière un rigoureux légalisme, le voilà bientôt coupable de " déni de justice ", du moins au regard d'une exigence sociale de bonne justice ; tente-t-il au contraire d'innover en adoptant des solutions que les textes ne prévoient pas nécessairement, le voilà menacé " d'excès de pouvoir " ». F. OST, « Quelle jurisprudence, pour quelle société ? », *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1985, p. 3.

Conclusions du titre :

488. En définitive, lorsqu'une règle de compétence impérative reflétant un intérêt fondamental pour l'ordre juridique est applicable, la dissociation du *forum* et du *jus* semble se réduire considérablement et laisser place à une concordance imposée des compétences juridictionnelle et législative. Nous avons pu constater que ce lien existe lorsqu'est en cause un intérêt étatique, qu'il se manifeste dans les règles de compétence exclusives, dans la méthode des lois de police ou dans le déclenchement particulier de l'exception d'ordre public international. En ce sens, l'analyse effectuée atteste assurément de la pénétration des intérêts publics étatiques et des valeurs dans le raisonnement de droit international privé.

489. À cet égard, l'évolution de la coopération européenne et l'essor des droits fondamentaux renouvèlent les problématiques auxquelles est confronté le droit international privé. La volonté de préservation d'un intérêt fondamental n'est plus seulement une revendication de l'État, mais s'articule avec l'ordre juridique de l'Union européenne et avec celui de la Convention européenne des droits de l'homme. Ces ordres juridiques entendent faire prévaloir également leurs propres intérêts. L'intérêt prépondérant protégé ne se réduit plus au seul intérêt étatique en même temps que l'impérativité internationale se redessine sous l'action des ordres juridiques supranationaux.

490. Pourtant, même si la concordance semble vouloir être imposée, elle n'est pas toujours automatique en raison du maintien de l'indépendance de fonctionnement entre les deux corps de règles de rattachement, ce qui relativise la pleine réalisation de la concordance et surtout le sens de l'impérativité.

491. En dehors de toute impérativité, la concordance des compétences juridictionnelle et législative semble plus difficile à déceler. Pourtant, il s'avère qu'une telle concordance existe. Simplement, elle est dorénavant suggérée.

TITRE 2 : LA CONCORDANCE SUGGÉRÉE DES COMPÉTENCES

492. La concordance des compétences peut également être suggérée. Dans cette hypothèse, la concordance des compétences serait le résultat de l'application des deux règles de compétence qui favorise la mise en œuvre de la loi de la juridiction saisie. Cette concordance est simplement suggérée, car elle apparaît seulement comme une possibilité de résolution du litige à caractère international parmi d'autres. De ce fait, elle suscite aussi des interrogations. Constater l'existence d'une concordance entre le *forum* et le *jus* permet-il d'affirmer que le législateur a recherché cette concordance ? Ou bien est-ce simplement constater l'existence d'une confluence accidentelle des deux règles, d'une simple coïncidence ? Le contexte dans lequel se développe le droit international privé de l'Union européenne n'est évidemment pas étranger à ce phénomène et pose la question de savoir si le législateur supranational a recherché ou provoqué cette concordance.

493. Il nous semble que l'existence d'une concordance suggérée doit être privilégiée sur la seule coïncidence hasardeuse dès lors que cette concordance est issue d'une élaboration particulière des règles de compétence juridictionnelle et législative. Précisément, la concordance des compétences semble être suggérée par deux procédés.

494. Tout d'abord, un parallélisme des règles de compétence peut être constaté. Les deux règles évoluent parallèlement, mais consacrent les mêmes solutions en termes de rattachement, de sorte qu'une concordance fréquente des compétences se réalise.

495. Ensuite, une concordance suggérée des compétences peut être observée lorsqu'une règle de compétence exerce une attraction sur l'autre. Les deux règles n'évolueraient plus parallèlement pour concorder ensuite, mais seraient dans la dépendance l'une de l'autre, bien que la concordance ne soit pas la seule issue possible. C'est ici par un alignement des règles de compétence que la concordance des compétences est suggérée.

496. Nous observerons d'abord le parallélisme des règles de compétence (CHAPITRE I) avant d'analyser l'alignement des règles de compétence (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1 : LE PARALLÉLISME DES RÈGLES DE COMPÉTENCE

497. Le parallélisme des règles de compétence est une forme de concordance des compétences qui résulte du choix d'un chef de compétence et d'un critère de rattachement similaires. Les deux règles de compétence continuent d'évoluer séparément, mais le fonctionnement parallèle des deux règles donne naissance indirectement à une concordance du *forum* et du *jus*.

498. Techniquement, pour affirmer l'existence d'un parallélisme entre les règles de compétence, il ne suffit pas de démontrer que les critères de rattachement retenus sont identiques. Il faut en outre que les différents éléments de la recette qui permet de résoudre le conflit de lois et de juridictions soient similaires. Autrement dit, de la qualification au chef de compétence et critère de rattachement en passant par la définition du rattachement désigné des similitudes doivent être observées afin de pouvoir constater une correspondance totale entre les deux corps de règles.

499. Deux sortes de parallélisme des compétences doivent en conséquence être distinguées pour pouvoir analyser le phénomène de convergence. Le premier parallélisme des compétences, résultant d'exemples tirés du droit international privé de la famille, fait apparaître un parallélisme parfait des compétences, c'est-à-dire une correspondance parfaite et fréquente entre la règle de compétence juridictionnelle et la règle de compétence législative. Par ce parallélisme parfait des compétences, la concordance entre *forum* et *jus* est promue (SECTION 1).

500. Le second parallélisme est imparfait, car il n'existe pas de correspondance parfaite entre la règle de conflit de juridictions et la règle de conflit de lois. Néanmoins, en dépit de l'absence d'identité totale entre les règles de compétence, un parallélisme des compétences peut tout de même être constaté sous certaines conditions. Et la mise en œuvre pratique de ces règles donne lieu à une concordance fréquente des compétences (SECTION 2).

SECTION 1 : LE PARALLÉLISME PARFAIT DES RÈGLES DE COMPÉTENCE

501. Une des marques originales et innovantes du droit international privé européen de la famille réside dans le parallélisme parfait fréquent des règles de compétence juridictionnelle et législative[725]. Ce parallélisme des règles de compétence suggère une concordance du *forum* et du *jus*. Il est la marque d'une appréhension globalisante du litige à caractère international par le législateur européen à travers son aspect juridictionnel et matériel.

502. Cette approche globalisante s'est effectuée en deux temps. Tout d'abord, lorsque le législateur européen a entrepris d'adopter des règles de compétence dans des instruments séparées, il a pris en considération des solutions dégagées en matière de conflit de juridictions lors de l'adoption de règles de conflit de lois ou à l'inverse des solutions issues de la réglementation de la compétence législative pour faire concorder ensuite la règle de compétence juridictionnelle.

503. Ensuite et plus récemment, les nouveaux instruments européens intègrent dans un même texte la réglementation du conflit de juridictions et du conflit de lois. Il s'agit donc d'une élaboration commune des deux règles qui favorise une approche unitaire du litige pour les deux compétences.

504. Le parallélisme des compétences peut aussi bien être issu d'une élaboration distincte des règles de compétence juridictionnelle et législative (§1) que d'une élaboration commune des règles de compétence (§2).

§1 : Le parallélisme des règles de compétence issu d'une élaboration distincte des règles de compétence juridictionnelle et législative

505. En dépit d'une élaboration distincte des règles de compétence juridictionnelle et législative, le résultat des règles de compétence peut converger. Le législateur européen

[725] Ce phénomène n'est pourtant pas nouveau. Relevant que « le problème de la compétence judiciaire internationale et le problème de la compétence législative sont distincts, Monsieur H. Bauer a pu constater "dans de nombreuses hypothèses, un parallélisme des règles de compétence internationale et des règles de conflit de lois, de sorte que, lorsque la loi interne est applicable en vertu d'une règle de conflit de lois, une règle de compétence internationale existe en vertu de laquelle les tribunaux internes sont appelés à intervenir ou à statuer". H. BAUER, *La compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands*, Paris, Dalloz, 1965, n°100.

a effectivement pris le soin dans de très nombreuses situations de consacrer une concordance des compétences en coordonnant les différents instruments européens.

506. Ce phénomène est encore plus marquant lorsque la volonté du législateur européen de consacrer des hypothèses de concordance des compétences va justifier de calquer ses solutions sur l'élaboration d'un texte non élaboré par lui, car issu d'un autre système normatif, qu'il intègre ensuite dans sa législation.

507. Le parallélisme des règles de compétence peut alors être issu d'une élaboration distincte du conflit de juridictions et du conflit de lois s'opérant par une coordination des sources internes à l'Union européenne (A), mais également par une coordination des sources interne et externe à l'Union européenne (B).

A- Le parallélisme issu d'une coordination des sources internes à l'Union européenne

508. La concordance des compétences par le parallélisme des règles peut naître d'une approche coordonnée des règles de conflit de juridictions et de conflit de lois qui appartiennent à deux instruments différents d'un même système. Au sein de l'Union européenne, l'exemple est celui du divorce régi par le Règlement Bruxelles II *bis* [726] et le Règlement Rome III[727]. L'analyse du parallélisme entre les règles de compétence et le phénomène de concordance des compétences qui en découle doit être limitée aux règles qui s'appliquent dans les États inclus dans la coopération renforcée du Règlement Rome III[728]. Dans les autres hypothèses, l'existence d'une convergence recherchée entre *forum* et *jus* dépendrait des législations nationales.

509. Le législateur a entrepris de faire concorder le *forum* et le *jus* par une articulation des règles objectives de rattachement (1). Mais, le parallélisme parfait des règles de compétence ne se limite pas aux règles objectives de compétence. Le Règlement Rome III a en effet consacré l'essor de l'autonomie des parties. Or, en matière familiale, l'autonomie des parties est limitée. Dans ce cadre, les règles subjectives de compétence

[726] 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. Ci-après Règlement Bruxelles II *bis*.
[727] 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. Ci-après Règlement Rome III.
[728] Celle-ci réunit l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, l'Espagne, la France, la Hongrie, l'Italie, la Lettonie, le Luxembourg, Malte, le Portugal, la Roumanie et la Slovénie.

limitent l'étendue des possibles, de sorte qu'en matière de divorce, un parallélisme des règles de compétence peut être observé par une articulation des règles objective et subjective, ce qui favorise la concordance des compétences (2).

1- Parallélisme des règles objectives de compétence

510. La réglementation européenne du conflit de juridictions a précédé la réglementation du conflit de lois. L'élaboration plus tardive des règles de conflit de lois est venue compléter l'arsenal législatif du droit international privé européen du divorce en consacrant fréquemment un parallélisme des règles de compétence qui permet dans bon nombre d'hypothèses de faire concorder *forum* et *jus*.

511. Pour être certain qu'il s'agisse véritablement d'une concordance des compétences, c'est-à-dire d'une correspondance organisée des résultats de chacune des règles de compétence, il convient d'observer dans un premier temps le fonctionnement du parallélisme. C'est ainsi toute la chaine conflictuelle qui peut être observée sous l'angle du parallélisme. Ce parallélisme est pensé comme un moyen (a) de parvenir dans un second temps à la concordance des compétences (b).

a- Le moyen : le parallélisme des règles de compétence

512. Afin de pouvoir constater un parallélisme parfait entre les règles de compétence, il est nécessaire de démontrer une correspondance parfaite entre les règles de compétence tout au long de leur mise en œuvre. C'est le cas puisque le parallélisme des règles de compétence est le résultat d'un parallélisme des champs d'application des deux instruments européens (i) puis d'un parallélisme du chef de compétence et du critère de rattachement (ii) et enfin d'un parallélisme de la définition du rattachement retenu (iii).

i- Le parallélisme des champs d'application

513. Historiquement, la première convention de La Haye en matière de désunion prévoyait un parallélisme des compétences — sur le fondement de la nationalité des époux — issu d'une approche globale des règles de compétence[729] au sein d'un même instrument, ce qui imposait un parallélisme des champs d'application matériels pour traiter du conflit de juridictions et du conflit de lois.

[729] Convention de La Haye du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois et de juridictions en matière de divorce et de séparations de corps. (Article 1 et article 5.1).

514. L'appréhension du divorce en Europe n'a pas suivi cette voie du fait des divergences persistantes en matière familiale entre les États membres et de l'impossibilité de parvenir à l'unanimité requise en la matière[730]. L'analyse de la concordance suggérée des compétences doit donc se faire en contemplation du Règlement Bruxelles II *bis* et du Règlement Rome III. Par une analyse croisée des deux règlements, nous pouvons observer un parallélisme des champs d'application pour la question du divorce *stricto sensu*[731]. Ce parallélisme est issu d'une approche matérielle commune, indépendamment de la source formellement distincte, du conflit de juridictions et du conflit de lois.

515. Les instruments se coordonnent effectivement pour s'assurer d'une interprétation concordante de la notion de divorce qui vaut pour le Règlement Bruxelles II *bis* et le Règlement Rome III. Le législateur lui-même semble favorable à ce rapprochement en invoquant un principe de cohérence interprétative dans le considérant 10 du Règlement Rome III selon lequel « *le champ d'application matériel et les dispositions du présent règlement devraient être cohérents par rapport au règlement (CE) n°2201/2003* »[732]. Indépendamment de la valeur qu'il convient de donner au préambule[733], la solution est confirmée par la Cour de Justice de l'Union européenne dans un arrêt *Sahyouni*[734]. Selon la Cour « *il ne serait pas cohérent de définir de manière différente le même terme de divorce employé dans ces deux règlements et partant, de faire diverger leurs champs d'applications respectifs* »[735].

---

730 Tandis qu'une proposition de Règlement avait vu le jour : *Proposition de règlement visant à modifier le règlement (CE) n°2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale,* présentée par la Commission le 17 juillet 2006, COM (2006) 399 final.
Or, l'article 81§3 du TFUE prévoit que « *les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière sont établies par le Conseil, statuant conformément à une procédure législative spéciale. Celui-ci statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen* ». Devant une telle impossibilité, la voie empruntée a donc été celle de la coopération conformément à l'article 326 du TFUE. Sur le recours à ce mécanisme : L. IDOT, « Le divorce international : première utilisation du mécanisme des coopérations renforcées », *Revue Europe,* 2011, n°2, p. 2 ; A. DEVERS, M. FARGE, « Le nouveau droit international privé du divorce : à propos du règlement Rome III sur la loi applicable », *JCP*, 2012, n°778.

731 Le Règlement Rome III n'est effectivement pas applicable en matière de nullité de mariage (article 2.c) et les effets du divorce sont régis par d'autres Règlements que nous étudierons postérieurement.

732 Cette cohérence et ses limites étaient au cœur de l'articulation entre les instruments Bruxelles I *bis* et Rome I et Rome II. Voir *infra* n°603 et s., 614 et s., 636 et s., 1343 et s.

733 La valeur juridique du préambule a pu poser question. Elle a été soulevée en premier au sujet des Règlements Rome I et Rome II. Voir sur cette question : S. LEMAIRE, « Interrogations sur la portée juridique du préambule du Règlement Rome I », *D.*, 2008, p. 2157 ; T. AZZI, « Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire », *D.*, 2009, p. 1621.

734 CJUE, 20 décembre 2017, *Sahyouni*, aff. C-372-16. *Rev. Crit. DIP*, 2018, p. 899, note P. HAMMJE ; *JDI*, 2018, p. 1449, note M. WILDERSPIN ; *Procédures*, 2018, p. 14, note C. NOURISSAT.

735 CJUE, 20 décembre 2017, *Sahyouni*, aff. C-372-16, point 42.

516. Les juges expliquent également cette cohérence par la volonté initiale d'appréhender la désunion à travers un seul et même instrument[736]. La Cour reprend ici l'argumentation de l'Avocat général faisant état des liens historiques entre les deux instruments[737]. La *ratio legis* du nouveau texte (le Règlement Rome III), bien que distinct du Règlement Bruxelles II *bis* est donc calquée sur ce dernier règlement. Ce faisant, la juridiction européenne donne une cohérence à la législation de droit international privé de l'Union européenne[738].

517. Cette définition du champ d'application des instruments européens qui correspond à l'opération de qualification met en avant une conception commune de la qualification au stade juridictionnel et législatif. Ce parallélisme des champs d'applications forme alors une première étape dans la résolution unitaire du litige à caractère international ; étape préalable au parallélisme dans le choix des rattachements prévus dans les règles de compétence.

ii- Le parallélisme du critère de rattachement et du chef de compétence

518. Lorsque les deux instruments sont applicables se produit un parallélisme fréquent, mais non automatique, des règles de compétence autour du critère de résidence habituelle[739]. Si le Règlement Bruxelles II *bis* prévoit une pluralité de chefs de compétence, le critère majeur est celui de la résidence habituelle des époux. À ce titre, si le couple réside encore habituellement ensemble, une concordance des compétences juridictionnelle et législative naîtra puisque le Règlement Rome III prévoit la compétence

[736] CJUE, 20 décembre 2017, *Sahyouni*, aff. C-372-16, point 43 : « *A ce dernier égard, il importe de rappeler que tant le règlement n°1259/2010 que le règlement n°2201/2003 ont été adoptés dans le cadre de la politique de coopération judiciaire en matière civile. Il ressort en outre des observations de la Commission que celle-ci avait même envisagée, dans la proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement n°2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale [COM(2006) 399], d'insérer dans le règlement n°2201/2003 les règles de conflit de lois en matière de divorce, mais que, cette proposition n'ayant pas abouti, ces règles ont finalement fait l'objet d'un règlement distinct* ».

[737] « *À l'instar des gouvernements belge, hongrois et portugais ainsi que de la Commission, j'estime que la teneur du règlement n°2201/2003 devrait être prise en compte dans le cadre de l'interprétation du règlement n°1259/2010, eu égard aux liens étroits qui existent historiquement entre ces deux actes, même si l'un porte sur les conflits de compétence juridictionnelle, tandis que l'autre porte sur les conflits de lois* ». Conclusions de l'Avocat général M. HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE présentées le 14 septembre 2017.

[738] En ce sens, il s'agit d'« une volonté d'assurer une efficacité maximale aux règles unifiées, et partant au fonctionnement de l'espace judiciaire européen ». P. HAMMJE, « Libres propos sur les interactions entre qualification et ordre public », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 867, spéc. p. 876.

[739] Il convient de noter que ce parallélisme des compétences n'est pas chose nouvelle en droit comparé. Le droit anglais a ainsi connu un tel parallélisme sur le fondement du domicile d'une des parties jusqu'en 1938 puis sur le fondement de la loi de la résidence habituelle d'une partie. Voir en ce sens : J. D. GONZALEZ CAMPOS, *op. cit.,* spéc. p. 301.

de la loi de la résidence habituelle des époux[740], quel que soit le chef de compétence juridictionnelle utilisé [741] ; hormis celui plus rare de la nationalité commune des deux époux[742].

519. Lorsque le couple ne réside plus au même endroit, le parallélisme des compétences existe, mais en raison du grand nombre de chefs de compétence juridictionnelle et du rattachement en cascade de la règle de conflit de lois, la concordance dépendra du choix du juge compétent.

520. Il se peut également, à titre plus subsidiaire, notamment lorsque le litige ne présente pas d'attaches territoriales étroites avec le territoire européen, qu'une concordance existe grâce au parallélisme des compétences fondé sur le critère de la nationalité commune des époux. En effet, si le juge est compétent sur le fondement de la nationalité commune des époux[743], sa loi sera applicable sauf si les époux ont ou ont eu une résidence habituelle commune dans un autre État. Le lien de nationalité peut donc permettre un parallélisme des compétences, sauf s'il existe un lien de proximité du fait de la résidence habituelle des époux sur le territoire d'un État membre. L'on peut ainsi affirmer qu'en définitive, « les cas d'application d'une loi étrangère resteront assez résiduels »[744]. Une fois ce parallélisme des critères constaté, encore faut-il que le critère de rattachement reçoive la même définition pour les deux instruments européens.

---

[740] « *À défaut de choix conformément à l'article 5, le divorce et la séparation de corps sont soumis à la loi de l'État : 1. a) de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut, 2. b) de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que cette résidence n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et que l'un des époux réside encore dans cet État au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut, 3. c) de la nationalité des deux époux au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut, 4. d) dont la juridiction est saisie.* » Article 8 du Règlement Rome III.

[741] Parmi les sept chefs de compétence générale prévus, six font référence à la notion de résidence habituelle « *Sont compétentes pour statuer sur les questions relatives au divorce, à la séparation de corps et à l'annulation du mariage des époux, les juridictions de l'État membre : a) sur le territoire duquel se trouve : - la résidence habituelle des époux, ou – la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y réside encore, ou – la résidence habituelle du défendeur, ou – en cas de demande conjointe, la résidence habituelle de l'un ou l'autre des époux, ou — la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins une année immédiatement avant l'introduction de la demande, ou — la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins six mois immédiatement avant l'introduction de la demande et s'il est ressortissant de l'État membre en question […] b) de la nationalité des deux époux […]* ». Règlement Bruxelles II *bis*.

[742] Article 3 b) du Règlement Bruxelles II *bis*.

[743] Ce critère reste régulièrement utilisé : voir notamment pour retenir la compétence du juge français : 1ère Civ. 22 février 2005, *D.*, 2005, p. 1459, note S. SANA CHAILLE DE NERE ; *D.*, 2006, p. 1500, obs. P. COURBE, F. JAULT-SESEKE ; *Rev. Crit. DIP*, 2005, p. 515, note E. PATAUT. 1ère Civ. 12 décembre 2006, *JCP*, 2007-II, p. 10048, note A. DEVERS ; *Droit de la Famille*, 2007, n° 136, note M. FARGE ; 1ère Civ. 25 avril 2007, n° 06-15. 381.

[744] P. HAMMJE, « Le nouveau 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 », *Rev Crit. DIP*, 2011, p. 291, spéc. n° 38.

iii- Une définition unitaire du chef de compétence et du critère de rattachement

521. Le parallélisme des règles de compétence et par suite la concordance suggérée des compétences nécessitent que la détermination abstraite du chef de compétence et du critère de rattachement reçoive concrètement une définition similaire. Pour ce faire, il est nécessaire que la définition retenue soit également identique ou équivalente. Une telle définition unitaire n'est pourtant pas évidente. Rappelons donc les enjeux de cette définition unitaire (æ) pour ensuite en voir son application en l'espèce (ß).

α Les enjeux de la définition

522. Traditionnellement, il est enseigné que la définition d'un même critère peut être duale en fonction des règles étudiées. Historiquement, la notion de domicile offre un bon exemple de cette dualité conceptuelle, car le domicile revêtait deux acceptions selon qu'il servait de chef de compétence ou de critère de rattachement. Il s'agissait de deux réalités différentes. Batiffol estimait ainsi que la définition retenue du domicile[745] n'avait pas la même importance selon qu'il permettait de désigner le juge compétent ou selon qu'il était déterminant de l'applicabilité de la loi. « On voit le domicile conjugal être entendu avec rigidité pour la compétence territoriale, parce qu'il importe peu au fond qu'on plaide à Paris ou à Lyon — voire à Francfort — tandis que le réalisme ne s'accommode pas de l'application au fond d'une loi sans rapport avec les intérêts substantiels des parties »[746]. Ainsi, un critère de rattachement peut avoir une définition qui sert l'aspect procédural de la compétence juridictionnelle, mais qui n'est pas adaptée ou transposable à la loi applicable[747]. À travers cet exemple, l'on se rapproche en réalité de la

[745] Parfois difficile à fournir. Comme l'a fait remarqué le professeur D. Fernandez Arroyo : « Le domicile peut être assez bien déterminé dans les règles ou la jurisprudence d'un pays, mais, à l'heure de le concrétiser dans un cas spécifique, on peut plonger dans une zone aux contours obscurs et indéfinis en fonction de la justification de la compétence du juge du for ou de la propre complexité de la notion. […] Même s'il n'existe pas de volonté de manipulation, la notion est difficile à déterminer parce qu'il n'y a pas de définition commune dans tous les pays et ni même dans les divers sous-systèmes d'un ordre juridique ». D. P. FERNANDEZ ARROYO, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *op. cit.,* p. 134-135.

[746] H. BATIFFOL, « Observation sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », *op. cit.,* p. 312.

[747] Dans le même sens, Francescakis exprimait : « le domicile serait alors véritablement comme le Dieu Protée de mes ancêtres qui changeait de forme quand on le pressait de questions ». P. FRANCESCAKIS, « Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel ». *TCFDIP*, 1962-1964, p. 291, spec. p. 308.
Lors des débats qui ont suivi cette intervention, certains auteurs ont ainsi critiqué la dualité d'approche de la notion de domicile dans la jurisprudence française de l'époque en matière de conflit de juridictions et de conflit de lois. Par exemple M. Simon-Depitre évoquait : « on fait jouer l'article 108 [du Code civil] dans le conflit de juridictions, alors qu'on ne le fait pas jouer dans le conflit de lois. Cette parfaitement illogique ! ». p. 317.

recherche du fondement des critères de rattachement et donc du fondement des règles de conflit elles-mêmes[748].

523. Derrière la détermination du critère de rattachement désignant le juge et la loi se cache l'idée que le législateur se fait du rattachement à élire pour qu'un ordre juridique puisse se reconnaître compétent et trancher le litige en vertu de la loi désignée, c'est-à-dire, d'une manière générale dans un système bilatéraliste, mette en œuvre le raisonnement de droit international privé. Le critère de rattachement constitue le centre de gravité de la réglementation du litige à caractère international, car il fournit tant le moyen technique de résolution du conflit de lois en indiquant pour le juge la voie à suivre, que la justification théorique de son intervention[749]. Or, comme l'indique l'exemple du domicile, « il peut y avoir une différence irrécusable entre les raisons qui conduisent à saisir un juge et la substance de la cause quant à la loi applicable. C'est le bastion inexpugnable de la nécessité d'appliquer des lois étrangères »[750].

524. Par conséquent, la détermination et la définition du critère de rattachement ou du chef de compétence constituent un enjeu majeur, car si les deux corps de règles sont régis par les mêmes critères et définis de manière similaire, le parallélisme des compétences se trouve cristallisé en même temps que la frontière méthodologique entre les règles de compétence juridictionnelles et les règles de conflit de lois devient poreuse. Tout comme la similitude des champs d'application, la définition du critère de rattachement est donc centrale.

β La définition unitaire du critère de résidence habituelle

525. Dans notre hypothèse, le critère déterminant du parallélisme est celui de la résidence habituelle. Ce critère occupe aujourd'hui une place centrale[751] en droit de la

---

Ainsi, dans l'arrêt *Patiño* la Cour de cassation avait fait référence à l'article 102 du Code civil pour fonder la compétence juridictionnelle des juridictions françaises tandis qu'en matière de loi applicable, l'arrêt Rivière notamment semble se fonder sur l'article 108 du Code civil.

[748] Ce qui fera l'objet de développements ultérieurs. Voir *infra* Chapitre 1 et Chapitre 3, Partie 2.

[749] J.-L. ELHOUEISS, « L'élément d'extranéité est un autre nom du facteur de rattachement », *JDI*, 2003, p. 39 ; A. PRUJINER, « Le droit international privé : un droit de rattachement », in *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle/ Francfort-sur-Main, Helbing and Lichtenhahn, 1993, p. 161, spec. p. 165.

[750] H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI*, 1973, t. 139, p. 92.

[751] « Apparaissant initialement comme un rattachement fonctionnel, complémentaire au rattachement au pays d'origine (nationalité ou domicile) dont il comblait certaines défaillances, le critère de la résidence habituelle a progressivement gagné en importance au point de prétendre accéder au rang de rattachement primordial ». L. D'AVOUT, « La *lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : les relations privées internationales*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso, 2014, p. 15, spéc. p. 22.

famille puisqu'il permet de refléter un lien de proximité important entre les parties et le for. Il est le reflet d'une volonté de prendre en considération le milieu de vie de l'individu[752]. Le choix du législateur européen s'éloigne des rattachements classiques, en lien avec l'idée de sujétion, pour se fixer désormais sur l'individu, son milieu de vie, le centre de ses intérêts et mettre au premier plan l'idée de proximité[753]. En ce sens, « la prise en compte du milieu d'intégration dépasse largement les limites de l'opposition classique entre loi du domicile ou nationalité comme loi personnelle la plus satisfaisante »[754]. Ce choix de la résidence habituelle va ensuite irriguer d'autres règles en matière familiale et consacrer d'autres cas de concordance, de sorte qu'il y a une généralisation de la compétence de l'ordre juridique de la résidence habituelle de l'individu en matière personnelle qui atteste du déplacement de l'attention du législateur européen sur la personne et sur les considérations sociologiques plutôt que sur l'ordre juridique et sur l'idée de sujétion de la personne.

526. Il pourrait s'agir là comme l'ont déjà évoqué certains auteurs d'une sorte de renouveau du statutisme personnaliste autour du critère de la résidence habituelle[755]. Comme l'a relevé Madame M. Hunter-Henin, « le déclenchement du statut personnel ne saurait s'effectuer selon un mode unilatéral, au regard des intérêts étatiques du for ou de la seule logique de ses institutions de droit interne. L'important est que le statut personnel qui s'appliquera soit celui auquel l'intéressé s'attend légitimement à se voir soumis. Le statutisme moderne du statut personnel se fera donc par une voie bilatéraliste, par le biais d'un rattachement qui réponde aux expectatives légitimes et à la réalité sociologique des intéressés. Il ne s'agit pas simplement de garantir à l'individu l'application d'un régime juridique cohérent, il convient de la soumettre à son statut personnel, d'où l'adoption d'un rattachement suffisamment souple pour intégrer la réalité du vécu de l'intéressé et refléter son "milieu d'intégration" »[756]. Ce renouveau peut trouver son pendant dans la majorité des hypothèses en matière de compétence juridictionnelle[757].

---

752 M. HUNTER-HENIN, *Pour une redéfinition du statut personnel*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004.

753 En ce sens, L. RASS-MASSON, *Les fondements du droit international privé de la famille*, 2015, thèse dactyl., Paris II, p. 626.

754 M. HUNTER-HENIN, *op. cit.,* p. 313.

755 D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. I, Partie spéciale, 4ème ed., Paris, PUF, 2017, n° 135.

756 M. HUNTER-HENIN, *op. cit.,* p. 49.

757 Mais, de manière générale, l'emploi de chefs de compétence qui ne représentent pas le milieu d'intégration oblige à tempérer l'analyse. De la sorte, « en matière de conflit de juridictions, l'influence de la notion de milieu d'intégration, quoique fortement perceptible, ne justifie pas une confusion des compétences législative et judiciaire. Le souci de préserver un accès aisé à la justice dans le cadre de la compétence internationale directe, […] atténuent

527. Pour définir ce critère, il faut comprendre que « la résidence habituelle étant composée de deux éléments, l'un factuel (le rapport physique entre la personne et le territoire) et l'autre subjectif (la volonté de la personne de s'installer de façon permanente dans cet endroit ou *animus manendi*), le résultat de la détermination dépend souvent de l'importance relative donnée à chacun d'entre eux »[758]. Si l'on peut déceler des indices permettant d'identifier ce qu'est la notion de résidence habituelle, les textes internationaux ne prévoient pas de définition précise de la notion. Il semble bien s'agir ici d'une volonté du législateur qui veut rendre le critère souple et malléable[759] et tend à faire de cette notion une notion éminemment fonctionnelle. Les différents rapports et travaux préparatoires en attestent[760]. Faisant appel à des éléments purement factuels[761], cette notion peut apparaître « fuyante »[762]. Pour certains auteurs, ce terme « semble insaisissable »[763].

528. Il revient donc au juge d'en déterminer les contours. Il convient d'observer que la question de la définition de la notion de résidence habituelle au sein du Règlement

---

dans ce contexte le rôle de la notion de milieu d'intégration. Des critères de compétence internationale directe variés seront ainsi admis en vertu de la présomption selon laquelle un lien de rattachement même ténu des parties avec l'État du juge saisi sera amené à l'avenir à s'intensifier jusqu'à constituer le milieu d'intégration des intéressés ». M. HUNTER-HENIN, *op. cit.,* p. 314.

[758] D. P. FERNANDEZ ARROYO, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *op. cit.,* p. 136.

[759] Pour une étude de ce concept et une différenciation avec la notion de domicile : A. RICHEZ-PONS, *La résidence en droit international privé (conflits de juridictions et conflits de lois)*, thèse dactyl., Lyon III, 2004, disponible en ligne ; P. ROGERSON, « Habitual Residence : The New Domicile ? », (2000), 49-1, *International and Comparative Law Quaterly* 86-107.

[760] Cela ressort du rapport Borrás en charge d'expliquer le projet de Convention en matière matrimoniale, qui fût transformé en règlement après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. Le rapport prend le soin de définir certaines notions, mais pas celle de résidence habituelle. Il se rapporte seulement à une définition dégagée par la Cour de Justice de l'Union européenne pour la différencier de la notion de domicile. *Rapport explicatif relatif à la convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale* (Texte approuvé par le Conseil le 28 mai 1998) élaboré par Mme Algría Borrás. Journal officiel n° C 221 du 16/07/1998, spéc. n° 32.

De même, quelques années plus tard dans la proposition de Règlement Bruxelles II *bis*, figurait à l'article 10 relatif à la compétence générale en matière de responsabilité parentale que « *Conformément à la pratique de la Conférence de La Haye, dans le cadre de laquelle le concept de "lieu de résidence habituel" a été mis au point, cette notion n'est pas définie et c'est le juge qui l'examine au cas par cas lors de l'appréciation des faits* ». *Proposition de règlement du Conseil 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 et modifiant le règlement (CE) n° 44/2001 en ce qui concerne les obligations alimentaires*, COM/2002/0222 final/Journal officiel n°203 E du 27/08/2002, p. 0155-0178.

[761] Voir en ce sens l'affirmation du professeur P. LAGARDE : « Aucune définition n'a été donnée de la résidence habituelle qui, en dépit des importants effets juridiques qui lui sont attachés, doit rester une notion de fait. Toute définition dans une Convention déterminée de la résidence habituelle, que ce soit par des éléments qualitatifs ou quantitatifs, aurait l'inconvénient de remettre en cause l'interprétation donnée à cette expression dans les autres Conventions, très nombreuses, où elle est utilisée ». *Rapport explicatif de la Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes*, édité par le Bureau permanent de la Conférence de La Haye.

[762] J. HEYMANN, *op. cit.,* p. 345 et s. spéc. n° 441.

[763] A. BUCHER, « La famille en droit international privé », *RCADI*, 2000, t. 283, spéc. p. 38. Un auteur évoque à ce titre que le « rattachement flou laissé à l'appréciation du juge » constitue là le « mérité "décisif" » de son adoption. L. RASS-MASSON, *op. cit.,* p. 628.

Rome III n'a pas encore été posée à la juridiction européenne. Elle a en revanche été posée concernant l'application du Règlement Bruxelles II *bis*, mais au sujet de la responsabilité parentale[764]. La définition de la résidence habituelle reste alors affaire des juges nationaux.

529. Pour l'heure, les Cours nationales ont eu l'occasion de se prononcer sur cette définition du critère de la résidence habituelle. Tout en omettant de poser la question de la définition à la Cour de Justice de l'Union européenne, la Cour de cassation française, dans un arrêt du 14 décembre 2005, se fondait sur une définition donnée par la Cour de Justice en matière de droit social[765] pour retenir que la résidence habituelle en matière de désunion, « *notion autonome du droit communautaire, se définit comme le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts* »[766]. Plus récemment, elle semble retenir une définition plus souple de la notion de résidence habituelle[767]. Chaque juge national pourra alors interpréter les éléments de faits différemment. Mais qu'en est-il lorsqu'il s'agit d'envisager le parallélisme des critères entre conflit de juridictions et conflit de lois ?

530. À la différence de la notion de domicile, la résidence habituelle est une simple notion de fait. Ce fait devrait dès lors pouvoir être établi de la même manière, quelle que soit la question qui se pose. Ainsi dans la pratique, le juge d'un État membre qui accepte de retenir sa compétence sur le fondement de la résidence habituelle jugera que cette même acception de la résidence habituelle sert à définir le critère de rattachement plutôt que d'avoir une approche différenciée des deux corps de règles[768]. Le caractère habituel

---

[764] CJCE, 2 avril 2009, aff. C-523/07, *Rev. Crit. DIP*, 2009, p. 791, note E. GALLANT ; *D.*, 2010, p. 1585, obs. F. JAULT-SESEKE ; *AJ famille,* 2009, p. 294, obs. A. BOICHE ; CJUE, 28 juin 2018, HR, aff. C-512/17 ; *JDI*, 2019, p. 1489, note M. WILDERSPIN ; *D.*, 2019, p. 1106, obs. S. CLAVEL Voir *infra* n°728.

[765] Dans un premier temps en matière sociale, la Cour de Justice a retenu que la résidence habituelle devait s'entendre comme « *le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts* ». CJCE, 17 février 1977, *Silvana di Paolo c./Office national de l'emploi*, C-76/76.

[766] Cass. 1ère Civ. 14 décembre 2005, n°05-10.951 *D.*, 2006, p. 1503, obs. P. COURBE, F. JAULT-SESEKE ; *Droit de la Famille*, mars 2006, étude 17, obs. M. FARGE. Voir également en droit anglais : *UK High Court*, 3 septembre 2007, *Marinos v. Marinos*, [2007] EWhC 2047 (Fam).

[767] « *Après avoir relevé que M. X…, préposé de la société Total avait été détaché en France par son employeur pour une mission de trois ans venant à terme en juillet 2014, l'arrêt relève que les époux avaient acquis, au moyen d'un emprunt souscrit en France, un bien immobilier situé à Nanterre, que la cour d'appel en a souverainement déduit que les époux avaient manifesté leur volonté commune d'établir en France, avec leurs enfants qui y étaient nés et y étaient, à la date d'introduction de la demande, régulièrement scolarisés, leur résidence habituelle, effective et permanente, au sens des articles 3 et 8 du règlement CE n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003, […] elle a légalement justifié sa décision* ». Cass. 1ère Civ. 24 février 2016, n°15-10.288. *Gaz. Pal*, 2016, p. 60, note S. HAMOU.

[768] Pour une approche de droit comparé des définitions retenues par les différentes juridictions nationales : A. LIMANTE, « Establishing habitual residence of adults under the Brussels IIa regulation : best practices from national case-law », *Journal of Private International Law*, Volume 14, 2018, Issue 1.

de la résidence plaide également pour une telle approche. Une définition unitaire du chef de compétence et du critère de rattachement est donc généralement retenue malgré l'existence de deux règlements européens distincts et l'absence de définition autonome et concrète. Il est effectivement difficile pour un juge d'accepter sa compétence en considérant que le couple a sa résidence habituelle sur le territoire du for et d'en décider autrement pour désigner la loi applicable, d'autant plus lorsque cela empêcherait l'application de la loi du for. L'on pressent alors que ce parallélisme des règles de compétence observé a pour finalité la concordance fréquente des compétences.

b- La fin : la concordance des compétences

531. La concordance entre *forum* et *jus* est largement promue au sein de l'espace européen par le parallélisme des règles de compétence, mais sa réalisation pratique dépend des parties. Lorsque les parties n'ont pas fait de choix de loi, la concordance est le résultat du choix du demandeur à l'action. L'absence de hiérarchie des critères de compétence juridictionnelle[769], à la différence de celle existant en matière de loi applicable à défaut de choix, rend possible la dissociation du *forum* et du *jus*. L'existence d'une liaison entre les deux corps de règles dépend donc de la saisine du juge, laquelle est entre les mains du demandeur. Le choix du demandeur est par conséquent crucial pour l'analyse, même si la concordance est particulièrement favorisée. Pourquoi dès lors favoriser une telle concordance dans cette hypothèse ?

532. La concordance simplifie le travail du juge. Du point de vue du droit de l'Union européenne, le juge pourra trancher plus facilement le litige à caractère international en application de son propre droit, ce qui avantage également les parties et dispense le juge et les parties du poids de l'internationalité du litige au stade de l'application de la loi. Comme le relève le professeur L. Rass-Masson, « la connaissance de

[769] Cass. 1ère Civ. 24 septembre 2008, *Droit de la Famille*, 2009, n°33, note M. FARGE ; *A.J. Famille*, 2009, p. 432, obs. A. BOICHE.
C'est d'ailleurs ce qui est souvent critiqué notamment en raison des risques importants de *forum shopping* : E. GALLANT, v° « Règlement Bruxelles II *bis* : compétence, reconnaissance et exécution en matière matrimoniale et de responsabilité parentale », *Répertoire de droit européen,* Dalloz, 2013, n° 105 et s. ; G. BEILFUSS, « Jurisdiction rules in matrimonial matters under Regulation Brussels IIbis », in C. NOURISSAT, H. FULCHIRON (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Paris, LGDJ, 2005, p. 65 ; P. ROGERSON, « Forum shopping and Brussels II bis », *IPRax*, 2010, p. 553-556 ; A. BONOMI, « La compétence internationale en matière de divorce », *Rev. Crit. DIP*, 2017, p. 511 : voir même d'inapplication de l'instrument en raison des « multiples chefs de compétence rendant ainsi très probable la compétence internationale des juridictions françaises ». *Étude sur l'application du Règlement Bruxelles II bis- ITAC : itinérances transfrontières et affaires civiles : couples et parentalité dans l'espace judiciaire européen*, 2017. Rapport rendu par l'École nationale de la magistrature sur proposition de la Commission européenne sous la direction scientifique de Madame Marie Lamarche.

son propre droit par le juge, les possibilités des voies de recours avec un contrôle sur l'interprétation et l'application du droit, l'absence de coût supplémentaire lié à la preuve d'un droit étranger, pour ne nommer que certains avantages procéduraux liés à l'application de la loi du for, sont tous autant d'éléments en faveur du critère de la résidence habituelle »[770]. La concordance des compétences offre donc aux parties l'avantage de voir leur litige tranché par un ordre juridique qui entretient des liens étroits avec le couple, de faciliter la procédure et d'en réduire les coûts. Elle n'est qu'une possibilité parmi d'autres, mais est largement suggérée.

533. Elle semble s'opposer à l'hypothèse où la concordance peut également être imposée si la loi désignée ne permet pas le divorce ou ne donne pas droit au divorce répondant au standard européen de non-discrimination par un retour à la loi du for prévu à l'article 10 du Règlement Rome III[771]. Le législateur s'assure ainsi que tout résident ou national européen[772] puisse avoir accès au divorce. En réalité, ces deux formes se complètent dans le but d'assurer et de faciliter l'accès au divorce. Ainsi, le choix de la résidence habituelle, critère malléable et souple, associé à une large saisine des juridictions européennes permet de favoriser l'obtention du divorce en Europe par la création fréquente du lien entre *forum* et *jus*. Dans ce premier cas de figure, la concordance n'est donc qu'une option dans les mains du demandeur ou des parties, car la possibilité de divorce est acquise. Elle est simplement suggérée. Dans la seconde hypothèse, elle en devient obligatoire pour préserver ce droit. L'on saisit ici dans une même matière toute la différence entre les deux formes de concordance des compétences étudiées et la richesse de leurs interactions.

534. La concordance est également suggérée lorsque les parties ont choisi la loi applicable à leur divorce. C'est l'hypothèse qu'il faut vérifier désormais.

---

[770] L. RASS-MASSON, *op. cit.,* p. 627.

[771] Voir *supra* n°417 et s.

[772] Ou presque puisqu'en l'absence de résidence d'un des époux sur le territoire d'un État membre, il faut que les époux aient la nationalité commune pour pouvoir avoir accès aux juridictions et prétendre à ce droit (sauf privilèges de juridiction).

2- Le parallélisme issu d'une articulation entre compétence juridictionnelle et choix de loi

535. La grande innovation du droit international privé de la désunion a été l'admission du choix de loi[773]. C'est même « l'une des raisons pour lesquelles le texte n'a pas fait l'unanimité des États membres de l'Union européenne »[774]. Le Règlement Rome III offre à son article 5 la possibilité aux parties de choisir la loi applicable à leur divorce[775] dès la célébration de leur mariage[776] et jusqu'au moment de la saisine du juge[777]. Le Règlement fait de ce choix de loi la règle générale de rattachement, reléguant le critère objectif de compétence législative au rang des règles subsidiaires[778]. Ce choix est destiné à donner aux citoyens européens une sécurité juridique encourageant leur mobilité[779]. Un réseau européen d'information a ainsi été créé pour parfaire cet objectif[780].

536. À l'inverse, le Règlement Bruxelles II *bis* ne permet pas aux époux de conclure une clause de choix de for. La refonte du Règlement qui a donné lieu au Règlement Bruxelles II *ter* n'en modifie pas la teneur sur ce point[781] ni sur les chefs de compétence retenus dans le Règlement Bruxelles II *bis*. La très grande offre de compétence prévue par le Règlement Bruxelles II *bis* a d'ailleurs justifié non seulement le recours à l'autonomie

[773] « Du point de vue français, il s'agit d'une importante nouveauté, puisque l'article 309 du Code civil ne laissait aucune place à un choix de loi par les époux. Si d'autres pays européens admettaient déjà une dose limitée d'autonomie, permettant de choisir, par exemple, la loi nationale commune ou la *lex fori*, aucun de ces pays n'allait aussi loin que le règlement Rome III ». S. CORNELOUP, N. JOUBERT, « Autonomie de la volonté et divorce : le règlement Rome III », in H. FULCHIRON, A. PANET, P. WAUTELET (dir.), *L'autonomie de la volonté en droit des personnes et de la famille dans les règles de droit international privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 179.

[774] H. GAUDEMET-TALLON, *JurisClasseur droit international*, fasc 547-20, divorce, n°27.

[775] Article 5 du Règlement Rome III.

[776] Ce qui ressort de la lecture du Considérant 19 du Règlement Rome III.

[777] Ensuite, les parties pourront choisir la loi du for au cours de la procédure si celle-ci le permet.

[778] Pour certains, le Règlement fait alors de l'autonomie de la volonté un symbole. P. CALLE, « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit de l'Union européenne (droit des personnes et de la famille », in H. FULCHIRON, A. PANET, P. WAUTELET (dir.), *L'autonomie de la volonté en droit des personnes et de la famille dans les règles de droit international privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 31, spec. p. 32.

[779] « *Accroître la mobilité des citoyens requiert davantage de souplesse et une plus grande sécurité juridique. Pour répondre à cet objectif, le présent règlement devrait renforcer l'autonomie des parties en matière de divorce et de séparation de corps en leur laissant une possibilité limitée de choisir la loi applicable à leur divorce ou à leur séparation de corps* ». Considérant 15.
Ce droit à la mobilité a pu être interrogé : « un droit à aller voir ailleurs ? ». J. HEYMANN, « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit international privé des personnes et de la famille. Perspective fédéraliste ». in H. FULCHIRON, A. PANET, P. WAUTELET (dir.), *L'autonomie de la volonté en droit des personnes et de la famille dans les règles de droit international privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 41, spec. p. 49.

[780] Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale créé par la décision 2001/470/CE du Conseil du 28 mai 2001.

[781] Pourtant, le projet de révision du Règlement Bruxelles II *bis* consacrait cette possibilité. Article 5 : Prorogation volontaire de compétence : « *Les époux peuvent convenir que le tribunal de la résidence habituelle de l'un d'eux, ou de la nationalité de l'un deux, sera exclusivement compétence pour connaître de leur divorce* ». *Proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière de divorce et de séparation de corps*. Anvers 21-23 septembre 2018. Travaux du Groupe européen de droit international privé.

des parties, mais également le choix des critères retenus. D'une part en effet, la possibilité de choisir la loi permet d'éviter ou de limiter le *forum shopping*[782]. Elle permet également d'assurer une stabilité au couple puisque le critère de la résidence habituelle du couple, qui sert à déterminer la loi applicable à défaut de choix de lois, n'est pas toujours évident à déterminer et risque de contrecarrer les expectatives du couple[783].

537. D'autre part, pour préserver l'existence de liens étroits entre les parties et la loi choisie et afin d'éviter l'application d'une « loi exotique »[784], le législateur reprend, en partie seulement, les critères posés pour la compétence juridictionnelle, car il entend fixer le cadre de la concurrence normative en garantissant un seuil de proximité plus important pour la désignation de la loi applicable[785]. Le Considérant 14 du Règlement Rome III exprime cette faveur à l'autonomie des parties couplée à la recherche de la proximité « *pour offrir aux époux la liberté de désigner une loi applicable avec laquelle ils ont des liens étroits* »[786]. « Plus précisément, les époux peuvent choisir la loi du pays qui correspond soit à leur environnement social (critère de la résidence habituelle), soit à leur identité culturelle (critère de la nationalité) »[787]. L'article 5 leur permet effectivement de choisir entre la loi de la résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention, la loi de leur dernière résidence habituelle si l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention ou la loi de nationalité de l'un des époux[788].

---

[782] « *Le présent règlement devrait créer un cadre juridique clair et complet dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps dans les États membres participants, garantir aux citoyens des solutions appropriées en termes de sécurité juridique, de prévisibilité et de souplesse, et empêcher une situation dans laquelle l'un des époux demande le divorce avant l'autre pour faire en sorte que la procédure soit soumise à une loi donnée qu'il estime la plus favorable à ses propres intérêts* ». Considérant 9 du Règlement Rome III.

[783] « Ainsi, à la date du mariage, les époux, notamment lorsqu'ils sont de nationalité différente, ne peuvent pas nécessairement prévoir quelle loi va régir leur divorce. Dans l'hypothèse d'une activité professionnelle impliquant une forte mobilité internationale, il peut s'agir d'une loi déterminée fortuitement ». S. CORNELOUP, N. JOUBERT, « Autonomie de la volonté et divorce : le règlement Rome III », *op. cit.,* p. 179, spec. p. 181.

[784] *Livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce du 14 mars 2005,* COM (2005) 82 final, spéc. p. 8.

[785] Mais cette option pourrait cependant les amener à préférer une loi qui présente peu de liens avec le for, ce qui rompt l'unité du *forum* et du *jus*. Le choix de loi applicable peut en effet intervenir bien avant la saisine du juge et ne pas correspondre aux différents chefs de compétence contenus dans le Règlement Bruxelles II *bis* ou dans le Règlement Bruxelles II *ter*. Cette disposition permet ainsi de « créer l'internationalité du seul fait du choix d'une loi étrangère – sans que l'on retrouve ici les garde-fous qui accompagnent cette possibilité en matière contractuelle dans le règlement alors même que le divorce échappe en principe davantage à l'emprise de la volonté individuelle ». P. HAMMJE, « Le nouveau 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 », *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 291, spec. p. 309, n°17.

[786] Considérant 14 du Règlement Rome III.

[787] S. CORNELOUP, N. JOUBERT, « Autonomie de la volonté et divorce : le règlement Rome III », *op. cit.,* p. 184, n°11.

[788] Dans ce dernier cas, il n'y a pas de parallélisme et la convergence entre *forum* et *jus* relèvera donc plutôt de la coïncidence que de la concordance.

538. Enfin, le choix peut porter sur la loi du for ce qui, comme nous le verrons ultérieurement, a pour caractéristique de lier avec certitude le *forum* et le *jus,* mais risque de contrevenir à l'objectif de sécurité affiché[789].

539. Le choix de la loi applicable peut alors également relever d'une option de fond offerte aux parties en faveur d'un ordre juridique qui reconnaît un droit au divorce plus libéral[790]. Cette faveur au divorce est accentuée par le fait que le choix effectué sera nul si la loi choisie ne permet pas de prononcer la dissolution de l'union[791]. La possibilité de choisir la loi du divorce ne joue dès lors qu'*in favorem*[792]. En ce sens : « on ne saurait marquer plus nettement que la promotion de l'autonomie de la volonté est ordonnée à la promotion d'un droit au divorce »[793]. Le droit international privé intervient donc comme un instrument au profit d'une valeur substantielle précise[794]. Il est d'ailleurs notable d'observer que l'Union européenne est pourtant incompétente en la matière[795]. Mais, par le biais des règlements de droit international privé, elle tend à offrir à tout résident

[789] Voir *infra* n°748. *Contra* : « La possibilité de choisir la loi du for n'y fait pas exception, dans la mesure où les critères de compétence judiciaire, énoncés par le règlement Bruxelles II *bis*, sont également fondés, de différentes manières, sur la résidence habituelle et la nationalité des époux, et traduisent, par conséquent, les mêmes liens particuliers entre les époux et le pays en question ». S. CORNELOUP, N. JOUBERT, « Autonomie de la volonté et divorce : le règlement Rome III », *op. cit.,* p. 184.

[790] P. CALLE, « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit de l'Union européenne (droit des personnes et de la famille », *op. cit.,* p. 38. Pour certains, cela peut même être la seule raison : « peut-on en effet penser qu'en matière de divorce par exemple, le choix de loi offert aux époux serait uniquement fondé sur la recherche de sécurité et de prévisibilité juridiques ? Peu importe aux époux souhaitant divorce que telle ou telle loi soit plus proche de leur situation ; c'est exclusivement à raison de son contenu que le choix d'une loi s'exercera ». D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, Partie spéciale, 2017, n°533.

[791] Du fait de l'application de l'article 10 du Règlement Rome III. Voir *supra* n°417 et s.

[792] Ce qui n'empêche pas pour autant le couple de choisir une loi plus stricte tant que celle-ci ne prohibe pas le divorce.

[793] Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *op. cit.,* p. 553. Voir également. L. RASS-MASSON, *op. cit.,* p. 664, n° 852.

[794] Pour une critique de choix prenant l'exemple d'un couple qui choisit une loi pour accéder au divorce par consentement mutuel : « On pourrait naturellement soutenir qu'il n'y a pas de mal à ce que deux personnes soumettent en connaissance de cause une question touchant aux relations entre elles à une loi qu'elles choisissent. Mais pourquoi certains droits nationaux ne reconnaissent-ils pas alors le divorce par consentement mutuel ? Il y a là une faveur manifeste à une certaine solution au fond, en l'occurrence le divorce par consentement mutuel, et on n'est plus alors dans la localisation du rapport de droit. En retenant une telle solution, on déborde le domaine du droit international privé pour rentrer dans celui du droit matériel, car en réalité, permettre aux époux de choisir la loi applicable à leur désunion revient en quelque sorte à intégrer à l'ensemble des ordres juridiques nationaux un divorce par consentement mutuel pour les couples internationaux. […] Mais en permettant aux époux de choisir une loi dont les titres d'application sont très faibles, le droit de l'Union européenne instaure une mise en concurrence des différentes lois nationales, dans le but de favoriser au maximum la désunion consensuelle du couple ». L. RASS-MASSON, *op. cit.,* p. 665.

[795] Pour une critique sur ce point : « Et surtout, il faut se demander s'il appartient vraiment à l'Union européenne d'imposer aux ordres juridiques nationaux une certaine conception de la famille ? Le respect de la diversité des droits de la famille nationaux impose au contraire que la conception qu'ont les sociétés nationales du couple et du mariage doit pouvoir respecter leur conception propre, et non pas celle imposée par un "super-législateur européen". *Ibid*, p. 667.

européen un droit au divorce dont les modalités internationales sont laissées aux individus sans aller, pour le moment, au-delà de sa compétence normative[796].

540. Le choix est encadré et reprend certains critères existants en matière de compétence juridictionnelle, ce qui tend à favoriser la liaison entre *forum* et *jus*. Mais, il faut noter que la concordance dépend en premier lieu de la volonté du demandeur ou des deux parties si elles effectuent une demande conjointe puisqu'en dehors de l'application de l'article 5d), la réalisation du parallélisme dépendra de la saisine du juge. De la réalisation de la concordance pourra ensuite dépendre l'efficacité du choix effectué ou la pleine efficacité du choix.

541. C'est à ce titre que la concordance des compétences est indirectement suggérée. Elle permet tout d'abord de s'assurer que le for saisi connaît la possibilité d'un tel choix de loi. En effet, en dehors de la coopération renforcée et dans les États tiers à l'Union européenne, l'autonomie en matière de divorce est loin de faire l'unanimité[797]. Ensuite, elle permet de préserver le choix effectué préalablement par les parties en évitant la remise en cause de la loi applicable par le recours à l'ordre public international ou rendant inapplicable l'article 10 du Règlement puisqu'en cas de concordance le choix de loi correspondra déjà à la loi du for. De même, lorsque la clause maltaise contenue à l'article 13 présentait encore un intérêt, si les époux avaient choisi cette loi qui ne connaît que la séparation de corps, la saisine du juge de cet État permettait de séparer de corps les époux sans imposer le droit au divorce.

---

[796] L'on rejoint le constat fait par le professeur J. Heymann, « en créant des sphères nouvelles d'expression de l'autonomie dans le domaine du droit des personnes et de la famille, l'Union européenne met en place un système qui, après études statistiques ou analytiques des volitions citoyennes en ce domaine, pourrait permettre, à moyen ou long terme, de dégager des tendances, voire des préférences individuelles sur le contenu matériel des lois devant être appliquées en matière personnelle et/ou familiale. Par suite, et au moyen d'une invocation du principe de subsidiarité dans sa dimension ascendante, l'Union pourrait revendiquer un pouvoir d'intervention normative dans le domaine du droit des personnes et de la famille […].
À notre sens, la démarche adoptée par l'Union est en effet celle d'une recherche d'un accroissement de ses domaines de compétences normatives – ce qui ne fait toutefois que traduire la nature fédérale du système de l'Union européenne. Il s'agirait ici, en quelque sorte, d'investir le domaine du droit matériel, après avoir conquis celui du droit conflictuel. Qu'on la déplore ou qu'on l'approuve, une telle démarche n'en doit pas moins être envisagée avec sérieux ». J. HEYMANN, « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit international privé des personnes et de la famille. Perspective fédéraliste ». *op. cit.,* p. 56-57.

[797] C'est d'ailleurs pour cela que l'époux qui ne souhaite plus voir le choix s'appliquer aura tout intérêt à saisir un autre juge. L'on ne peut d'ailleurs que regretter que le choix de loi ne soit pas garanti par la possibilité de choisir également le for, ce qui présenterait les mérites de ne pas livrer le sort du choix de loi à la merci du demandeur.
Sur l'intérêt d'un tel choix dans le cadre du Règlement Bruxelles II *bis*. A. BOICHE, « Pratique judiciaire des Règlements européens en droit de la famille », *TCFDIP*, 2014-2016, p. 17.

542. Enfin, la concordance présente également des avantages en termes de simplification de la procédure[798]. En cela, elle permet d'atteindre mieux les objectifs de mobilité des citoyens européens déjà exposés. La concordance entre *forum* et *jus* facilite effectivement l'obtention du divorce. Accompagnée d'une circulation facilitée des jugements de divorce, elle promeut la libre circulation des personnes[799].

543. Il convient désormais de poursuivre l'analyse de cette forme de concordance lorsque le parallélisme des règles de compétence est issu d'une coordination entre source interne et source externe à l'Union européenne.

B- Le parallélisme issu d'une coordination entre source interne et source externe à l'Union européenne

544. L'exemple choisi sera celui des obligations alimentaires. L'appréhension des créances alimentaires a fait l'objet d'une attention de l'Union européenne dès l'élaboration du Règlement Bruxelles I qui prévoyait des règles de compétence juridictionnelle[800]. Depuis, l'Union européenne s'est efforcée d'adopter une approche unifiée des règles de conflit de juridictions et des règles de conflit de lois pour régir ces créances transfrontières. Mais, le législateur européen a pris en considération la fragmentation des sources pour offrir une approche « globale »[801] de la matière et l'instrument européen se coordonne avec un instrument issu du système de la Convention de La Haye pour les États membres liés par l'instrument[802]. Dès lors, le régime de la compétence judiciaire et de la compétence législative, en plus d'être appréhendé par deux textes différents, résulte également de deux systèmes différents[803]. La compétence du juge est en effet régie

---

798 « Un tel choix présente également l'avantage de réduire le coût et la durée de la procédure de divorce, en évitant tout la complexité liée à la nécessité d'appliquer un droit étranger, dont le régime n'est pas harmonisé en Europe ». S. CORNELOUP, N. JOUBERT, « Autonomie de la volonté et divorce : le règlement Rome III », *op. cit.,* spec. p. 182, n°8.

799 En ce sens : C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *RCADI,* 2012, t. 359, p. 426.

800 Voir en ce sens l'article 5§2 du Règlement Bruxelles I.

801 D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. II, Partie spéciale, PUF, 4ème ed., 2017, n° 788. Voir également : B. ANCEL, H. MUIR WATT, « Aliments sans frontières. Le Règlement CE n°4/2009 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 », *Rev. Crit. DIP*, 2010, p. 457

802 « *Dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé, la Communauté et ses États membres ont participé à des négociations qui ont abouti le 23 novembre 2007 à l'adoption de la convention sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille (ci-après dénommée "la convention de La Haye de 2007"), et du protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires (ci-après dénommé "le protocole de La Haye de 2007"). Il convient, dès lors, de tenir compte de ces deux instruments dans le cadre du présent règlement* ». Considérant 8 du Règlement Aliments.

803 C'est également le cas en matière de responsabilité parentale. Voir *infra* n°727 et s.

aujourd'hui par le Règlement européen Aliments[804] tandis que la loi applicable relève — par « intégration » au sein du Règlement européen — du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires[805].

545. En la matière, le législateur a largement favorisé l'existence d'une concordance des compétences. En effet, cette faveur à la concordance des compétences se manifeste par un parallélisme des règles objectives de compétence (1) qui est préservé en présence de règles subjectives de compétence (2).

1- Le parallélisme des règles objectives de compétence

546. Par une coordination entre les instruments, le parallélisme des règles de compétence est très fortement promu. La lecture du Règlement Aliments et du Protocole de La Haye offre effectivement un exemple de parallélisme des compétences qui se réalise autour du critère de la résidence habituelle du créancier. Selon l'article 3 du Règlement Aliments, les juridictions compétentes pour statuer en matière d'obligations alimentaires sont celles de la résidence habituelle du défendeur ou du créancier d'aliments. L'article 3 du Protocole de La Haye prévoit une règle générale de compétence qui s'applique à défaut de règles spéciales contenues dans le règlement[806] et indique que « *sauf disposition contraire au Protocole, la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier régit les obligations alimentaires* ».

547. Aussi, le parallélisme des règles de compétence permettra la plupart du temps de faire concorder *forum* et *jus* [807] sur le fondement de la règle générale. Cette convergence des compétences est également recherchée par les dispositions protégeant certains types de créanciers et notamment l'article 4 du Protocole de La Haye, mais au titre cette fois-ci de l'application de la loi du for et non d'un parallélisme des compétences[808].

548. Cette tendance à la convergence du *forum* et du *jus* est susceptible de quelques limites. Il peut y avoir une dissociation entre *forum* et *jus* lorsque le juge est compétent sur

[804] 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. Ci-après « Règlement Aliments ».
[805] Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 23 octobre 2007. Ce texte est applicable, dans les États membres liés par cet instrument, grâce au renvoi effectué par l'article 15 du Règlement européen Aliments.
[806] Il s'agit là de la règle générale. Certaines dispositions spéciales sont prévues pour des catégories particulières de créanciers. Voir article 4, 5 et 6 du Protocole précité.
[807] En ce sens, E. FONGARO, P. HECTOR, v° « Obligations alimentaires », *Répertoire de droit international,* Dalloz, 2019, spéc. n° 41 ; N. JOUBERT, « La mise en œuvre de l'obligation alimentaire en présence d'un élément d'extranéité dans les relations entre parents et enfants », *Droit de la famille,* n°1 Janvier 2018, dossier 3, spéc. n°11.
[808] L'analyse sera donc poursuivie *infra* n°750 et s.

la base des règles subsidiaires de l'article 6 du Règlement qui prévoit la compétence du juge de l'État membre de la nationalité commune des parties tandis que la règle générale relative à la loi applicable reste celle de la résidence habituelle du créancier[809]. C'est également le cas lorsque le juge est saisi sur la base de la comparution volontaire du défendeur[810] ou encore lorsqu'exceptionnellement le for est compétent en tant que *forum necessitatis*[811].

549. Hormis ces cas, il semble toutefois que dans un très grand nombre d'hypothèses, les plus fréquentes, la concordance des compétences juridictionnelle et législative est suggérée par le parallélisme des règles de compétence autour du critère de la résidence habituelle du créancier. En réalité, dès que le litige présente un lien étroit avec le territoire européen, cette concordance des compétences est rendue possible et fortement encouragée.

550. Sur le plan de la compétence juridictionnelle, ce choix de la résidence habituelle permet de consacrer un *forum actoris* en faveur du créancier d'aliments[812] que le législateur européen entend protéger[813] afin de favoriser la juridiction la plus proche de la partie faible. En effet, si le demandeur choisit le for de sa résidence habituelle, ce chef de compétence prévoit une véritable protection procédurale en faveur d'un « demandeur "méritant" »[814] qui concordera ensuite avec la loi applicable. Ce principe de faveur est contenu aux considérants 9[815], 15[816] et 45[817] du Règlement Aliments. Il a été énoncé très

---

[809] En raison de la vocation universelle des règles de conflit de lois contenues dans le Protocole. Article 2 du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.
[810] Article 5 du Règlement Aliment.
[811] Article 7 du Règlement Aliment.
[812] J.-B. RACINE, « Le *forum actoris* en droit international privé », *op. cit.,* p. 44, n°33.
[813] Cette faveur est ensuite corroborée par le régime de l'article 8 du Règlement Aliment qui entend protéger le créancier d'aliment — tant qu'il réside dans le même État membre — contre l'action du débiteur qui viserait à intenter une nouvelle action dans un autre État membre.
[814] J.-B. RACINE, « Le *forum actoris* en droit international privé », *op. cit.,* p. 46, n°34.
[815] « *Un créancier d'aliments devrait être à même d'obtenir facilement, dans un État membre, une décision qui sera automatiquement exécutoire dans un autre État membre sans aucune autre formalité* ». Considérant 9 du Règlement Aliments.
[816] « *Afin de préserver les intérêts des créanciers d'aliments et de favoriser une bonne administration de la justice au sein de l'Union européenne, les règles relatives à la compétence devraient être adaptées. La circonstance qu'un défendeur a sa résidence habituelle dans un État tiers ne devrait plus être de nature à exclure l'application des règles communautaires de compétence, et plus aucun renvoi aux règles de compétence du droit national ne devrait désormais être envisagé […]* ». Considérant 15 du Règlement Aliments.
[817] « *Étant donné que les objectifs du présent règlement, à savoir la mise en place d'une série de mesures permettant d'assurer le recouvrement effectif des créances alimentaires dans des situations transfrontalières et dès lors de faciliter la libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne, ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions et des effets du présent règlement, être mieux réalisés au niveau communautaire, la Communauté peut prendre des mesures, conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, le présent règlement n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs* ». Considérant 45 du Règlement Aliments.

tôt par la Cour de Justice lorsque la matière était régie par la Convention de Bruxelles pour justifier la dérogation aux autres règles de compétence juridictionnelle[818].

551. Comme l'a rappelé plus récemment la Cour de Justice[819], le Règlement européen fonde ses règles de compétence juridictionnelle sur un principe de faveur pour le créancier résultant de l'existence d'une proximité entre le créancier et la juridiction compétente, mais également sur la poursuite d'une bonne administration de la justice qui doit être envisagée « *non seulement du point de vue d'une optimisation de l'organisation juridictionnelle* », mais également « *au regard de l'intérêt des parties, qu'il s'agisse du demandeur ou du défendeur, lesquels doivent avoir la possibilité de bénéficier, notamment, d'un accès facilité à la justice et d'une prévisibilité des règles de compétence* »[820]. Selon la Cour, cette protection du créancier doit effectivement ensuite passer par une détermination raisonnable d'une « *compétence territoriale liée au lieu de résidence habituelle des créanciers* ». La proximité envisagée vaut donc *a priori* tant pour la compétence internationale que territoriale. Pour la juridiction européenne, l'appréhension de la proximité au stade de la détermination de la compétence territoriale peut subir la concurrence d'autres critères tant que cela ne porte pas atteinte aux objectifs du règlement, ce qu'il appartient aux États membres de vérifier[821].

552. Cette protection procédurale sur le plan de la compétence juridictionnelle correspond ensuite au critère de rattachement choisi pour déterminer la loi applicable. À l'instar du parallélisme étudié en matière de désunion, le parallélisme et par suite la concordance des compétences juridictionnelle et législative nécessitent une définition unitaire du critère de rattachement. L'on pourrait s'attendre à ce que la définition du critère de rattachement diffère et soit propre à chaque instrument. Si les deux instruments ne prévoient pas de définition de la résidence habituelle, il convient cependant d'observer

---

[818] CJCE, 20 mars 1997, *Jackie Farell c./James Long*, aff. C-295/95, point 19 : « *en particulier, la dérogation prévue à l'article 5, point 2, a pour objet d'offrir au demandeur d'aliments, qui est considéré comme la partie la plus faible dans une telle procédure, une base alternative de compétence. En procédant ainsi, les auteurs de la convention ont considéré que cette finalité spécifique devait l'emporter sur celle poursuivie par la règle de l'article 2, premier alinéa, qui est de protéger le défendeur, en tant que partie généralement plus faible du fait que c'est lui qui subit l'action du demandeur* ». Voir également : CJCE, 15 janvier 2004, *Freistaat Bayern c./Jan Blijdenstein*, aff. C-433/01, point 29 et 30. *JDI*, 2004, p. 635, note A. HUET.

[819] CJUE, 18 décembre 2014, *Sanders et Huber*, aff. Jointes C-400/13 et C-408/13, *AJ famille* 2015, p. 221, obs. E. VIGANOTTI ; *Procédures*, mars 2015, p. 25, note C. NOURISSAT.

[820] CJUE, 18 décembre 2014, *Sanders et Huber,* aff. jointes C-400/13 et C-408/13, points 27, 28, 29.

[821] « *Il résulte de l'ensemble de ces considérations que l'article 3, sous b), du règlement n°4/2009 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui institue une concentration des compétences juridictionnelles en matière d'obligations alimentaires transfrontalières en faveur d'une juridiction de première instance compétence pour le siège de la juridiction d'appel, sauf si cette règle contribue à réaliser l'objectif d'une bonne administration de la justice et protège l'intérêt des créanciers d'aliments tout en favorisant le recouvrement effectif de telles créances, ce qu'il incombe toutefois aux juridictions de renvoi de vérifier* ». CJUE, 18 décembre 2014, *Sanders et Huber,* aff. jointes C-400/13 et C-408/13, point 47.

que l'article 20 du Protocole intitulé « *interprétation uniforme* » dispose que « *pour l'interprétation du présent Protocole, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application* ». Cet article semble mettre en avant la nécessité d'une définition internationaliste, c'est-à-dire autonome, pour limiter les particularismes nationaux. Ce faisant, cet article favorise et suggère la cohérence interprétative entre les instruments applicables en la matière. L'autonomisation de la notion et la cohérence recherchée peuvent trouver grâce dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne qui se reconnaît compétente pour interpréter le Protocole de La Haye[822]. Le parallélisme est donc permis par une interprétation moniste des règles de rattachement qui permet d'allier la protection procédurale du créancier d'aliments à la simplification, pour lui ou ses conseils, de la résolution du litige au fond. Précisément, la convergence entre *forum* et *jus* vient créer les conditions d'une faveur procédurale au service du fond. L'on permet ainsi au créancier de saisir la juridiction de sa résidence, ce qui présente un avantage pour celui-ci qui n'a pas à se déplacer[823]. Le poids de l'internationalité du litige est ainsi amoindri pour le demandeur et supporté par le défendeur. Ensuite, cette juridiction sera également celle dont la loi sera applicable, ce qui présente un avantage en termes de coût du procès, mais surtout un traitement efficace de la demande d'aliments et une rapidité dans l'octroi des aliments, objectifs poursuivis par la matière juridictionnelle qui converge avec le meilleur traitement du droit litigieux et in fine une circulation facilitée de la décision de justice[824]. Il y a là un rapport de complémentarité entre les instruments applicables[825]. La concordance entre *forum* et *jus* résultant d'un parallélisme des règles de compétence s'explique par conséquent par une faveur procédurale et matérielle à l'égard du créancier d'aliments. Mais qu'en est-il de cette faveur à la concordance lorsque les parties ont la possibilité de choisir le for compétent et la loi applicable à leur litige ? Il semble que le législateur entende la préserver.

[822] CJUE, 7 juin 2018, *KP c./LO*, aff. C-83/17, point 25. *JDI*, 2019, p. 1498, note S. HUBER ; *JDI* ; 2019, p. 867, note L. RASS-MASSON.

[823] Sur ces aspects procéduraux : E. GALLANT, « Le nouveau droit international privé alimentaire de l'Union : du sur-mesure pour les plaideurs », *Revue Europe*, 2012, n°2.

[824] En somme, comme l'exprime clairement un auteur, « parce qu'il est une personne a priori vulnérable, humainement, socialement et économique, le créancier d'aliments appelle une protection juridique particulière pour obtenir la reconnaissance de son droit et surtout sa concrétisation. Elle guide l'élaboration des règles relatives à la compétence (la plus commode), à la loi applicable (la plus favorable), aux conditions de circulation des décisions (les plus libérales) et aux modalités de recouvrement (les plus efficaces). F. MARCHADIER, « La demande d'aliments suit la demande relative à l'autorité parentale », *Rev. Crit. DIP*, 216, p. 180, note sous l'arrêt CJUE, 16 juillet 2015, *A. c./B.*, aff. C-184/14.

[825] Sur l'influence de cette complémentarité sur les rapports entre les règles de compétence. Voir *infra* n°1166 et s.

2-Le parallélisme des règles subjectives de compétence

553. Les règles subjectives de compétence forment un parallélisme presque naturel autour du critère de l'autonomie des parties. Effectivement, lorsque le législateur fait le choix de consacrer l'autonomie des parties pour permettre aux parties de choisir quelle sera la juridiction compétente pour trancher leur litige et quelle sera la loi applicable, il apparaît naturellement un parallélisme des règles de compétence autour du « critère pivotal »[826] de l'autonomie des parties.

554. La concordance des compétences sera ensuite dans les mains des parties qui peuvent choisir ou non de faire converger *forum* et *jus*. Ce phénomène, classique en matière civile et commerciale[827], prend un tour nouveau en intégrant la matière familiale[828].

555. Le législateur européen a effectivement consacré une place de choix à l'autonomie des parties en matière familiale. Cependant, l'essor de l'autonomie est contrebalancé par une restriction de sa mise en œuvre. Il ne s'agit pas de laisser un choix libre aux parties, mais d'octroyer une option de juridiction ou de législation entre certains chefs de compétence ou critères de rattachement préalablement posés par le législateur.

556. Or, cet essor de l'*optio juri* et de l'*optio fori* est marqué par la similitude des critères retenus pour la règle de compétence juridictionnelle et la règle de compétence législative. Le parallélisme des compétences est ainsi maintenu dans la liberté de choix, ce qui encourage la réalisation de la concordance du *forum* et du *jus*.

557. Le Règlement Aliments prévoit la possibilité pour les parties de conclure une clause d'élection de for. Aux termes de l'article 4, les parties peuvent convenir d'un choix

---

826 Selon l'expression du professeur E. Pataut bien qu'usitée à propos d'un autre critère de rattachement. E. PATAUT, « Territorialité et coordination en droit international privé. L'exemple de la sécurité sociale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, p. 663, spéc. p. 674

827 En la matière voir : C. REYDELLET, *op. cit.,* p. 158 et s.. Même si l'auteur considère qu'en cette matière, la corrélation entre conflit de juridictions et conflit de lois du fait du recours à l'autonomie des parties reflète plus qu'un simple parallélisme, reflète une forme d'applicabilité directe de la *lex fori* : « Par ailleurs, s'il est précisé que c'est la volonté qui est à la base de cette corrélation, la similitude de rattachement ne doit pas faire croire qu'il s'agit d'un simple parallélisme. En effet, il est ici question de constater que la volonté en matière de conflit de lois peut résulter de l'acte volitif en matière de conflit de juridictions ». p. 158.
Sur le sujet voir également : T. AZZI, « La volonté tacite en droit international privé », *TCFDIP*, 2010-2012, p. 147, spec. p. 151 et s.

828 Sur son origine et ses fondements : P. CALLE, « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit de l'Union européenne (droit des personnes et de la famille », *op. cit.,* p. 31 ; H. GAUDEMET-TALLON, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », in *Mélanges en l'Honneur de Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, p. 255

limité de juridiction qui porte soit sur la juridiction du lieu de la résidence habituelle d'une des parties, soit sur celle de la nationalité d'une des parties, soit sur la juridiction également compétente pour connaître des litiges en matière matrimoniale[829], soit enfin sur la juridiction du lieu de la dernière résidence habituelle des parties.

558. En matière de loi applicable, les parties peuvent également prévoir la loi applicable à leur litige sur le fondement du Protocole de La Haye. L'article 8 du Protocole vient réduire le choix de lois à quatre hypothèses. En effet, les parties peuvent désigner comme loi applicable la loi de la nationalité d'une des parties, celle de la résidence habituelle d'une des parties, celle désignée ou effectivement appliquée à leurs relations patrimoniales ou encore celle qui, désignée ou effectivement appliquée, régit leur divorce ou leur séparation de corps.

559. Sur la base de ces textes, il est certes possible de dissocier *forum* et *jus*. Cependant, il faut remarquer l'identité des critères choisis pour régir le choix du for et le choix du *jus* dans les deux instruments. Si la dissociation est donc possible, les critères choisis permettent en pratique aux parties d'aligner choix du juge et choix de loi. Une fois encore, la concordance des compétences est dans les mains des parties. Et elle sera sans aucun doute privilégiée par elles.

560. En effet, ce choix de faire converger *forum* et *jus* sera en pratique souhaitable pour s'assurer de l'application de loi choisie et de l'efficacité du choix, de sorte que quand l'autonomie des parties est à l'œuvre, l'alignement du *jus* sur *le forum* est généralement respecté. En effet, « stipuler des clauses d'élection de for et de droit concordantes permet également aux parties de s'assurer que le juge saisi donnera effet à leur choix sur le terrain du droit applicable, ce qui est une préoccupation importante dans les matières où l'autonomie n'est pas universellement consacrée (par exemple en matière familiale) […]. La concordance entre *forum* et *ius* s'explique alors par le souci des parties d'assurer une pleine efficacité à leur choix de loi »[830]. L'on retrouve ici les avantages de la concordance déjà décrits tant pour le juge que pour les parties.

[829] L'on peut remarquer ici que ce choix se cumule avec la possibilité de choix du tribunal compétent en vertu de l'article 3 du Bruxelles II *bis,* ce qui multiplie les hypothèses de choix.
[830] S. CORNELOUP, « Les liens entre *forum* et *ius*, réflexions sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op. cit.,* p. 468.

561. Dans toutes les hypothèses étudiées, si la concordance n'est pas absolue elle n'en est pas moins fortement suggérée par les parallélismes fréquents entre les règles de compétence. Ce parallélisme des compétences se retrouve de manière plus nette encore dans le Règlement Successions où la matière fait l'objet d'une élaboration commune des règles de conflit.

§2 : Le parallélisme des compétences issu d'une élaboration commune des règles de compétence : l'exemple du droit des successions

562. Les règles issues du Règlement européen n°650/2012[831] offrent une approche globale et unitaire de la matière successorale en raison du traitement commun du contentieux des successions internationales à travers une triple dimension juridictionnelle, législative et décisionnelle.

563. L'articulation concordante des règles de compétence dans le Règlement Successions est une des caractéristiques de l'instrument européen qui fait de la concordance un enjeu important. En effet, la convergence des compétences est permise par le règlement unitaire des compétences[832] (A) et ce règlement unitaire s'explique par la recherche explicite de la convergence dans les Considérants du Règlement (B).

A- La concordance des compétences *par* le règlement unitaire des compétences

564. La règle de conflit de lois contenue à l'article 21 du Règlement prévoit que « *sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à l'ensemble d'une succession est celle de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès* ». Le législateur européen opte ici pour l'approche unitaire de la loi applicable à la succession[833] connue de

[831] Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acception et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen. Ci-après Règlement Successions.
Pour une vue d'ensemble de ce phénomène d'unité du *forum* et du *jus* en matière successorale : P. LAGARDE, « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *Rev. Crit. DIP*, 2012, p. 691 ; E. FONGARO, « Les principales innovations du règlement Successions », in H. FULCHIRON, C. BIDEAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille ?,* Paris, Dalloz, 2014, p. 65 et s.

[832] À ce stade, seules les règles de compétence objectives seront étudiées. En effet, si l'autonomie des parties trouve une place dans le règlement et dans l'étude de la concordance suggérée des compétences, ces règles appartiennent à une autre forme de concordance qui sera étudiée au chapitre prochain.

[833] Selon l'approche unitaire qui était en vigueur, avant le Règlement européen, dans la majeure partie des États européens, la « succession constitue un phénomène unitaire, car elle a pour but la transmission du patrimoine du *de cujus* dans son ensemble ». A. BONOMI, « Successions internationales : conflit de lois et de juridictions », *RCADI*, 2012, t. 350, p. 77, spec. p. 99.

nombreux pays européens et non pour les approches dites dualistes ou scissionnistes qui distinguent entre les biens meubles et les biens immeubles[834]. Le législateur se rallie à la majorité des solutions étatiques[835]. Ce faisant il évite les difficultés de qualification liées à la distinction entre les biens meubles et immeubles très fréquentes dans les pays dualistes[836] et les divergences de qualifications dans l'espace européen[837]. Cette approche unitaire permet également de respecter les liaisons horizontales et verticales entre les différentes phases de la succession[838] en respectant l'universalité du patrimoine. Une telle voie était déjà empruntée par la Convention de La Haye du 1er aout 1989 en la matière[839].

565. Le législateur opte ici pour le critère de la résidence habituelle, déjà connue de certaines législations unitaires[840]. Le législateur n'a pas fourni de définition précise du critère de rattachement, mais a pris le soin de faire figurer dans le Règlement Successions une liste d'éléments factuels à prendre en considération pour qualifier la résidence habituelle du défunt. Le Considérant 23 du Règlement indique à cet effet qu'« *afin de déterminer la résidence habituelle, l'autorité chargée de la succession devrait procéder à une évaluation d'ensemble des circonstances de la vie du défunt au cours des années précédant son décès et au moment de son décès, prenant en compte tous les éléments de fait pertinents, notamment la durée et la régularité de la présence du défunt dans l'État concerné ainsi que les conditions et les raisons de cette présence. La résidence habituelle ainsi déterminée devrait révéler un lien étroit et stable avec l'État concerné, compte tenu des objectifs spécifiques du présent règlement* ». Ces considérations démontrent

[834] En France notamment : pour la soumission des immeubles situés en France à la loi française : Cass. civ. 14 mars 1837, *Stewart*, *Grands arrêts* n°3 ; Cass. Civ. 14 mars 1961, *Rev. Crit. DIP*, 1961, p. 774, note H. BATIFFOL. Pour la soumission des meubles à la loi du domicile du défunt : Cass. Civ. 19 juin 1939, *Labedan*, *Grands arrêts* n°18 ; Cass. 1ère Civ. 20 octobre 2010, *Ettehadieh*, n°08-17.033. *JCP N*, 2011, p. 26 note E. FONGARO ; *D.*, 2011, p. 1664, note E. AGOSTINI.

[835] Voir en ce sens, A. DUTTA, « Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation » *RabelsZ*, 2009, p. 547, spec. p. 555.

[836] Sur ces questions : M.-C. LAMBERTYE-AUTRAND, *La distinction des meubles et des immeubles en droit international privé*, thèse dactyl. Paris I, 2001 ; P. LAGARDE, « La qualification des biens en meubles et immeubles dans le droit international privé du patrimoine familial », in *Liber Amicorum Mariel Revillard*, Paris, Defresnois, 2007, p. 209 et s.

[837] Comme le fait remarquer M. Bonomi, « outre en raison de ses mérites intrinsèques, c'est pour des raisons politiques que l'approche unitaire a été retenue par les institutions communautaires. En effet, la majorité des États membres suivent actuellement le système de l'unité, et il paraît difficile d'imaginer qu'ils se convertissent à la méthode dualiste. À l'intérieur de ces pays, les avantages du système unitaire sont en effet rarement contestés, tandis que les adeptes de l'unité sont nombreux dans les pays scissionnistes. L'expérience fate lors de la mise sur pied de la Convention de La Haye de 1989 confirme que, lors de l'élaboration de règles uniformes, les pays dualistes se montrent plus sensibles aux mérites de l'unité que l'inverse » A. BONOMI, « Successions internationales : conflit de lois et de juridictions », *op. cit.,* spec. p. 169.

[838] J. HERON, *Le morcellement des successions internationales*, Paris, Economica, 1986, spec. n°106 et 133.

[839] Convention du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort. Comme son nom l'indique, cette convention ne s'applique qu'au conflit de lois. Sur cette convention : P. LAGARDE, *Rev. Crit. DIP*, 1989, p. 249.

[840] C'est le cas par exemple en Belgique, Lituanie, Bulgarie et Ukraine comme le relève le professeur A. Bonomi. A. BONOMI, « Successions internationales : conflit de lois et de juridictions », *op. cit.,* p. 103.
Dans d'autres pays, le critère retenu était soit celui de la nationalité du *de cujus* soit celui de son domicile.

la volonté de consacrer une certaine proximité entre le règlement de la succession et l'espace européen, un degré d'intégration important du rapport de droit dans l'Union européenne et rejoignent également la recherche de la bonne administration de la justice[841]. L'on retrouve ici les justifications traditionnelles du critère de la résidence habituelle qui font des considérations proximistes l'argument phare en sa faveur.

566. En matière successorale, ce critère présente aussi d'autres « avantages pratiques ». Fréquemment, il a « le mérite d'être souvent utilisé en matière fiscale, tant dans les droits nationaux que dans les conventions de double imposition afin de déterminer l'assujettissement à l'impôt sur les successions, notamment pour ce qui est du patrimoine mobilier. Son adoption en droit international privé permet généralement un traitement unitaire des aspects civils et fiscaux de la successions »[842].

567. Mais, ce critère n'est pas exempt d'inconvénients en raison des difficultés pouvant résulter de l'impossibilité ou l'incertitude de déterminer la résidence habituelle du défunt[843]. Conscient de ces difficultés, le législateur européen a pris le soin dans le considérant 24 de guider le juge lorsqu'il est « *complexe de déterminer la résidence habituelle du défunt* »[844] et fournit des indices permettant de fixer la résidence habituelle. Parmi eux, figure la nationalité ou encore lieu de situation des biens. La recherche de la proximité devance dès lors les rattachements traditionnels[845] qui deviennent de simples indices permettant de fixer la résidence habituelle. Cette mise au second rang des rattachements qui, historiquement, entretiennent un lien étroit avec l'État et sa souveraineté est à mettre en perspective avec l'environnement normatif de l'Union européenne promouvant un décloisonnement des ordres juridiques et une libre circulation du citoyen européen

---

841 Voir en ce sens : Conclusions de l'Avocat général M. Szpunar présentées le 22 février 2018 sur l'affaire C-20/17, *Vincent Pierre Oberle*, point 112.

842 L'auteur évoque le critère du domicile, mais explique que par analogie ces mérites s'appliquent au critère de la résidence habituelle. A. BONOMI, « Successions internationales : conflit de lois et de juridictions », *op. cit.,* p. 181.

843 Voir en droit français, Cass. 1ère Civ. 29 mai 2019, n°18-13.383. *JCP G*, 2019, p. 926, note L. PERREAU-SAUSSINE ; *Droit de la famille*, 2019, p. 161, note A. DEVERS ; *D.*, 2019, p. 1376, note J. GUILLAUME ; *RLDC,* 2019, note J. SAGOT-DUVAUROUX ; *JDI,* 2020, p. 3, note S. GODECHOT-PATRIS.

844 « *Dans certains cas, il peut s'avérer complexe de déterminer la résidence habituelle du défunt. Un tel cas peut se présenter, en particulier, lorsque, pour des raisons professionnelles ou économiques, le défunt était parti vivre dans un autre État pour y travailler, parfois pendant une longue période, tout en ayant conservé un lien étroit et stable avec son État d'origine. Dans un tel cas, le défunt pourrait, en fonction des circonstances de l'espèce, être considéré comme ayant toujours sa résidence habituelle dans on État d'origine, dans lequel se trouvait le centre des intérêts de sa vie familiale et sociale. D'autres cas complexes peuvent se présenter lorsque le défunt vivait de façon alternée dans plusieurs États ou voyageait d'un État à un autre sans s'être installé de façon permanente dans un État. Si le défunt était ressortissant de l'un de ces États ou y avait l'ensemble de ses principaux biens, sa nationalité ou le lieu de situation de ces biens pourrait constituer un critère particulier pour l'appréciation globale de toutes les circonstances de fait* ». Considérant 24 du Règlement Successions.

845 Sur l'évolution du rattachement à la nationalité, J. BASEDOW, « Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne », *Rev. Crit. DIP*, 2010, p. 427, spéc. p. 448.

préférant l'actualité du lien entre le défunt et l'ordre juridique compétent à la permanence du lien. Cela ne gomme toutefois pas toutes les difficultés d'interprétations pour les juges nationaux de retenir une seule résidence habituelle[846].

568. Mais, à y regarder de plus près, l'on se demande dans quels cas un juge européen ne retiendra pas l'existence d'une résidence habituelle sur le territoire européen. Si la nationalité ou la situation des biens est de nature à fixer la résidence habituelle dans le territoire d'un État membre lorsque la vie du futur défunt n'a pas permis de démontrer un lien particulièrement étroit avec un État européen, l'intégration du litige dans l'ordre juridique européen est très largement favorisée. Le règlement unitaire des compétences permet ensuite d'octroyer la compétence à un ordre juridique qui n'entretient que peu de liens avec le litige.

569. À l'appréhension dans un même règlement des règles de conflit de juridictions et des règles de conflit de lois s'ajoute un choix unique des chef de compétence et facteur de rattachement. La règle de compétence juridictionnelle générale contenue à l'article 4 du Règlement Successions prévoit en effet que les juridictions compétentes pour les litiges relatifs à la succession sont celles de la résidence habituelle du défunt au moment de son décès. Le Considérant 23 prévoit expressément que le critère de la résidence habituelle doit recevoir la même interprétation tant pour la compétence juridictionnelle que pour la compétence législative[847]. Il ne devrait être possible de déterminer qu'une seule résidence habituelle que ce soit pour désigner le juge compétent ou pour désigner la loi applicable sous peine de faire perdre de leur effet utile les dispositions du Règlement[848]. C'est également que retient la Cour de Justice de l'Union européenne le 16 juillet 2020 dans un

---

[846] La question de l'établissement de la résidence habituelle du défunt en présence de liens avec plusieurs pays et d'un accord tacite donnant compétence à une autre législation était déterminante des questions posées par les juridictions lituaniennes dans l'affaire *E.E*, aff. C-80/19. : « *1 : Est-ce que la situation de l'affaire au principal, où une citoyenne lituanienne, dont la résidence habituelle était éventuellement dans un État membre à la date de son décès, mais qui n'avait en tout été de cause jamais rompue ses liens avec son pays d'origine et qui, notamment, avait établi un testament avant son décès en Lituanie, par lequel elle avait légué tous ses biens à son héritier, un citoyen lituanien, et où il est apparu au moment de l'ouverture de la succession que l'ensemble de l'héritage consistait en un bien immobilier situé en Lituanie, et où, par ailleurs, son mari survivant, ressortissant d'un autre État membre, avait clairement exprimé sont intention de renoncer à toutes prétentions sur les biens de la défunte, n'avait pas pris part à la procédure juridictionnelle en Lituanie et avait consenti à la compétence des juridictions lituaniennes et à l'application du droit lituanien, doit être considérée, au sens des dispositions du règlement 650/2012, comme une succession ayant une incidence transfrontalière auquel ce règlement devrait s'appliquer ?*

5 : L'article 4 du règlement 650/2012 (ou d'autres dispositions de ce règlement) doit-il être interprété en ce sens que la résidence habituelle du défunt peut être fixée seulement dans un État membre spécifique ? ». Demande de décision préjudicielle présentée par le *Lietuvos Auksiausiasis Teismas* (Lituanie) le 4 février 2019, aff. C-80/19.

[847] « *Le présent règlement devrait prévoir que le facteur général de rattachement aux fins de la détermination tant de la compétence que de la loi applicable est la résidence habituelle du défunt au moment du décès* ». Considérant 23 du Règlement Successions.

[848] CJUE, 16 juillet 2020, *E.E*, aff. C-80/19, point 41 renvoyant au point 42 des conclusions de l'Avocat général. *RJPF*, 2020, n°11, p. 49, note S. GODECHOT-PARIS.

arrêt l'arrêt *E.E*, reprenant à son compte les conclusions de l'Avocat général Campos Sanchez-Bordona. Lorsque le litige est interne à l'Union européenne, c'est-à-dire en lien avec des États membres de l'Union[849], le principe est donc la concordance des compétences qui résulte d'un parallélisme des règles de compétence[850].

570. Cette approche unitaire de la loi applicable à la succession facilite ensuite l'existence du parallélisme des règles de compétence[851], suggérant la concordance des compétences, tandis que l'approche dualiste ou scissionniste distinguant la loi applicable aux biens meubles et immeubles[852] rendait le phénomène de concordance morcelé[853] et parfois hasardeux[854]. Le choix opéré par le législateur européen du critère de la résidence habituelle qui était déjà connu de certains pays unitaires facilite encore plus ce parallélisme[855].

571. En outre, le Règlement Successions offre au futur défunt la possibilité de choisir sa loi nationale comme loi applicable à sa succession, rompant ainsi le parallélisme des compétences. Une disjonction entre *forum* et *jus* peut donc découler de la possibilité de choisir la loi applicable. Mais, pour éviter cette dissociation, le législateur a mis en place des mécanismes correcteurs au stade de la compétence juridictionnelle pour recomposer cette liaison entre *forum* et *jus*[856].

---

[849] Ce parallélisme des règles de compétence est effectivement susceptible de limites lorsque le litige présente une internationalité externe à l'Union européenne. Ainsi, dès que la résidence habituelle se situe sur le territoire d'un État tiers, et que le juge est compétent sur le fondement d'une compétence subsidiaire (article 10§1 et 10§2), il peut y avoir une dissociation entre *forum* et *jus*, car les règles de conflit de lois contenues dans le Règlement Successions ont une vocation universelle (article 20). C'est également le cas si le juge se reconnaît compétent sur le fondement du *forum necessitatis* (article 11).

[850] Sauf hypothèse de la clause d'exception prévue à l'article 21§2 du Règlement. Il faudra cependant démontrer qu'une autre loi possède des liens plus étroits avec le litige que celle de la dernière résidence habituelle du défunt, ce qui n'est vraisemblablement pas le cas le plus fréquent en pratique.

[851] Dans les pays à l'approche unitaire, le principe du *Gleichlauf* développé en Allemagne en matière gracieuse poussait à son paroxysme la concordance des compétences puisque les autorités allemandes ne pouvaient retenir leur compétence que si le droit applicable était le droit allemand. Pour une étude et une critique de cette théorie : VASSILAKAKIS, *op. cit.,* spec. p. 56 et s.

[852] Pour une étude du droit français qui fait figure d'exemple en la matière : S. BILLARANT, *op. cit.*.

[853] Un parallélisme voit le jour sur le fondement du critère du lieu de situation de l'immeuble. En droit français ce parallélisme était tellement important qu'il justifiait la compétence exclusive du juge français pour connaître des immeubles sis en France et l'incompétence corrélative pour les immeubles sis à l'étranger. Voir *supra* n°91 et s.
En matière mobilière, un parallélisme pouvait également voir le jour autour du critère du dernier domicile du défunt.

[854] Ce phénomène était plus rare en droit comparé. A. BONOMI, « Successions internationales : conflit de lois et de juridictions », *op. cit.,* p. 369 et s.

[855] Par analogie, le droit suisse fait ici figure d'exemple même si le critère choisi est celui du dernier domicile du défunt. Article 86 alinéa 1 de la loi suisse de droit international privé : « *Les autorités judiciaires ou administratives suisses du dernier domicile du défunt sont compétentes pour prendre les mesures nécessaires au règlement de la succession et connaître des litiges successoraux* ». Article 90 alinéa 1 : « *La succession d'une personne qui avait son dernier domicile en Suisse est régie par le droit suisse* ».

[856] Voir *supra* de n°673 à 665.

572. Remarquons que lorsqu'il est question, non plus de dévolution légale, mais de dévolution volontaire, pour des raisons de prévisibilité[857], le parallélisme des compétences n'est pas introduit. Outre les dispositions contenues dans la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires[858], l'article 25 du Règlement européen prévoit que la loi applicable aux pactes successoraux est celle qui aurait été applicable à la succession le jour où le pacte a été conclu[859]. Une coïncidence des compétences n'est toutefois pas à exclure, mais cela ne signifie pas que nous sommes en présence d'une concordance suggérée des compétences. Le parallélisme pourra cependant être réintroduit par le choix de loi venant recréer une concordance des compétences.

573. Qu'il s'agisse de la règle générale ou des règles dérogatoires, apparaît clairement l'existence d'une tendance à la concordance entre *forum* et *jus* grâce à un parallélisme de principe des règles de compétence juridictionnelles et législatives. L'on pressent alors que cette tendance à la convergence est érigée en objectif de réglementation des successions internationales en droit international privé de l'Union européenne. Il convient de le vérifier.

B- Le règlement unitaire des compétences *pour* la concordance des compétences

574. Le législateur européen relève explicitement au considérant 27 du Règlement Successions que « *les dispositions du présent règlement sont conçues pour assurer que l'autorité chargée de la succession en vienne, dans la plupart des cas, à appliquer son droit national* ». La volonté du législateur n'est donc pas masquée et la concordance des compétences juridictionnelle et législative est érigée non seulement en principe de résolution du conflit de lois, mais également en fondement de cette solution. À la lecture du considérant, il semble que les règles de compétence juridictionnelle ont été adoptées pour se calquer sur les règles de conflit de lois. Les règles de compétence restent par conséquent bien autonomes, mais la réglementation du litige à caractère international est désormais pensée de manière globale, intégrant dans une même réflexion les aspects juridictionnel et substantiel du litige. Ainsi,

[857] S. GODECHOT-PATRIS, « Le nouveau droit international privé des successions : entre satisfactions et craintes », *D.*, 2012, p. 2462.
[858] Applicables par les États membres liés à cet instrument.
[859] Soit, si le pacte concerne une seule personne par « *la loi qui, en vertu du règlement aurait été applicable à la succession de cette personne si elle était décédée le jour où le pacte a été conclu* ». Si le pacte concerne plusieurs personnes, par chacune des lois « *de chacune des personnes concernées si elles étaient décidées le jour où le pacte a été conclu* ». Article 25 du Règlement Successions.

les justifications du critère de rattachement en matière de compétence législative emportent également justifications du chef de compétence juridictionnelle. Les avantages et les inconvénients d'un tel critère pourront être calqués sur la règle de compétence juridictionnelle. Plus encore, ils seront confirmés par cette concordance.

575. Le parallélisme des compétences autour du critère de la résidence habituelle du défunt est par conséquent au départ le fait d'une règlementation proximiste de la succession internationale qui donne la part belle à l'autorité la mieux placée. L'intégration matérielle du litige à l'ordre juridique rejaillit sur l'intégration juridictionnelle du litige[860]. Cette concordance des compétences présente de nombreux avantages en termes d'accès à la justice[861] et simplifie le travail des autorités, « ce qui est particulièrement appréciable dans une matière comme celle des successions qui se caractérise par l'étroite imbrication entre le droit matériel et la procédure »[862]. Le rattachement proximiste présente également des avantages sur la résolution du potentiel contentieux fiscal[863]. À cet égard, l'autorité saisie aura plus facilement accès aux documents fiscaux de son propre État. Cette volonté de faire concorder le *forum* et le *jus* s'inscrit pleinement dans la lignée des justifications données par le législateur européen à la nouvelle réglementation européenne. Le règlement vise effectivement à résoudre le plus simplement et le plus rapidement des questions relatives à la « *vie quotidienne* » des citoyens européens[864], ce qui ressort également de la création d'un certificat successoral européen dont le but est de « *régler de manière rapide, aisée et efficace une succession ayant une incidence transfrontière* »[865]. La concordance suggérée des compétences fait ainsi partie de ces arguments tenant à la simplicité, à la rapidité et au moindre coût du traitement du contentieux.

576. Cette volonté de faire concorder *forum* et *jus* ressort également de la récente jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne. Dans l'arrêt *Vincent Pierre Oberle* rendu le 21 juin 2018[866], la juridiction européenne était saisie d'un contentieux

---

860 Sur cette distinction : L. RASS-MASSON, *op. cit.,* p. 484. Voir infra Section 1, Chapitre 1, Partie 2.

861 En ce sens, « une partie importante des biens successoraux est normalement située dans l'État de la dernière résidence habituelle du défunt ; qui plus est, les proches de celui-ci ont souvent leur résidence habituelle dans ce même État, tout comme ses créanciers. Cette proximité favorise l'accès à la justice des personnes intéressées et facilite le règlement de la succession ». A. BONOMI, P. WAUTELET, *Le droit européen des successions, Commentaire du Règlement n°650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 170.

862 *Ibid*, p. 171.

863 Voir *supra* n°566.

864 Considérant 6 du Règlement Successions.

865 Considérant 67 du Règlement Successions.

866 CJUE, 21 juin 2018, *Vincent Pierre Oberle*, aff. C- 20/17. *JDI*, 2019, p. 1502, note S. HUBER ; *Répertoire du notariat Defresnois*, 2019, p. 39, note C. NOURISSAT ; *D.*, 2019, p. 2384, obs. S. GODECHOT-PATRIS, C. GRARE-DIDIER.

relatif à la compétence internationale des juridictions pour établir un certificat d'hérédité. En l'espèce, le fils du défunt, Vincent Pierre avait saisi les juridictions allemandes pour solliciter l'octroi d'un tel certificat alors que le défunt était résident en France au moment du décès. En première instance, les juridictions allemandes ont décliné leur compétence en considérant que l'application du droit national allemand risquait de porter atteinte à l'article 4 du Règlement Successions. Les juridictions d'appel ont toutefois retenu leur compétence sur le fondement du droit allemand de la compétence internationale en raison de la présence de biens successoraux sur le territoire. Selon les juges allemands, le Règlement n'a pas prévu de règles de compétence en la matière alors qu'il est explicite concernant l'établissement d'un certificat successoral européen. Il fallait alors établir si l'article 4 du Règlement Successions s'opposait à la législation nationale d'un État membre qui permet de retenir la compétence de ses juridictions pour la délivrance de certificats successoraux nationaux lorsque le défunt n'y avait pas sa dernière résidence habituelle.

577. La Cour rappelle dans un premier temps que la matière n'est pas explicitement exclue du champ d'application du Règlement. Elle indique ensuite que l'article 4 s'applique à « *l'ensemble d'une succession* »[867], ce qui implique son application « *à toutes les procédures en matière successorale qui se déroulent devant les juridictions des États membres* »[868], peu important la nature gracieuse ou contentieuse de la procédure[869]. La Cour rappelle les objectifs du règlement parmi lesquels figure la liaison du *forum* et du *jus*[870]. Dès lors, pour la Cour de Justice, « *l'application du droit national afin de déterminer la compétence générale des juridictions des États membres pour émettre des certificats successoraux nationaux irait à l'encontre de l'objectif ainsi visé au considérant 27 du règlement n°650/2012, tendant à assurer la cohérence entre les dispositions relatives à la compétence et celles relatives à la loi applicable dans cette matière* »[871]. La Cour justifie alors sa décision par le parallélisme des compétences et la concordance des compétences qui en résulte. L'on voit bien ici la différence avec la simple coïncidence des facteurs de rattachement. La concordance est bel et bien recherchée et sert même de principe directeur en la matière.

---

[867] Sur ce domaine particulièrement étendu de la loi applicable à « *l'ensemble de la succession* ». B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 2018, n°1159.

[868] CJUE, 21 juin 2018, *Vincent Pierre Oberle*, aff. C- 20/17, point 37.

[869] CJUE, 21 juin 2018, *Vincent Pierre Oberle*, aff. C- 20/17, points 38 à 44.

[870] CJUE, 21 juin 2018, *Vincent Pierre Oberle*, aff. C- 20/17, point 51 : « *A cet égard, l'article 21, paragraphe 1, du règlement n°650/2012 concernant la règle générale relative à la loi applicable ainsi que l'article 4 de ce règlement, tous deux, au critère de la résidence habituelle du défunt au moment de son décès* ».

[871] CJUE, 21 juin 2018, *Vincent Pierre Oberle*, aff. C- 20/17, point 52.

578. Cela ne signifie pourtant pas que la concordance des compétences ne souffre pas de limites. Il faut, à ce titre, relever que l'utilisation de l'article 30 du Règlement peut venir rompre la concordance entre *forum* et *jus*. En effet, cet article prévoit l'application des lois de police pour certaines catégories de biens[872]. Dans cette hypothèse, la convergence entre *forum* et *jus* sera rompue par l'application des lois de police ayant vocation à s'appliquer, s'il s'agit de lois de polices étrangères. Cela démontre que la concordance, bien que favorisée, ne saurait primer les intérêts étatiques en la matière[873]. Cet article permet d'articuler la nouvelle démarche unitaire du Règlement Successions valable pour tous les États membres avec les ordres juridiques étrangers dualistes sur lesquels sont sis des immeubles[874]. Le principe de concordance ne saurait dès lors être appliqué de manière « européano-centrée » sans penser à la coordination avec les ordres juridiques tiers[875].

579. Dans la même veine, mais sur le plan de la compétence juridictionnelle, la limitation de la procédure contenue à l'article 12 du Règlement[876] permet également d'adapter la solution européenne avec les pays scissionnistes sur le territoire desquels des immeubles sont situés, et qui possèdent une compétence exclusive en la matière[877]. La solution permet alors de se prémunir d'un éventuel conflit de systèmes. Dans cette hypothèse, il n'y a pas pour autant de rupture du parallélisme des compétences. Le périmètre de la concordance est simplement réduit pour répondre à l'objectif de coordination propre au droit international privé. La concordance des compétences dans l'ordre juridique membre de l'Union européenne se coordonne avec la concordance imposée de l'ordre juridique tiers puisque dans la majorité des hypothèses si l'ordre

---

872 Le texte vise les « *dispositions spéciales imposant des restrictions concernant la succession portant sur certains biens ou ayant une incidence sur celle-ci* ». Selon cet article, « *lorsque la loi de l'État dans lequel sont situés certains biens immobiliers, certaines entreprises ou d'autres catégories particulières de bien comporte des dispositions spéciales qui, en raison de la destination économique, familiale ou sociale de ces biens, imposent des restrictions concernant la succession portant sur ces biens ou ayant une incidence sur celle-ci, ces dispositions spéciales sont applicables à la succession dans la mesure où, en vertu de la loi de cet État, elles sont applicables quelle que soit la loi applicable à la succession* ». Article 30 du Règlement Successions.

873 En France, les dispositions de l'article 831 du Code civil relatives à l'attribution préférentielle pourraient ainsi avoir vocation à s'appliquer. Cass. 1ère Civ. 10 octobre 2012, n° 11-18.345. *JCP G*, p. 1368, note L. PERREAU-SAUSSINE ; *JDI*, p. 119, note E. FONGARO.

874 Cette solution est connue du droit allemand qui accepte d'appliquer la loi de police de situation des immeubles aux immeubles sis à l'étranger à l'article 3 alinéa 3 EGBGB.

875 Cette considération n'est pas nouvelle : G. A. L. DROZ, « La codification du droit international privé des successions. Perspectives nouvelles », *TCFDIP*, 1966-1969, p. 337.

876 « *Lorsque la masse successorale comprend des biens situés dans un État tiers, la juridiction saisie pour statuer sur la succession peut, à la demande d'une des parties, décider de ne pas statuer sur l'un ou plusieurs de ces biens si l'on peut s'attendre à ce que la décision qu'elle rendrait sur les biens en question ne soit pas reconnue ou, le cas échéant, ne soit pas déclarée exécutoire dans ledit État tiers* ». Article 12 du Règlement Successions.

877 Une telle solution existait déjà en droit suisse à l'article 86 alinéa 2 de la loi suisse de droit international privé. Elle semble cependant inspirée du droit belge selon le rapport Bonomi.

juridique possède une compétence juridictionnelle exclusive, la loi de cet État sera également applicable.

580. Par conséquent, l'on peut affirmer qu'en matière successorale, la concordance des compétences juridictionnelle et législative est très largement suggérée tant par le législateur que protégée par le juge.

Conclusion de la section :

581. Au terme de l'étude, on observe une tendance générale forte en droit international privé européen de la famille à consacrer un parallélisme parfait des règles de compétence, qui s'observe sur l'ensemble des éléments constitutifs des règles de rattachement.

582. Ce parallélisme fait apparaître une réglementation d'ensemble du droit international privé qui articule et fait concorder les règles de compétence que ce soit dans le cadre d'une approche formelle unitaire des règles de compétence ou dans le cadre d'une approche formelle différenciée des règles de compétence. Les deux règles de compétence restent donc autonomes, mais leur élaboration s'effectue en contemplation l'une de l'autre.

583. Le parallélisme parfait des règles de compétence se développe tant dans les règles objectives de compétence que dans les règles subjectives de compétence. Grâce à ce parallélisme fréquent des compétences, la convergence des compétences est largement promue. Sa mise en œuvre est toutefois laissée à l'initiative d'une des parties ou au choix commun des parties dans la majorité des hypothèses. Mais, le choix de la concordance permet d'offrir une commodité et une efficacité procédurale aux parties et au juge. Plus encore, la concordance des compétences est en soutien des différents objectifs particuliers de chaque matière présents dans la réglementation de droit international privé et devient parfois un objectif à part entière. C'est pour cette raison qu'elle est aussi clairement favorisée.

584. Le parallélisme des règles de compétence n'est cependant pas toujours aussi assuré. Il se présente parfois de manière plus conditionnelle, comme nous allons le voir désormais.

SECTION 2 : LE PARALLÉLISME IMPARFAIT DES RÈGLES DE COMPÉTENCE

585. Le parallélisme des règles de compétence peut se révéler conditionnel. L'hypothèse est celle d'une absence de correspondance parfaite entre les règles de compétence, sans pour autant que celle-ci ne disqualifie la nature de parallélisme des liens observés et par suite la concordance des compétences. Le risque serait en effet d'interpréter cette imperfection comme révélant une simple coïncidence des compétences ou, à l'inverse, de faire de toute liaison hasardeuse une concordance. Il s'agira donc de démontrer qu'existe un réel parallélisme des règles de compétence, même si celui-ci est imparfait, car conditionné.

586. Le parallélisme des règles de compétence peut d'abord être structurellement conditionné. Les deux règles de compétence ont alors une structure différente. C'est le cas en matière délictuelle où le parallélisme ne naît que de manière optionnelle. Un parallélisme des compétences pourra ainsi être constaté entre la règle optionnelle de compétence juridictionnelle et la règle de conflit de lois.

587. Le parallélisme peut également être matériellement conditionné. Ce type de parallélisme recouvre les hypothèses où il est abstraitement défaillant en ce sens qu'il n'existe pas de parallélisme parfait des règles de compétence. Cependant, l'application pratique des critères de rattachement choisis est de nature à révéler une concordance fréquente des deux compétences. La réglementation de la protection des parties faibles offre un exemple intéressant.

588. Il s'agit donc de concordances originales des compétences, l'une étant structurellement conditionnée (§1) et l'autre matériellement conditionnée (§2).

§1 : La concordance des compétences structurellement conditionnée

589. La concordance structurellement conditionnée est celle qui opère dans le cadre des options de compétence juridictionnelle octroyées par le législateur européen dans le Règlement Bruxelles I *bis* et dans le cadre du Règlement Rome II. Le fonctionnement de cette option de compétence, en matière délictuelle comme en matière contractuelle, fait nécessairement de cette analyse, l'étude d'une concordance conditionnée. Le parallélisme des règles de compétence est conditionnel puisque soumis à certaines conditions

d'applicabilité. Cela n'empêche pas *in fine* l'existence d'un parallélisme presque parfait ou presque « total » des critères de rattachement[878]. Seulement, sa mise en œuvre ne peut pas être automatique, car dépendante au préalable d'un autre critère.

590. Parmi ces règles, la matière délictuelle sera prise pour exemple en raison du rôle historique de la matière en droit international privé. Le laboratoire méthodologique que constitue la matière délictuelle pour la discipline ainsi que le cadre renouvelé de l'espace européen[879] s'avèrent intéressants pour l'étude des liens de concordance entre *forum* et *jus*.

591. L'analyse de la concordance des compétences devra se faire en deux temps. L'examen du parallélisme des compétences lorsque sont à l'œuvre les règles générales de rattachement (A) devra être suivi du même examen lorsqu'est à l'œuvre une règle spéciale de rattachement pour certains types de délit (B).

A- Le parallélisme des rattachements généraux

592. L'Histoire du conflit de lois en matière délictuelle est celle du passage de l'emprise de la liaison entre le juge compétent et la loi applicable[880] — en raison des objectifs initialement répressifs de la responsabilité civile délictuelle [881] — à celle d'une dissociation plus récente entre les compétences juridictionnelle et législative. En France par exemple, la dissociation entre *forum* et *jus* a été rendue possible par le célèbre arrêt *Lautour*[882] qui érige la *lex loci delicti* en règle de conflit de lois de principe. La localisation territoriale du dommage permettait cependant de constater une liaison entre le juge

878 C. REYDELLET, *op. cit.,* p. 406 et s.
879 Pour une vue d'ensemble de la matière : O. BOSKOVIC, « Réflexions sur le dommage en tant que facteur de rattachement en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 263.
880 Voir notamment, H. MAZEAUD, « Conflit de lois et compétence internationale dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle et quasi délictuelle », *Rev. Crit. DIP*, 1934, p. 376.
881 Pour une approche historique et de droit comparé des législations et des méthodes : E. M. MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen-Âge, spécialement dans l'Europe occidentale », *RCADI*, 1934, t. 49, spéc. p 543 et s. ; A. A. EHRENZWEIG, E. JAYME, *Private international Law, A Comparative Treatise on American International Conflicts Law, Including the Law of Admiralty*, Volume Three, Sijthoff, Leyden, Oceana publications, NY, 1977, p. 63. Ces auteurs soulèvent qu'en matière délictuelle, « the only « conflicts » problem was one of jurisdiction ». p. 64.
882 Cass. Civ. 25 mai 1948, *Rev. Crit DIP*, 1949, p. 89, note H. BATIFFOL ; *Grands arrêts*, n°19.

compétent et la loi applicable[883]. La doctrine expliquait ce lien par le fait que le « tribunal du lieu d'un délit en est le juge naturel »[884].

593. Le droit comparé fait apparaître des réponses diverses. Les *torts* ont notamment fait l'objet d'un renouvellement des méthodes de droit international privé aux États-Unis[885], marquant la « révolution américaine » des conflits de lois et la crise des conflits de lois.

594. Il a pu alors être relevé que « l'examen des liens entre le *forum* et le *jus* pour cet ensemble de matières s'avère impossible »[886]. Une telle affirmation est née du constat de la divergence entre les différents systèmes juridiques pour réglementer la matière délictuelle qui ont mis fin aux espoirs de créer une Convention de La Haye relative à la compétence juridictionnelle et législative en matière d'actes illicites (délits et quasi-délits)[887].

595. Le cadre de l'espace judiciaire européen renouvelle cependant l'analyse. L'étude du parallélisme des compétences doit donc être de nouveau entreprise en tenant compte de la réglementation protéiforme de la matière délictuelle.

596. La réglementation des obligations extra-contractuelles est effectivement plurielle en ce sens que les règles qui s'y rattachent sont multiples et flexibles et dépendent de la nature du délit, de la structure du délit, etc. Le phénomène de

---

[883] Lorsqu'était à l'œuvre l'article 46 du Code de procédure civile : « *Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur : […] – en matière délictuelle, la juridiction du lieu où le fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi* ». Une telle convergence n'est cependant pas automatique puisque les autres chefs de compétence personnelle à l'œuvre peuvent fonder la compétence du juge français, quel que soit le lieu de survenance du dommage.
Également, F. POCAR, « Le lieu du fait illicite dans les conflits de lois et de juridictions », *TCFDIP*, 1986, p. 71, spec. p.72 ; C. REYDELLET, *op. cit.,* p. 420-424.

[884] P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Précis de droit international privé*, 6ème ed. Paris, Dalloz, 1954. Étudiant la compétence du droit français dans le règlement du conflit de lois, Monsieur Bischoff relève également que « compétence législative et compétence juridictionnelle seront donc fondées sur le même élément territorial, le lieu du délit, en sorte que les tribunaux saisis règleront presque toujours les problèmes de responsabilité qui leur seront posés en appliquant la lex fori. En France, par conséquent, l'étendue de la compétence de la loi française sera presque illimitée ». J.-M. BISCHOFF, *op. cit.,* p. 91.

[885] Qui se concrétise avec l'arrêt *Babcock v. Jackson*, 191, N.E. 2d 279, 12 N.Y 2d 473 (N.Y. 1963).
L'on doit ainsi beaucoup à Morris qui fait du lieu du délit un simple critère parmi d'autres et se propose de rechercher concrètement la « *proper law* » en fonction de l'ensemble des circonstances de l'espèce en lien avec le rapport de droit litigieux. J. H. C. MORRIS, « The proper law of the tort », 64 *Harvard Law Review*, 1951, p. 881. Voir également pour une autre méthode de résolution des *torts* l'apport de Currie dans cette révolution méthodologique basée sur les intérêts gouvernementaux. B. CURRIE, « Notes on Methods and Objectives in the Conflicts of Laws », 1959, *Duke Law Journal*, p. 171; B. CURRIE, *Selected essays on the Conflict of Law*, *op. cit.*.

[886] J. D. GONZALEZ CAMPOS, *op. cit.,* p. 326.

[887] *Document de la Conférence de La Haye*, 11ème session (Acte final, partie B), 1968.

parallélisme des règles de compétence se révèle donc protéiforme (1). Devant cette difficulté, l'observation du parallélisme des règles de compétence peut faire douter d'une véritable concordance des compétences au profit d'une simple coïncidence des compétences (2).

1- Un parallélisme protéiforme

597. L'observation du parallélisme des règles de compétence en matière délictuelle doit s'adapter à la structure du délit constaté. Elle nécessite de distinguer les règles de compétence applicables au délit simple (a) et celles applicables au délit complexe (b).

a- Analyse du délit simple

598. Le règlement Bruxelles I *bis* applicable en matière civile et commerciale érige le domicile du défendeur en chef de compétence générale.

599. Sur le plan de la loi applicable, la règle générale consacrée à l'article 4§1 du Règlement Rome II donne compétence à la loi « *du pays où le dommage survient, quel que soit le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent* »[888]. La matière délictuelle est donc régie, non par la *lex loci delicti,* mais par la *lex loci damni*[889]. Le législateur européen semble prendre en considération des objectifs substantiels puisque ce critère de rattachement « *crée un juste équilibre entre les intérêts de la personne dont la responsabilité est invoquée et ceux de la personne lésée et correspond également à la conception moderne du droit de la responsabilité civile et au développement des systèmes de responsabilité objective* »[890]. L'on voit ici l'évolution de la responsabilité civile et le déclin progressif de sa fonction répressive qui avaient pu expliquer autrefois une liaison forte entre *forum* et *jus* sur le modèle du droit pénal.

600. *A priori*, un parallélisme des règles de compétence est absent en raison du choix d'un chef de compétence juridictionnelle personnel qui s'oppose à un critère de rattachement territorial[891]. Il n'y aurait donc pas de concordance des compétences

[888] Article 4§1 du Règlement n°864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Ci-après Règlement Rome II.
[889] Autrement dit, la loi « n'est plus désignée par le point de départ du fait juridique illicite (l'élément générateur du délit), mais par son point d'arrivée (l'avènement du dommage direct) ». L. D'AVOUT, « Que reste-t-il du principe de territorialité des faits juridiques ? (Une mise en perspective du système Rome II) », *D.*, 2009, p. 1629.
[890] Considérant 16 du Règlement Rome II.
[891] Bien que la territorialité de ce critère soit contestée : L. D'AVOUT, « Que reste-t-il du principe de territorialité des faits juridiques ? (Une mise en perspective du système Rome II) », *op. cit.,* p. 1629. *Contra* : E. FARNOUX, *op. cit.,* t. I, p. 124 : « Il est indéniable que la dissociation du fait générateur et du dommage met la territorialité à rude épreuve, mais l'on avoue ne pas voir pourquoi le rattachement par le dommage exprimerait une approche moins territoriale

possible. Tout au plus pourrait-il être argué une coïncidence entre les deux. Pourtant, en sus de ce chef de compétence générale, les règles de compétence juridictionnelle optionnelles prévues par le Règlement Bruxelles I *bis* peuvent favoriser le parallélisme des règles de compétence juridictionnelles et législatives. Il en est de même pour les tempéraments offerts à la règle de conflit de lois de principe.

601. En effet, l'option de compétence contenue à l'article 7§2 du Règlement Bruxelles I *bis* donne la possibilité au demandeur de saisir la « *juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire* ». En application de la règle de compétence juridictionnelle optionnelle et de la règle de conflit de lois de principe, un parallélisme des compétences naît. La construction de la règle de compétence juridictionnelle peut donner les premiers éléments d'explication de la naissance de ce parallélisme.

602. Le choix initial de la règle de compétence contenue à l'article 7§2 est guidé par la recherche de la proximité[892]. Le législateur européen explique dans le Considérant 16 du Règlement Bruxelles I *bis* que « *le for du domicile du défendeur devrait être complété par d'autres fors autorisés en raison du lien étroit entre la juridiction et le litige ou en vue de faciliter la bonne administration de la justice. L'existence d'un lien étroit devrait garantir la sécurité juridique et éviter la possibilité que le défendeur soit attrait devant une juridiction d'un État membre qu'il ne pouvait pas raisonnablement prévoir* »[893]. La bonne administration de la justice rejoint ici la proximité comme fondement de la règle de compétence. Cette alliance des deux fondements a été très tôt mise en avant par la Cour de Justice[894], entrainant une spécialisation forte de la règle de compétence juridictionnelle. La spécialisation par une approche proximiste de la règle de compétence juridictionnelle fondée sur la matière litigieuse rejoint la démarche localisatrice de la règle de compétence législative pour offrir un parallélisme des rattachements.

---

que le rattachement par le fait générateur. […] Il n'en reste cependant pas moins que l'État sur le territoire duquel le dommage se produit est bien confronté à un phénomène aussi territorial que le fait générateur ».

892 Les rapporteurs du texte l'avaient également fait remarquer sous l'empire de la Convention de Bruxelles de 1968. Selon le Rapport Jenard, « *l'adoption de règles de compétence "spéciales" se justifiait, en outre, par une considération, celle qu'il existe un lien de rattachement étroit entre la contestation et le tribunal qui est appelé à en connaître* ». *Rapport de M. P. JENARD sur la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, *op. cit.,* p. 22.

893 Considérant 16 du Règlement Bruxelles I *bis*.

894 La Cour de Justice a ainsi affirmé dans l'arrêt *Tessili* que l'option en faveur du demandeur « *a été introduite en considération de l'existence, dans certaines hypothèses bien déterminées, d'un lien de rattachement particulièrement étroit entre une contestation et la juridiction qui peut être appelée à en connaître, en vue de l'organisation utile du procès* ». CJCE, 6 octobre 1976, *Tessili* aff. C-12/76, point 13. *Rev. Crit. DIP*, 1977, p. 751 note P. GOTHOT, D. HOLLEAUX ; *JDI*, 1977, p. 719, obs. J.-M. BISCHOFF ; *D.*, 1977, p. 616, note G. A. L. DROZ.

603. L'on sait pourtant que la proximité juridictionnelle n'est pas toujours synonyme de proximité substantielle. Mais, la démarche localisatrice proximiste est déjà un premier élément de rapprochement entre les deux règles[895]. De plus, cette démarche se déploie dans un contexte propice au rapprochement entre les règlements régissant la matière voulu par le législateur[896]. Il en va ainsi de la cohérence l'ordre juridique européen[897] comme nous l'avons déjà observé en matière de désunion[898]. En effet, le Règlement Rome II fait référence en son considérant 7[899] à un objectif de cohérence avec le Règlement Bruxelles I *bis*. Il est toutefois notable d'observer que c'est seulement le Règlement Rome II[900] qui fait cette référence tandis que le Règlement Bruxelles I, une fois refondu, n'a pas pris soin d'ancrer une telle démarche dans le corps du texte, laissant ainsi penser que c'est à la règle de conflit de lois de s'inspirer de la règle de compétence juridictionnelle et non l'inverse[901].

604. À cela s'ajoute une définition similaire de la notion de dommage pour les deux règles de compétence. Par exemple, en vertu de l'article 4§1 du Règlement Rome II, il n'y a pas lieu de tenir compte des « *conséquences indirectes* » du fait dommageable. Dans un arrêt

---

[895] Voir *infra* n°961 et s.

[896] S. FRANCQ, « Les champs d'application (matériel et spatial) dans les textes de référence – De la cohérence terminologique à la cohérence systémique – En passant par la théorie générale… », in M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLET-PERUZETTO (dir.) *La matière civile et commerciale, socle européen de droit international ?*, Paris, Dalloz, 2009, p. 35.

[897] Sur cette question de cohérence : A. DICKINSON, E. LEIN, *The Brussels I Regulation Recast*, 2015, Oxford, Oxford University Press, spec. section 1. 75 ; M. SZPUNAR, « Droit international privé de l'Union : cohérence des champs d'application et/ou des solutions ?, *Rev. Crit. DIP*, 2018, p. 573 ; E. B. CRAWFORD, J. M. CARRUTHERS, « Connection and Coherence Between and Among European Instruments in the Private International Law of Obligations », *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, n°1, p. 1, spec. p. 8 et s.

[898] Voir *supra* n°515 et s.

[899] « *Le champ d'application matériel et les dispositions du présent règlement devraient être cohérents par rapport au règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I) et les instruments relatifs à la loi applicable aux obligations contractuelles* ». Considérant 7 du Règlement Rome II. L'on retrouve également cet objectif de cohérence interprétative aux considérants 17 et 24 du Règlement Rome I.
L'on retrouve cette même préoccupation dans le Règlement Rome I au considérant 7.

[900] Déjà la Convention de Bruxelles avait inspiré la Convention de Rome : Rapport GIULIANO-LAGARDE concernant la loi applicable aux obligations contractuelles, JOCE 31 octobre 1980, N° C 282/1-50, points 3 et 5. Voir sur cette question : S. FRANCQ, « Les champs d'application (matériel et spatial) dans les textes de référence — De la cohérence terminologique à la cohérence systémique — En passant par la théorie générale… », *op. cit.,* p .38.

[901] Le professeur S. Lemaire reconnaît ainsi que « la volonté des institutions communautaires de donner un sens identique aux notions communes aux trois règlements communautaires des obligations ». « Le considérant 7 dicte en effet implicitement, mais nécessairement de lire le nouveau texte à l'aune de la jurisprudence communautaire élaborée sur le fondement de la Convention de Bruxelles et du Règlement Bruxelles I ». S. LEMAIRE, « Interrogations sur la portée juridique du préambule du Règlement Rome I », *op. cit.,* p. 2157, n°10.
Cela ressort également de la lecture de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne. C'est bien en ce sens qu'un certain parallélisme des règles de compétence s'est établi en matière de contrat de travail. Voir notamment : CJUE, 15 mars 2011, *Heiko Koelzsch c./État du Grand-Duché du Luxembourg*, aff. C-29/10, point 33. *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 447, note F. JAULT-SESEKE ; *RTD civ.*, 2011, p. 314, obs. P. REMY-CORLAY ; *D.*, 2011, p. 2434, obs. L. D'AVOUT, S. BOLLEE ; CJUE, 15 décembre 2011, *Jan Voogsgeerd c./Navimer SA*, aff. C-384/10, *Rev. Crit. DIP*, 2012, p. 648, note E. PATAUT ; D., 2012, p. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE.

Florin Lazar, la Cour de Justice a eu à interpréter cette notion. L'Avocat général avait fait expressément référence à la cohérence entre les règles de compétence juridictionnelle et les règles de compétence législative *pour in fine* plaider pour une même appréciation de la notion[902]. La Cour reprend ces remarques et retient une interprétation uniforme entre les Règlements[903]. De même, l'article 2§3 du Règlement Rome II évoque la possibilité de prendre en compte le dommage « *susceptible de survenir* »[904] tandis que le Règlement Bruxelles I *bis* évoque dans la même veine le fait dommageable qui « *risque de se produire* »[905].

605. Enfin, une autre liaison entre *forum* et *jus* peut voir le jour. L'article 4§2 du Règlement Rome II offre un tempérament à la règle de principe. « *Lorsque la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage, la loi de ce pays s'applique* ». Ce choix de la loi de la résidence habituelle commune, qui peut être vu comme le signe de la présence d'un faux conflit de lois[906], ne correspond pas à l'option de compétence juridictionnelle. Il n'y a donc pas, à proprement parler, de parallélisme, mais dans une telle hypothèse, une liaison entre *forum* et *jus* peut se nouer autour du chef de compétence juridictionnelle générale, ce qui sera fréquent en pratique[907]. L'étude de la concordance se complique un peu plus encore en présence d'un délit complexe.

b- Analyse du délit complexe

606. Dans l'hypothèse d'un délit complexe, la Cour de Justice de l'Union européenne dans le célèbre arrêt *Mines de Potasse d'Alsace*, donne la possibilité au demandeur de se prévaloir d'un rattachement double sur le plan de la compétence juridictionnelle. Le « *lieu où le fait dommageable s'est produit* » est dual. Il est « *le lieu où le*

---

[902] *« Si les objectifs poursuivis respectivement par chacun de ces actes juridiques divergent quelque peu, les notions visées par le Règlement Rome II doivent, dans la mesure du possible, être comprises en tenant compte des interprétations retenues dans le cadre de la Convention de Bruxelles ou du Règlement Bruxelles I. En effet, un certain parallélisme doit être établi dans l'interprétation de ces notions, dans la mesure où les instruments juridiques poursuivent tous un objectif de prévisibilité des solutions retenues ».* Conclusions de l'Avocat général N. Wahl présentées le 10 septembre 2015 dans l'affaire *Florin Lazar*, point 52.

[903] CJUE, 10 décembre 2015, *Florin Lazar*, C-350/14, points 8 et 9. *Rev. Crit. DIP*, 2016, p. 678, note D. BUREAU.

[904] Article 2§3.b) du Règlement Rome II.

[905] Article 7§2 du Règlement Bruxelles I *bis*.

[906] E. HERZOG, « Le début de la " révolution " des conflits de lois aux États-Unis et les principes fondamentaux de la proposition " Rome II " : y-a-t-il un parallélisme inconscient ? », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 71.

[907] La clause d'exception prévue à l'article 4§3 pourrait cependant être de nature à remettre en cause ces différents liens. Pour autant, confrontée à l'étude des liens entre *forum* et *jus*, la présence de la clause d'exception atteste seulement qu'il n'existe pas de dépendance nécessaire entre la règle de conflit de juridiction et la règle de conflit de lois. Le parallélisme des compétences ne signifie pas leur dépendance.

dommage est survenu et le lieu de l'événement causal»[908]. La Cour de Justice fait référence à l'exigence de proximité, couplée à une référence à la bonne administration de la justice nécessitant l'adoption de règle spéciale[909], pour ensuite en faire une application au cas du délit complexe[910] et donne un choix à la victime entre deux lieux qui présentent des liens étroits avec le juge. L'interprétation du chef de compétence est donc fondée sur le principe de proximité pour atteindre la bonne administration de la justice[911]. Même si la victime bénéficie d'une option de compétence[912], l'œuvre jurisprudentielle de la Cour semble s'expliquer par une seule analyse de la proximité et non *a priori* par une volonté de protection de la victime[913], ce qui explique le cantonnement initial de la décision aux éléments initiaux du dommage et non aux éléments consécutifs du dommage[914]. Par la

[908] « L'expression "lieu où le fait dommageable s'est produit" doit être entendue en ce sens qu'elle vise à la fois le lieu où le dommage est survenu et le lieu de l'événement causal. Il en résulte que le défendeur peut être attrait, au choix du demandeur, devant le tribunal soit du lieu où le dommage est survenu, soit du lieu de l'événement causal qui est à l'origine de ce dommage ». CJCE, 30 novembre 1976, *Mines de Potasses d'Alsace*, aff. C-21/76. *Rev. Crit. DIP*, 1977, p. 568, note P. BOUREL ; *JDI,* 1977, p. 728, note A. HUET.

[909] « *Cette liberté d'option a été introduite en considération de l'existence, dans certaines hypothèses bien déterminées, d'un lien de rattachement particulièrement étroit entre une contestation et la juridiction qui peut être appelée à en connaître, en vue de l'organisation utile du procès* ». Arrêt *Mines de Potasse d'Alsace* précité, point 11.
Voir également CJUE, 21 décembre 2016, *Concurrence SARL*, aff. C-618/15, point 25, *Revue Europe*, 2017, p. 43, note L. IDOT ; CJUE, 10 septembre 2015, *Holterman Ferho*, aff. C-47/14, point 75, *JDI*, 2016, p. 1451, note L. D'AVOUT.

[910] La Cour de Luxembourg a ainsi relevé que « *le lieu de l'événement causal non moins que le lieu de la matérialisation du dommage peut, selon le cas, constituer un rattachement significatif du point de vue de la compétence judiciaire* ». Arrêt *Mines de Potasse d'Alsace* précité, point 15.

[911] Voir en ce sens. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. II, Partie spéciale, Paris, PUF, 4ème ed., 2017, n° 967. Pour une critique de la proximité pour atteindre l'objectif assigné : E. FARNOUX, *op. cit.,* t. I, spéc. p. 309, n° 276.

[912] Comme le relève un auteur, « bien que la décision de la Cour de Justice soit motivée par des raisons neutres, et notamment par l'opportunité de tenir compte de toutes les qualifications existant dans les systèmes juridiques des États-parties à la Convention et d'envisager une alternative réelle au for du domicile du défendeur prévu en tant que for général par la convention, la solution retenue répond à réalité aussi à l'intention de favoriser, dans l'aménagement des intérêts en cause, la position de la victime du fait illicite. Et il ne faut pas sous-estimer l'incidence que cette solution du problème de compétence judiciaire peut avoir sur la question de la loi applicable, bien qu'il ne puisse s'agir que d'une incidence indirecte ; mais justement les différences que l'on constate dans les législations quant à la localisation du délit peuvent favoriser un *forum shopping*, en fonction de la loi à laquelle le juge pourrait s'en tenir dans la décision au cas concret. ». F. POCAR, *op. cit.,* spec. p. 78.

[913] La Cour l'a explicitement énoncée dans une affaire concernant les actions dénégatoires de responsabilité. Pour inclure l'action en constatation négative de responsabilité dans le champ de la matière délictuelle et de l'option de compétence afférente, la juridiction européenne rappelle que *« les objectifs de prévisibilité du for et de la sécurité juridique, poursuivis par cette disposition et itérativement rappelés par la jurisprudence […], n'ont trait ni à l'attribution des rôles respectifs de demandeur et de défendeur ni à la protection de l'un des deux. Plus particulièrement, l'article 5, point 3, du règlement n°44/2001 ne poursuit pas le même objectif que les règles de compétence contenues dans les sections 3 à 5 du chapitre II du même règlement, et tendant à offrir à la partie la plus faible une protection renforcée* ». CJUE, 25 octobre 2012, *Folien Fischer AG et Fofitec AG c./Ritrama Spa*, aff. C-133/11, point 45 et 46. *Rev. Crit. DIP*, 2013, p. 501, note H. MUIR WATT ; *Procédures*, 2013, p. 19, note C. NOURISSAT ; *Revue Europe*, 2013, p. 37, note L. IDOT. Voir également, CJUE, 16 janvier 2014, *Andreas Kainz c./Pantherwerke AG, aff. C-45/13*, point 31. *D.*, 2014, p. 1059, obs. F. JAULT-SESEKE ; *Procédures*, 2014, p. 12, note C. NOURISSAT ; *Revue Europe*, 2014, p. 35, note L. IDOT.

[914] « *L'option ainsi ouverte au demandeur ne saurait toutefois être étendue au-delà des circonstances particulières qui la justifient, sous peine de vider de son contenu le principe général, consacré par l'article 2, premier alinéa de la convention, de la compétence des juridictions de l'État contractant sur le territoire duquel le défendeur a son domicile et d'aboutir à reconnaître, en dehors des cas expressément prévus, la compétence des juridictions du domicile du demandeur à propos de laquelle la convention a manifesté sa défaveur en écartant, dans son article 3, deuxième alinéa, l'application de dispositions nationales prévoyant de tels fors de compétence à l'égard de*

suite, tout en rappelant la distinction cardinale dégagée dans l'arrêt *Mines de Potasse d'Alsace*, la Cour de Justice a eu à faire un important travail prétorien d'interprétation et de définition du lieu de matérialisation du dommage[915] et du fait générateur[916] dans des hypothèses circonstanciées tendant parfois à un éclatement des solutions et à une remise en cause ou à une déformation des argumentations traditionnelles de l'option de compétence.

607. Après avoir admis le « délit juridictionnellement » complexe[917], le législateur européen n'a pas voulu poursuivre cette voie sur le terrain du conflit de lois en raison de la difficulté de parvenir à une solution commune en la matière[918]. Il s'agit là d'une différence avec la jurisprudence française qui offrait un traitement équivalent aux deux règles de compétence[919]. Tout au plus est-il possible en vertu de l'article 17 du Règlement Rome II[920] de prendre en considération la loi du lieu du fait générateur. Mais, il s'agit ici d'une simple prise en considération différente de l'application qui n'aura vocation à intervenir que pour apprécier l'existence ou la nature de la faute reprochée à l'auteur du dommage, sans modifier le traitement législatif du délit complexe[921].

---

défendeurs domiciliés sur le territoire d'un État contractant » : CJUE, 19 septembre 1995, *Antonio Marinari c./Lloyds Bank plc et Zubaidi Trading Company*, aff. C-364/93, point 13. *JDI*, 1996, p. 562, obs. J.-M. BISCHOFF.

915 Voir notamment : CJCE, 7 mars 1995, *Fiona Shevill*, aff. C-68/93. *JDI,* 1995, p. 543, obs. A. HUET ; *Rev. Crit. DIP*, 1996, p. 487, note P. LAGARDE ; CJUE, 25 octobre 2011, *eDate Advertising GmbH c./X ; Olivier Martinez et Robert Martinez c./MGN Limited*, aff. jointes C-509/09 et C-161/10. *Rev. Crit. DIP*, 2012, p. 389, note H. MUIR WATT ; *JCP*, 2012, p. 28, note S. FRANCQ ; Voir également infra n°688 et s.

916 Voir par exemple : CJUE, 16 juillet 2009, *Zuid-Chemine BV c./Philippo's Mineralenfabriek NV/SA*, aff. C-189/08, point 28 ; CJUE, 22 janvier 2015, *Pez Hejduk c./EnergieAgentur NRW GmbH*, aff. C-441/13, point 23. *Revue Europe*, 2015, p. 132, obs. L. IDOT ; *Procédures*, 2015, p. 81, obs. C. NOURISSAT ; *JCP G*, 2015, p. 421, note M. ATTAL.

917 Cette expression fait écho à l'expression de « délit législativement complexe » usité par le professeur L. d'Avout. L. D'AVOUT, « Que reste-t-il du principe de territorialité des faits juridiques ? (Une mise en perspective du système Rome II) », *op. cit.*, n° 3.

918 *Rapport Giuliano-Lagarde-Van Sasse Van Ysselt concernant l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles*, 1973, p. 198, spec. p. 233.

919 « *La loi applicable à la responsabilité extra-contractuelle est celle de l'État du lieu où le fait dommageable s'est produit […] ce lieu s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que du lieu de réalisation de ce dernier* ». Cass. 1ère Civ. 14 janvier 1997, *Gordon & Breach,* n° 94-16.861. *Rev. Crit. DIP*, 1997, p. 504, note J.-M. BISCHOFF ; *JCP*, 1997, p. 22903, note H. MUIR WATT.

Sur l'évolution du droit français et la prise en compte de la proximité dans la détermination de la loi applicable au délit : Cass. 1ère Civ. 11 mai 1999, *Mobil North Sea*, n° 97-13.972. *JCP*, 1999, p. 10183, note H. MUIR WATT ; *Rev. Crit. DIP*, 2000, p. 199, note. J.-M. BISCHOFF ; Cass. 1ère Civ. 5 mars 2002, *Sisro*, n°99-20. 755. *JCP G*, 2002, p. 10082, note H. MUIR WATT ; *Rev. Crit. DIP*, 2003, p. 440, note J.-M. BISCHOFF. Cass. 1ère Civ. 28 octobre 2003, *Pays Fourvel*, n° 00-18.794. *JCP G*, 2004, p. 10006, note G. LARDEUX ; *Rev. Crit. DIP,* 2004, p. 83, note D. BUREAU.

920 « *Pour évaluer le comportement de la personne dont la responsabilité est invoquée, il est tenu compte, en tant qu'élément de fait et pour autant que de besoin des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entrainé la responsabilité* ». Article 17 du Règlement Rome II.

921 En ce sens, « l'article 17 n'est pas un retour à la loi du lieu du fait générateur du dommage et ne réalise pas une application distributive de la loi de ce lieu et de celle de survenance du dommage ». E. LOQUIN, « La règle de conflit générale en matière de délit dans le Règlement du 11 juillet 2007 (Rome II) », in S. CORNELOUP, N. JOUBERT (dir.),

608. Par conséquent, dans l'espace judiciaire européen, au stade de la compétence, l'exigence de proximité justifie ce « dédoublement » du chef de compétence en cas de délit complexe tandis qu'en matière de loi applicable — où est recherchée une proximité « plus substantielle » — cela n'est pas permis. La proximité demandée pour la compétence juridictionnelle n'est donc pas appliquée de la même manière pour la compétence législative.

609. En définitive, hormis le cas où la juridiction saisie sera celle du lieu de l'événement causal, un parallélisme des compétences existe. Par les textes européens et le jeu des options de compétence juridictionnelle et des règles de conflit de lois, la convergence entre *forum* et *jus* peut se réaliser. La concrétisation de la convergence est ensuite un choix effectué par le demandeur.

610. Devant l'absence d'uniformité du phénomène de parallélisme des règles de compétence, la question est celle de sa classification au sein du phénomène plus général de conconcordance des compétences. Est-il possible d'affirmer qu'il s'agit là d'une cooncordance, c'est-à-dire d'une convergence favorisée, de compétences interreliées, ou s'agit-il simplement d'une coïncidence des compétences ?

2- Un parallélisme des compétences entre concordance suggérée et coïncidence

611. Face à cette diversité d'hypothèses, l'on pourrait refuser toute liaison causée entre *forum* et *jus*[922] et *a priori* penser qu'il ne s'agit que d'une simple coïncidence entre le chef de compétence et le critère de rattachement, car la réalisation du phénomène est en partie imprévisible. Cela complique les tentatives de classification des liens entre *forum* et *jus* en cette matière. Nous pouvons affirmer avec Madame P. Carlier que « pour être naturelle, la coïncidence ne doit se produire que si le rattachement n'a pas délibérément été choisi pour se confondre avec son pendant. En d'autres termes, cela signifie que la coïncidence naturelle se doit d'être indépendante de la volonté du législateur et du juge. En effet, le chef de compétence étant au départ différent du critère de rattachement, il ne doit pas être possible de trouver une quelconque intention de faire coïncider le siège du juge saisi avec la loi désignée par la règle de conflit de lois. Les deux types de règles

Le Règlement communautaire "Rome II" sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Dijon, Litec, 2008, p. 35, spec. p. 43.

[922] « Les auteurs du Règlement […] ont […] opportunément refusé d'aligner la compétence législative sur la compétence judiciaire ». C. BRIERE, « Le Règlement (CE) n°864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II") », *JDI*, 2008, p. 31, n°16.

doivent donc effectivement localiser la situation au même endroit tout en ayant fonctionné de manière indépendante »[923].

612. Dans notre hypothèse, la compétence du for du domicile du défendeur pour déterminer le chef de compétence juridictionnelle générale diffère de la localisation du rapport de droit en matière de loi applicable fondée sur la *lex damni* ou sur la résidence habituelle commune. Il s'agirait dès lors d'une coïncidence des compétences.

613. De plus, le parallélisme des compétences pourrait s'expliquer pour des raisons extérieures à l'idée d'un lien entre les compétences, car un même facteur de rattachement ne signifie pas forcément l'existence de justifications équivalentes pour les deux corps de règles. Par exemple, les exigences relatives à la preuve du délit sont primordiales pour justifier la règle de compétence juridictionnelle tandis qu'elles disparaissent pour définir la loi applicable[924].

614. Cette différenciation entre les règles de compétence est corroborée par la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne qui dans le célèbre arrêt *Kainz* est venue préciser jusqu'où pouvait être poussé l'objectif de cohérence des règlements européens. Les motivations de la Cour sont claires. « *Il y a lieu de préciser […] que, s'il ressort, certes, du considérant 7 du règlement n° 864/2007 que le législateur de l'Union a cherché à assurer une cohérence entre, d'une part, le règlement n°44/2001 et, d'autre part, le champ d'application matériel ainsi que les dispositions du règlement n° 864/2007, il n'en découle toutefois pas que les dispositions du règlement n°44/2001 devraient, partant, être interprétées à la lumière de celles du règlement n° 864/2007. En aucun cas la cohérence voulue ne saurait conduire à donner aux dispositions du règlement n°44/2001 une interprétation étrangère au système et aux objectifs de celui-ci* »[925]. La cohérence n'est pas égale à l'identité du procédé. Et, si les règles de compétence peuvent converger pour aboutir à une concordance de résultat, cela ne signifie pas que le procédé est identique.

---

[923] P. CARLIER, *op. cit.,* p. 458.

[924] Voir en ce sens les réflexions de Bourel à l'issue de la communication de M. Pocar au comité français de droit international privé : « Est-ce qu'il n'y aurait pas des intérêts propres au conflit de juridictions, je pense à la conservation des preuves, à l'administration de la preuve, à la bonne administration de la justice, qui pourraient conduire à des solutions particulières dans le domaine de la compétence judiciaire, par exemple à faire prévaloir la compétence du tribunal de l'acte générateur ? C'est là où le délit s'est produit que l'on va réunir les preuves, que l'expertise aura lieu peut-être ; donc, il y a peut-être une solution spécifique. » F. POCAR, *op. cit.,* p. 71, spec. p. 86.

[925] CJUE, 16 janvier 2014, *Andreas Kainz c./Pantherwerke AG*, aff. C-45/13, point 20. *D.*, 2014, p. 1059, obs. F. JAULT-SESEKE ; *Revue Procédure*, 2014, p. 12, note C. NOURISSAT ; *Revue Europe*, 2014, p. 35, note L. IDOT

615. Mais, cela ne suffit pas pour établir qu'il s'agit là d'une simple coïncidence. Le législateur laisse en effet au demandeur la possibilité de faire concorder le juge compétent avec la loi applicable par le jeu des différents parallélismes des règles de compétence. En laissant une telle possibilité au demandeur, l'alignement entre le *forum* et le *jus* n'est plus un événement accidentel, mais intentionnel. Il n'est certes pas automatique, mais reste prévisible.

616. L'observation des liens entre les compétences en sort inéluctablement modifiée. Les règles de compétence restent bien distinctes dans leur fonctionnement, ce qui confirme leur indépendance de principe. De même, il faut se garder de faire une analogie de fondement entre les règles, même s'il est vraisemblable que l'option offerte fondée sur la proximité se rapproche dans son fondement de la règle de conflit de lois.

617. Pour autant toute idée de concordance est-elle à exclure ? La concordance sera affaire de la partie demanderesse qui a la possibilité d'aligner le *forum* sur le *jus*. La volonté de consacrer une concordance ne vient pas directement du législateur ou du juge, mais elle est favorisée et octroiera une commodité procédurale à la partie demanderesse. De même, si la loi applicable est celle de la résidence habituelle commune des deux parties, il y a fort à parier que le demandeur se contentera de saisir le tribunal du domicile du défendeur qui correspondra à la juridiction dont la loi est applicable.

618. L'option juridictionnelle vient ainsi créer un lien d'opportunité entre les compétences qui reflète en réalité la commodité procédurale au service du demandeur. La part de hasard s'amenuise et avec elle l'affirmation d'une simple coïncidence entre *le forum* et le *jus,* pour devenir une concordance dépendante de l'attitude du demandeur qui a la possibilité de choisir la loi applicable au litige délictuel[926].

619. En définitive, ce lien entre les compétences révèle une intention pas toujours clairement établie du législateur dans le choix de la réglementation de la matière délictuelle. Entre coïncidence et convergence des compétences, la matière délictuelle se

[926] Limitée toutefois. Deux types de limites sont susceptibles d'intervenir. Une limite temporelle tout d'abord est fixée puisque l'accord des parties doit intervenir postérieurement à la survenance du dommage (sauf « *lorsqu'elles exercent toutes une activité commerciale* », ou l'accord peut intervenir avant la survenance du dommage) : article 14 du Règlement Rome II. Une seconde limite concerne la portée du choix effectuée. Si celle-ci n'est pas limitée directement, l'instrument européen prévoit toutefois l'impossibilité d'échapper au droit impératif d'un État membre par le choix d'une loi étrangère lorsque la situation litigieuse est entièrement localisée dans un seul État membre : article 14§2 du Règlement Rome II. Le Règlement prévoit également l'impossibilité d'échapper au droit impératif de l'Union européenne lorsque la situation litigieuse est entièrement située sur le territoire européen et que l'accord désigne une loi d'un État tiers à l'Union européenne : article 14§3 du Règlement Rome II.

trouve en réalité à la confluence entre une résolution classique et abstraite des conflits de compétence, attachée à la règle *actor sequitur* et à la *lex damni* et une résolution plus concrète du litige délictuel fondée sur des règles de compétence pragmatiques voulues comme proximistes[927].

620. Les liens entre les compétences doivent dorénavant être observés dans le cadre d'une approche spécialisée de certains délits.

B- Le parallélisme des rattachements spéciaux

621. Des règles de rattachements spéciales ont été créées par le législateur pour s'adapter à certains délits particuliers. C'est le cas pour les produits défectueux[928], les faits constitutifs de concurrence déloyale[929], les dommages causés à l'environnement[930], les atteintes à la propriété intellectuelle[931] ou encore les faits dommageables issus d'une grève ou d'un *lock out*[932]. Ces règles dérogent à la règle générale contenue à l'article 4 du Règlement Rome II. Pour autant, la dérogation est matériellement relative. En effet, il s'avère que ces règles viennent parfois concrétiser l'article 4§1 dans des circonstances précises. Tel n'est pas tout le temps le cas, car certaines autres règles spéciales s'en éloignent. La signification de ces règles n'est donc pas égale[933] et la doctrine est partagée sur le sens à donner à chacune de ces règles[934]. Ramenées à notre phénomène de concordance suggérée des compétences, de telles règles peuvent venir confirmer ou perturber le parallélisme des règles de compétence.

---

[927] Cette hésitation n'est pas nouvelle. Lorsqu'il s'agissait de s'interroger sur le rattachement du lieu du fait illicite usité en matière de compétence juridictionnelle et de loi applicable, un auteur relevait la diversité de fondements et parmi eux l'alignement entre *forum* et *jus* : « En faisant abstraction de l'origine historique, le rattachement à la loi du lieu du délit a été justifié dans la doctrine par une pluralité de raisons, qui ont été dûment soulignées par les auteurs. D'un côté, il y a l'idée qu'un fait illicite concerne le milieu social de l'État où il est commis ; par conséquent, il existe un intérêt de cet État à appliquer au délit sa propre loi. On a encore justifié ce critère par la coïncidence fréquente entre la loi du délit et la loi du for, du fait de l'adoption du même critère du lieu du délit pour fonder la compétence judiciaire dans la plupart des systèmes ; il y a par conséquent une probabilité que les conflits de lois et de juridictions soient réglés de la même manière, avec des conséquences importantes pour la sécurité juridique. » F. POCAR, *op. cit.,* p. 72.

[928] Article 5 du Règlement Rome II.

[929] Article 6 du Règlement Rome II.

[930] Article 7 du Règlement Rome II.

[931] Article 8 du Règlement Rome II.

[932] Article 9 du Règlement Rome II.

[933] « Toutes ces règles n'ont pas la même portée. En effet, si certaines d'entre elles n'ont pour objet que de préciser le critère de rattachement retenu par la règle générale de l'article 4, d'autres modifient radicalement ce critère afin de tenir compte de la spécificité de la matière en cause ou de la volonté d'obtenir un résultat donné ». N. JOUBERT, « Les règles de conflit spéciales en matière de délits dans le Règlement du 11 juillet 2007 (Rome II) », in S. CORNELOUP, N. JOUBERT (dir.), *Le Règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Dijon, Litec, 2008, p. 55.

[934] Sur ce débat, C. REYDELLET, *op. cit.,* p. 455, n° 1459.

622. Notre attention se portera sur l'atteinte à l'environnement[935] qui semble non seulement préserver, mais encore étendre le domaine du parallélisme des règles de compétence (1) tout en rendant incertaine la concordance des compétences (2).

1- L'extension du parallélisme des règles de compétence en matière d'atteinte à l'environnement

623. En matière environnementale, il n'existe pas de for spécial. En l'état actuel du droit positif, la détermination de la compétence juridictionnelle s'opère donc sur le fondement des règles générales et optionnelles.

624. Le Règlement Rome II, en revanche, crée une règle de rattachement spéciale pour la détermination de la loi applicable aux atteintes à l'environnement[936]. L'article 7 du Règlement Rome II renvoie à la règle de conflit de lois générale prévue à l'article 4§1 d'une part et offre, d'autre part, un choix au demandeur en réparation au profit de la loi où le fait générateur s'est produit[937].

625. Le traitement législatif du délit complexe trouve ici à s'appliquer. Le délit juridictionnellement complexe sera donc également législativement complexe en matière environnementale. Il en résulte un parallélisme des règles de compétence lorsque sont en jeu l'option de compétence juridictionnelle et la règle de conflit de lois spéciale en matière environnementale.

626. Cette règle de compétence législative spéciale étend donc le domaine du parallélisme des compétences. L'on pourrait dès lors s'attendre à une concordance fréquente des compétences qui repose sur des raisons de commodité procédurale pour la partie demanderesse à l'image d'autres hypothèses de concordance suggérée des compétences analysées précédemment. En réalité, le choix de loi laissé à la partie sous-tend d'autres intérêts qui rendent la concordance plus stratégique et incertaine.

---

[935] D'autres règles spéciales seront étudiées en partie dans le chapitre suivant.

[936] « *Le "dommage environnemental" devrait être entendu comme une modification négative d'une ressource naturelle telle que l'eau, les sols ou l'air, une détérioration d'une fonction assurée par cette ressource au bénéfice d'une autre ressource naturelle ou du public, ou une détérioration de la diversité biologique* ». Considérant 24 du Règlement Rome II.

[937] « *La loi applicable à une obligation non contractuelle découlant d'un dommage environnemental ou de dommages subséquents subis par des personnes ou causés à des biens, est celle qui résulte de l'application de l'article 4§1, à moins que le demandeur en réparation n'ait choisi de fonder ses prétentions sur la loi du pays dans lequel le fait générateur du dommage s'est produit* ». Article 7 du Règlement Rome II.

2- La concordance incertaine des compétences

627. La concordance des compétences est en la matière doublement incertaine. Tout d'abord, il faut comprendre le fondement de la règle spéciale pour cerner la première incertitude. Ainsi, le choix de la loi applicable correspond à la volonté de promouvoir une certaine politique législative dans l'Union européenne. Il s'agit comme l'a relevé le professeur L. d'Avout d'une « territorialité optionnelle par faveur »[938]. Le considérant 25 du Règlement Rome II nous indique effectivement que cette règle de conflit de lois s'inscrit dans une volonté de l'Union européenne d'assurer un niveau de protection élevée en matière environnementale et renvoie à un objectif contenu dans le droit primaire de l'Union européenne[939]. La règle de conflit de lois est explicitement substantialisée. La proximité qui accompagne le traitement législatif du délit complexe est dès lors au service de la réalisation d'un objectif de l'Union européenne en permettant au demandeur en réparation de choisir la loi la plus favorable et, par cet intermédiaire, la loi la plus protectrice de l'environnement[940]. Faveur à la victime, et mise en avant des intérêts de l'Union européenne, la règle de conflit de lois n'est pas neutre ; elle sert un objectif qui n'est plus celui d'un ordre juridique étatique, mais celui de l'ordre juridique supranational[941]. Pour parvenir à la réalisation de cette politique législative de l'Union, le

[938] L. D'AVOUT, « Que reste-t-il du principe de territorialité des faits juridiques ? (Une mise en perspective du système Rome II) », *op. cit.,* p. 1629, 12.

[939] « *En matière d'atteintes à l'environnement, l'article 174 du traité, qui postule un niveau de protection élevé et qui est fondé sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de correction à la source et sur le principe du pollueur-payeur, justifie pleinement le recours au principe du traitement favorable à la personne lésée. Le moment où le demandeur en réparation peut choisir la loi applicable devrait être déterminé conformément à la loi de l'État membre où se trouve le tribunal saisi* ». Considérant 25 du Règlement Rome II.

[940] En ce sens : « La solution favorise également une politique préventive, obligeant les opérateurs installés dans un pays à faible niveau de protection de tenir compte du niveau plus élevé dans les pays voisins, réduisant l'intérêt pour un opérateur de s'installer dans un pays à faible niveau de protection. La règle contribue ainsi à l'élévation générale du niveau de protection de l'environnement. […] Au regard des objectifs plus généraux de l'Union en matière d'environnement, il ne s'agit pas seulement de respecter les attentes légitimes de la victime, mais de mettre en place une politique législative qui contribue à élever le niveau de protection de l'environnement en général, d'autant que l'auteur du dommage environnemental, contrairement à d'autres délits, tire en général un bénéfice économique de son activité dommageable. L'application de la seule loi du lieu du dommage, en effet, pourrait inciter un opérateur à s'installer à la frontière pour y introduire des produits nocifs dans un fleuve, en comptant sur la réglementation moins stricte du pays voisin. Une telle solution serait contraire à la philosophie sous-jacente du droit matériel européen de l'environnement et à son principe "pollueur-payeur" ». D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. II, Partie spéciale, Paris, PUF, 4ème ed., 2017, n° 1013. Voir également, H. MUIR WATT, « L'expérience américaine », *op. cit.,* p. 145, spéc. p. 163, n°26.

[941] Une telle analyse avait également été proposée par le professeur P. de Vareilles Sommières à propos de la responsabilité du fait des produits : « […] en matière de responsabilité du fait des produits (mais aussi, sans doute en matière de responsabilité pour faits de concurrence déloyale et de responsabilité pour atteinte à l'environnement), les facteurs de rattachement retenus par la proposition de règlement sont dans la dépendance des valeurs substantielles européennes en matière de responsabilité civile, diffusées dans les États membres par la Communauté, ce qui accroît évidemment le caractère éminemment communautaire de ces facteurs de rattachement ». P. DE VAREILLES SOMMIERES, « La responsabilité civile dans la proposition de règlement

législateur organise une concurrence normative entre deux ordres juridiques dont la régulation appartient à la partie demanderesse[942]. L'acteur individuel est introduit comme régulateur, sur lequel on fait reposer l'objectif de protection de l'environnement en lieu et place de l'ordre juridique supranational et étatique.

628. Il en résulte également que la concordance entre *forum* et *jus* est à l'instar des règles de rattachement générales, laissée entre les mains du demandeur en réparation. La règle de compétence juridictionnelle optionnelle peut permettre à la victime de s'assurer de l'effectivité du droit applicable au litige et simplifier les démarches procédurales. Bien qu'étant indépendant dans leur fondement, le fonctionnement optionnel commun des deux règles rend la concordance potentiellement fréquente. La saisine du juge par le demandeur victime est dans ce cas au service du fond. Mais, il n'est pas à exclure qu'une victime saisisse un tribunal plus commode pour elle et choisisse ensuite une loi discordante pour assurer tout de même la meilleure réalisation de son droit substantiel. Il s'agit là de la première incertitude quant à la réalisation de la concordance des compétences à laquelle s'ajoute une seconde.

629. En effet, pour bénéficier de cette protection, encore faut-il qu'une juridiction d'un État membre soit compétente. Or, tel sera le cas, en vertu du droit international privé de l'Union européenne, uniquement si le défendeur a son domicile dans un État membre. Par conséquent, la volonté de promouvoir une certaine politique législative dans l'Union européenne tranche avec une protection de la victime qui n'est que relative sur le plan juridictionnel. La concordance des compétences qui revêt les traits d'une concordance stratégique dans les mains des parties pour promouvoir une politique législative et assurer à la victime la meilleure réparation possible est alors incertaine, car conditionnelle. Par conséquent, en l'absence de réglementation spéciale au sein de l'Union européenne pour désigner le juge compétent, l'on peut se demander s'il ne s'agit pas là d'une hypothèse de concordance suggérée des compétences défaillante.

---

communautaire sur la loi applicable aux obligations non contractuelles », in A. FUCHS, H. MUIR WATT, E. PATAUT (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 185, spéc. p. 203.

[942] « Si la victime est favorisée, c'est dans une large mesure en qualité de procureur privé (*private attorney general*), incité à agir en responsabilité contre le responsable à la place des autorités publiques afin de faciliter la réalisation d'une politique sociale ou économique, telle précisément la protection de l'environnement ». H. MUIR WATT, « Rome II et les "intérêts gouvernementaux" : pour une lecture fonctionnaliste du nouveau règlement du conflit de lois en matière délictuelle », in S. CORNELOUP, N. JOUBERT (dir.), *Le Règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Dijon, Litec, 2008, p. 129, spéc. p. 134.

630. Après le parallélisme structurellement conditionné, doit être exploré le parallélisme matériellement conditionné.

§2 : La concordance des compétences matériellement conditionnée

631. Une difficulté technique rend difficile l'analyse du parallélisme des règles de compétence et par suite l'établissement de la concordance des compétences. Il s'agit de l'absence de correspondance totale entre le chef de compétence et le critère de rattachement qui pourtant sont quasi-similaires. Une telle difficulté s'observe dans la réglementation de la protection des parties faibles. La volonté pour le législateur européen de protéger certaines catégories de contractants en usant de procédés dérogatoires aux méthodologies classiques de droit international privé a d'abord fait l'objet d'une construction en matière de conflit de juridictions avant d'élaborer des dispositions spécifiques en matière de conflit de lois[943]. L'analyse croisée des réglementations européennes dans ces deux domaines s'avère donc particulièrement intéressante, car en dépit de l'absence de parallélisme parfait des règles objectives de compétence, une concordance des compétences peut être suggérée. Parmi les règlementations protectrices, les règles applicables en matière de contrat de consommation sont une parfaite illustration[944].

632. La matière ouvre également la voie à l'autonomie des parties. Un parallélisme des compétences devrait alors plus naturellement voir le jour, ce qui suggère ensuite une concordance fréquente des compétences juridictionnelle et législative. Mais, ce parallélisme traditionnel des règles subjectives de compétence est susceptible d'être atteint par l'existence de dispositions protectrices des consommateurs qui viennent conditionner la réalisation de ce parallélisme.

---

[943] Pour un panorama des dispositions protectrices des parties faibles dans le Règlement Rome I : O. BOSKOVIC, « La protection de la partie faible dans le Règlement Rome I », *D.*, 2008, p. 2175 ; S. BARIATTI, « Les limites au choix de la loi applicable dans les contrats impliquant une partie faible », in S. CORNELOUP, N. JOUBERT, *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Paris, Litec, 2011, p. 325.

[944] Le même phénomène peut cependant être observé en matière d'assurance sur le fondement du domicile de l'assureur par le jeu des articles 11.a) du Règlement Bruxelles I *bis* et 7.2 du Règlement Rome I ou encore par le jeu des articles 11. b) du Règlement Bruxelles I *bis* (ou 14.1) et 7.b) du Règlement Rome I.
En outre, une telle convergence avait déjà été relevée par le professeur E. Pataut en matière de contrat de travail : « Le lieu d'exécution du travail est à la fois le critère de rattachement objectif de la règle de conflit de lois de contrat de travail (art. 8§2 du Règlement Rome I), le critère pivotal de compétence internationale de la règle de compétence internationale (art. 21-b-i du Règlement Bruxelles I révisé) ». E. PATAUT, « Territorialité et coordination en droit international privé. L'exemple de la sécurité sociale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, p. 663, spéc. p. 674.

633. Ces deux hypothèses traduisent ainsi l'existence d'un quasi-parallélisme des règles objectives (A) et subjectives (B) de compétence qui rejaillit ensuite sur la concordance des compétences, laquelle est alors matériellement conditionnée.

A- Le quasi-parallélisme des règles objectives de compétence

634. La protection des consommateurs en droit international privé a été appréhendée par des textes différents. Pour pouvoir observer l'existence d'une concordance suggérée des compétences, il faut pouvoir démontrer que la volonté de faire correspondre les deux compétences. Cette volonté s'observe dans un premier temps par l'interprétation quasi unitaire de la notion de « consommateur » (1). Ensuite, s'il y a une absence d'identité du chef de compétence et du critère de rattachement, la mise en œuvre pratique de ces rattachements atteste d'un rapprochement de ces critères (2).

1- L'interprétation quasi unitaire de la notion de « consommateur »

635. Par un souci de cohérence dans l'application des instruments européens, le considérant 7 à titre général et le considérant 24 à titre particulier du Règlement Rome I expriment explicitement la nécessité d'avoir une interprétation harmonieuse du contrat de consommation avec celle retenue dans le Règlement Bruxelles I *bis*[945]. En outre, les libellés de l'article 17 du Règlement Bruxelles I *bis* et de l'article 6 du Règlement Rome I sont quasi-identiques et appellent à une telle interprétation commune. Cette solution a également été consacrée en jurisprudence par l'arrêt *Pammer*[946].

636. Dans cet arrêt, il s'agissait de déterminer quelle qualification était la plus adéquate pour un contrat relatif à un voyage en cargo entre la qualification de contrat de

---

[945] « *S'agissant plus particulièrement des contrats de consommation, la règle de conflit de lois devrait permettre de réduire les coûts engendrés par la résolution de ces litiges, qui sont souvent de faible valeur, et prendre en compte l'évolution des techniques de commercialisation à distance. La cohérence avec le règlement (CE) no 44/2001 exige, […] que cette notion fasse l'objet d'une interprétation harmonieuse dans le règlement (CE) no 44/2001 et le présent règlement, […]* ». Considérant 24 du Règlement Rome I.

[946] CJUE, 7 décembre 2010, *Peter Pammer c./Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* aff. jointes C-585/08 et C-144/09. *D.*, 2011, p. 1374, obs. F. JAULT-SESEKE, *JDI*, 2011, p. 915, obs. V. PIRONON ; *RTD eur.*, 2011, p. 847, note E. TREPPOZ ; *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 414, note O. CACHARD.
Points 39, 41 et 42. *« Le législateur de l'Union a utilisé, aux fins du Règlement n°44/2001, des termes quasi identiques à ceux qui existaient dans la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980. […] En 2008, cette Convention a été remplacée par le règlement n°593/2008, lequel à son article 6, paragraphe 4, sous b), fait expressément référence à la notion de "voyage à forfait" […] Il découle du rapprochement entre les contrats de transport mentionnés à l'article 15, paragraphe 3 du Règlement n°44/2001 et ceux visés à l'article 6, paragraphe 4, sous b), du Règlement n°593/2008 que le législateur de l'Union a entendu viser les mêmes types de contrats, à savoir ceux susceptibles d'être gouvernés par les règles protectrices des consommateurs respectivement prévues dans ces deux règlements. Cet objectif ressort également du septième considérant du Règlement n°593/2008, lequel énonce que le champ d'application matériel et les dispositions de ce Règlement devraient être cohérents par rapport à ceux du Règlement n°44/2001* ».

transport et celle de contrats « *qui, pour un prix forfaitaire, combinent voyage et hébergement* »[947] et relève de la catégorie des contrats de consommation susceptibles d'entrainer l'application des règles de compétence juridictionnelle protectrices. Pour ce faire, la Cour indique clairement cette volonté de retenir la même définition. Selon elle, en l'espèce, « *il découle du rapprochement entre les contrats de transport mentionnés à l'article 15, paragraphe 3, du règlement n°44/2001 et ceux visés à l'article 6, paragraphe 4, sous b), du règlement n°593/2008 que le législateur de l'Union a entendu viser les mêmes types de contrats, à savoir ceux susceptibles d'être gouvernés par les règles protectrices des consommateurs respectivement prévues dans ces deux règlements* »[948]. Si théoriquement les qualifications opérées pour les besoins de l'application du Règlement Bruxelles I *bis* peuvent ne pas correspondre aux qualifications opérées pour l'application du Règlement Rome I, la Cour de Justice en fait donc ici une interprétation moniste[949]. Cette interprétation moniste n'est pas propre au droit des consommateurs. Elle a également été initiée dans le célèbre arrêt *Koelzsch*[950] en matière de contrat de travail.

637. La jurisprudence de la Cour de Justice semble constante[951]. Pourtant, récemment la Cour paraît s'écarter de cette solution. Dans un arrêt du 11 avril 2019[952], la Cour de Justice a eu de nouveau à interpréter la notion de consommateur au sens de l'article 17, paragraphe 1 du Règlement Bruxelles I *bis* dans un litige portant sur des opérations financières réalisées sur le marché international des devises. En l'espèce, la demanderesse, personne physique tchèque, a conclu un contrat-cadre avec une société chypriote dont l'objet est d'effectuer des opérations financières de vente et d'achat de devise que la société devait exécuter sur sa plate-forme d'échange en ligne. Le contrat-cadre prévoyait également la conclusion de contrats d'application dits contrats individuels pour différences. Lors de la conclusion d'un contrat individuel pour différences, la

[947] Article 15 du Règlement Bruxelles I.

[948] CJUE, 7 décembre 2010, *Peter Pammer*, précité, point 41. Et la Cour de poursuivre : « *Cet objectif ressort également du septième considérant du règlement n°593/2008, lequel énonce que le champ d'application matériel et les dispositions de ce règlement devraient être cohérents par rapport à ceux du règlement n°44/2001* », point 42.

[949] M. MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, thèse Paris Descartes, 2016, spéc. p. 221 et s.

[950] CJUE, 15 mars 2011, *Heiko Koelzsch c./État du Grand-Duché du Luxembourg*, aff. C-29/10, point 33. *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 447, note F. JAULT-SESEKE ; *RTD civ.*, 2011, p. 314, obs. P. REMY-CORLAY ; *D.*, 2011, p. 2434, obs. L. D'AVOUT, S. BOLLEE ; Voir également, CJUE, 15 décembre 2011, *Jan Voogsgeerd c./Navimer SA*, aff. C-384/10, *Rev. Crit. DIP*, 2012, p. 648, note E. PATAUT ; *D.*, 2012, p. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE.

[951] CJUE, 5 décembre 2013, *Walter Vapenik c./Josef Thurner*, aff. C-508/12, point 25. *RTD com.*, 2014, p. 448, note A. MARMISSE D'ABBADIE D'ARRAST ; *Procédures*, 2014, p. 25, note C. NOURISSAT ; *Revue Europe*, 2014, p. 51, note L. IDOT. CJUE, 28 juillet 2016, *Verein für Konsumenteninformation*, aff. C-191/15, point 36.

[952] CJUE, 3 octobre 2019, *Jana Petruchová c./ FIBO Group Holdings Limited*, aff. C-208/18. *Revue Europe*, 2019, p. 49, note L. IDOT.

demanderesse a ordonné l'achat de devise. Or, la société chypriote n'a pas exécuté à temps l'opération privant la demanderesse d'un bénéfice trois fois plus élevé que celui qu'elle a perçu lors de l'exécution de l'obligation. Une action est alors intentée devant les juridictions tchèques contre la société chypriote alors qu'une clause attributive contenue dans le contrat-cadre prévoyait la compétence des juridictions chypriotes.

638. Les juridictions tchèques de première instance et d'appel ont décliné leur compétence. Selon elles, la demanderesse ne pouvait pas bénéficier de la qualité de consommateur au sens du Règlement Bruxelles I *bis* notamment en raison des connaissances nécessaires pour effectuer ce type d'opérations et du fait qu'en tant que « clients de détail » au sens de la directive 2004/39 relative aux marchés d'instruments financiers[953], elle avait été avertie du caractère inapproprié de ces contrats. En outre, les juridictions ont considéré que la notion de consommateur au sens du Règlement Bruxelles I *bis* devait être interprétée de façon identique au Règlement Rome I. Or, prenant appui sur l'exclusion des instruments financiers du champ d'application de l'article 6 du Règlement Rome I[954], les juridictions ont conclu à l'impossibilité de faire bénéficier la demanderesse des dispositions protectrices du consommateur sur le plan du conflit de juridictions. La clause attributive de juridiction devait donc trouver à s'appliquer.

639. La Cour Suprême tchèque a cependant tenu à interroger la juridiction européenne. Il s'agissait donc de savoir si une personne physique qui effectue de telles opérations peut être considérée comme un consommateur au sens du Règlement Bruxelles I *bis* ou si le niveau d'expertise ou de connaissance requises pour ces opérations empêche une telle qualification et si l'exclusion de la matière des dispositions protectrices en matière de conflit de lois entrainait son exclusion en matière de conflit de juridictions.

640. Seule cette dernière question présente un intérêt direct pour l'étude de la concordance des compétences. La Cour de Justice de l'Union européenne relève alors,

---

953 Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil.

954 L'exclusion est formulée à l'article 6§4.d) du Règlement Rome I. Les dispositions protectrices ne s'appliquent pas « *aux droits et obligations qui constituent des instruments financiers, et aux droits et obligations qui constituent les modalités et conditions qui régissent l'émission ou l'offre au public et les offres publiques d'achat de valeurs mobilières, et la souscription et le remboursement de parts d'organismes de placement collectif, dans la mesure où ces activités ne constituent pas la fourniture d'un service financier* ».

comme l'avait fait l'Avocat général[955], que si la définition de « consommateur » est quasi identique dans les deux instruments, l'article 6 du Règlement Rome I en exclut les contrats portant sur des instruments financiers tels que visés par la directive 2004/39 parmi lesquels figure le contrat litigieux[956]. La juridiction rappelle alors en reprenant la formulation de l'arrêt *Kainz*[957] que « *l'objectif de cohérence voulue par le législateur de l'Union ne saurait conduire à donner aux dispositions du règlement n°1215/2012 une interprétation étrangère au système et aux objectifs de celui-ci* »[958]. La Cour conclut à la possibilité de retenir la qualité de consommateur sur le plan de la compétence juridictionnelle même si cela n'est pas possible en matière de compétence législative. En effet, pour la Cour, « *le fait de refuser au consommateur une protection procédurale au seul motif qu'une telle protection ne lui est pas fournie en matière de conflit de lois serait contraire aux objectifs de ce règlement* »[959].

641. Même si la Cour de Justice prend le soin de rappeler la jurisprudence *Kainz* pour rappeler les limites de la cohérence interprétative entre les instruments relatifs à la compétence juridictionnelle et ceux relatifs à la compétence législative, cet arrêt ne remet toutefois pas en cause l'existence d'une définition quasi unitaire de la notion de consommateur et par suite la possibilité d'un parallélisme des compétences. En effet, s'il n'est pas impossible que cette notion soit interprétée différemment, l'on remarque qu'en l'espèce il ne peut de toute façon pas y avoir de définition unitaire, car les champs d'application des dispositions diffèrent. Ces champs d'application diffèrent non pas parce qu'il y a une différence de définition dans les contextes des deux instruments, mais parce que l'un des instruments exclut de ses dispositions protectrices le contrat litigieux. Rien n'empêche alors la Cour de considérer qu'en l'absence d'une telle qualification sur le plan du conflit de lois, une telle qualification peut être retenue sur celui du conflit de juridictions. En revanche, une telle solution ne remet pas en cause la nécessité d'une définition unitaire du « consommateur » lorsque les deux champs d'application des Règlements Bruxelles I *bis* et Rome I concordent. La protection procédurale peut exister indépendamment de la protection substantielle. Cependant, lorsque la protection substantielle existe, elle semble également trouver son pendant sur le plan procédural. Ces considérations sont importantes, car elles peuvent expliquer l'existence d'une

[955] Conclusions de l'Avocat général EVGENI TANCHIEV présentées le 11 avril 2019 dans l'affaire CJUE, 3 octobre 2019, *Jana Petruchová c./FIBO Group Holdings Limited*, aff. C-208/18. Voir points 70 à 75.
[956] CJUE, 3 octobre 2019, *Jana Petruchová*, précité, point 62.
[957] Sur lequel voir *supra* n°614.
[958] CJUE, 3 octobre 2019, *Jana Petruchová*, précité, point 63.
[959] CJUE, 3 octobre 2019, *Jana Petruchová*, précité, point 65.

concordance suggérée des compétences. Pour cela, il faut s'intéresser désormais aux rattachements des deux corps de règles.

2- Le rapprochement des critères de rattachement

642. L'article 18 du Règlement Bruxelles I *bis* prévoit deux séries de règles de compétence juridictionnelle en fonction de la qualité du consommateur. Ainsi, si le consommateur est le demandeur à l'action, le texte prévoit un *forum actoris*. Le litige peut être porté devant les juridictions du domicile du défendeur ou devant les juridictions du domicile du consommateur, et ce même si le professionnel n'est pas domicilié dans l'Union européenne. À l'inverse, si le consommateur est défendeur à l'action, l'article 18.2 du Règlement Bruxelles I *bis* donne compétence à la juridiction du domicile du consommateur. Concernant la désignation de la loi applicable, le paragraphe 1 de l'article 6 du Règlement Rome I donne compétence à la loi de la résidence habituelle du consommateur[960].

643. Si le consommateur fait l'objet d'une définition quasi unitaire, l'on remarque que les critères choisis ne sont également pas parfaitement identiques puisque les règles de compétence juridictionnelle font du domicile le critère de rattachement tandis que les règles de conflit de lois s'articulent autour de la notion de résidence habituelle. La notion de domicile ne fait pas l'objet d'une définition autonome en droit de l'Union européenne qui renvoie au droit interne des États membres[961] sauf pour les sociétés et personnes morales[962]. La définition de ce critère est par conséquent amenée à varier en fonction de la qualité des parties ainsi que des droits internes des États membres.

644. Pour des raisons de prévisibilité juridique, le Règlement Rome I indique que la définition de la résidence habituelle doit être clairement posée « *notamment pour les sociétés, associations et personnes morales. […] La règle de conflit de lois devrait se limiter à un seul critère ; dans*

960 « *Sans préjudice des articles 5 et 7, un contrat conclu par une personne physique (ci-après "le consommateur"), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci-après "le professionnel") agissant dans l'exercice de son activité professionnelle, est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel : a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité* ». Article 6.1 du Règlement Rome I. Sur le champ d'application de l'article 6 et ses liens avec le Règlement Bruxelles I, P. MANKOWSKI, « Consumer Contracts under Article 6 of the Rome I Regulation », in E. CASHIN RITAINE, A. BONOMI (dir.), *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Zurich, Schulthess, 2008, p. 121.

961 Article 62 du Règlement Bruxelles I *bis*.

962 Article 63 du Règlement Bruxelles I *bis*.

le cas contraire, les parties seraient dans l'impossibilité de prévoir la loi applicable à leur situation »[963]. Mais, aucune indication n'est fournie concernant la résidence habituelle du consommateur. Cette différence dans le choix du critère ainsi que l'absence de définition est théoriquement regrettable, car la notion de domicile peut être susceptible de diverses interprétations. Toutefois, en pratique, la notion de domicile du consommateur correspondra souvent à la définition de la résidence habituelle[964]. Dans la plupart des hypothèses, un lien entre *forum* et *jus* pourra donc être constaté malgré l'existence d'un parallélisme imparfait. Cette concordance est alors quasiment acquise lorsque le consommateur est défendeur. Elle reste dans les mains du consommateur lorsque celui-ci est demandeur à l'instance.

645. Mais, la concordance des compétences présente de nombreux avantages pour lui. Il sera plus aisé pour le consommateur de plaider devant les tribunaux de son domicile. Cela diminue les coûts de procédure, facilite l'accès à la justice et sur le plan de la loi applicable, la concordance lui assure une meilleure connaissance du droit, qui est également celui auquel il s'attend à être soumis tout en repoussant toute considération de recherche du contenu de la loi étrangère. La concordance entre *forum* et *jus* est donc fortement suggérée et permise par la protection juridictionnelle offerte lorsque le consommateur est demandeur. L'on peut ici dresser un parallèle avec la décision du 9 juillet 2020 de la Cour de Justice de l'Union européenne *VKI c./ Volkswagen* rendue cette fois-ci en matière délictuelle, mais touchant la sphère consumériste[965]. Dans cette affaire, la Cour de Justice a eu à connaître des dommages subis par les acheteurs de véhicules aux jauges trafiquées par l'entreprise allemande. Le choix du lieu d'achat des véhicules retenu en tant que lieu de matérialisation du dommage pour déterminer la compétence juridictionnelle correspond bien souvent au critère retenu en matière de loi applicable à l'article 6§2 du Règlement Rome II. Il pourrait s'agir ici d'une prolongation de la protection consumériste sur le plan délictuel promouvant les mêmes objectifs que ceux prônés en matière contractuelle en retenant les mêmes avantages d'ouverture simplifiée du prétoire et d'application facilitée de la loi du for.

[963] Considérant 39 du Règlement Rome I.
[964] La définition de la résidence habituelle fournie par la Cour de cassation tend effectivement à se confondre avec celle du domicile lorsqu'elle exige le caractère stable et permanent du centre des intérêts de la personne. Cass. 1ère Civ. 14 décembre 2005 précité.
[965] CJUE, 9 juillet 2020, *VKI c./ Volkswagen*, aff. C-343/19.

646. Que reste-t-il alors de cette concordance des compétences lorsque les parties usent des règles subjectives de compétence ? C'est ce qu'il convient d'étudier.

B- Le parallélisme conditionné des règles subjectives de compétence

647. En matière contractuelle, les Règlements Bruxelles I *bis* et Rome I prévoient une autonomie des parties pour permettre de choisir le for et la loi applicable à leur litige. Un parallélisme des compétences existe et peut déboucher, si les parties le décident, sur une concordance des compétences. Des restrictions sont toutefois posées pour certaines catégories de contractants. Les dispositions protectrices des parties faibles vont ainsi influencer la réalisation de la concordance des compétences en limitant la liberté contractuelle octroyée.

648. L'article 19 du Règlement Bruxelles I *bis* encadre la possibilité pour les litiges concernant un consommateur de faire l'objet d'une clause attributive de juridiction. Ainsi, une clause attributive de juridiction pourra être valablement invoquée si elle est conclue postérieurement à la naissance du différend, et désigne d'autres tribunaux que ceux prévus en matière de contrat de consommation[966]. En matière de loi applicable, le Règlement Rome I laisse également la possibilité au consommateur de choisir la loi applicable au contrat de consommation[967]. Cette loi ne sera alors pas nécessairement celle de la résidence habituelle du consommateur. Il y a donc un parallélisme des chef de compétence et critère de rattachement sur le fondement de l'autonomie des parties. Grâce à ce parallélisme des compétences, une concordance des compétences peut voir le jour. Mais, à l'instar des autres matières où l'autonomie de la volonté sert de clé de voute pour lier le conflit de juridictions et le conflit de lois, les parties peuvent tout aussi bien choisir de dissocier *forum* et *jus*. La liaison entre *forum* et *jus* est laissée au bon vouloir des parties, même si elle est largement favorisée[968]. Ainsi, une concordance fréquente des compétences pourra se réaliser du fait d'un parallélisme des règles de conflit. Pour autant,

---

[966] Avec toutefois une disposition qui permet de saisir les tribunaux de la résidence habituelle commune ou du domicile commun des parties au moment de la conclusion du contrat, sauf si la loi de cet État ne le permet pas. Article 19§3 du Règlement Bruxelles I *bis*.

[967] C'est ce que prévoit l'article 6.2 du Règlement Bruxelles I *bis* qui renvoie à l'article 3 du Règlement relatif à la liberté de choix de loi.

[968] Ce qui explique la règle posée dans le considérant 12 du Règlement Rome I où le choix de loi est déduit du choix de for : « *Un accord entre les parties visant à donner compétence exclusive à une ou plusieurs juridictions d'un État membre pour connaître des différends liés au contrat devrait être l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer si le choix de la loi a été clairement énoncé* ». Sur ce phénomène, voir : C. REYDELLET, *op. cit.,*. p. 158 et s.

ce parallélisme n'est pas absolu, car il est entouré de garde-fous. La possible concordance des compétences pourrait donc être remise en cause.

649. En vertu du paragraphe 2 de l'article 6 du Règlement Rome I, le choix des parties ne peut pas faire obstacle aux dispositions protectrices de la loi de la résidence habituelle du consommateur[969]. L'idée sous-jacente est celle d'une meilleure protection substantielle de la partie faible par les lois qu'elle est en mesure de mieux connaître, car plus familière[970]. Autrement dit, le choix de la loi ne peut se faire qu'en faveur d'une loi matérielle qui assure une protection égale ou qui est plus favorable au consommateur.

650. Ces dispositions protectrices se rapprochent des lois de police contenues à l'article 9 du Règlement Rome I et sont parfois assimilées par la doctrine à ces dernières[971] ou à des lois de police spéciales[972]. Il est vrai que la lettre de l'article 6 prévoit qu'il doit s'agir des dispositions impératives de l'ordre juridique du lieu de résidence du consommateur. À ce stade, peu importe que cette impérativité soit réellement activée ou non par le juge saisi. Il s'agit à l'instar de l'article 9 § 3 d'exiger un lien de rattachement restrictif pour pouvoir appliquer la disposition impérative[973].

651. Ensuite, les débats sont nombreux pour savoir si la protection des parties faibles est constitutive d'un intérêt public ou se limite aux seuls intérêts privés. On peut considérer qu'en protégeant l'intérêt privé, c'est l'intérêt public qui est également indirectement protégé. Cette vision de l'intérêt public masqué dans la règle de droit privé

---

969 « *Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat satisfaisant aux conditions du paragraphe 1, conformément à l'article 3. Ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1* ».

970 Voir en ce sens, A. NUYTS, « L'application des lois de police dans l'espace », *op. cit.,*. p. 31. F. POCAR, « La protection de la partie faible en droit international privé », *RCADI*, 1994-IV, t. 188, p. 343 et s.

971 Les jurisprudences nationales sont en désaccord sur la nature des règles protectrices des parties faibles. La jurisprudence allemande considère de manière constante que de telles dispositions ne sont pas des lois de police tandis que les jurisprudences belges et françaises octroient le qualificatif de lois de police à ces réglementations.

972 Prenant pour référence un arrêt dit *Grande Canarie* rendu par une Cour d'appel allemande, le professeur P. Lagarde affirme, à propos de la Convention de Rome, que « l'art. 7 §2 a une portée générale, mais l'art. 5 ressemble fort, en dépit de son caractère bilatéral, à ce qu'on pourrait appeler une clause spéciale d'application des lois de police. En limitant les cas dans lesquels le consommateur peut se prévaloir des règles impératives protectrices de l'État de sa résidence habituelle, l'art. 5 paraît bien avoir exclu en dehors de ces cas leur application au titre de l'art. 7 § 2, lorsque l'État de la résidence habituelle du consommateur est aussi l'État du for […]. La combinaison des art. 5 et 7 conduirait donc à n'appliquer l'art. 7 qu'au profit des lois de police d'un État autre que celui de la résidence habituelle du consommateur ». P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. Crit. DIP*, 1991, p. 287, note n°76. Cette position a été confortée par une autre décision rendue par le Bundesgerichtshof le 19 mars 1997. Sur cette affaire, voir : *Rev. Crit. DIP* 1998, p. 610, note P. LAGARDE ; S. FRANCQ, *op. cit.,*. pp. 336-343.

973 De plus, l'article 9§3 du Règlement Rome I prévoit bien la seule faculté pour le juge d'appliquer les lois de police étrangère, ce qui ne leur enlève pas moins la nature de lois de police au sens du Règlement.

ne fait pas l'unanimité. Il a ainsi été affirmé que « dire que la loi de police est celle qui a pour fonction d'organiser la société, c'est se condamner à décider que toute règle de droit est une loi de police »[974]. Pour autant, il est possible, à l'opposé de cette vision tranchée, de considérer que les règles de protection des intérêts privés interviennent en tant que régulatrices des intérêts privés, mais qu'également en protégeant les consommateurs ou les travailleurs il s'agit bien de protéger l'organisation sociale et économique d'un pays. La frontière entre l'intérêt public et l'intérêt privé est bien difficile à tracer dans ces hypothèses. L'on retrouve ici la célèbre zone grise entre droit privé et droit public dans l'édiction des normes puisque le droit privé ne saurait être dénué de tout objectif de régulation sociale et économique. Le droit de l'Union européenne fondé sur le marché intérieur atteste de ce brouillage des disciplines. L'objectif économique de décloisonnement des marchés qui vise en premier lieu les opérateurs économiques privés représente bel et bien un outil de politique publique. Dans la même perspective, les dispositions protectrices des parties faibles pourraient donc être des lois de police[975].

652. Pour la circonscription de notre phénomène de concordance des compétences, cette qualification est importante. En effet, techniquement, s'il s'agit de lois de police il ne serait pas question d'un parallélisme des règles de compétence conditionné, mais d'une dérogation au parallélisme des règles de compétence et donc à la concordance des compétences.

653. Pourtant, il est possible d'opter pour une autre analyse. Il semble que ce ne soit pas le défaut d'application immédiate qui soit dirimant pour qualifier les dispositions protectrices de lois de police ni le caractère controversé de l'intérêt public ou privé qu'il convient de défendre. Le problème réside dans la différence entre le mécanisme des lois de police et celui de l'article 6§3. Déjà, le rapport Giuliano-Lagarde sur la Convention de Rome relative à la loi applicable aux obligations contractuelles précisait le rôle particulier que devaient jouer ces dispositions impératives à travers l'exemple de la règle protectrice applicable au contrat de travail. Selon les auteurs du rapport, ce texte doit s'entendre en ce

974 V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux, Étude critique des méthodes*, GLN-Joly, 1990, p. 171.
975 C'est également la position défendue par le professeur P. MAYER, « La protection de la partie faible en droit international privé », in J. GHESTIN, M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 1996, p. 349-361.

que les dispositions impératives visées par le texte ne sont applicables que dans la mesure où elles « protègent mieux les travailleurs que la loi choisie »[976].

654. La difficulté réside donc en ce que l'évaluation des politiques législatives étatiques doit être guidée par un résultat déterminé qui ne dépend que du contenu de la *lex causae*. À ce titre, un auteur a justement relevé, à propos des dispositions protectrices des travailleurs, que « si c'est le caractère plus ou moins favorable au salarié de la loi qui conduira à la qualifier de loi de police, c'est que la qualification n'est pas donnée en soi, par la simple analyse du contenu de la règle considérée, mais relativement à une autre loi »[977]. En effet, l'application des dispositions impératives va dépendre de l'appréciation du juge du for en fonction du contenu de l'autre loi. La qualification des lois de police ne saurait pourtant être si contingente sous peine de voir la notion vidée de son sens. Dès lors, la disposition protectrice ne peut être qualifiée de loi de police[978].

655. Mais, la possibilité d'user de la loi d'autonomie dans des contrats faisant intervenir des parties faibles a nécessité le développement de garde-fous[979]. La solution dégagée par l'article 6§3 intervient donc comme un tempérament concret à la loi d'autonomie afin de réaliser l'objectif plus global de rapports contractuels équilibrés[980]

---

[976] Le rapport ajoute : « *Si la loi applicable en vertu du paragraphe 2 accorde aux travailleurs une protection que celle résultant du droit choisi par les parties, il n'en résulte pas que le choix de cette loi soit inefficace dans son ensemble. Au contraire, dans ce cas, la loi choisie reste en principe applicable.* » *Rapport GIULIANO-LAGARDE concernant la loi applicable aux obligations contractuelles*, JOCE 31 octobre 1980, N° C 282/1-50, p. 25.

[977] E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, *op. cit.,*. p. 144, n° 216. L'auteur poursuit : « *Une telle conséquence nous semble tout à fait opposée à la théorie des lois de police, puisqu'elle conduit nécessairement à considérer qu'une loi est de police dans certains cas et non dans d'autres* ».

[978] L'on retrouve en matière de protection des parties faibles l'ancien rôle de certaines catégories de lois de police, parfois qualifié de rôle historique, dont l'intervention démontrait en réalité l'inadéquation du rattachement choisi. Sur le rôle historique : E. PATAUT, *op. cit.,*. p. 142, n°212 et n°87 p. 58.

[979] « Lorsque l'une des parties est dans la position de dicter le choix de la loi applicable et de la juridiction compétente à l'autre partie, et que ce choix est motivé par la volonté de soustraire le contrat aux dispositions d'un droit protecteur, la référence à la loi d'autonomie devient une pure fiction ». M. S. M. MAHMOUD, « Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie de la partie faible en droit international privé », *RCADI*, 2005, t. 315, p. 164.

[980] L'idée n'est plus de permettre à des politiques législatives étatiques de s'exprimer, mais de rééquilibrer le rapport de force contractuel. Un auteur a particulièrement bien illustré la recherche cachée de neutralité dans les règles protectrices des parties faibles en droit interne qu'il est possible de transposer ici. « Il est ainsi parfois affirmé qu'une norme donnée a pour "objectif de protéger la partie faible", qu'il s'agisse par exemple du consommateur, du salarié… Cette formulation elliptique ne doit cependant pas tromper […]. L'objectif de protection de la partie faible ne peut, en effet se comprendre que par rapport à une partie forte, qu'il s'agisse du professionnel, de l'employeur… C'est l'idée même de protection qui appelle une telle précision : on se protège toujours contre quelque chose ou quelqu'un. Cette précision se trouve d'ailleurs confirmée par le fait que l'idée de protection d'une partie faible procède toujours du constat d'une relation déséquilibrée. Aussi, l'objectif de protection d'une partie faible n'est-il, en fait, que l'objectif d'énoncer une règle équilibrée au regard des valeurs en présence. Celui qui a le pouvoir d'élaborer une norme estime, par exemple, que le consommateur n'est pas en mesure d'apprécier correctement la portée de ses engagements à l'égard d'un professionnel. Dès lors, l'application des règles du droit commun des contrats ne permet pas d'atteindre une solution juste, équilibrée, puisque ces règles partent du

pour que l'organisation économique au sein de l'Union européenne puisse prospérer. La présence des dispositions protectrices ne vient que compenser l'inadéquation entre le maintien d'une règle d'autonomie libérale et les nombreux objectifs substantiels attachés à la matière. Il ne s'agit plus comme dans la théorie bilatéraliste de se contenter d'une équivalence abstraite des lois en présence, mais de s'assurer de leur équivalence concrète. En ce sens, le législateur poursuit sa réglementation ordo-libérale en rééquilibrant les rapports contractuels sans que les intérêts étatiques soient directement visés, mais en s'assurant de la protection du consommateur engagé dans une relation juridique transfrontière. Cette volonté se concrétise d'ailleurs par les protections spéciales consacrées dans les textes européens tant de droit primaire[981] que de droit dérivé[982] et corroborés par l'article 3§4 du Règlement Rome I qui garantit l'application des dispositions impératives du droit de l'Union européenne lorsque la situation est intracommunautaire. La protection s'applique aux consommateurs résidants sur le territoire européen même quand le défendeur est situé en dehors de l'Union européenne. Les règles contenues à l'article 6 du Règlement Rome I constituent donc un ajustement, un correctif concret au parallélisme des compétences.

656. Cette volonté de protection de la partie faible est également prolongée par le droit substantiel d'origine européenne. En effet, la Cour de Justice de l'Union européenne entend garantir la protection de droit international privé offerte au consommateur par l'intermédiaire du droit européen des clauses abusives[983]. Or, pour s'assurer de

---

présupposé que les parties sont en position d'égalité. On le perçoit alors, ce qui n'est pas adapté ici, le "besoin" qui a suscité la détermination d'un objectif dans le for de l'auteur de la norme, est la règle de droit commun des contrats. Son objectif consistera alors dans la création d'une nouvelle norme. Aussi l'auteur de la norme précise-t-il soit les conditions dans lesquelles le consommateur donne son engagement, soit les effets de celui-ci. C'est d'ailleurs un raisonnement qui permet d'expliquer les limitations qui sont apportées au choix de la loi applicable auquel le consommateur procède. L'objectif, le but dont il s'agit est donc bien celui de la création de nouvelles règles équilibrées, justes ». B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme de lois de police en droit international privé*, *op. cit.*,. p. 194-195.

981 Article 12 TFUE : « *Les exigences de la protection des consommateurs sont prises en considération dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques et action de l'Union* ». Il faut ajouter également l'article 38 de la Charte des droits fondamentaux.

982 Voir par exemple : Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs qui notamment, modifie la directive 93/13/CE relative aux clauses abusive et la directive 99/44/CE relative à la vente et aux garanties en matière de bien de consommation. Directive 2008/122/UE relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagés, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange.
Sur les difficultés d'articulation entre les instruments : S. BARIATTI, « Les limites au choix de la loi applicable dans les contrats impliquant une partie faible », *op. cit.*,. p. 333 ; S. FRANCQ, « Le droit international privé comme outil de régulation du marché intérieur : la consommation », in M. AUDIT, H. MUIR WATT, E. PATAUT (dir.), *Conflits de lois et régulation économique*, Paris, LGDJ, 2008, p. 115 et s.

983 CJUE, 28 juillet 2016, *VKI c./Amazon EU*, aff. C-191/15. « *L'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprété en ce sens*

l'application effective des dispositions protectrices du consommateur, encore faut-il que celui-ci soit en mesure de connaître l'existence d'une telle règle. Ainsi, même si une clause de choix de loi est licite sur le fondement du Règlement Rome I, une telle clause est susceptible d'être reconnue abusive si elle induit en erreur le consommateur. En se plaçant sur le terrain des clauses abusives, la juridiction européenne renforce l'office du juge par rapport aux seules règles de droit international privé[984].

657. Par conséquent, si le parallélisme des règles de compétence existe autour du critère de l'autonomie des parties et favorise l'existence d'une concordance des compétences, cette dernière ne doit toutefois pas porter atteinte à la protection de la partie faible.

Conclusion de la section :

658. L'hypothèse était celle d'un parallélisme des règles de compétence touché par des imperfections structurelles et matérielles. L'hypothèse éprouvée a permis de démontrer qu'en dépit d'une absence d'identité matérielle des chef de compétence et critère de rattachement ou en présence d'une applicabilité différenciée des règles de rattachement il pouvait être conclu à l'existence concordance des compétences juridictionnelle et législative.

659. Cette concordance est fortement suggérée par le législateur et accompagnée par le juge européen avec en ligne de mire la protection des parties faibles qui vient expliquer la faveur ou la limite conditionnée de la concordance des compétences.

---

qu'une clause des conditions générales de vente d'un professionnel, qui n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle, selon laquelle la loi de l'État membre du siège de ce professionnel régit le contrat conclu par voie de commerce électronique avec un consommateur, est abusive pour autant qu'elle induise ce consommateur en erreur en lui donnant l'impression que seule la loi de cet État membre s'applique au contrat, sans l'informer du fait qu'il bénéficie, en vertu de l'article 6, paragraphe 2, du règlement n°593/2008, de la protection que lui assurent les dispositions impératives du droit qui serait applicable en l'absence de cette clause, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier à la lumière de toutes les circonstances pertinentes ». *D.,* 2016, p. 2315, note F. JAULT-SESEKE ; *JDI*, 2017, p. 1478, note L. D'AVOUT ; *Rev. Crit. DIP*, 2017, p. 112, note S. CORNELOUP. Dans le même sens, CJUE, 3 octobre 2019, *VKI c./TVP*, aff. C-272/18. *D.*, 2020, p. 378, note J. CHACORNAC ; *Revue Europe*, 2019, p. 51, note L. IDOT.

[984] Elle impose effectivement à la juridiction nationale de « *suppléer au déséquilibre qui existe entre le consommateur et le professionnel, d'informer d'office le consommateur de la violation alléguée* ». La Cour de Justice distingue d'ailleurs explicitement l'office du juge en matière de droit substantiel de l'office du juge en matière de règles de nature procédurale que constituent les règles de droit international privé. CJUE, 4 septembre 2019, *A. Savioni c./A. M. Fiermonte*, aff. C-347/18, point 40. *Revue Europe*, 2019, p. 53, note L. IDOT ; 2019, *Procédures*, p. 19, note C. NOURISSAT.

Conclusion du chapitre :

660. L'exploration précédemment menée du parallélisme des règles de compétence laisse apparaître une tendance fréquente à la concordance des compétences que ce soit dans le cadre d'une approche formelle commune des règles de compétence ou dans le cadre d'une approche formelle différenciée des règles de compétence.

661. Techniquement, lorsque le parallélisme des règles de compétence est parfait, les règles se rapprochent par la définition de champs d'application concordants des instruments, par le choix de chef de compétence et de critère de rattachement similaires et des définitions unitaires des notions mobilisées. Ce parallélisme méthodologique rejaillit ensuite sur le phénomène de concordance à l'étude. Ce parallélisme suggère une liaison fréquente entre *forum* et *jus* dont la réalisation dépendra souvent de la partie demanderesse ou des deux parties lorsqu'elles ont usé de leur faculté de choix. En effet, la concordance des compétences juridictionnelle et législative présente des intérêts pratiques importants et facilite la résolution du litige à caractère international.

662. Ensuite, le parallélisme même imparfait des compétences est un terrain particulièrement fertile pour voir naître une concordance entre *forum* et *jus*. Cette concordance résulte souvent de la mise en œuvre concrète des règles de compétence par la partie demanderesse. La concordance entre les compétences est le résultat d'une articulation par la ou les parties des règles de compétence au service de la proximité, du fond ou encore de la protection catégorielle d'une des parties.

663. Le phénomène est donc protéiforme, ce qui le rend difficile à percevoir et à systématiser. Pour autant, il ressort de manière générale que l'observation du parallélisme des compétences est un exemple typique de résolution fréquente du litige sous le prisme de la liaison entre *forum* et *jus* alors que l'indépendance entre les règles de compétence n'est pas remise en cause. Ce lien entre les compétences est alors un lien d'opportunité au service d'une ou des parties, que le législateur et le juge facilitent.

664. Après l'analyse délicate du parallélisme, il convient désormais de s'intéresser aux hypothèses *a priori* plus simples d'alignement des compétences juridictionnelle et législative.

CHAPITRE 2 : L'ALIGNEMENT DES COMPÉTENCES

665. Le phénomène d'alignement des compétences diffère des divers liens entre les compétences antérieurement étudiés. La concordance des compétences n'est plus seulement le résultat d'un parallélisme des critères désignés. L'alignement des compétences suppose de surcroît que la rationalité d'une des règles de compétence exerce une influence, une attraction sur l'autre règle de compétence.

666. Ces liens ne sont pas récents et cette dépendance entre *forum* et *jus* a pu exprimer historiquement un lien quasi indestructible, indispensable entre les compétences fondé sur des arguments techniques et théoriques. Mais, cette liaison est aujourd'hui devenue contingente dans un nombre important d'hypothèses en ce sens qu'elle est le résultat de l'œuvre des parties ou du juge, de sorte que s'il existe un rapport de dépendance entre les compétences au moment de leur application, il s'agit aujourd'hui d'une modalité de la concordance des compétences et non d'un lien nécessaire.

667. Méthodologiquement, les deux règles de compétence sont liées. L'attraction d'une des règles sur l'autre peut s'effectuer dans les deux sens. Autrement dit, la compétence juridictionnelle peut être dans la dépendance du droit applicable autant que la loi applicable peut être dépendante du juge compétent.

668. L'analyse de l'alignement du *forum* sur le *jus* (SECTION 1) sera suivie de l'étude de l'alignement du *jus* sur le *forum* (SECTION 2).

SECTION 1 : L'ALIGNEMENT DU *FORUM* SUR LE *JUS*

669. La théorie du *forum legis* introduite par Brocher, ou encore celle de la *Gleichlauf* fondée sur le droit applicable développée par la doctrine allemande[985] dite aussi théorie de la congruence entre les compétences[986] implique une analyse de la règle de compétence juridictionnelle dans la dépendance du droit applicable. Il ne s'agit plus ici, comme étudié précédemment, d'observer un parallélisme des règles de rattachement, mais de se situer au stade ultime du raisonnement, c'est-à-dire celui du droit applicable.

670. Cet alignement est lié à l'origine à la notion de souveraineté. Brocher explique qu'« une disposition qui, tenant au fond, consacre la compétence de la loi émanée de telle souveraineté peut, en principe et jusqu'à preuve ou présomption contraire, désigner cette loi comme compétente pour la procédure comme pour le fond »[987]. L'idée est apparemment simple : la règle de compétence juridictionnelle est dans la dépendance de la compétence législative établie par la règle de conflit de lois.

671. Cependant, une fois énoncée, cette référence à la substance du droit ne semble pas se suffire à elle-même pour saisir complètement le phénomène du *forum legis*. Deux hypothèses doivent effectivement être distinguées. Si l'accent est mis sur le droit matériel, il existe une différence entre consacrer une compétence juridictionnelle en la faisant dépendre peu ou prou du contenu d'un droit et consacrer un for compétent en référence à la loi rendue applicable par la règle de conflit de lois[988]. Le référentiel sur lequel se calque la règle de conflit de juridictions n'est pas le même.

672. Devront donc être distingués le *forum legis* qui fait dépendre la compétence juridictionnelle de la compétence législative (§1) et la compétence dépendante du droit matériel. Dans cette hypothèse, il ne pourrait s'agir que d'un *quasi forum legis* qui, sans être un « vrai » *forum legis* présente des traits qui s'en rapprochent fortement. Encore faut-il en vérifier l'hypothèse (§2).

---

[985] Pour une étude et une critique de cette théorie : VASSILAKAKIS, *op. cit.,*. p. 56 et s.

[986] Selon l'expression d'Ehrenzweig : A. A. EHRENZWEIG, E. JAYME, *Private international Law, A Comparative Treatise on American International Conflicts Law, Including the Law of Admiralty*, Volume Two, Sijthoff, Leyden, Oceana publications, NY, 1977, p. 164.

[987] C. BROCHER, *Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif français*, t. III, Paris, Thorin, 1885, p. 12-15, spec. p. 14.

[988] Voir en ce sens : E. PATAUT, *op. cit.,*. p. 102-105.

§1 : Le forum legis

673. Le *forum legis*, c'est-à-dire le for du juge dont la loi est applicable est un outil ancien de la mécanique du droit international privé, pourtant relativement « rare » et « original »[989]. La doctrine relève l'existence historique du *forum legis* en droit international privé français lorsque les juridictions françaises acceptaient de reconnaître leur compétence sur le fondement de l'article 3 du Code civil[990]. Ce *forum legis* était également doté d'un versant négatif : l'inapplicabilité de la loi entrainait l'incompétence du tribunal[991]. Dans son versant positif, le *forum legis* connait aujourd'hui un véritable renouveau notamment en droit international privé européen de la famille[992]. Parmi les différents *forum legis* consacrés[993], nous étudierons ceux consacrés en matière successorale.

674. Le Règlement Successions a en effet inauguré deux mécanismes originaux de renvoi de compétence qui fonde la compétence du *forum legis*. Le premier mécanisme est mis en œuvre par la volonté des parties (A) tandis que le second est éventuellement actionné par le choix du juge (B).

A- *Forum legis* et autonomie des parties

675. Le premier exemple de *forum legis* est dépendant de l'autonomie des parties. Il offre effectivement aux parties la possibilité de choisir le for compétent. Le Règlement Successions inaugure un instrument qui permet aux parties de choisir le for dans la dépendance du choix de loi préalablement effectué. L'article 5 du Règlement Successions prévoit ainsi que « *lorsque la loi choisie par le défunt pour régir la succession en vertu de l'article 22 est la loi d'un État membre, les parties concernées peuvent convenir que la ou les juridictions de cet État*

989 « À la vérité on peut aussi concevoir que la compétence du juge soit la conséquence de la détermination de la loi applicable, mais nous reverrons que ce processus est beaucoup plus rare, et il supprimerait lui aussi le problème de l'application des lois étrangères. Or c'est un problème qui a toujours paru le plus original du droit international privé ». H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *op. cit.,*. p. 85.
Sur les exemples historiques de consécration du *forum legis* : J. D. GONZALES CAMPOS, *op. cit.,*. p. 277 et s ; G. DROZ, « Regards sur le droit international privé comparé », *RCADI*, 1991, t. 229, p. 9, spec. p. 49.

990 P. THERY, *op. cit.,*. p. 381, n°401 et s.

991 Pour une analyse historique et une critique de ce phénomène : E. PATAUT, *op. cit.,*. p. 83 et s.

992 Pour une étude récente des différentes dispositions consacrant un *forum legis* : B. SAUNIER, *Le forum legis dans les règlements de droit international privé patrimonial de la famille de l'Union européenne : Successions, Régimes matrimoniaux et Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés*, Mémoire de Master II, Paris I, 2018.
Même s'il est possible de déceler des formes de *forum legis* également en droit international privé des obligations. Voir en ce sens : C. REYDELLET, *op. cit.,*. p. 247 et s.

993 C'est le cas des articles 7 et 8 du Règlement Régimes matrimoniaux qui permettent une élection de for ou une comparution volontaire en faveur de la juridiction dont la loi est applicable. Il en est de même des articles 7 et 8 du Règlement (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

membre ont compétence exclusive pour statuer sur toute la succession »[994]. Cette compétence du *forum legis* est exclusive et la juridiction désignée selon le chef de compétence générale et objectif du règlement est obligée de se dessaisir[995]. La réalisation du *forum legis* est donc limitée au for de la nationalité du défunt puisque le choix de loi est lui-même réduit à cette possibilité.

676. Le Règlement a en effet réintégré le rattachement à la nationalité[996] par l'intermédiaire de l'autonomie du *de cujus* au stade de la loi applicable et c'est également par l'intermédiaire des parties que peut être déclenchée la compétence du *forum legis*[997], de sorte que les justifications classiques tant du rattachement à la nationalité que du *forum legis* disparaissent. De manière étonnante, la permanence du statut et l'idée de souveraineté qui y est attachée[998], qui a longtemps justifié le choix de la nationalité comme critère de rattachement[999] voire comme chef de compétence juridictionnelle, est dépendante désormais de la volonté des parties. L'opposition classique entre prévisibilité et permanence — qui correspond à l'ancienne opposition entre domicile ou aujourd'hui résidence habituelle et nationalité — s'amenuise. Le choix de la nationalité comme choix de loi devient un instrument de prévision des parties[1000].

677. Ensuite, le *forum legis* ne représente plus un alignement indispensable entre *forum* et *jus*, une dépendance nécessaire entre les deux corps de règles. Il est un accessoire contingent de la règle de conflit de lois. Le *forum legis* devient un instrument flexible pour permettre de faire correspondre le choix de for avec l'objectif de prévisibilité du choix de loi. Il permet de s'assurer que le choix substantiel puisse être mis en œuvre le plus efficacement possible par la juridiction dont la loi est applicable. Cet alignement est recherché. L'objectif est explicitement exprimé au Considérant 28 de l'instrument

---

994 Article 5 du Règlement Successions

995 Article 6.b) du Règlement Successions.

996 Ce rattachement était celui en vigueur dans un nombre important de pays européens.

997 La Cour de Justice a même retenu que ce choix pouvait être tacite. Mais, il faut immédiatement préciser que cette solution ne vaut qu'en application et interprétations des dispositions transitoires du règlement. CJUE, 16 juillet 2020, *E.E*, aff. C-80/19, précitée, points 87 à 95.

998 P. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence, étude de droit international privé*, *op. cit.*, spec. p. 363, n°384 et s. H. GAUDEMET-TALLON, « Nationalisme et compétence judiciaire : déclin ou renouveau ? », *TCFDIP*, 1987-1988, p. 178 ; E. PATAUT, *op. cit,*.

999 E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, t. II, Domat-Montchestien, Paris, 1932 §228. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.,*. p. 278 et s.

1000 E. FONGARO, C. NOURISSAT, « Autonomie de la volonté et succession : le règlement succession », in A. PANET, H. FULCHRION, P. WAUTELET (dir.) *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 205. E. FONGARO, « L'anticipation successorale à l'épreuve du "règlement successions" », *JDI*, 2014, p. 477.

européen[1001]. Ce *forum legis* révèle une réelle coordination entre les règles de compétence dont le but est la concordance des compétences. Ce *forum legis* n'exprime donc pas une supériorité d'une loi par rapport à une autre ou une spécificité technique de la loi qui justifierait la compétence du *forum legis* ou encore un moyen de s'assurer de l'application de la loi désignée par la règle de conflit. Il permet de refaire converger *forum* et *jus* à l'instar du parallélisme des compétences prôné selon les règles objectives de compétence.

678. La concordance n'est pas automatique, car si le for est dans la dépendance du droit applicable, tant le choix de loi que le choix de déclencher le *forum legis* restent le fait des parties. Le *forum legis* est donc facultatif, mais sa possibilité atteste de la volonté du législateur d'encourager l'alignement des compétences en matière successorale.

679. Le *forum legis* est toutefois cantonné à la compétence des juridictions européennes. Le règlement européen ne peut en effet pas fonder la compétence d'un État tiers. Cette absence d'effet négatif du *forum legis* marque une différence avec les cas de *forum legis* qu'a pu connaître le droit français lorsque l'inapplicabilité de loi française entrainait l'incompétence des juridictions françaises[1002] et atteste un peu plus encore de l'absence de dépendance nécessaire entre *forum* et *jus* dans cette hypothèse.

680. Une telle solution se comprend, car s'il est possible d'envisager qu'un juge se dessaisisse en faveur d'une juridiction mieux placée, il est difficilement acceptable de laisser aux seules parties la possibilité de délocaliser entièrement le litige par un choix combiné de loi et de for devant les intérêts en jeu en matière successorale.

681. C'est bien là la différence entre un *forum legis* rigide qui tire sa rationalité de sa coordination avec la règle de conflit de lois elle-même rigide et le *forum legis* flexible qui tire sa rationalité du choix des parties. Cette flexibilité du *forum legis* peut également être le résultat de l'action du juge.

[1001] L'on retrouve effectivement au considérant 28 du Règlement Successions — qui fait suite à l'affirmation dans le considérant précédent de la volonté du législateur de faire correspondre juge compétent et loi applicable — l'affirmation selon laquelle, « *parmi ces mécanismes devrait figurer celui permettant aux parties concernées de conclure un accord d'élection de for en faveur des juridictions de l'État membre de la loi choisie.* »
[1002] Voir *supra* n°93.

B- *Forum legis* et choix du juge

682. Se rapprochant de la théorie du *forum non conveniens*[1003], l'article 6 du Règlement Successions prévoit un déclinatoire de compétence en cas de choix de loi. Ainsi, lorsque le défunt a opté pour la loi de sa nationalité — qui doit également être la loi d'un État membre dans notre hypothèse — en vertu de l'article 22 du Règlement Successions[1004], la juridiction compétente en vertu du règlement peut décliner sa compétence à la demande d'une des parties si la juridiction dont la loi a été choisie est mieux placée pour régir le litige. Pour évaluer si la juridiction est la mieux placée, le Règlement prévoit que doivent être prises en compte notamment la résidence habituelle des parties et la localisation des biens. Le déclinatoire de compétence du juge initialement saisi en faveur de la juridiction de l'État membre dont la loi est applicable en vertu du choix de loi présuppose que cette dernière juridiction est *forum more conveniens* ou plutôt *forum legis conveniens*[1005]. Une fois le choix effectué par le premier juge de décliner sa compétence, la juridiction mieux placée n'a pas d'autre choix que d'accepter sa compétence[1006].

683. Ce mécanisme permet d'assurer une coordination entre les deux règles de compétence et comme le relève le Professeur A. Bonomi, « la raison d'être principale de cette règle est de préserver, au moins dans certains cas, la coïncidence entre compétence et droit applicable, en dépit d'une *professio juris* en faveur de la loi nationale »[1007]. Mais, cette volonté de faire concorder les compétences n'est pas automatique et dépend de l'attitude d'une des parties d'une part et de l'appréciation des éléments de fait par le juge d'autre part. La volonté de faire converger *forum* et *jus* n'est permise *in fine* que s'il existe une juridiction mieux placée, ce qui pourrait être le cas notamment si la compétence

---

1003 Sur laquelle voir *infra* n°1238 et s.

1004 Article 22.1 du Règlement Successions : « *Une personne peut choisir comme loi régissant l'ensemble de sa succession la loi de l'État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès.*
Une personne ayant plusieurs nationalités peut choisir la loi de tout État dont elle possède la nationalité où elle fait ce choix ou au moment de son décès ».

1005 Un auteur a d'ailleurs relevé qu'une des pratiques du *forum non conveniens* visait à éviter la disjonction entre *forum* et *jus*. A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens. (Étude de droit international privé comparé)*, *op. cit.,* p. 366 et s.

1006 Article 7. 1.a) du Règlement Successions : « *Les juridictions d'un État membre dont la loi avait été choisie par le défunt en vertu de l'article 22 sont compétentes pour statuer sur la succession, à condition : a) qu'une juridiction préalablement saisie ait décliné sa compétence dans la même affaire, en vertu de l'article 6.* »

1007 En ce sens, A. BONOMI, P. WAUTELET, *Le droit européen des successions, Commentaire du Règlement n°650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 194.
L'auteur poursuit ensuite : « Son principal objectif n'est donc pas d'éviter des inconvénients pratiques pour les parties, ni d'assurer l'efficacité des procédures, mais bel et bien de préserver, au moins dans certains cas, la coïncidence entre la compétence et la loi applicable ». p. 197.

initiale du juge est fondée sur l'article 10 du Règlement Successions prévoyant des règles de compétence subsidiaires.

684. Ce *forum legis* atteste de la prise en considération, au stade de la compétence juridictionnelle, d'éléments à la fois pragmatiques et substantiels. Une fois le conflit de lois réglé — par le choix du *de cujus* — cet instrument permet à la règle de compétence d'intégrer cette donnée pour essayer d'en assurer une effectivité maximale, ce qui simplifie en outre le travail du juge.

685. À l'inverse du *forum legis* issu de la volonté des parties, l'on peut s'interroger ici sur la pertinence de cantonner cette règle à l'espace européen puisque le juge pourrait examiner l'opportunité de son dessaisissement à l'image d'un *forum non conveniens,* y compris au profit des juridictions d'un État tiers. Certes, ce choix serait calqué sur le choix de loi du défunt. Mais, d'une part, le choix du défunt est limité à une seule loi possible, ce qui réduit le travail du juge dans l'appréciation de ce dessaisissement et réduit les critiques tenant au risque d'insécurité juridique. D'autre part, il reviendrait au juge et non aux parties de décider si le litige pourrait être délocalisé ou non, ce qui permettrait au juge d'évaluer l'opportunité d'un tel choix en prenant en considération les potentiels conflits négatifs de compétence, ou les risques futurs de non-reconnaissance de la décision étrangère, ou encore la volonté d'application à l'étranger de la loi désignée par le choix de loi du *de cujus*.

686. Ces deux formes de *forum legis* étudiées dans le cadre du Règlement successions renouvellent entièrement la figure du *forum legis,* car la dépendance du for envers le *jus* existe, mais est très vite relativisée par les modalités de mise en œuvre du *forum legis*. Tant sa nature que son régime actuels attestent d'une modification de ce lien de dépendance ancien et original qui est aujourd'hui au service de la concordance entre *forum* et *jus*. La cause du *forum legis* — la dépendance nécessaire entre fond et compétence — et la conséquence — l'alignement du *forum* et du *jus* — sont inversées. La volonté d'alignement du *forum* et *jus* devient la cause de l'instauration du *forum legis* et la dépendance entre *forum* et *jus* devient la conséquence de sa mise en œuvre. Il convient désormais d'étudier une forme différente du *forum legis*, tel qu'étudié jusqu'à présent *:* le *quasi-forum legis*.

§2 : Le « quasi-forum legis »

687. Dans certaines hypothèses, le droit substantiel, et non l'applicabilité de la loi, va exercer une influence sur la détermination de la compétence juridictionnelle. C'est le cas en matière délictuelle où la Cour de Justice de l'Union européenne semble faire du droit litigieux un élément clé pour désigner la compétence juridictionnelle dans le cadre de la matérialisation du dommage[1008].

688. Dans ces hypothèses, s'il n'existe pas de *forum legis* à proprement parler, il pourrait exister un *quasi-forum legis* qui implique de se situer au stade du droit subjectif litigieux. La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne est fluctuante en matière de délits lorsque la localisation du dommage est difficile à déterminer et particulièrement pour désigner le lieu de matérialisation du dommage. Il faut dire que cette définition constitue un vrai défi pour le juge qui se retrouve confronté à des situations juridiques inconnues au moment de l'élaboration du droit international privé européen des délits. L'exemple typique étant celui des cyber-délits. Les cyber-délits ou délits commis par voie électronique ne font pas l'objet d'une réglementation spécialisée au sein des Règlements européens. Plusieurs types de délits sont susceptibles de se produire sur Internet. Il en va ainsi par exemple des atteintes aux droits de la personnalité, de la contrefaçon de marque sur internet, de la concurrence déloyale, etc.

689. En raison du principe d'ubiquité propre à l'usage d'Internet[1009], il existe une « transfrontaliarité systématique »[1010]. Il a donc fallu adapter les chefs de compétence invoqués. Ce fut le cas dans les célèbres affaires *eDate Advertising et Martinez*[1011]. Saisie auparavant des délits commis par voie de presse dans la fameuse affaire *Fiona Shevill*[1012], la juridiction européenne adapte sa solution et ne reprend pas les critères posés pour les

[1008] C'est-à-dire du lieu où se manifestent concrètement les conséquences négatives du dommage. CJUE, 16 juillet 2009, *Zuid-Chemine BV c./Philippo's Mineralenfabriek NV/SA*, aff. C-189/08, point 47. *Rev. Crit. DIP*, p. 663, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI*, 1983, p. 834, note A. HUET ; CJUE, 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims,* aff. C-352/13, point 52. *D.,* 2015, p. 2031, obs. L D'AVOUT ; *RTD eur.*, 2015, p. 807, obs. L. IDOT.

[1009] Pour une présentation globale des enjeux liés à l'Internet : B. AUDIT, « Propos introductif, droit international de l'internet », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2010, p. 1.

[1010] E. FARNOUX, *op. cit.,* t.
I, p. 350.
Voir également L. USUNIER, *op. cit.,* p. 206.

[1011] CJUE, 25 octobre 2011, *eDate Advertising GmbH c./X ; Olivier Martinez et Robert Martinez c./MGN Limited*, aff. jointes C-509/09 et C-161/10. *Rev. Crit. DIP*, 2012, p. 389, note H. MUIR WATT ; *JCP*, 2012, p. 28, note S. FRANCQ.

[1012] CJCE, 7 mars 1995, *Fiona Shevill*, aff. C-68/93. *JDI,* 1995, p. 543, obs. A. HUET ; *Rev. Crit. DIP*, 1996, p. 487, note P. LAGARDE.

autres médias en raison de la déterritorialisation du litige[1013]. Il convient donc d'étudier la manière dont la Cour de justice détermine la règle de compétence juridictionnelle qu'elle lie au droit substantiel (A) avant d'en analyser les conséquences sur les convergences des compétences (B).

A- La détermination de la compétence juridictionnelle dans la dépendance du droit substantiel

690. Afin de déterminer la juridiction compétente au titre de la matérialisation du dommage lorsqu'un dommage est causé par voie d'Internet, le choix du chef de compétence oppose deux théories : celle de l'accessibilité et celle de la focalisation d'inspiration américaine[1014]. Largement débattu devant les juridictions nationales[1015], il est également revenu à la Cour de Justice de l'Union européenne de prendre une position qui n'apparaît cependant pas toujours clairement définie.

691. Dans un premier temps, dans les affaires *eDate Advertising* et *Martinez*[1016], la Cour de Justice retient le critère de l'accessibilité pour définir le critère de diffusion propre à déterminer ensuite le lieu de matérialisation du dommage. Ainsi, sur le fondement de la matérialisation du dommage sont compétentes « *les juridictions de chaque État membre sur le territoire duquel un contenu mis en ligne est accessible ou l'a été* ».[1017]

[1013] « *[…] la mise en ligne de contenus sur un site interne se distingue de la diffusion territorialisée d'un média tel un imprimé en ce qu'elle vise, dans son principe, à l'ubiquité desdits contenus. Ceux-ci peuvent être consultés instantanément par un nombre indéfini d'internautes partout dans le monde indépendamment de toute intention de leur émetteur visant à leur consultation au-delà de son État membre d'établissement et en dehors de son contrôle* ». CJUE, 25 octobre 2011, *eDate* précité, point 45.

[1014] « En développant l'idée de focalisation, les juges américains estiment qu'il faut quelque chose de plus que la seule accessibilité locale des informations illicites pour fonder leur intervention. […] il faut en plus que l'activité litigieuse soit consciemment dirigée, "focalisée" vers cet État. ». D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. II, Partie spéciale, Paris, PUF, 4ème ed., 2017, n° 1017. Pour un développement de cette méthode : O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, Paris, LGDJ, 2002, spec. n°531 et s. ; O. CACHARD, « Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle : retour sur la méthode de la focalisation », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2010, n°63, p. 15.

[1015] La Cour de Justice a dû en effet trancher entre ces deux possibilités qui font hésiter les juges même au sein d'un même ordre juridique. C'est le cas notamment en France où la chambre commerciale et la première chambre civile ont tenu des positions différentes. Pour une approche commune dans un premier temps fixée sur le critère de l'accessibilité : Cass. 1ère Civ. 9 décembre 2003, *Cristal*, n° 01-03.225. *Rev. Crit. DIP*, 2004, p. 632, note O. CACHARD ; *JDI*, 2004, p. 872, obs. A. HUET et Cass. Com. 20 mars 2007, n°04-19.679. *Rev. Crit. DIP*, 2008, p. 322, note E. TREPPOZ.
Ensuite, la chambre commerciale a adopté une approche fondée sur la théorie de la focalisation : Cass. Com. 13 juillet 2010, n°06-20.230, Cass. Com. 23 novembre 2010 n° 07-19.543 ; Cass. Com. 7 décembre 2010 n° 09-16.811, 09-14.545 ; Cass Com. 29 mars 2011 n°10-12.272 ; Cass. Com. 20 mars 2012, n°11-10.600 ; Cass. Com. 3 mai 2012, n°11-10.505, 11-10.507, 11-10.508.

[1016] CJUE, 25 octobre 2011, arrêts précités.

[1017] CJUE, 25 octobre 2011 précité, point 51. La Cour précise que dans ce cas, le tribunal peut connaître du seul dommage causé sur son territoire.

692. Ensuite, en matière de contrefaçon de marque sur internet, dans un arrêt *Wintersteiger* du 19 avril 2012[1018], la juridiction européenne a considéré que les juridictions compétentes sur le fondement de l'article 5§3 au titre de la matérialisation du dommage devraient être celles « *dans lequel le droit en cause est protégé* »[1019]. Elle semble ainsi éluder la question du choix entre focalisation et accessibilité, car en réalité ici, dès qu'il s'agit d'une question de marque nationale, le dommage est inévitablement localisé sur ce territoire.

693. Mais, l'argumentation proximiste qui semble imparable pour localiser le dommage est à nuancer lorsque la Cour exige l'existence d'un « dommage allégué ». Comme le suggère justement un auteur, s'il ne fait pas de doute, quelle que soit la méthode envisagée (focalisation ou accessibilité) que le lieu de matérialisation du dommage en matière de marque par exemple se situe là où elle est enregistrée (ce qui suppose donc que le droit soit protégé), le débat entre focalisation et accessibilité n'est toutefois pas éteint. Ainsi, poursuit-il, « le désaccord porte plutôt sur la caractérisation de l'atteinte alléguée : cet intérêt nationalement protégé est-il mis en danger par un site simplement accessible (passif) ou par un site dont l'activité est dirigée (actif) ? La question est donc purement celle du niveau d'exigence à l'égard de la victime »[1020]. Ainsi, sans aller totalement dans la détermination du dommage au fond du litige, il reste toutefois nécessaire de caractériser un intérêt protégé pour localiser le dommage et il sera plus ou moins facile de caractériser ce dommage en fonction de la méthode choisie.

694. La Cour poursuit ensuite sa lignée jurisprudentielle selon laquelle la juridiction compétente au titre de la matérialisation du dommage est dans la dépendance de la protection du droit invoqué par le demandeur, ce qui implique donc qu'elle « *peut varier en fonction de la nature du droit prétendument violé* »[1021] au risque de créer un « catalogue de solutions spéciales »[1022].

[1018] CJUE, 19 avril 2012, *Wintersteiger* aff. C-523/10. *D.*, 2012, p. 1926, note T. AZZI ; *D.*, 2012, p. 2331, obs. L. D'AVOUT ; *RTD com.*, 2012, p. 554, obs F. POLLAUD-DULIAN ; *D.,* 2013, p. 1503, obs. F. JAULT-SESEKE .

[1019] CJUE, 19 avril 2012, *Wintersteiger* précité, point 27.

[1020] E. FARNOUX, *Les considérations substantielles dans le règlement de la compétence internationale des juridictions, réflexions autour de la matière délictuelle*, *op.cit.*, t. I, p. 369.

[1021] CJUE, 3 octobre 2013, *Peter Pinckney c./KDG Mediatech*, aff. C-170/12, point 32. *Revue Europe*, 2013, p. 558, obs. L. IDOT ; *Procédures*, 2013, p. 340, obs. C. NOURISSAT ; *D.,* 2014, p. 411, note T. AZZI ; *D.*, 2014, p. 1059, obs. F. JAULT SESEKE ; *Rev. Crit. DIP*, 2014, p. 189, note L. USUNIER ; CJUE, 19 avril 2012, *Wintersteiger* aff. C-523/10. *D.*, 2012, p. 1926, note T. AZZI ; *D.*, 2012, p. 2331, obs. L. D'AVOUT ; *RTD com.*, 2012, p. 554, obs F. POLLAUD-DULIAN ; *D.,* 2013, p. 1503, obs. F. JAULT-SESEKE ; CJUE, 22 janvier 2015, *Pez Hejduk c./EnergieAgentur NRW GmbH*, aff. C-441/13, point 29. *Revue Europe*, 2015, p. 132, obs. L. IDOT ; *Procédures*, 2015, p. 81, obs. C. NOURISSAT ; *JCP G*, 2015, p. 421, note M. ATTAL ; CJUE, 21 décembre 2016, *Concurrence SARL c./Samsung*

695. Pour expliciter sa position et illustrer l'importance de la nature du droit invoqué pour fonder la compétence du juge au titre de la matérialisation du dommage, la Cour de Justice de l'Union européenne nous offre un exemple de distinction entre des droits qui sont protégés par tous les États membres et ceux dont la protection dépend d'un ordre juridique en particulier. Dans la première hypothèse, selon la Cour, toutes les juridictions peuvent potentiellement connaître du litige et il convient de définir un chef de compétence en fonction de la proximité entre les juridictions et le litige[1023]. Les droits de la personnalité font figure d'exemples[1024].

696. Dans la seconde hypothèse, la Cour se base sur la territorialité du droit en cause pour fonder le chef de compétence. La compétence est donc fondée sur l'invocation du droit protégé, droit protégé territorialement. C'est ce qu'affirme la Cour de Luxembourg en cas de dommage causé par une atteinte à un droit de propriété intellectuelle ou industrielle[1025], ou en matière de marque[1026] ou plus récemment en matière de concurrence déloyale par voie électronique[1027]. Il en résulte que si le droit invoqué est protégé dans plusieurs États membres, chacun aura vocation à être

---

Electronis France SAS, Amazon Service Europe SARL, aff. C-618/15. *Revue Europe,* 2017, p. 43, obs. L. IDOT ; *D.*, 2017, p. 1011, obs. F. JAULT-SESEKE ; *Rev. Crit. DIP*, 2018, p. 105, note T. AZZI ;

[1022] H. GAUDEMET-TALLON, M.-E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe, Matière civile et commerciale Règlements 44/2001 et 1215/2012 Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, *op. cit.*, n° 233.

[1023] CJUE, 3 octobre 2013, *Peter Pinckney* précité, point 35 : « La Cour a distingué, pour les besoins de l'identification du lieu de matérialisation d'un dommage prétendument causé au moyen d'Internet, entre les atteintes aux droits de la personnalité et celles à un droit de la propriété intellectuelle et industrielle ».

[1024] CJUE, 3 octobre 2013, *Peter Pinckney* précité, point 36. La Cour renvoie à l'arrêt *eDate Advertising* et *Martinez* : « *la prétendue victime d'une atteinte aux droits de la personnalité commise au moyen d'un contenu mis en ligne, protégés dans tous les États membres, peut, au titre de la matérialisation du dommage, introduire une action en responsabilité devant les juridictions de chaque État membre sur le territoire duquel ledit contenu est accessible ou l'a été. Celles-ci sont compétentes pour connaître du seul dommage causé sur le territoire de l'État membre de la juridiction saisie. En outre, étant donné que l'impact d'une atteinte commise au moyen d'un contenu mis en ligne sur les droits de la personnalité d'une personne peut être le mieux apprécié par la juridiction du lieu où cette personne a le centre de ses intérêts, la prétendue victime peut choisir de saisir, pour l'intégralité du dommage causé, la seule juridiction de ce lieu* ».

[1025] « *En revanche, l'allégation d'une atteinte à un droit de la propriété intellectuelle et industrielle, dont la protection accordée par un acte d'enregistrement est limitée au territoire de l'État membre d'enregistrement, doit être portée devant les juridictions de celui-ci. En effet, ce sont les juridictions de l'État membre d'enregistrement qui sont les mieux à même d'évaluer s'il est effectivement porté atteinte au droit en cause.* », CJUE, 3 octobre 2013, *Peter Pinckney* précité, point 37.
Voir également la jurisprudence *Hejduk* précitée : « *il convient de rappeler que si les droits d'un auteur doivent être protégés, notamment en application de la directive 2001/29, de manière automatique dans tous les États membres, ils sont soumis au principe de territorialité. Ces droits sont donc susceptibles d'être violés, respectivement, dans chaque des États membres, en fonction du droit matériel applicable* », point 22.

[1026] CJUE, 19 avril 2012, *Wintersteiger*, point 25 et 28.

[1027] « *Aux fins d'attribuer la compétence judiciaire conférée par cette disposition pour connaître d'une action en responsabilité pour violation de l'interdiction de vente en dehors d'un réseau de distribution sélective résultant de l'offre, sur des sites Internet opérant dans différents États membres, de produits faisant l'objectif dudit réseau, en ce sens que le lieu où le dommage s'est produit doit être considéré comme étant le territoire de l'État membre qui protège ladite interdiction de vente au moyen de l'action en question, territoire sur lequel le demandeur prétend avoir subi une réduction de ses ventes* ». Arrêt CJUE, 21 décembre 2016, *Concurrence*, aff. C-618/15, point 35. *D.*, 2017, p. 15, obs. F. JAULT-SESEKE ; *Rev. Crit. DIP*, 2018, p. 105, note T. AZZI.

compétent au risque pour la victime de devoir se déplacer dans plusieurs États membres en raison de l'éclatement du contentieux.

697. Le choix de la territorialité renvoie au monopole de l'ordre juridique sur la réglementation de ces matières[1028] et est parfois comparé au monopole existant en matière immobilière[1029]. Cela se comprend notamment dans le droit des marques où un enregistrement est nécessaire.

698. Pourtant, la Cour semble adopter un raisonnement similaire pour les droits relatifs à la propriété industrielle qui nécessitent un enregistrement propre dans chaque État membre, et pour les droits d'auteurs — dont l'enregistrement fait défaut — qui font l'objet d'une harmonisation européenne. En cela, il pourrait être reproché une supériorité de la compétence des juridictions d'un État par rapport aux autres juridictions et donc en amont une supériorité de la loi de cet État par rapport aux lois étrangères.

699. Mais, il s'agit selon la Cour de justifier *in fine* des arguments proximistes. Cette volonté de consacrer une compétence juridictionnelle en raison d'un monopole proximiste de l'ordre juridique sur cette matière ressort d'ailleurs des arguments de la Cour lorsqu'elle considère que si une seule juridiction était « *compétente pour connaître du dommage causé sur les territoires d'autres États membres, elle se substituerait aux juridictions de ces États, alors que ces dernières sont en principe compétentes, au regard de l'article 5, point 3, du règlement et du principe de territorialité, pour connaître du dommage causé sur le territoire de leur État membre respectif, et qu'elles sont mieux placées, d'une part, pour évaluer s'il est effectivement porté atteinte aux droits patrimoniaux d'auteur garantis par l'État membre concerné et, d'autre part, pour déterminer la nature du dommage qui a été causé* »[1030].

700. Toutefois, la Cour exige en plus le risque d'une atteinte à un droit protégé. Et, la Cour est claire dans l'arrêt *Pinckney* lorsqu'elle affirme que « *l'article 5, point 3, dudit règlement n'exige notamment pas que l'activité en cause soit "dirigée vers" l'État membre de la juridiction saisie* »[1031]. Le choix de l'accessibilité est établi, de sorte que la seule existence d'un droit

[1028] En matière de marque, il est relevé que « l'intérêt protégé, celui dont on peut craindre qu'il soit endommagé par les agissements de l'opérateur, est le monopole territorial de l'exploitation de la marque déposée. Lorsqu'est allégué un dommage à une marque nationale, ce dommage ne peut avoir lieu que sur le territoire d'un État membre où cette marque est protégée ». E. FARNOUX, *op. cit.,* t. I, p. 367.
[1029] Voir notamment : note précitée : *D.*, 2012, p. 2331, obs. L. D'AVOUT. Sur la revendication monopolistique du litige par l'ordre juridique en matière immobilière, voir supra Chapitre 1 Partie 1.
[1030] CJUE, 3 octobre 2013, *Peter Pinckney* précité, point 46.
[1031] CJUE, 3 octobre 2013, *Peter Pinckney* précité, point 42.

protégé suffit à déterminer la compétence juridictionnelle au titre de la matérialisation du dommage. En définitive, il s'agira, en dépit d'un appel aux arguments proximistes, d'une véritable substantialisation de la règle de compétence qui intègre ici non plus seulement les objectifs de la règle de conflit de lois, mais les objectifs du droit applicable.

701. Comme le relève le professeur S. Corneloup, « cela signifie que la compétence est ici dans la dépendance non seulement de la loi applicable, en ce sens où la Cour présuppose qu'il s'agisse de la loi du for, mais aussi du contenu de la loi »[1032]. En ce sens, la Cour consacre ici un *quasi-forum legis*, puisque la compétence est guidée par le droit substantiel, dont il est présumé qu'il découle de la loi du for, et le litige est porté devant le juge de l'ordre juridique dont le droit est prétendu violé pour mettre en cause la responsabilité civile délictuelle.

702. Mais, la substantialisation de la règle de compétence par l'effet de rattachement du droit matériel et l'existence d'un véritable *forum legis* restent deux choses distinctes. Il s'agit dans notre hypothèse, l'on en convient, d'une déformation apparente de la notion de *forum legis* en ce sens que l'alignement du *forum* sur le *jus* n'est que potentiel. Il s'agit plus d'un « ersatz de *forum legis* »[1033], d'un *quasi-forum legis* que d'un véritable *forum legis*. Certes, il existe bel et bien une substantialisation de la règle de compétence, mais cela ne signifie pas pour autant que la règle de compétence s'aligne sur le droit applicable, car l'on ne sait pas encore si le droit sera applicable. De surcroît, « déterminer *un élément* de la règle de compétence n'est pas déterminer la compétence *elle-même* »[1034].

703. Pour autant, même quasi imperceptible, ce lien peut réapparaitre lorsque la règle de conflit de lois applicable en la matière prévoit ensuite le même rattachement, ce qu'il convient de vérifier.

[1032] S. CORNELOUP, « Les liens entre *forum* et *ius*, réflexions sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op. cit.,* p. 461, spéc. p. 465. L'auteur prend également l'exemple de l'arrêt *Coty Germany GmbH c./First Note Perfumes NV*, aff. C-360/12. *D*, 2015, p. 1056, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE ; *Rev. Crit. DIP*, 2015, p. 190, note. C. LAURICHESSE. Pour un même raisonnement, mais en matière responsabilité délictuelle pour des faits anticoncurrentiels voir CJUE, 5 juillet 2018, *AB « FlyLAL-Lithuanian Airlines c./Starptatustika lidosta "Riga" VAS et Air Baltic Corporation AS*, aff. C-27/17, *Revue de droit des affaires internationales*, 2019, p. 192, note R.-M. SOTOMAYOR ; *JDI*, 2019, chron. 9, note S. SANCHEZ LORENZO.
Voir également : "La solution étonne dans la mesure où elle semble placer la compétence dans la dépendance d'une question de droit substantiel, qui devrait normalement être débattue à un stade ultérieur du procès." *Rev. Crit. DIP*, 2014, p. 189, note L. USUNIER, n°8.
[1033] C. REYDELLET, *op. cit.,* p. 239, n°732.
[1034] *Ibid*, p. 242.

B- L'analyse de la concordance en présence d'un *quasi-forum legis*

704. Pour asseoir la concordance des compétences, encore faut-il que la loi applicable concorde avec le juge compétent. La question du choix unitaire du rattachement ici est classique et n'est pas spécifique au développement de l'Internet. L'interrogation est simplement renouvelée du fait des méthodes de localisation retenues. Un auteur s'interroge ainsi : « les juridictions peuvent-elles adopter une analyse différente de l'activité électronique délictuelle selon qu'il s'agit de statuer sur le fond ou de statuer sur la compétence ? »[1035]. L'auteur en appelle de ses vœux : « un même élément factuel, le dommage, doit être établi de façon constante quelle que soit la règle de droit au soutien de laquelle il est utilisé. C'est pourquoi, la méthode de la focalisation doit être utilisée aux trois stades de l'analyse d'un délit électronique : compétence juridictionnelle, législative et établissement de la responsabilité »[1036]. Si la solution ne semble pas consacrée en matière de compétence juridictionnelle qu'en est-il de la compétence législative ?

705. Sur le plan de la loi applicable, les textes européens sont lacunaires en ce qui concerne les règles de conflit de lois en matière de cyber-délits, en ce sens qu'il n'existe pas de règles propres aux cyber-délits. Hors exclusion du champ d'application du Règlement Rome II[1037], les règles de conflit de lois contenues dans le Règlement Rome II ont donc vocation à s'appliquer à savoir l'article 4§1 [1038] et les règles spécifiques notamment en matière de propriété intellectuelle[1039] et de concurrence déloyale. Ces règles spéciales donnent compétence respectivement à la *lex loci protectionis*[1040] et à la loi « *du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être* »[1041]. En vertu de ces deux derniers textes, la convergence

---

[1035] O. CACHARD, « Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle : retour sur la méthode de la focalisation », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, Aout 2010, p. 15.

[1036] *Loc. cit.*

[1037] Sont notamment exclues « *les obligations non contractuelles découlant d'atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité, y compris la diffamation* ». Article 1.2) g) du Règlement Rome II.

[1038] Pour lequel le choix de la méthode entre focalisation et accessibilité ne semble pas encore tranché en droit international privé européen.
En droit international privé français : Cass. Com., 11 janvier 2005, *Hugo Boss*, n°02-18.381 et n°02-18.382, *JCP G*, 2005, p. 10055, note C. CHABERT ; *JCP E*, 2005, p. 571, note C. CASTETS-RENARD ; Cass. 1ère Civ. 12 juillet 2012, *Patrick Bruel*, n°11-15.165, *Rev. Crit. DIP*, 2013, p. 607, note L. USUNIER ; *D.*, 2013, p. 1503, note F. JAULT-SESEKE.

[1039] Article 8.1 du Règlement Rome II : « *La loi applicable à une obligation non contractuelle d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée* ». Il faut également compter avec l'article 5§2 de la Convention de Berne du 9 septembre 1896 applicable en la matière.

[1040] Sur l'opportunité de laquelle : E. TREPPOZ, « La *lex loci protectionis* et l'article 8 du Règlement Rome II », *D.*, 2009, p. 1643.

[1041] Article 6.1 du Règlement Rome II. Pour les litiges concernant un intérêt individuel d'un concurrent, il doit être fait application de l'article 4.

entre *forum* et *jus* se crée en raison de la territorialité des critères choisis. La substantialisation des règles de compétence semble donc trouver une justification dans la convergence entre *forum* et *jus*.

706. Cependant, sur le terrain de la loi applicable, lorsque sont en jeu ces règles spéciales, le principe de territorialité n'est pas absolu[1042]. En matière de propriété intellectuelle par exemple, la protection accordée par le droit peut d'abord présenter des effets extraterritoriaux du fait de la protection offerte par le droit de l'Union européenne. La loi appliquée peut également se départir exceptionnellement du principe de territorialité et appréhender des faits qui ne se situent pas sur le territoire de l'État membre compétent du fait de la complexité factuelle du litige. A d'ailleurs été critiqué le « paradoxe entre une invocation dogmatique du principe de territorialité et la réalité du traitement du droit européen de la propriété intellectuelle [qui] confirme que la territorialité de la propriété intellectuelle n'est pas une impérieuse nécessité, mais un choix parmi d'autres »[1043].

707. Ensuite, l'incertitude quant à la concordance des compétences s'accentue si l'on se situe dans le champ de l'article 4§1 du Règlement Rome I. Faut-il retenir la méthode la focalisation ou de l'accessibilité ? Lorsque la Cour a eu à traiter de cyber-délits, la réponse apportée est source d'interrogation. Dans un arrêt *Football Dataco*[1044] où était en cause un droit *sui generis* relatif à la protection juridique des bases de données, la Cour devait déterminer si le fait litigieux réalisé par le biais d'internet avait lieu en Allemagne ou au Royaume-Uni dans le cadre de l'application de l'article 5§3 du Règlement Bruxelles I et de l'article 8 du Règlement Rome II. En employant cette fois-ci la méthode de la focalisation, la Cour fait d'ailleurs référence à la règle de compétence juridictionnelle et énonce que la protection dudit droit est, par principe, limitée au territoire et que les bénéficiaires de cette protection ne peuvent s'en prévaloir qu'en ce lieu[1045]. Se faisant elle semble bien lier les deux règles de compétence dans leur

[1042] Il a pu être démontré « le paradoxe de du principe de territorialité » des droits de propriété intellectuelle au sein de l'Union européenne en démontrant « une extra-territorialité ponctuelle, mais réelle de la protection conférée » et que « la loi désignée peut se voir doter d'une application extraterritoriale ». E. TREPPOZ, « Le paradoxe du principe de territorialité en droit européen de la propriété intellectuelle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 1495, spec. p. 1499.

[1043] *Loc. cit.*

[1044] CJUE, 18 octobre 2012, *Football Dataco Ltd, Scottish Premier League Ltd, Scottish Football League, PA Sport UK Ltd c./Sportradar GmbH, Sportradar AG*, aff. C-173/11. *D.*, 2013, p. 1506, obs. F. JAULT-SESEKE ; p. 2297, obs. L. D'AVOUT ; *RTD eur.* 2012, p. 947, obs. E. TREPPOZ.

[1045] La Cour fait référence à l'arrêt *Wintersteiger*. CJUE, 18 octobre 2012, *Football Dataco* précité, point 27.

fonctionnement. Tout dépend du fait de savoir si le fait dommageable a lieu dans l'ordre juridique dans lequel la protection est invoquée. Mais, cette affaire interroge, car elle pourrait apparaître comme un « accident de parcours »[1046] tant la Cour de Justice semble être attachée au critère de l'accessibilité en matière de compétence juridictionnelle. Dans une autre affaire cependant, elle avait également retenu la méthode de la focalisation en matière de conflit de lois sans qu'il lui soit demandé de se prononcer sur les règles de compétence juridictionnelle[1047].

708. Or, dans l'hypothèse où la Cour de Justice emploierait deux méthodes différentes pour désigner, au titre de la matérialisation du dommage, la compétence juridictionnelle et la compétence législative, il se peut que la compétence juridictionnelle déterminée par le biais de la méthode de l'accessibilité soit en réalité rendue inutile au moment de juger le fond du litige, car le dommage allégué pourrait avoir disparu si pour être établi il faut désormais se fier à la méthode de la focalisation. Il y a donc là potentiellement une source importante de difficulté. « Dès lors, rien ne permet de justifier que dans une même affaire née d'un délit électronique, la simple accessibilité d'un site internet sur le territoire soit d'abord jugée suffisante pour fonder la compétence internationale des juridictions françaises, puis ensuite insuffisante, sur le fond, pour prononcer une condamnation ! »[1048].

709. La concordance des compétences semble ainsi vacillante, marquant un peu plus le fait que nous ne sommes pas en présence d'un vrai *forum legis*, mais d'un *quasi-forum legis*. Cette incertitude dans la convergence des compétences reflète plus les incertitudes actuelles du traitement des cyber-délits en droit international privé qu'une véritable différence d'objectifs entre les règles de compétence.

Conclusion de la section :

710. En définitive, les cas de *forum legis* étudiés ont *a priori* en commun de faire dépendre la compétence juridictionnelle de la loi applicable. Il ne s'agit pas d'un simple

[1046] T. AZZI, « Compétence juridictionnelle en cas d'atteinte au droit d'auteur commise au moyen d'un site internet : la Cour de justice adopte le critère de l'accessibilité », *D.*, 2014, p. 421.
[1047] CJUE, 12 juillet 2001, *l'Oréal c. eBay*, aff. C-324/09. *D.*, 2012, p. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE ; *RTD eur.* 2011, p. 847, obs. E. TREPPOZ.
[1048] O. CACHARD, « Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle : retour sur la méthode de la focalisation », *op. cit.,* p. 15, n° 14.

parallélisme entre les deux corps de règles, mais d'un alignement du *forum* sur le *jus*. Il existe donc une dépendance fonctionnelle entre les deux compétences.

711. Deux formes de *forum legis* ont été analysées pour préciser le sens de cette dépendance. La première forme de *forum legis* révèle que la compétence juridictionnelle est dans la dépendance de la loi applicable. La compétence du juge devra donc se fixer à partir de la compétence législative. La détermination de l'ordre juridique compétent dépend donc de la solution dégagée par la règle de conflit de lois qui emporte ensuite détermination de la compétence juridictionnelle. En conséquence, ce mouvement de dépendance du *forum* envers le *jus* devrait pouvoir fixer un lien de concordance immuable entre compétence juridictionnelle et compétence législative. Or, de manière originale pour la figure du *forum legis*, cette convergence n'est pas automatique. Le lien entre *forum* et *jus* doit en effet mis en œuvre par les parties ou le juge. Cette flexibilité du *forum legis*, reflet de celle des règles de compétence, démontre le changement de nature de ce mécanisme qui devient un instrument au service des parties et non le reflet de considérations de souveraineté.

712. La seconde espèce était envisagée comme un *quasi-forum legis*, se distinguant du précédent mécanisme, car la compétence juridictionnelle est cette fois-ci dans la dépendance du droit matériel et plus précisément du droit substantiel dont la violation est alléguée. Il s'agit là d'une réelle substantialisation de la règle de compétence juridictionnelle, mais le raisonnement en termes de conflit de lois demeure. C'est en ce sens que la définition du *forum legis* est dénaturée. Le raisonnement distinct des deux règles de compétence perdure, mais la règle de compétence juridictionnelle est liée par la substance du droit, droit qui est également rendu applicable dans l'immense majorité des cas par la règle de conflit de lois. La concordance demeure donc fréquente.

713. Il convient désormais d'étudier le phénomène inverse d'alignement du *ju*s sur le *forum*.

SECTION 2 : L'ALIGNEMENT DU *JUS* SUR LE *FORUM*

714. L'alignement du *jus* sur le *forum* représente le modèle opposé de ce qui a été étudié précédemment. Il représente l'hypothèse selon laquelle le droit applicable se calque nécessairement sur le tribunal compétent. Autrement dit, il s'agit d'analyser les cas d'application directe de la *lex fori*.

715. Pour ce faire, il est nécessaire de distinguer les différentes applications de la *lex fori* comme solutions du conflit de lois, c'est-à-dire les dispositions qui font l'objet d'une règle de conflit, de la doctrine prônant l'application généralisée de la *lex fori*[1049], dit également *qua lex fori*[1050], abstraction faite du raisonnement en termes de conflit de lois.

716. Loin d'atteindre le stade de l'application généralisée de la *lex fori* en droit positif et de constater la disparition de la règle de conflit de lois ou encore la compétence générale de principe de la *lex fori*[1051], le droit positif offre tout de même des exemples d'application de la *lex fori*.

717. Parmi ces différents cas, l'analyse de la vocation subsidiaire de la *lex fori*[1052] sera délaissée, car notre étude suppose une application de la *lex fori* en tant que loi désignée par la règle de conflit et non comme le résultat d'une application impossible ou empêchée de la loi étrangère. « Très certainement, ces procédés ont pour effet de réanimer, *a posteriori*, un lien entre le *jus* et le *forum* alors que le principe de séparation entre le juge compétent et la loi qu'il applique avait pleinement fonctionné »[1053].

718. Au contraire, l'observation d'un phénomène de concordance suppose de s'intéresser aux règles de conflit de lois qui désignent la *lex fori*. Cette désignation se rencontre parmi les règles objectives de conflit de lois (§1). Le recours à la loi du for trouve aussi une place de choix parmi les critères subjectifs de rattachement (§2).

[1049] Sur laquelle voir *infra* n°1144.

[1050] P. PICONE, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général », *RCADI*, 1999, t. 276, p. 143

[1051] « Dans les cas où notre droit international privé désigne un droit étranger, c'est lui doit être nécessairement appliqué. La compétence de ce droit étranger n'est pas doublée par la compétence générale principale du droit français. La première exclut la seconde ». P. LOUIS-LUCAS, « Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois ? », *op. cit.,* p. 415-416.

[1052] Sur laquelle : J.-M. BISCHOFF, *op. cit.* ; M. CEALIS-SANTA CROCE, *La vocation générale subsidiaire de la loi du juge saisi dans le règlement des conflits de lois,* thèse dactyl. Paris I, 1975 ; L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004.

[1053] P. CARLIER, *op. cit.,* p. 118.

§1 : La *lex fori* objectivement désignée

719. L'application de la *lex fori* peut faire écho dans l'Histoire du droit international privé à une « approche "territorialiste" du conflit de lois »[1054] ou s'expliquer encore par le rôle prépondérant du juge dans le système juridique comme dans les pays de *common Law*[1055]. « Le parallèle est instructif à cet égard en matière de divorce entre les pays de *common law* et ceux qui suivent la tradition de l'Europe continentale. Pour les premiers la matière est essentiellement une décision du juge, et s'il est compétent il la rendra selon sa propre loi. Pour les seconds la compétence du juge ne dispense pas de rechercher la loi applicable au fond qui peut être une loi étrangère »[1056].

720. Cette application de la *lex fori* a pu être vue dans les pays de droit continental notamment, comme une fermeture de l'ordre juridique envers les ordres juridiques étrangers et exprimer une certaine négation du droit international privé. Pourtant, le développement de la désignation de la *lex fori* s'observe dans différents droits positifs nationaux[1057] et notamment concernant la création des situations juridiques en matière familiale[1058]. L'évolution du phénomène est par conséquent source d'interrogations. Est-ce le signe d'un renouveau de la *lex fori* comme solution du conflit de lois ou bien d'un changement de fonction du rattachement à *lex fori* qui trouverait aujourd'hui une place renouvelée parmi les instruments de droit international privé ?

721. La réponse n'est pas uniforme. En effet, il semble que le recours à la *lex fori* peut bénéficier de plusieurs justifications. Le rattachement à la loi du for peut tout d'abord se combiner avec la recherche de la justice conflictuelle et représenter la loi qui

---

[1054] P. PICONE, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général », *op. cit.,* p. 180.
Des auteurs ont cependant démontré que cette vision territorialiste devait être nuancée et s'avérait parfois faussée : « En apparence, la territorialité du droit a imposé l'application exclusive de la *lex fori,* mais, étant donné la compétence du juge du domicile, la *lex fori* n'est autre que la loi de la communauté d'origine de la personne, la loi personnelle. J. D. GONZALEZ CAMPOS, *op. cit.,* spéc. p. 254-254.
Voir également : E. M. MEIJERS, "L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen-Âge, spécialement dans l'Europe occidentale", *op. cit.,* p. 573.

[1055] Sur l'importance du rôle du juge qui diffère selon les systèmes juridiques, voir *infra* n°1158.

[1056] H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *op. cit.,* p. 86.

[1057] C'est le cas notamment de la loi de droit international privé suisse : Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987. Voir par exemple les articles 44 et 61 en matière de célébration du mariage et de divorce.

[1058] Voir en ce sens : G.-P. ROMANO, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes », *Rev. Crit. DIP*, 2006, p. 457. À la différence de notre présente étude, l'auteur entreprend de rassembler les différents cas d'application de la loi du for que ce soit en tant que rattachement explicite à *lex fori* ou non.

présente les liens les plus étroits avec le litige. Le rattachement à la *lex fori* intervient alors en tant qu'élément de rattachement fondé sur la proximité (A).

722. La préférence pour la loi du for peut également exprimer la marque d'une réglementation du conflit de lois plus orientée vers la justice matérielle, lorsque le législateur procédant à un choix souhaite venir en soutien d'un droit subjectif particulier. En donnant une faveur à l'application de la *lex fori*, le législateur s'assure de donner accès au statut consacré par la loi du for (B).

A- L'analyse de la *lex fori* comme présomption de proximité

723. La consécration de la *lex fori* comme loi de rattachement a été permise par l'œuvre de la Conférence de La Haye. C'est en effet dans le cadre de la Convention du 19 octobre 1996 relative à la responsabilité parentale et aux mesures de protection des enfants que la solution a été employée. On retrouve cette même solution dans la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes.

724. L'innovation majeure n'est pas tant le recours à la *lex fori* que les raisons de son usage. Les deux instruments conventionnels s'assurent, par l'emploi de différents rattachements, que l'autorité saisie applique sa propre loi soit par le recours au parallélisme des compétences, soit par la recherche de l'alignement du *jus* sur le *forum*. Cela interroge les raisons qui ont poussé le législateur à consacrer un parallélisme entre *forum* et *jus* autour du critère de la résidence habituelle et un alignement des compétences. Existe-t-il une si grande différence entre la première hypothèse, le parallélisme — fondé sur la proximité et l'intégration sociale du mineur — et la seconde hypothèse, la dépendance nécessaire entre le *forum* et le *jus* ?

725. Il nous semble qu'une réponse négative doive être retenue. La *lex fori* participe selon nous à la recherche de la justice conflictuelle en devenant un rattachement proximiste au même titre que la résidence habituelle et auquel il est possible d'apporter des tempéraments.

726. La protection des mineurs sera prise pour exemple afin d'analyser cet alignement du *jus* sur le *forum* (1). Il sera ensuite constaté que la dépendance entre compétence juridictionnelle et compétence législative présente un caractère de présomption simple qui reflète le fondement renouvelé du rattachement (2).

1- L'exemple de la protection des mineurs

727. En matière de protection des mineurs, le régime de la compétence judiciaire et de la compétence législative en plus d'être appréhendé par deux textes différents peut résulter également de deux systèmes différents. La compétence du juge est en effet régie aujourd'hui par le Règlement européen Bruxelles II *bis*[1059] tandis que la loi applicable relève de la Convention de La Haye de 1996[1060].

728. Le règlement Bruxelles II *bis* ainsi que sa refonte récente consacre la compétence des juridictions de l'État membre où se situe la résidence habituelle de l'enfant[1061]. Dans le champ d'application du Règlement Bruxelles II *bis*, la Cour de Luxembourg a fourni une définition de la notion de résidence seulement en matière de responsabilité parentale[1062] grâce à une liste de critère qu'elle énumère. Ainsi, au sens de l'article 8§1 Bruxelles II *bis*, la résidence habituelle se situe « *au lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial. À cette fin, doivent notamment être prises en considération la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire de l'État membre et du déménagement de la famille dans cet État, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par l'enfant dans ledit État. Il appartient à la juridiction nationale d'établir la résidence habituelle de l'enfant en tenant compte de l'ensemble des circonstances de fait particulières à chaque cas d'espèce* »[1063]. La Cour a par la suite précisé que la résidence habituelle devait présenter un degré de stabilité et de régularité[1064].

[1059] Le règlement s'applique pour les mesures de protection l'enfant en vertu de l'article 2. E) du règlement. La Cour de Justice de l'Union européenne a eu l'occasion par la suite de retenir que le texte s'applique aux mesures de prise en charge et de placement d'un mineur même lorsque cette mesure est prise en vertu de règle de droit public concernant la protection de l'enfance. CJCE, 27 novembre 2007, aff. C-435/06. *Rev. Crit. DIP*, 2009, p. 342, note E. GALLANT ; CJUE, 2 avril 2009, aff. C-523/07. *Rev. Crit. DIP*, 2009, p. 791, note E. GALLANT ; *JCP*, 2009, p. 316, note BOULANGER ; CJUE, 26 avril 2012, *PPU, Health Service Executive*, C-92/12. *RTD eur.*, 2012, p. 685, note M. DOUCHY-OUDOT, E. GUINCHARD.

[1060] Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

[1061] Article 8 du Règlement Bruxelles II *bis* et article 7 du Règlement Bruxelles II *ter*.

[1062] Pour une analyse de la notion de résidence habituelle en matière de responsabilité parentale : E. GALLANT, « Réflexions sur la résidence habituelle des enfants de couples désunis », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, p. 241 et s.

[1063] CJCE, 2 avril 2009, aff. C-523/07, *Rev. Crit. DIP*, 2009, p. 791, note E. GALLANT ; *D.*, 2010, p. 1585, obs. F. JAULT-SESEKE ; *AJ famille,* 2009, p. 294, obs. A. BOICHE ; CJUE, 28 juin 2018, HR, aff. C-512/17 ; *JDI*, 2019, p. 1489, note M. WILDERSPIN ; *D.*, 2019, p. 1106, obs. S. CLAVEL.

[1064] CJUE, 22 décembre 2010, *Mercredi*, aff. C-497/10, *Revue Europe*, 2011, n°117, note L. IDOT, *Procédures*, 2011, n°60, note C. NOURISSAT ; voir également, CJUE, 17 octobre 2018, *UD v. XB*, aff. C-393/18. *JDI*, 2019, p. 1490, note M. WILDERSPIN ; *RTD Eur.*, 2019, p. 759, note V. EGEA.

729. En matière de loi applicable, la Convention de La Haye de 1996 met en œuvre deux sortes de liaisons entre *forum* et *jus*. D'une part, un parallélisme entre *forum* et *jus* nait du choix du critère de la résidence habituelle de l'enfant[1065] à l'image du chef de compétence permettant de désigner le juge. D'autre part, un alignement du *jus* sur le *forum* intervient par la désignation de la *lex fori*[1066]. Il est en effet prévu à l'article 15 de la Convention de La Haye que l'autorité saisie applique sa propre loi.

730. Si la Convention désigne la *lex fori*, la détermination du tribunal devient alors l'enjeu prépondérant. Sans déroger à la méthode conflictuelle, car la règle de conflit de lois est préservée, le choix de la *lex fori* comme règle de rattachement va à l'encontre de la recherche d'une localisation du rapport de droit au stade de la loi applicable. Un auteur a ainsi pu relever qu'une des caractéristiques de ce phénomène « réside dans le fait que, à l'égard de la méthode classique, le rapport entre juridiction et loi applicable est renversé »[1067].

731. Le critère de rattachement à l'ordre juridique devient celui qui entoure la compétence juridictionnelle. La localisation du rapport de droit et la résolution du conflit de lois s'effectuent au stade de la compétence juridictionnelle. Le chef de compétence devient, dans ces hypothèses, la clé de voute de la résolution du litige à caractère international. « Une telle solution a pour conséquence de confier à la règle de compétence juridictionnelle le poids de l'internationalité »[1068].

732. Or, si la convergence des compétences est consacrée en matière de protection des mineurs, la présence de ces deux textes appartenant à des systèmes différents interroge l'articulation concrète entre les compétences. Vraisemblablement, l'application de deux textes de sources différentes pourrait être de nature à bouleverser la résolution du conflit de lois qui se fait en contemplation de la compétence juridictionnelle. Autrement

---

[1065] Articles 16, 17 et 18 de la Convention précitée.

[1066] Article 15 de la Convention précitée.

[1067] L'auteur poursuit : « En effet, les règles de conflit traditionnelles délimitent sur le plan spatial et personnel la "compétence" de la *lex fori* et des lois étrangères, en régissant *tous* les rapports potentiellement objets de réglementation, et en laissant aux critères de juridiction la seule tâche de déterminer lesquels d'entre eux sont susceptibles d'être décidés et/ou concrétisés par les tribunaux. Par la méthode examinée ici, ce sont, en revanche, les critères de compétence juridictionnelle qui remplissent indirectement, du point de vue conflictuel, la tâche de délimiter les rapports de droit susceptibles d'être régis à titre exclusif par la *lex fori* : les rapports soumis à celle-ci sont en effet *tous* les rapports (mais aussi *seulement* les rapports) qui font justement l'objet d'une possible appréciation juridictionnelle dans le for ». (Souligné par l'auteur). P. PICONE, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général », *op. cit.,* p. 167.

[1068] E. PATAUT, « Territorialité et coordination en droit international privé. L'exemple de la sécurité sociale », *op. cit.,* p. 663, spec. p. 672.

dit, le rattachement à la *lex fori* pourrait devenir vide de sens, car, pensé en contemplation de chefs de compétence juridictionnelle non applicables au litige. Pourtant, en dépit de la différenciation des sources, un effort particulier d'articulation a été effectué pour préserver cette convergence[1069].

733. En effet, les règles de compétence juridictionnelle prévues dans le Règlement Bruxelles II *bis* étant similaires à celles prévues par la Convention de La Haye[1070], il est possible d'appliquer les règles de conflit de lois prévues par la Convention de La Haye sans pour autant dénaturer la *ratio legis* de l'instrument international. « C'est la totalité des dispositions relatives au conflit de lois issues de la Convention de 1996 qui peuvent donc être mises en œuvre par l'un de ces juges compétents selon le Règlement Bruxelles II *bis* »[1071]. De même, le Règlement Bruxelles II *ter* fait une référence explicite à l'instrument international afin d'éviter les incohérences et chevauchements de champs d'application[1072]. Rien n'empêche donc de poursuivre l'analyse de l'alignement du *jus* sur le *forum*. Il convient désormais d'en rechercher les justifications.

2- La présomption simple de dépendance entre *forum* et *jus*

734. *A priori*, la volonté de s'assurer de la concordance entre les compétences en désignant la *lex fori* est particulièrement forte. La protection des mineurs a effectivement pendant longtemps été rattachée à l'idée de souveraineté[1073] et était le reflet de la

[1069] Comme le relève le professeur E. Gallant, « Les textes ont ainsi été construits en contemplation l'un de l'autre ; ce qui conduit à une grande similitude entre eux. Même si certaines divergences existent, elles sont mineures, et ne remettent pas en cause les fondations communes des textes ». E. GALLANT, v° « Autorité parentale », *Jurisclasseur de droit international,* Fasc. 549-10, LexisNexis, 2017, n°54.

[1070] En effet, la règle de compétence générale du règlement Bruxelles II *bis* contenue à l'article 8 du Règlement trouve son pendant dans l'article 5 de la Convention de La Haye, également règle de compétence générale de la Convention.
Il en est de même pour les autres règles de compétence prévues par le Règlement et la Convention. C'est le cas de la prorogation de compétence en faveur du juge du divorce contenue à l'article 12 du Règlement Bruxelles II *bis et* présente à l'article 10 de la Convention de La Haye. La compétence du juge mieux placé prévue à l'article 15 du Règlement est pareillement connue de la Convention de La Haye : Article 8 et 9 de la Convention de La Haye. Enfin, le chef de compétence fondé sur l'urgence est présent dans les deux instruments : article 20 du Règlement Bruxelles II *bis* et article 11 de la Convention de La Haye.

[1071] E. GALLANT, v° « Autorité parentale », *op. cit.*, n° 55.

[1072] Voir notamment les considérants 17 et 25 du Règlement Bruxelles II *ter*. Il faut remarquer que cette volonté d'éviter les chevauchements des instruments internationaux est une des raisons d'être du Règlement Bruxelles II *ter* qui prévoit plus sa coordination avec la Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfant.

[1073] Cela renvoie notamment à la distinction effectuée par le professeur Y. Lequette entre protection étatique et protection familiale. Y. LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, *op. cit.*. Et réaffirmée plus tard : « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI*, 1994-II, t. 246, spec. p. 40 et s.

publicisation du conflit de lois[1074]. Il s'agissait d'un exemple de matière où la frontière entre droit privé et droit public ne pouvait résister aux enjeux concrets de la matière qui mêlait intérêts publics et intérêts privés. Le choix de la *lex fori* pouvait alors abonder dans le sens de la consécration d'un intérêt public permettant à l'ordre juridique compétent d'avoir la main mise sur le litige.

735. Depuis de nombreuses années, telle n'est plus la justification majoritaire du recours à la loi du for[1075]. Sans exclure la présence d'intérêts publics qui peuvent toujours s'exprimer, ou la présence d'intérêts étatiques par la voie de l'application des lois de police, la liaison entre *forum* et *jus* se justifie désormais par des considérations conflictuelles fondées sur la proximité. Les mesures de protection des mineurs peuvent être indifféremment de droit public ou de droit privé[1076], l'application de la *lex fori* s'explique pour des raisons d'efficacité et de proximité. Cette recherche de la proximité irrigue également le choix du chef de compétence. Le nouveau Règlement Bruxelles II *ter* est explicite à ce sujet. Le nouvel instrument prévoit effectivement que « *pour sauvegarder l'intérêt supérieur de l'enfant, la compétence devrait en premier lieu être déterminée en fonction du critère de proximité. Ce sont donc les juridictions de l'État membre dans lequel l'enfant a sa résidence habituelle qui devraient être compétentes, sauf dans certaines situations prévues dans le présent règlement, par exemple en cas de changement de résidence de l'enfant ou à la suite d'un accord conclu entre les titulaires de la responsabilité parentale* »[1077].

736. La proximité évoquée n'est pas une proximité neutre et objective, dénuée de toute considération de fond. Au contraire, cette recherche de la proximité intervient en support de l'intérêt supérieur de l'enfant. « Il s'agit de donner compétence à l'autorité la plus proche de l'enfant, celle qui se trouve la mieux à même d'apprécier l'intérêt de l'enfant, d'observer ses conditions de vie »[1078]. L'objectif premier des textes est donc de garantir l'intérêt supérieur de l'enfant. La proximité est alors en quelque sorte substantialisée pour atteindre l'objectif posé par les différents instruments régissant la

[1074] J. HERON, « Publicisation d'un droit et détermination de la méthode de règlement (l'exemple de la protection des mineurs et des procédures) », *TCFDIP*, 1990-1991, p. 75.
[1075] E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, *op. cit.,* p. 224 et s.
Batiffol exprimait déjà ce changement de fondement du rattachement de *lex fori* lorsqu'il s'exprimait sur la précédente Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs. « Il n'est pas douteux que le mobile premier de cette position a été un souci de rapidité et d'efficacité ». H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *op. cit.,* p. 87.
[1076] En ce sens, CJUE, 27 novembre 2007, *Rev. Crit. DIP*, 2009, p. 342, note E. GALLANT.
[1077] Considérant 20 du Règlement Bruxelles II *ter*.
[1078] E. GALLANT, *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, Paris, Defrénois, 2004, p. 117.

matière. La réglementation choisie permet de fournir une réponse rapide au litige et de donner une solution du conflit de lois qui permette d'allier la célérité et la proximité pour garantir l'intérêt de l'enfant. Le niveau élevé de coopération entre autorités répond également de ces justifications. Or un tel effort est pleinement satisfait lorsque l'autorité applique sa propre loi.

737. La présence de la clause d'exception à l'article 15§2, suivant immédiatement le rattachement à la loi du for, atteste un peu plus de la perte de vigueur des justifications publicistes de ce lien entre *forum* et *jus* lorsqu'est en jeu le rattachement à la *lex fori,* car il est désormais possible de déroger à l'application de la *lex fori*. Cette clause d'exception permet d'appliquer une loi qui présente des liens plus étroits avec le litige et son application doit être décidée en considération de l'intérêt de l'enfant. Une dissociation entre *forum* et *jus* peut ainsi apparaître. Cela signifie bien que le choix de la *lex fori*, qui crée un lien avec le for historiquement « indestructible », a changé de nature. « Dans cette mesure, l'applicabilité de la loi interne de l'autorité saisie ne joue qu'à titre de présomption » de proximité[1079].

738. Puisque le recours à la *lex fori* suppose une monolocalisation du rapport de droit au stade de la compétence juridictionnelle, il existe une présomption qui suppose que la localisation du rapport de droit effectuée par la règle de compétence juridictionnelle suffit à remplir les objectifs de justice conflictuelle et l'objectif plus global de la Convention de protection de l'enfant. Dans le cas contraire, la clause d'exception pourra être mise en œuvre et l'on retrouve la bilocalisation traditionnelle du rapport de droit qui permet de séparer le règlement du conflit de juridictions et du conflit de lois et de dissocier *forum* et *jus*.

739. En définitive, associé au phénomène de parallélisme des compétences, la *lex fori* participe à satisfaire la justice conflictuelle au même titre que les autres rattachements comme un rattachement proximiste et auquel on prévoit de déroger si nécessaire en associant la justice matérielle propre à la protection des mineurs. L'utilisation de la *lex fori* révèle une présomption de proximité. La raison d'être de cet alignement du *jus* sur le *forum*

[1079] E. PATAUT, *op. cit.,* p. 226. L'auteur précise : « la souplesse de la clause d'exception permettant, *in fine*, de faire triompher une analyse strictement conflictuelle ». Nous sommes cependant en désaccord avec ce dernier point. L'exercice de la clause d'exception devant se faire en considération de l'intérêt de l'enfant, il ne nous semble pas que cela fasse prévaloir une conception *strictement* conflictuelle, en raison de la matérialisation de la clause d'exception, ce que l'auteur semble admettre ensuite comme un facteur de complexification (p. 227).

repose donc sur des considérations de justice conflictuelle couplées à des considérations plus matérielles. Il convient d'observer que cette dépendance du *jus* envers le *forum* peut, également, poursuivre un objectif matériel plus marqué.

B- La *lex fori* comme vecteur d'un droit subjectif

740. Le droit international privé européen du divorce offre un exemple particulièrement intéressant de recours à *lex fori* puisque son application, bien qu'intervenant en dernier lieu dans la cascade des rattachements, poursuit l'objectif des Règlements européens d'offrir la possibilité aux époux de divorcer (1). Un recours analogue à la *lex fori* existe également en matière d'obligations alimentaires ou l'application de la *lex fori* est employée pour protéger certaines catégories de créanciers d'aliments (2).

1- Le recours à la *lex fori* en matière de divorce

741. Comme il a déjà été observé, le droit international privé européen du divorce consacre un parallélisme des compétences juridictionnelle et législative[1080]. Ce parallélisme n'équivaut toutefois pas toujours à une liaison entre *forum* et *jus* en raison de la différence de mise en œuvre des deux règles de compétence. Ce n'est qu'à défaut de choix de lois et comme ultime facteur de rattachement que la règle de conflit de lois renvoie à l'application de la loi de la juridiction saisie[1081]. Ce recours à la *lex fori* n'a ainsi pas vocation à intervenir très fréquemment puisqu'il intervient à défaut de choix de lois des parties et lorsqu'aucun des trois critères de rattachements précédents n'a trouvé vocation à s'appliquer.

742. Cela ne condamne pas pour autant l'application de la *lex fori*. En effet, il perdure une différence importante entre les chefs de compétence et les règles de rattachements. Si les chefs de compétence juridictionnelle prennent en considération les liens entre le couple et le for, ils permettent également de fonder la compétence des juridictions d'un État membre qui n'entretient des liens qu'avec un seul des deux membres du couple. La résidence habituelle requise pour fonder le chef de compétence juridictionnelle est en effet tantôt celle du couple, tantôt celle du demandeur ou du défendeur. À l'inverse, la règle de conflit de lois désigne la loi la plus proche entre la situation du couple et l'ordre juridique compétent en renvoyant à la résidence habituelle

[1080] Voir *supra* n°508 et s.
[1081] Article 8 d) du Règlement Rome III.

du couple ou encore à la nationalité commune des ex-époux. Dès lors, à défaut de liens de proximité importants entre le couple et le for saisi, le juge sera tout de même admis à appliquer sa propre loi[1082], loi qui entretient des liens avec un seul des membres du couple.

743. À l'instar de la protection des mineurs, l'alignement du *jus* sur le *forum* fait reposer le poids de la résolution du conflit de lois sur la règle de compétence juridictionnelle et donc sur le chef de compétence juridictionnelle. L'étendue des chefs de compétence en matière de divorce étend par un jeu de miroir le périmètre de la compétence législative. La compétence globale de l'ordre juridique pour prononcer le divorce est donc promue par cet alignement du *forum* sur le *jus* alors même que le rattachement à l'ordre juridique dépend d'une monolocalisation du litige qui présente des liens plus ténus avec celui-ci.

744. Cette application de la *lex fori* à la désunion du couple a connu un fort succès en droit comparé[1083] avant de subir — avec la libéralisation de la dissolution du mariage — un infléchissement. Elle a pu correspondre à des hypothèses de dépendance technique nécessaire lorsque l'État entendait faire prévaloir son pouvoir souverain ou bien entendait assimiler la question du divorce à une question de procédure ou encore envisageait le divorce comme une décision gracieuse[1084].

745. Dans notre exemple, le lien de dépendance entre *forum* et *jus* ne semble pas présenter une telle spécificité. La dépendance n'est pas techniquement nécessaire[1085]. Cela s'explique par la progressive fongibilité des ordres juridiques du fait de la libéralisation du droit du divorce. Ensuite, le choix d'autres critères de rattachement, qui prévalent sur

---

[1082] Pourtant, « on pouvait envisager une compétence de la loi de la dernière nationalité commune, en posant le cas échéant une condition de lien actuel ». P. HAMMJE, v° « Divorce et séparation de corps », *Répertoire de droit international,* Dalloz, 2018.

[1083] C'était le cas pour les pays de *Common law* notamment, et également dans certains pays de droit civil par faveur au divorce. En ce sens : A. A. EHRENZWEIG, E. JAYME, *Private international Law, A Comparative Treatise on American International Conflicts Law, Including the Law of Admiralty*, Volume Two, *op. cit.,* p. 263 et s. P. PICONE, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général », *op. cit.,* p. 143 et s.

[1084] « Cette interdépendance se manifeste de manière particulièrement caractérisée, comme on l'a souligné ces dernières années, dans ce que nous appelons en France la juridiction gracieuse, que les Allemands appellent juridiction volontaire (*FreiwilligeGerichts-barkeit*), bref le rôle non contentieux des tribunaux : il s'agit d'approuver, de permettre, de confirmer des actes sur lesquels il n'y a aucun désaccord. Comment séparer, dit-on, la loi qui confère au juge ses pouvoirs, et celle qui régirait le fond ? ». H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *op. cit.,* p. 86.
Pour des exemples en ce sens : D. MAYER, *Rapports de la compétence judiciaire et de la compétence législative dans le droit international privé de la famille*, thèse Paris, 1973. A. V. M. STRUYCKEN, « Quelques réflexions sur la juridiction gracieuse en droit international privé », *op. cit.,* p. 105.

[1085] Même si la procédure reste encore éminemment nationale du fait de la soumission de la procédure à la *lex fori.*

celui de la *lex fori,* n'en fait pas une nécessité matérielle particulière vis-à-vis de l'État, car sinon, le choix de la loi du for comme critère de rattachement serait généralisé en la matière.

746. Toutefois, si l'intérêt de l'État dans la réglementation du litige n'est pas directement impliqué, il semble que ce lien s'explique par un intérêt du législateur européen. Le recours à la *lex fori* intervient pour ramener le litige dans lequel le couple ne présente pas de liens particulièrement étroits avec l'ordre juridique d'un État membre, dans le giron européen. En cela, le législateur européen s'assure qu'une loi européenne autorisant le divorce s'applique à une situation juridique qui se rattache, ne serait-ce que partiellement, à l'espace européen. Dans notre exemple, le recours à la *lex fori* intervient en support du droit subjectif de divorcer et vient offrir la possibilité de divorcer à tout résident européen en échappant non seulement à une réglementation prohibitive des États membres de la coopération renforcée, mais également à une réglementation prohibitive d'un État tiers alors même que la seule résidence d'une des parties permet de rattacher le litige au territoire européen. Il y a là un parallèle intéressant à dresser avec l'ancienne pratique américaine qui visait à faire application de la *lex fori* pour permettre aux personnes domiciliées dans des *sister states* d'échapper au droit de ces États prohibitifs en la matière[1086].

747. Ce choix n'est néanmoins pas exempt de critiques puisque l'application combinée des règles de conflit de juridictions et des règles de conflit de lois, ainsi que le régime libéral de reconnaissance des jugements au sein de l'Union européenne permet à une seule des parties de fixer l'ordre juridique compétent pour trancher le litige et prononcer le divorce, sans qu'il soit réellement possible pour l'ex-époux défendeur à l'action de s'opposer à cette compétence quel que soit le stade du litige envisagé.

748. L'on s'éloigne ici des objectifs généraux du Règlement tels qu'exprimés au Considérant 9 du Règlement Rome III — *« le présent règlement devrait créer un cadre juridique clair et complet dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps dans les États membres participants, garantir aux citoyens des solutions appropriées en termes de sécurité juridique, de*

[1086] « General application of the lex for has thus become inappropriate as inviting a most objectionable kind of forum shopping. American courts have tolerated this practice, presumably in order to give domiciliaries of sister states the possibility of evading their own all-too-restrictive divorce laws. » A. A. EHRENZWEIG, E. JAYME, *Private international Law, A Comparative Treatise on American International Conflicts Law, Including the Law of Admiralty*, Volume Two, *op. cit.,* p. 263.

prévisibilité et de souplesse, et empêcher une situation dans laquelle l'un des époux demande le divorce avant l'autre pour faire en sorte que la procédure soit soumise à une loi donnée qu'il estime plus favorable à ses propres intérêts »[1087] — et rappelés spécifiquement pour les règles de compétence objectives[1088]. Dans une telle hypothèse, certes rare, la localisation du rapport de droit est donc affaire de la partie demanderesse. Cette faveur à la partie demanderesse sert d'un point de vue matériel à garantir l'exercice d'un droit au divorce sur le territoire européen. L'on retrouve ici les arguments visant à octroyer facilement un statut pour empêcher tout obstacle à la circulation des citoyens européens[1089].

749. En somme, ce choix de la *lex fori* comme loi de rattachement correspond à la volonté, maintes fois relevée[1090], de consacrer un droit au divorce en Europe, et ce même si le lien avec le for se trouve ici distendu puisque la seule proximité demandée est une proximité juridictionnelle dont le niveau d'exigence n'est pas élevé. La *lex fori* ne correspond plus à une présomption de proximité comme en matière d'autorité parentale, car c'est justement à défaut d'une certaine proximité que ce rattachement peut être mobilisé. Ce rattachement à la loi du for démontre une fois de plus que « l'objectif recherché n'est plus la gestion de l'internationalité, mais davantage la promotion d'un résultat substantiel – le droit au divorce »[1091]. Le droit international privé européen du divorce se contente ici d'une localisation objective imparfaite du rapport de droit pour promouvoir un objectif particulier. Tel est également le cas en matière d'obligations alimentaires.

2- Le recours à la *lex fori* en matière d'obligations alimentaires

750. La réglementation du droit international privé européen en matière d'obligations alimentaires prévoit un parallélisme des règles de compétence autour du critère de la résidence habituelle du créancier d'aliments[1092]. Si la concordance des

[1087] Considérant 9 du Règlement Rome III.
[1088] « *À défaut de choix de la loi applicable, le présent règlement devrait instaurer des règles de conflit de lois harmonisées sur la base d'une échelle de critères de rattachement successifs fondés sur l'existence d'un lien étroit entre les époux et la loi concernée, en vue de garantir la sécurité juridique et la prévisibilité et d'empêcher une situation dans laquelle l'un des époux demande le divorce avant l'autre pour faire en sorte que la procédure soit soumise à une loi donnée qu'il estime plus favorable à ses propres intérêts. Ces critères de rattachement devraient être choisis de façon que la procédure de divorce ou de séparation de corps soit régie par une loi avec laquelle les époux ont des liens étroits* ».
[1089] Voir *supra* n°531 et s.
[1090] Voir *supra* n°533.
[1091] P. HAMMJE, « Quête d'efficacité en droit international privé : question de méthodes », in L. JANICOT, P. HAMMJE, S. NADAL (dir.), *L'efficacité de l'acte normatif : nouvelle norme, nouvelles normativités*, Paris, Lextenso, 2013, p. 229, spec. p. 234.
[1092] Voir *supra* n°546 et s.

compétences est ainsi largement suggérée, une dissociation entre *forum* et *jus* peut cependant apparaître si l'autorité compétente est celle, notamment, du domicile du débiteur d'aliments en vertu de l'article 3 du Règlement Aliments.

751. Or, le législateur semble aller plus loin dans sa volonté de faire concorder compétence juridictionnelle et compétence législative. Il est effectivement prévu dans certaines hypothèses particulières plus qu'un simple parallélisme, un alignement du *jus* sur le *forum*. C'est le cas de l'article 4 du Protocole de La Haye qui prévoit des règles protectrices pour certains créanciers[1093] (a). Mais, cette concordance doit être mise à l'épreuve de la possibilité de concentration du contentieux devant un même juge (b).

a- Le recours à la *lex fori* comme outil de protection de certains créanciers

752. Tout d'abord, le paragraphe 2 de l'article 4 prévoit ainsi que la loi du for s'applique lorsque la loi désignée par l'article 3, règle générale de compétence législative, ne permet pas d'octroyer des aliments au créancier d'aliments[1094]. Ensuite, le paragraphe suivant prévoit un original renversement de rattachement. Il est prévu que « *nonobstant l'article 3, la loi du for s'applique lorsque le créancier a saisi l'autorité compétente de l'État où le débiteur a sa résidence habituelle. Toutefois, la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier s'applique lorsque le créancier ne peut pas obtenir d'aliments du débiteur en vertu de la loi du for* »[1095].

753. Ainsi, il est intéressant d'observer la relativité du rattachement. Si le créancier « protégé » saisit les tribunaux de sa résidence, la loi du for sera appliquée en tant que loi de la résidence habituelle en vertu de l'article 3 du Protocole de Haye. À l'inverse, s'il saisit le for de la résidence habituelle du débiteur, la loi du for sera applicable en vertu de l'article 4§3 du Protocole de La Haye.

754. La concordance entre *forum* et *jus* est donc cristallisée et se trouve dans les mains du créancier d'aliments. La faveur à la loi du for permet ici d'assurer au créancier d'aliments la réalisation de son droit subjectif. Plus encore, cette faveur à la loi du for permet la meilleure réalisation possible de son droit en s'assurant d'une part que la

[1093] L'article 4 §1 du Protocole de La Haye prévoit des dispositions spéciales pour des litiges qui concernent : « *a) des parents envers leurs enfants ; b) de personnes, autres que les parents, envers des personnes âgées de moins de 2& ans à l'exception des obligations découlant des relations mentionnées à l'article 5 ; et c) des enfants envers leurs parents* ».
[1094] Article 4§2 du Protocole de La Haye.
[1095] Article 4§3 du Protocole de La Haye.

juridiction applique son propre droit, mais en s'assurant surtout que la solution lui soit la plus avantageuse possible.

755. « Cette solution s'inspire du *favor creditoris* et vise à assurer au créancier la possibilité d'obtenir une prestation alimentaire si celle-ci résulte de la loi de l'autorité saisie »[1096]. Dans la solution induite de l'article 4§3, le créancier peut jouer de la concurrence des législations et choisir le for en conséquence pour obtenir la solution la plus favorable. La Cour de Justice de l'Union européenne considère d'ailleurs que « *cette possibilité poursuit l'objectif de protection du créancier considéré comme étant la partie faible dans ses relations avec le débiteur en lui permettant,* de facto*, d'effectuer un choix de la loi applicable à sa demande* »[1097]. Seul le créancier peut d'ailleurs bénéficier de cet article et non le débiteur même si le créancier a accepté volontairement de comparaître[1098].

756. L'application de la loi du for est donc mise au profit de la protection du créancier d'aliments. Comme le fait remarquer le Rapport explicatif du Protocole de La Haye[1099], l'application d'une loi étrangère est pensée comme un obstacle à la meilleure protection possible du créancier. Il s'agit là d'une véritable matérialisation du contentieux qui prend en compte l'aspect juridictionnel et législatif du litige. Cette protection est assurée de même par une mise en concurrence possible des lois du for, autrement dit par une mise en concurrence des ordres juridiques prépondérants concurrents. La concordance des compétences juridictionnelle et législative sert donc à promouvoir un objectif matériel particulier.

[1096] *Rapport explicatif sur le Protocole de La Haye établi par Monsieur A. Bonomi*, 2007, édité par le Bureau permanent de la Conférence de La Haye, n°59, p. 34.

[1097] CJUE, 20 septembre 2018, *Alexander Mölk c./Valentina Mölk*, aff. C-214/17, point 32. *JDI*, 2019, p. 1498, note S. HUBER ; *Rev. Crit. DIP*, 2019, p. 146, note N. JOUBERT.

[1098] CJUE, 20 septembre 2018, *Alexander Mölk c./Valentina Mölk*, aff. C-214/17

[1099] « Il faut constater, en effet, que lorsque l'action alimentaire est intentée dans l'État de la résidence habituelle du débiteur, le facteur de rattachement de la résidence habituelle du créancier perd une partie de ses mérites. En pareil cas, ce critère n'entraîne en effet pas l'application de la *lex fori*, de sorte que l'autorité saisie devra déterminer la teneur d'une loi étrangère, une opération qui peut s'avérer longue et coûteuse. En outre, cette loi étrangère devra être appliquée même si, dans le cas concret, elle est moins favorable au créancier que la loi du for (la seule exception prévue à l'article 4(2) étant la situation où le créancier n'a droit à aucune prestation alimentaire selon la loi de sa résidence habituelle). Dans une telle situation, l'application de la loi de la résidence habituelle du créancier conduit à un résultat contraire au souci de protection du créancier qui l'inspire. Il est donc apparu que ce rattachement pourrait être utilement remplacé par l'application de la loi du for, qui est également dans ce cas la loi de la résidence habituelle du débiteur ». Rapport explicatif sur la Protocole de La Haye, *op. cit.*, n°66, p. 35.
Voir également les conclusions de l'avocat général M. Szpunar dans l'arrêt *Mölk* précité, Conclusions, point 53.

757. Il reste en outre le paragraphe 2 de l'article 4. Comme le remarque l'avocat général Spuznar dans l'affaire *KP c./Lo*[1100], celui-ci est revêtu d'un « *champ d'application relativement étroit* » puisque cet article ne s'applique pas si le juge saisit est celui de la résidence habituelle du créancier ou du débiteur[1101]. Dans cette affaire, un mineur qui a d'abord résidé en Allemagne, puis désormais en Autriche saisit les juridictions autrichiennes de son actuelle résidence habituelle pour demander l'octroi d'aliments à son père qui a sa résidence habituelle en Allemagne. La demande s'étend ensuite à la période antérieure à la nouvelle résidence en Autriche. La loi allemande applicable en vertu de l'article 3 du Protocole ne permet pas d'octroyer des aliments aux mineurs sur la période passée en Allemagne. Il s'agissait donc de savoir si le recours à la loi du for applicable en vertu de cet article 4§2, qui correspond en l'espèce à la loi autrichienne de la juridiction de la nouvelle résidence habituelle du créancier, pouvait opérer pour la période antérieure au changement de résidence habituelle. La situation posait en outre des difficultés en raison du champ d'application *ratione temporis* de l'article 3 du Protocole de La Haye qui ne concerne que la période de la résidence.

758. Comme le soulève l'Avocat général, le risque était alors d'« *aboutir à une situation dans laquelle des aliments pour une période antérieure seraient appréciés au regard d'une loi qui (à cette période) n'aurait pas pu en principe s'appliquer en tant que loi applicable à ces aliments, au titre des règles de conflit de lois du protocole de La Haye de 2007. Il pourrait s'agir d'une loi dépourvue de lien quelconque avec la situation familiale des parties liées par l'obligation alimentaire à cette période* »[1102].

759. La juridiction européenne rappelle alors, en s'appuyant sur les conclusions de l'Avocat général, que le Protocole « *vise à garantir la prévisibilité de la loi applicable en assurant que la loi désignée n'est pas dépourvue d'un lien suffisant avec la situation familiale en cause* »[1103]. En conséquence, elle considère que l'application de la loi du for permise par l'article 4§2 du Protocole ne doit pas conduire à l'application d'une loi sans lien avec la situation

[1100] CJUE, 7 juin 2018, *KP c./LO*, aff. C-83/17, précité.

[1101] « *L'article 4, paragraphe 2, du protocole de La Haye de 2007 revêt un champ d'application relativement étroit. Cette disposition peut entrer en jeu lorsque le litige afférent à une obligation alimentaire est traité par une juridiction d'un État autre que celui de la résidence habituelle du débiteur (car, dans cette situation, l'on applique l'article 4, paragraphe 3, du protocole de La Haye de 2007) ou du créancier (car, dans ce cas, l'application de l'article 4, paragraphe 2, du protocole de La Haye de 2007 serait inutile, dans la mesure où la loi du for correspond à la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier)* ». Conclusion de l'Avocat général M. Maciej Szpunar présentées le 30 janvier 2018 dans l'affaire *KP c./LO*, aff. C-83/17, point 49.

[1102] Conclusion de l'Avocat général M. Maciej Szpunar présentées le 30 janvier 2018 dans l'affaire *KP c./LO*, aff. C-83/17, point 43.

[1103] CJUE, 7 juin 2018, *KP c./LO*, aff. C-83/17, point 41.

familiale[1104]. Elle reprend ainsi l'argumentaire de l'Avocat général et considère que le lien avec la situation familiale « *peut résulter de la compétence qu'aurait eue la juridiction saisie pour traiter des conflits en matière d'aliments pour la période concernée, conformément aux dispositions du règlement nº 4/2009 susceptibles de s'appliquer* »[1105] et permet *in fine* l'application de la loi du for en l'espèce[1106].

760. La Cour lie ici les deux instruments pour s'assurer que la concordance des compétences ne soit pas déraisonnée. Si le poids de l'internationalité pèse sur le défendeur pour garantir le principe de faveur envers le créancier, la concordance ne saurait entrainer des solutions imprévisibles. La prévisibilité matérielle est ici calquée sur la prévisibilité juridictionnelle, tandis qu'il est affirmé traditionnellement que ces deux données divergent[1107]. Encore faut-il que les règles de compétence juridictionnelle présentent réellement des liens significatifs avec la situation. L'on sait depuis l'analyse du droit de la désunion que la seule compétence du juge ne saurait toujours suffire à établir des liens étroits avec la situation juridique et *in fine* avec le bienfondé de la loi du for.

761. La concordance suggérée des compétences juridictionnelle et législative permise par l'application de la loi for par faveur au créancier peut ainsi subir à la marge des limitations qui résultent de l'analyse des règles de compétence juridictionnelle. Qu'en est-il désormais de la concordance lorsqu'elle se trouve confrontée à l'objectif de concentration du contentieux.

b- L'objectif de protection à l'épreuve de la concentration du contentieux

762. La demande d'aliments est souvent accessoire à une autre demande. Se pose alors la question de la concentration des compétences pour traiter ensemble des questions liées, bien que par forcément connexes, alors même que des juges différents peuvent être désignés pour éviter des décisions contradictoires.

763. Il convient de noter que cette question ne se posera pas dans certaines hypothèses. Par exemple, en cas de litige portant sur le prononcé d'un divorce et sur ses effets, si le juge du divorce est celui de la résidence habituelle des époux (avec lesquels

[1104] CJUE, 7 juin 2018, *KP c./LO*, aff. C-83/17, point 46.
[1105] CJUE, 7 juin 2018, *KP c./LO*, aff. C-83/17, point 48.
[1106] CJUE, 7 juin 2018, *KP c./LO*, aff. C-83/17, point 51. Ce faisant, elle rejoint les conclusions de l'Avocat général aux points 77 à 82.
[1107] Voir *infra* n°1316 et s.

réside naturellement l'enfant) ou de la résidence habituelle de l'époux qui réside avec l'enfant, le même juge sera compétent sur le fondement de textes différents en vertu du critère de la résidence habituelle pour connaître des trois questions. La concordance des compétences existant pour chacune des trois questions est préservée[1108]. Tout le litige sera ainsi soumis à la loi du for par les trois parallélismes issus des règles de rattachement. Il peut y avoir un cumul des liens de convergence entre juge compétent et loi applicable qui se réalise devant le même juge. Il s'agit là d'une coïncidence des différentes concordances devant le même juge. S'il y a bien un lien de concordance issu du parallélisme des règles de compétence pour chaque type de question, le fait que le juge soit *in fine* le même pour trancher les trois aspects du litige s'apparente plus à un hasard. En effet, en dépit de l'utilisation commune du critère de la résidence habituelle, la personne visée par le rattachement n'est pas identique pour les trois critères. La résidence visée est celle du couple, puis celle du mineur, puis celle du créancier d'aliments. Dans d'autres hypothèses, le choix de loi ou l'accord procédural permettra d'arriver au même résultat et la concordance sera alors recherchée plus clairement[1109].

764. Mais, dans d'autres situations, il peut y avoir un éclatement du contentieux pour trancher des questions très proches. L'article 3 c) et d) du Règlement Aliments prévoit alors une possibilité de concentration du contentieux entre les mains du juge compétent à titre principal d'une action relative à l'état des personnes ou à la responsabilité parentale lorsque la demande d'aliments intervient comme une demande accessoire[1110]. Le texte se coordonne donc avec le Règlement Bruxelles II *bis* et à l'avenir avec le Règlement Bruxelles II *ter*.

765. Lorsqu'il s'agit de concentrer le contentieux devant le juge de l'action en responsabilité parentale en vertu de l'article 3 d), le critère de compétence juridictionnelle générale applicable en vertu du Règlement Bruxelles II *bis* est celui de la résidence

[1108] Pour la question du divorce, elle résulte de l'article 3 du Règlement Bruxelles II *bis* associé à l'article 8 du Règlement Rome III.
Pour la question de la responsabilité parentale, elle résulte de l'article 8 de l'article Bruxelles II *bis* et de l'article 15 de la Convention de La Haye de 1996.
Pour la question de l'obligation alimentaire, elle résulte de l'article 3 du Règlement Aliments et de l'article 3 du Protocole de La Haye de 2007.
[1109] Voir *infra* Chapitre 2, Titre 2, Partie 1.
[1110] Article 3 c) et 3 d) du Règlement Aliment. Sauf si cette compétence est fondée uniquement sur la nationalité des parties.

habituelle de l'enfant[1111], ce qui peut correspondre en pratique au lieu de la résidence du créancier d'aliments mineur et conduire à préserver cette concordance entre *forum* et *jus* pour les deux questions. Lorsqu'il s'agit cette fois-ci de concentrer le contentieux devant le juge du divorce en vertu de l'article 3 c), si les époux disposent ensemble et avec l'enfant d'une résidence habituelle commune, la concordance des compétences est également préservée pour les deux questions.

766. Or, ces textes suscitent également un intérêt important en matière de loi applicable. En effet, en cas de créancier mineur, l'application de la loi du for en vertu du protocole de La Haye donne potentiellement lieu à un *forum shopping* important[1112] du fait du grand nombre de chefs de compétence sous l'empire du Règlement Bruxelles II *bis* qui rejaillira sur la compétence législative, car pour identifier la loi, il faut avoir identifié au préalable la juridiction. En raison de l'application de la loi du for, la concordance est préservée bien que pouvant être instrumentalisée. Mais, des difficultés apparaissent lorsque le juge est confronté à ces trois questions et qu'il n'est compétent que pour connaître du divorce ou connaître de la question relative à la responsabilité parentale. En vertu de quelle compétence juridictionnelle, l'application de la loi du for doit-elle être établie pour trancher la demande alimentaire ?

767. La Cour de Justice de l'Union européenne a été confrontée à une telle problématique dans l'arrêt *A. c./B* du 16 juillet 2015[1113]. En l'espèce, l'époux d'un couple d'Italiens résidant ensemble en Angleterre avec leurs enfants saisit les juridictions italiennes aux fins de voir prononcer la séparation de corps aux torts exclusifs de l'épouse ainsi que la garde partagée des enfants. L'épouse oppose une demande reconventionnelle en séparation de corps aux torts de l'époux et souhaite obtenir une pension alimentaire. Elle souhaite également voir soulever l'incompétence des juridictions italiennes pour connaître des questions relatives à la responsabilité parentale et à l'octroi d'aliments à

[1111] Article 8 du Règlement Bruxelles II *bis* : « *Les juridictions d'un État membre sont compétentes en matière de responsabilité parentale à l'égard d'un enfant qui réside habituellement dans cet État membre au moment où la juridiction est saisie* ». Cet article s'applique sous réserve des dispositions relatives au gel de compétence et à l'enlèvement international d'enfant.

[1112] En ce sens, « le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, qui devait permettre la désignation uniforme au sein de l'Union européenne de la loi applicable aux obligations alimentaires afin de lutte contre le *forum shopping* induit par les options ouvertes par les dispositions de l'article 3 du Règlement Bruxelles II *bis* se trouve en pratique être un fabuleux catalyseur de forum shopping tant à travers les dispositions de son article 5 qu'à travers celle de l'article 4(3) qui ouvre des opportunités de choix de la juridiction compétente avec une conséquence directe sur la loi applicable dans un domaine qui en était jusqu'ici épargné ». A. BOICHE, « Pratique judiciaire des Règlements européens en droit de la famille », *TCFDIP*, 2014-2016, p. 17, spec. p. 28.

[1113] CJUE, 16 juillet 2015, *A. c./B.*, aff. C-184/14 précitée.

l'égard des enfants. Selon elle, les enfants étant résidents anglais ne peuvent voir régler leur sort que par les juridictions anglaises sur le fondement de l'article 8 du Règlement Bruxelles II *bis* ; alors pourtant que les obligations alimentaires sont exclues du champ d'application de ce Règlement[1114] même si le Considérant 11 réserve l'hypothèse de la compétence des juridictions pour connaître du contentieux alimentaire en renvoyant aux dispositions applicables à la matière[1115]. La juridiction italienne décide de surseoir à statuer pour demander à la Cour comment opérer la concentration des compétences[1116]. Il s'agissait ainsi de savoir comment interpréter les articles 3 c) et 3 d) du Règlement Aliments et les articuler avec le Règlement Bruxelles II *bis*.

768. Pour répondre à cette question, la Cour entreprend tout d'abord de définir la notion de question accessoire. En effet, cette question ne se pose que si la demande d'aliments concernant un enfant mineur peut être accessoire à ces deux questions envisagées par l'article 3 du Règlement Aliments. La Cour entend poser une définition autonome en reprenant le libellé du Règlement Bruxelles II *bis* qui distingue ces deux questions[1117]. Pour la Cour, il y a lieu de distinguer entre le point c) qui concerne les « *droits et les obligations entre les époux* » et le point d) relatif aux « *obligations des parents à l'égard de l'un ou plusieurs de leurs enfants* »[1118]. Il en résulte que selon elle, « *par sa nature, une demande relative aux obligations alimentaires concernant les enfants mineurs est intrinsèquement liée à l'action en responsabilité parentale* »[1119] et que le juge compétent pour la responsabilité parentale est le mieux placé pour connaître du contentieux dont la compétence s'exerce en faisant une

---

[1114] Article 1§3.e) du Règlement Bruxelles II *bis*.

[1115] « *Les obligations alimentaires sont exclues du champ d'application du présent règlement, car elles sont déjà régies par le règlement (CE) n°44/2001. Les juridictions compétences en vertu du présent règlement seront généralement compétentes pour statuer en matière d'obligations alimentaires par application de l'article 5, paragraphe 2, du règlement (CE) n°44/2001* ». Considérant 11 du Règlement Bruxelles II *bis*.

[1116] Autrement dit, il s'agissait de savoir si « *l'article 3, sous c) et d), du règlement no 4/2009 doit être interprété en ce sens que, lorsqu'une juridiction d'un État membre est saisie d'une action portant sur la séparation ou la rupture du lien conjugal entre les parents d'un enfant mineur et qu'une juridiction d'un autre État membre est saisie d'une action en responsabilité parentale concernant cet enfant, une demande relative à une obligation alimentaire concernant ce même enfant peut être tranchée tant par le juge compétent pour connaître de l'action portant sur la séparation ou la rupture du lien conjugal, en tant que demande accessoire à l'action relative à l'état de personnes, au sens de l'article 3, sous c), de ce règlement, que par le juge compétent pour connaître de l'action relative à la responsabilité parentale, en tant que demande accessoire à celle-ci, au sens de l'article 3, sous d), dudit règlement, ou bien si une telle demande doit nécessairement être tranchée par ce dernier juge* ». CJUE, 16 juillet 2015, *A. c./B.*, aff. C-184/14, Point 26.

[1117] CJUE, 16 juillet 2015, *A. c./B.*, aff. C-184/14, point 36.

Cette distinction est d'ailleurs reprise dans le considérant 13 du nouveau Règlement Bruxelles II *ter* selon lequel : « *les obligations alimentaires sont exclues du champ d'application du présent règlement, car elles sont déjà régies par le règlement (CE) n°4/2009 du Conseil. Outre les juridictions du lieu où le défendeur, ou le créancier, a sa résidence habituelle, les juridictions compétentes en matière matrimoniale en vertu du présent règlement devraient généralement être compétentes pour statuer en matière d'obligations alimentaires accessoires entre époux ou ex-époux par application de l'article 3, point c), dudit règlement. Les juridictions compétentes en matière de responsabilité parentale en vertu du présent règlement sont généralement compétentes pour statuer en matière d'obligations alimentaires accessoires à l'égard des enfants par application de l'article 3, point d), dudit règlement* ».

[1118] CJUE, 16 juillet 2015, *A. c./B.*, aff. C-184/14, point 38.

[1119] CJUE, 16 juillet 2015, *A. c./B.*, aff. C-184/14, point 40.

place centrale à l'intérêt supérieur de l'enfant[1120]. En conséquence, la demande d'aliment ne peut être accessoire que de l'action en responsabilité parentale. Ce faisant, l'objectif de concentration des compétences trouve une application restreinte (en l'espèce le litige sera tranché par les juridictions italiennes et par les juridictions anglaises) et cède le pas devant des considérations matérielles. La considération de l'intérêt supérieur de l'enfant nécessite une juridiction proche du litige et apte à « *apprécier* in concreto *les enjeux de la demande relative à une obligation alimentaire en faveur d'un enfant, fixer le montant de ladite obligation destinée à contribuer aux frais d'entretien et d'éducation de l'enfant, en l'adaptant, selon le mode de garde établi, conjoint ou exclusif, selon le droit de visite, la durée de ce droit et les autres éléments de nature factuelle relatifs à l'exercice de la responsabilité parentale portés devant lui* »[1121]. Du point de vue de la concordance des compétences, il y a certainement là mesure à apporter de la sécurité juridique puisqu'une telle solution évite indirectement la multiplication des lois applicables. En revanche, elle réduit la possibilité d'invoquer une loi qui sera plus favorable à celle de la juridiction saisie en matière de responsabilité parentale. Or, l'intérêt supérieur de l'enfant apprécié dans le droit de la responsabilité parentale correspond-il toujours à son intérêt en matière alimentaire ? Cette concentration est-elle toujours souhaitable ?

769. La Cour a été interrogée sur ces questions lorsqu'était en jeu l'articulation entre l'article 3 c) et l'article 3 a) et b) du Règlement Aliments. Pour y répondre, la Cour de Justice a fait de la concordance des compétences un élément central de l'argumentation développée. Dans un arrêt *R. c./P* du 5 septembre 2019[1122], la juridiction européenne était interrogée sur l'obligation pour une juridiction qui s'est déclarée compétente en matière de divorce et d'obligations alimentaires, d'opérer une concentration des compétences vers le juge de la responsabilité parentale pour connaître de la demande d'aliments, considérant qu'un autre juge était mieux placé pour connaître de l'action en responsabilité parentale sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant. En l'espèce, la question était de savoir si le juge le mieux placé du point de vue de l'intérêt supérieur de l'enfant pour connaître du contentieux de la responsabilité parentale devait-être le seul compétent pour connaître de la demande d'aliment, faisant obstacle à la compétence du juge sur le fondement de l'article 3 b) du Règlement Aliments.

[1120] CJUE, 16 juillet 2015, *A. c./B.*, aff. C-184/14, point 46.
[1121] CJUE, 16 juillet 2015, *A. c./B.*, aff. C-184/14, point 43.
[1122] CJUE, 5 septembre 2019, *R. c./P*, aff. C-468/18. *Droit de la famille*, 2020, p. 38, note M. FARGE ; *RJPF*, 2019, p. 33, note. S. GODECHOT-PATRIS.

770. La juridiction européenne considère que le juge compétent en vertu de l'article 3 a) du Règlement Aliments doit pouvoir conserver sa compétence. Pour ce faire, la Cour s'appuie sur les objectifs du règlement Aliments et fait valoir les liens avec le fond du litige et le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007[1123]. Elle affirme par conséquent qu'« *une interprétation du règlement n°4/2009 selon laquelle la juridiction compétente en matière de responsabilité parentale est compétente pour statuer sur une demande d'obligation alimentaire est susceptible de porter atteinte à cette faculté du créancier demandeur d'aliments de choisir non seulement la juridiction compétente, mais également, par voie de conséquence, la loi applicable à sa demande* »[1124].

771. Les considérations qui entourent la détermination de la compétence législative deviennent alors centrales pour déterminer la compétence juridictionnelle. Pour assurer la faveur au créancier, ce créancier doit avoir le choix des juridictions pour indirectement bénéficier d'un choix de loi applicable. Selon la Cour, plusieurs raisons peuvent justifier en l'espèce le choix du for du créancier en contemplation de la loi à savoir « *la facilité de s'exprimer dans sa langue maternelle, les coûts éventuellement moindres de la procédure, la connaissance par la juridiction saisie des capacités contributives du défendeur et la dispense éventuelle d'exequatur* ».

772. La concordance suggérée des compétences pour promouvoir un intérêt particulier impose ainsi une limitation de la concentration des compétences. La justice matérielle portée par la concordance des compétences s'oppose donc à une lecture entièrement procédurale de la règle de compétence juridictionnelle qui absorbe ici les objectifs du conflit de lois.

773. Il s'agit désormais de s'intéresser à la localisation subjective du litige résultant du choix de législation des parties en faveur de la *lex fori*.

§2 : La *lex fori* comme choix de loi des parties

774. Le domaine de l'autonomie des parties en matière familiale est réduit. Parmi les lois qu'il est possible de choisir, certaines règlementations prévoient le recours à la loi du for. Les parties ont donc l'opportunité de conclure un « accord de fond »[1125] pour désigner la *lex fori*. L'option de législation désigne la seule loi du for, mais un tel choix peut renvoyer virtuellement à plusieurs lois lorsque plusieurs chefs de compétence sont

[1123] CJUE, 5 septembre 2019, *R. c./P*, aff. C-468/18, point 46.
[1124] CJUE, 5 septembre 2019, *R. c./P*, aff. C-468/18, point 47.
[1125] D. BUREAU, « L'accord procédural à l'épreuve », *Rev. Crit. DIP*, 1996, p. 587.

disponibles. La détermination du choix des parties dépendra *in fine* du tribunal saisi. La compétence juridictionnelle permettra de déterminer concrètement la loi applicable. C'est le cas en matière de divorce où le recours à la *lex fori* s'ajoute à l'arsenal législatif permettant de faire converger *forum* et *jus*. Il s'agirait dès lors de comprendre la spécificité d'une telle approche, qui fait dépendre directement le choix de loi du juge compétent, par rapport aux autres critères de rattachement laissés à la disponibilité des parties.

775. Au moment de la saisine du juge, et souvent à défaut de choix de loi effectué par les parties, ces dernières peuvent également conclure un accord procédural qui permet de désigner la loi du for comme applicable au moment de la procédure engagée. L'exemple de l'accord procédural en matière d'obligation alimentaire sera étudié, car cette règle est contenue dans un instrument conventionnel et ne permet un tel choix qu'en faveur de la loi du for. Il conviendra en conséquence de rechercher les justifications d'une telle faculté limitée à la loi du for.

776. L'analyse de l'option de législation en faveur de la *lex fori* (A) précèdera celle du choix de la *lex fori* par la conclusion d'un accord procédural (B).

A- L'option de législation en faveur de la *lex fori*

777. En matière de désunion du couple, parmi les critères de rattachement disponibles en cas de choix de loi, le règlement réserve le choix de la loi de la juridiction saisie[1126]. Si la volonté de faire converger *forum* et *jus* est largement présente dans les autres critères de rattachement qui se calquent sur les chefs de compétence, la réserve de la *lex fori* permet de s'assurer d'une liaison entre *forum* et *jus* qui n'est pas altérée par le temps. En effet, entre le moment du choix de loi et le moment de la saisine de la juridiction, le choix des parties de lier *forum* et *jus* peut se trouver altéré et s'avérer inopérant. L'application de la *lex fori* permet de s'assurer que le juge applique malgré tout sa propre loi.

778. Dans la grande majorité des cas, l'application de la *lex fori* permet aux parties d'opter pour la compétence de l'ordre juridique qui présente des liens étroits avec le couple. « La possibilité de choisir la loi du for n'y fait pas exception, dans la mesure où les critères de compétence judiciaire, énoncés par le règlement Bruxelles II *bis*, sont

[1126] Article 8.d) du Règlement Rome III.

également fondés, de différentes manières, sur la résidence habituelle et la nationalité des époux, et traduisent, par conséquent, les mêmes liens particuliers entre les époux et le pays en question »[1127]. La régulation des chefs de compétence juridictionnelle permet de tempérer les potentielles critiques apportées au recours à la *lex fori* en termes de justice conflictuelle.[1128]

779. Pourtant, des interrogations perdurent. Lorsque les parties choisissent la loi du for, un tel choix permet-il d'assurer la prévisibilité traditionnellement louée pour consacrer l'autonomie des parties ?

780. Le fondement du recours à l'autonomie des parties qui permet traditionnellement de garantir la prévisibilité des relations juridiques peut être discuté dans l'hypothèse où les parties choisissent la *lex fori*. En effet, la loi applicable dépendra nécessairement du juge saisi. Or, l'on sait que le Règlement Bruxelles II *bis* ne permet pas d'effectuer d'élection de for. En cette absence de choix de for, le choix de loi en faveur de la *lex fori* ne donne pas beaucoup d'indications aux ex-époux. Le choix de loi ne se concrétisera en effet qu'avec la saisine de la juridiction par l'un des époux et la loi ne sera connue que tardivement, au moment de la procédure. Un tel choix ne permet donc en rien d'être un instrument de prévisibilité juridique pour les parties puisqu'il est bien difficile pour les parties d'orienter leur comportement sur cette seule directive, qui au moment du choix de loi s'apparente à une « coquille vide ».

781. Les parties ne peuvent donc pas savoir à l'avance quelle sera la loi applicable à leur litige. La détermination de la loi applicable dépend en outre du nombre de chefs de compétence existants. Le nombre important de chefs de compétence corrélé à l'application de la *lex fori* peut ainsi encourager la course vers le juge et ce choix de loi permettra d'appliquer une loi qui *in fine* n'entretient pas forcément des liens étroits avec le

---

[1127] S. CORNELOUP, N. JOUBERT, « Autonomie de la volonté et divorce : le règlement Rome III », *op. cit.,* p. 184, n°11.

[1128] « Par exemple, lorsque les règles de conflit suisse ou russe en matière délictuelle n'autorisent les parties à porter leur choix que sur la loi du for, elles confèrent une place privilégiée à cette loi qui n'est pas forcément justifiée. Toutefois, il ne faut pas exagérer les inconvénients de la solution : bien souvent si les tribunaux suisses ou les tribunaux russes ont été saisis, c'est qu'il y a un lien sérieux entre la situation et l'ordre juridique du for et la *lex fori* sera aussi, dans de nombreux cas, soit la loi du lieu du fait générateur, soit la loi du lieu où le préjudicie a été subi ». L'auteur considère qu' « en revanche si la compétence du tribunal ne repose que sur la nationalité ou le domicile de l'une des parties, limiter le choix à la loi du for se comprend dans la mesure où le juge statuera toujours plus facilement selon son propre droit, mais il faut reconnaître que, en ce cas, l'objectif de justice conflictuelle est négligé ». H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », *op. cit.,* p. 292-293.

litige[1129]. Le législateur lui-même semble être conscient des conséquences d'un tel choix et de l'opposition potentielle entre la *lex fori* et la loi la plus proche du litige lorsqu'il indique que « *les époux devraient pouvoir choisir la loi d'un pays avec lequel ils ont des liens particuliers ou la loi du for comme loi applicable au divorce et à la séparation de corps* ».

782. Ce choix de loi permettra alors au demandeur de saisir le juge en contemplation de la loi qui lui est le plus profitable. Ce risque est accentué par le régime de la litispendance fondée sur la chronologie des saisines. L'on retrouve ici la critique que formulait Savigny à l'encontre de l'application de la *lex fori*. Dans une telle hypothèse, la compétence de la loi dépendrait « non pas seulement de circonstances purement accidentelles, mais même de la volonté arbitraire d'une seule partie »[1130]. Ce choix des parties en faveur de la *lex fori* présente donc un certain risque pour l'un des ex-époux.

783. Si le choix de la *lex fori* comme critère subjectif de compétence peut susciter de vives critiques, il convient de comprendre pourquoi le législateur européen a entendu réserver cette hypothèse, sans par ailleurs lui associer un choix de for. La raison réside selon nous en ce que le choix de la *lex fori* intervient comme un instrument supplémentaire de l'alignement des compétences et s'inscrit dans la tendance générale du législateur européen de faire concorder *forum* et *jus*. L'application de la loi du for permet une résolution simplifiée et rapide du litige et évite les coûts liés à l'application d'une loi étrangère, au détriment parfois de la proximité avec le litige[1131].

784. Une telle considération d'arguments pragmatiques au service de l'efficacité procédurale se retrouve également lorsque les parties ont conclu un accord procédural en faveur de la *lex fori*.

B- L'accord procédural en faveur de la *lex fori*

785. Le choix de la *lex fori* peut également être effectué au moment de la saisine du juge par la conclusion d'un accord procédural. L'accord procédural vise à permettre aux parties au moment de la procédure, c'est-à-dire une fois le juge saisi, de conclure un

[1129] L'on retrouve ici les mêmes critiques formulées à l'égard du rattachement à la loi du for dans le cadre des critères objectifs de compétence. Voir *supra* n°741.
[1130] F.C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, *op. cit.,* p. 243
[1131] En ce sens : « Une simplification peut, par exemple, résider dans la concordance entre le *forum* et le *jus*, en choisissant la loi de l'État dans lequel le divorce sera prononcé. Un tel choix présente également l'avantage de réduire le coût et la durée de la procédure de divorce, en évitant toute la complexité liée à la nécessité d'appliquer un droit étranger, dont le régime n'est pas harmonisé en Europe ». S. CORNELOUP, N. JOUBERT, « Autonomie de la volonté et divorce : le règlement Rome III », *op. cit.,* p. 179.

accord pour écarter l'application des règles de conflit de lois pour préférer l'application de la *lex fori*. Le problème que suscite l'accord procédural se distingue de celui de l'office du juge. En effet, dans le premier cas, il s'agit de savoir si la règle de conflit de lois s'impose nécessairement aux parties, tandis que dans le second, la force obligatoire doit s'étudier à l'égard du juge. En raison du principe européen d'autonomie procédurale des États membres, l'office du juge ne fait pas l'objet d'une réglementation européenne. Notre analyse doit se concentrer dès lors sur l'accord procédural.

786. « Lorsque l'accord procédural est possible, les parties peuvent-elles seulement écarter une loi étrangère désignée par la règle de conflit au profit de la loi du for, ou écarter une loi étrangère désignée par la règle de conflit au profit d'une autre loi étrangère, ou encore, pourraient-elles écarter la loi du for désignée par la règle de conflit au profit d'une loi étrangère ? »[1132]. La réponse à ces questions n'est pas uniforme et dépend des matières et des législations nationales.

787. Ainsi, le Règlement Rome III prévoit la possibilité de conclure un accord procédural qui dépend de la loi du for[1133]. La licéité d'un tel accord procédural est en effet renvoyée à la loi de chaque État membre, de même que la possibilité de désigner la loi du for ou une loi étrangère. Devant la diversité des législations nationales ou encore la difficulté de saisir ce qui relève de la libre disposition des droits pour permettre un tel accord[1134], il est difficile d'offrir une analyse de la liaison entre *forum* et *jus* dans une telle hypothèse, en raison justement de la multitude d'hypothèses possibles.

788. Une telle analyse est en revanche possible en matière d'obligation alimentaire. En effet, l'article 7. 1 du Protocole de La Haye prévoit la possibilité de conclure un

[1132] H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », *op. cit.,* p 295.
[1133] Article 5.3 du Règlement Rome III : « *Si la loi du for le prévoit, les époux peuvent également désigner la loi applicable devant la juridiction au cours de la procédure. Dans ce cas, la juridiction prend acte de la désignation conformément à la loi du for* ».
[1134] J. LEMONTEY, J.-P. REMERY, *Rapport de la Cour de cassation*, 1993 ; B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Paris, LGDJ, 1996 ; H. FULCHIRON, « Disponibilité/indisponibilité : quelques réflexions de synthèse à la lumière d'une étoile morte », in H. FULCHIRON, A. PANET, P. WAUTELET (dir.), *L'autonomie de la volonté en droit des personnes et de la famille dans les règles de droit international privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 283.

accord procédural, mais en faveur de la loi du for[1135] et ne connaît pas d'interdiction relative à la minorité ou à la vulnérabilité des personnes[1136].

789. L'éventualité d'un accord procédural est réduite à l'alignement du *forum* et du *jus*. En ce sens, « l'accord procédural devient un instrument d'application de la *lex fori* là où le règlement normal du conflit de lois aurait pu conduire à la désignation d'une loi étrangère »[1137]. En vertu de l'article 7.1 du Protocole, si le *jus* est dans la dépendance du *forum,* car il dépend de la juridiction saisie, il est également dans la dépendance de la volonté des parties. La règle de compétence juridictionnelle revêt donc une importance primordiale, car c'est elle qui fixe la localisation du rapport de droit ; localisation que les parties entendent ensuite conserver et ne pas voir modifier par l'application de la règle de conflit.

790. Cette faveur à la loi du for n'a *a priori* rien de nécessaire. En effet, comme le relève le professeur H. Gaudemet-Tallon, « il n'y a pas de raison ici de privilégier la loi du for : l'accord procédural devrait pouvoir conduire aussi bien à l'application d'une loi étrangère qu'à la loi du for. Il répondrait alors de façon satisfaisante au souci de justice conflictuelle qui implique de mettre toutes les lois à égalité »[1138]. Telle n'est pourtant pas la solution retenue par l'instrument conventionnel qui retient le seul recours à la loi du for.

791. Associé à la possibilité de choisir le for, l'accord procédural pourrait permettre aux parties d'effectuer un choix de fond, mais la présence d'intérêts antagonistes en fait, dans la majorité des litiges, un instrument « inapte à servir la justice matérielle »[1139]. Les

---

[1135] Article 7. 1) : « *Nonobstant les articles 3 à 6, le créancier et le débiteur d'aliments peuvent, uniquement pour les besoins d'une procédure particulière se déroulant dans un État donné, désigner expressément la loi de cet État pour régir une obligation alimentaire* ». Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable en matière d'obligation alimentaire.

[1136] Elle est donc plus large que l'option de législation. Mais comme il a été justement relevé, « il faut relativiser le blanc-seing ainsi donné aux parents par le biais de l'accord procédural, car celui-ci ne permet finalement que de s'accorder sur la loi du for, laquelle est déjà généralement applicable. En outre, en matière d'obligations alimentaires à l'égard des enfants, le for n'est autre, en principe, que celui de la résidence habituelle de l'enfant ou, à titre exceptionnel et à des conditions restrictives, celui qui entretient un lien étroit ou particulier avec l'enfant, ou enfin celui du divorce. Hormis peut-être dans cette dernière hypothèse, l'accord procédural ne constitue donc pas un outil confié aux parents de nature à nuire aux intérêts de leurs enfants ». E. GALLANT, F. JAULT-SESEKE, « Autonomie de la volonté et obligations alimentaires en droit international privé », in H. FULCHIRON, A. PANET, P. WAUTELET (dir.), *L'autonomie de la volonté en droit des personnes et de la famille dans les règles de droit international privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 223 s., spéc. p. 230-231, n°19.

[1137] D. BUREAU, « L'accord procédural à l'épreuve », *op. cit.,* p. 587, n°15.

[1138] H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) ». *op. cit.,* p. 295-297. L'auteur considère en revanche que : « dans la mesure où il joue le plus souvent en faveur de la loi du for, et où même certains voudraient ne l'autoriser qu'en faveur de cette loi, il est alors moins respectueux de la justice conflictuelle ». p. 297.

[1139] D. BUREAU, « L'accord procédural à l'épreuve », *op. cit.,* p. 587, n°48.

justifications de l'accord procédural ne peuvent donc résider dans le souci de prévisibilité juridique[1140].

792. Les arguments qui militent pour un tel accord sont d'une autre nature. En effet, cet accord procédural limité à la loi du for tend, là encore, à rechercher l'efficacité procédurale. L'on retrouve ici les arguments pragmatiques évoqués dans la doctrine anglo-saxonne pour expliquer les cas d'application de la *lex fori*[1141].

793. L'utilité d'un tel accord se rencontre également lorsque le litige concerne plusieurs matières et se concentre devant un même juge grâce au jeu des prorogations de compétence. C'est le cas par exemple lorsqu'en matière de divorce, le *forum* concorde avec le *jus* et que par le jeu des prorogations de compétences, le juge du divorce peut connaître de la demande accessoire de nature alimentaire. Dans ce cas, il peut y avoir un litige soumis à deux lois différentes pour traiter de deux questions qui, bien qu'étant distinguées, restent liées. Dans certaines hypothèses, l'accord procédural pourrait ainsi permettre de soumettre l'entièreté du litige à un seul et même droit, si les époux n'ont pas effectué de tels choix préalablement conformément à l'article 8.1.d) du Protocole de La Haye. L'accord procédural désignant la seule *lex fori* permet en conséquence d'aligner le *forum* et le *jus* ; alignement qui permet de s'assurer de cette efficacité procédurale[1142].

794. Nous pouvons donc affirmer avec Mesdames E. Gallant et F. Jault-Seseke qu'« un tel accord ne pouvant porter que sur la loi du for, il vise en premier lieu à assurer une certaine commodité procédurale, en dispensant le juge compétent d'appliquer la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois. La solution vient donc compléter l'ensemble du dispositif issu du règlement Aliment et du Protocole de La Haye, qui tend

---

[1140] Le mécanisme se distingue ainsi du choix de loi proprement dit, dont il ne peut notamment pas remplir la fonction essentielle : n'intervenant que postérieurement à la survenance du litige, il ne permet pas aux parties de « connaître leurs droits et obligations en temps utile pour qu'elles puissent orienter leur comportement en fonction de la loi applicable ». C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *op.cit.*, p. 321, n° 25.

[1141] « The application of the *lex fori* is the normal and natural process of a court, the greatest proportion of whose business consists in local cases. It is the law which the court can best apply form its own knowledge. The judge knows his own law and he cannot be expected to know any other. The solution of the *lex fori* is far cheaper, simpler and more expeditious than that of applying any other system of law. The law requires no proof, for it is judicially known. No expert witnesses of foreign law need be produced at considerable expense, and sometimes with great delay. There is no reason to assume that the *lex fori* is in any way inferior to any other legal system which may be relevant under a rule of private international law ». R. GRAVERSON, « Comparative Aspects of the General Principles of Private International Law », *RCADI,* 1963-II, t. 109, spéc. p. 21.

[1142] En ce sens, M. FALLON, « Introduction aux conditions d'exercice de l'autonomie de la volonté dans les règlements européens », in H. FULCHIRON, A. PANET, P. WAUTELET (dir.), *L'autonomie de la volonté en droit des personnes et de la famille dans les règles de droit international privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 171.

dans la majeure partie des cas, à garantir une coïncidence entre la compétence judiciaire et la loi applicable, au nom de la simplicité et de l'efficacité »[1143]. À l'instar de l'accord de fond, l'accord procédural en faveur de la *lex fori* permet de s'assurer de la concordance entre *forum* et *jus* du fait de la dépendance de la compétence législative envers la compétence juridictionnelle, et ce à des fins d'efficacité procédurale.

Conclusion de la section :

795. L'étude qui vient d'être effectuée visait à analyser les cas d'application de la *lex fori*. Précisément, le cadre de l'analyse portait sur l'utilisation de la *lex fori* comme loi de rattachement et non dans sa vocation subsidiaire. Lorsque la loi du for est désignée par la règle de conflit de lois, elle est dans la dépendance de la compétence juridictionnelle. En effet, la désignation abstraite de la *lex fori* ne dit rien sur la loi qui sera finalement appliquée. Pour connaître cette loi, il faut au préalable identifier le for. C'est pourquoi le *jus* s'aligne, dans ces hypothèses, sur le *forum*.

796. Quel que soit son mode d'intervention, le recours à la loi du for a pour conséquence de transférer l'enjeu de la résolution du conflit de lois sur la règle de compétence juridictionnelle. La compétence législative est donc dans la dépendance fonctionnelle de la compétence juridictionnelle. Une même liaison technique n'est cependant pas portée par une justification commune pour tous les cas envisagés.

797. Le recours à la loi du for en tant que critère objectif de compétence législative recouvre en réalité plusieurs justifications. La *lex fori* peut ainsi intervenir principalement au titre de la justice conflictuelle lorsqu'elle permet de désigner la loi qui présente les liens les plus étroits avec le litige ou plus directement comme un outil de la justice matérielle lorsqu'elle sert à promouvoir un droit subjectif particulier. L'usage de la loi du for en tant que critère subjectif de rattachement sert quant à lui à promouvoir l'efficacité procédurale.

798. En outre, traditionnellement, le recours à la *lex fori* a pour conséquence d'assurer la concordance du *forum* et du *jus*. Pourtant, une fois encore, la concordance n'est pas immuable en raison de la flexibilité des règles de compétence qui donne aux parties et au juge la possibilité de choisir d'avoir recours à cette concordance, de l'éviter

[1143]E. GALLANT, F. JAULT-SESEKE, « Autonomie de la volonté et obligations alimentaires en droit international privé *op. cit.,* p. 223 s., spéc. n°17.

ou de la corriger. Cette souplesse des règles reflète la variété des objectifs qui sous-tendent les règles de droit international privé et particulièrement le recours à la loi du for.

Conclusion du chapitre :

799. Au terme de l'étude précédemment menée, il peut être affirmé qu'existent des hypothèses diverses d'alignement du *forum* sur le *jus* ou du *jus* sur le *forum* qui permettent de faire concorder les compétences juridictionnelle et législative. À la différence de la simple concordance du chef de compétence et du critère de rattachement, il existe de surcroît une dépendance de fonctionnement, de raisonnement entre les deux corps de règles, une attraction de l'une sur l'autre.

800. La compétence juridictionnelle peut être dans la dépendance du droit applicable quand est consacré un *forum legis*. Une distinction s'est imposée pour cerner précisément la figure du *forum legis* entre *forum legis* et *quasi forum legis*. Dans la première hypothèse, la compétence juridictionnelle est dans la dépendance de la loi applicable. La compétence de l'ordre juridique dans son ensemble est en conséquence absorbée par la compétence législative. Dans la seconde hypothèse, la compétence juridictionnelle est dans la dépendance du droit substantiel dont la violation est alléguée. Le droit substantiel n'agit toutefois pas comme un rattachement direct à l'ordre juridique dans son ensemble. Le raisonnement est plus composite et préserve l'application des règles de compétence. Le droit subjectif invoqué sert à déterminer la compétence juridictionnelle et la protection de ce droit explique ensuite, également, le principe de territorialité qui gouverne la règle de conflit de lois.

801. En raison de la dépendance de fonctionnement de la compétence juridictionnelle envers la compétence législative, ces deux formes de *forum legis* devraient mener automatiquement à la concordance des compétences. Or, tel n'est pas le cas et c'est là l'originalité de ces formes renouvelées de *forum legis* qui ne sont pas liées par une dépendance nécessaire entre les règles de compétence. La dépendance du *forum* sur le *jus* est très vite relativisée par les modalités flexibles du *forum legis*.

802. Le *forum legis* est soit l'œuvre des parties, soit celle du juge sur demande d'une des parties. La concordance des compétences est devenue la raison d'être du *forum legis* et sa mise en œuvre est guidée par la proximité et l'efficacité procédurale. Le *quasi forum legis* met en lumière une substantialisation de la règle de compétence qui ne mène pas toujours à la liaison du *forum* et du *jus*.

803. Une telle analyse trouve également à s'appliquer lorsque, à l'inverse, la compétence législative s'aligne sur la compétence juridictionnelle. Cette hypothèse recouvre tous les cas d'application de la *lex fori*. La *lex fori* peut intervenir lorsqu'est à l'œuvre un rattachement objectif ou subjectif. Dès lors, c'est à la règle de conflit de juridictions qu'il appartient de localiser le litige et c'est sur elle que reposent les enjeux méthodologiques de la matière et les différents objectifs portés traditionnellement par la règle de conflit de lois. Or, ces objectifs peuvent être divers, ce qui explique ensuite que l'usage de la *lex fori* ne trouve pas une explication unique pour tous ses cas d'application, que la *lex fori* intervienne en tant que règle objective de compétence ou en tant que règle subjective de compétence.

Conclusion du titre :

804. L'étude de la concordance suggérée des compétences était périlleuse tant le phénomène se laisse difficilement appréhender. En effet, la concordance suggérée pourrait être confondue avec une simple coïncidence entre le chef de compétence et le critère de rattachement. Le nombre de rattachements n'étant pas infini, la coïncidence des compétences peut être plus ou moins fréquente. Il ne s'agirait alors que « de simples coïncidences entre les deux règles sans qu'il soit possible de poser de lien de dépendance d'une par rapport à l'autre »[1144]. Pourtant, il nous semble aujourd'hui difficile d'affirmer que le fruit du hasard soit le seul guide du législateur. Même en l'absence de dépendance entre les règles de compétence, la concordance semble au contraire être suggérée. On a montré, en effet, que cette liaison entre *forum* et *jus* est largement favorisée par le législateur et accompagné par l'interprète européen.

805. L'observation a d'abord permis de révéler un fonctionnement parallèle des règles de compétence qui s'articulent et s'élaborent en contemplation l'une de l'autre autour du même chef de compétence et critère de rattachement. Ce parallélisme est lui-même multiple tant les hypothèses étaient nombreuses et susceptibles de nuances en fonction de leur mise en œuvre et des objectifs poursuivis.

806. L'examen a ensuite révélé un alignement des compétences qui s'inscrit dans une tendance à la concordance des compétences par une attraction des deux règles de compétence, l'une envers l'autre. Dans cette hypothèse et quel que soit le sens de l'alignement des compétences, c'est-à-dire du *jus* sur le *forum* ou du *forum* sur le *jus*, l'une des règles de compétence est dans la dépendance de l'autre règle, sans pour autant que cette dépendance soit nécessaire et inéluctable.

807. La compréhension du phénomène de concordance des compétences qui découle de ce rapprochement des règles de compétence n'est pas chose aisée, car en dépit du parallélisme des règles de compétence ou de l'alignement des compétences, la concordance n'est pas automatique et absolue. Elle dépend d'autres facteurs. Un facteur principal s'en dégage toutefois : celui de la place prépondérante des parties ou d'une des parties dans le phénomène de concordance suggérée. Si la concordance est largement favorisée par les critères de compétence, la flexibilité des règles fait dépendre sa

[1144] E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, *op. cit.,* p. 2.

réalisation de l'attitude du demandeur ou de l'accord des parties ou encore d'une décision du juge. En toute hypothèse, les arguments pragmatiques sont au service des intérêts dégagés par le législateur. Autrement dit, tant que l'objectif plus ou moins affiché du législateur peut se réaliser, la concordance des compétences est un outil parmi d'autres pour y parvenir. Elle exprime tantôt une possibilité facilitée d'y parvenir, tantôt revêt un caractère plus nécessaire.

Conclusion de la partie :

808. À l'issue de l'étude de l'existence du phénomène de concordance des compétences, il apparaît que de nombreux liens émergent entre *forum* et *jus*. Le phénomène est d'autant plus important que ces liens innervent l'ensemble de la matière avec une intensité variable selon les fins qu'ils poursuivent.

809. Une première forme de concordance des compétences, imposée, s'est manifestée lorsqu'était en cause un intérêt fondamental pour l'ordre juridique. Sous couvert d'impérativité d'une des règles de rattachement, la concordance des compétences s'apparente majoritairement à une revendication unilatérale du litige par l'ordre juridique du for dans son ensemble.

810. Une seconde forme de concordance, suggérée cette fois-ci, a ensuite démontré le rapprochement des règles de compétence dont le parallélisme ou l'alignement encouragent très fréquemment une liaison entre *forum* et *jus*. Elle s'explique par des considérations différentes en fonction des matières : proximité, principe de faveur, territorialité, autonomie de la volonté, etc. Sa diversité reflète la mosaïque méthodologique qui est la marque du droit international privé de l'Union européenne.

811. La traditionnelle dissociation des compétences juridictionnelle et législative ne permet donc plus de refléter l'ensemble des solutions de droit positif. Cette distinction n'apparaît plus quantitativement comme une vérité première du droit international privé. Ainsi, dans la partition jouée par les règles de droit international privé, la gamme d'outils est variée pour remplir des objectifs divers et il n'est désormais plus rare de voir les règles de compétence jouer à l'unisson.

812. Il existe donc bien un phénomène de concordance des compétences juridictionnelle et législative au point que la dissociation des compétences n'est plus le prisme unique par lequel il faut appréhender le droit international privé européen. Afin d'en cerner désormais ontologiquement les caractères constitutifs et l'originalité au sein de la théorie générale du droit international privé, c'est l'essence du phénomène de concordance des compétences qu'il convient d'appréhender.

PARTIE 2 : L'ESSENCE DU PHÉNOMÈNE DE CONCORDANCE DES COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLE ET LÉGISLATIVE

813. L'existence du phénomène de concordance des compétences en droit international privé européen questionne les différents discours et postulats traditionnels de la matière. Le principe cardinal d'indépendance des règles de compétence juridictionnelle et législative est-il remis en cause par cette forte tendance ? Pour y répondre, il est nécessaire de saisir l'essence du phénomène, c'est-à-dire d'en cerner la nature, les propriétés, l'originalité au sein de la théorie générale du droit international ainsi que son potentiel devenir. C'est la dimension ontologique du phénomène qui est recherchée.

814. À cet égard, en tant qu'il s'agit d'un phénomène, la concordance des compétences dépend de son environnement normatif et doctrinal et dans le même temps, elle influe sur cet environnement. Les causes et les conséquences s'entrainent donc mutuellement. En effet, comme tout phénomène, celui-ci est à la fois causé et causant. Il faut par conséquent comprendre d'une part ce qui cause cette concordance des compétences, ce qui l'encourage parmi les différentes mutations qui affectent le droit international privé européen. D'autre part, il faut saisir ce que cette concordance produit sur l'analyse classique des rapports entre les règles de compétence.

815. Ainsi, pour éprouver la valeur qualitative du principe de dissociation des compétences à l'aune du phénomène de concordance, l'examen des raisons du phénomène de concordance des compétences juridictionnelle et législative (TITRE 1) précèdera l'étude de ses implications (TITRE 2).

TITRE 1 : LES RAISONS DU PHÉNOMÈNE DE CONCORDANCE DES COMPÉTENCES

816. Le phénomène de concordance des compétences est polymorphe de sorte qu'il n'est *a priori* pas aisé d'en donner des explications d'ordre général. Pour autant, en dépit de la diversité d'hypothèses concernées, il est nécessaire de s'interroger sur les mutations structurelles qui accueillent et accompagnent un tel phénomène. Le phénomène de concordance des compétences est en effet la conséquence de la conjonction de mutations internes et externes au droit international privé.

817. D'une part, la réglementation et le discours porté sur le droit international privé ont subi des mutations internes puisque le règlement du conflit de lois n'est plus la seule donnée à penser. Effectivement, longtemps centrée uniquement sur le règlement du conflit de lois, l'analyse du droit international privé se caractérise aujourd'hui par une « irrésistible ascension des conflits de juridictions »[1145].

818. D'autre part, les raisons du phénomène de concordance ne sauraient être recherchées qu'à l'intérieur, c'est-à-dire du seul point de vue du droit international privé lui-même. En effet, le droit international privé est fortement tributaire du contexte normatif dans lequel ses règles sont élaborées et adoptées. Ce contexte est celui du passage d'un droit international public fondé sur la coexistence entre États à un droit international public fondé sur la coopération entre États[1146], synonyme d'une perte consentie de la souveraineté étatique dans la réglementation des relations internationales[1147], qui rejaillit sur le droit international privé. C'est désormais de plus en plus par le biais de la coopération, de la collaboration, que se construit le droit international privé. La coopération européenne constitue à ce titre un véritable laboratoire

[1145] H. GAUDEMET-TALLON, « L'irrésistible ascension des conflits de juridictions », *op. cit.,* p. 736. Déjà : H. BATIFFOL, « L'avenir du droit international privé », Annuaire de l'Institut de Droit international 1973, in *Choix d'articles*, Paris, LGDJ, 1976, p. 315.

[1146] R. J. BARNET, « Coexistence and Cooperation in International Law », 18 *World Pol.* 82 (1965) ; W. FRIEDMANN, « National Sovereignty, International Cooperation, and the Reality of International Law », 10 *UCLA Law Review*, 739 (1963) ; Du même auteur : « Droit de coexistence et droit de coopération. Quelques observations sur la structure changeante du droit international », *Revue belge de droit international*, 1970, p. 1.

[1147] Si ce contexte en explique sûrement son développement actuel, il est source d'incertitudes en raison des difficultés de poser un diagnostic sur un mouvement en perpétuelle évolution. Il faut effectivement se contraindre à prendre acte de l'impossibilité de saisir pleinement toutes les possibilités de ces rationalités externes pour elles-mêmes et pour le droit international privé.

du développement du droit international privé. Pour rechercher les explications à la concordance des compétences en droit international privé européen, l'analyse doit se porter sur l'influence de discours et rationalités extérieurs au droit international privé qui en modifient la substance et la réalisation.

819. Le phénomène de concordance des compétences doit par conséquent s'analyser au prisme des mutations internes que subit le droit international privé et au prisme des mutations externes qui exercent une influence importante en amont et en aval du phénomène de concordance des compétences. Il s'agira donc d'étudier les raisons endogènes (CHAPITRE 1) et exogènes de la concordance des compétences (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1 : LES RAISONS ENDOGÈNES

820. L'affirmation de l'indépendance entre compétence juridictionnelle et compétence législative se présente à première vue comme la possibilité et la conséquence d'un choix distinct du chef de compétence et du critère de rattachement. Or, cette dissociation est, en réalité, le résultat d'un processus plus global qui s'étend de la fonction que l'on entend donner aux règles de compétence juridictionnelle et législative à la structure des règles pour enfin parvenir au résultat concret. La mise en lumière précédemment effectuée du phénomène de concordance des compétences interroge ainsi cette dissociation.

821. Afin de comprendre ce phénomène de concordance, il convient par conséquent de rechercher ce qui favorise méthodologiquement un tel rapprochement des règles de compétence, susceptible d'emporter une telle modification de la résolution du contentieux à caractère international. Des points de contact méthodologiques entre les corps de règles pourraient ainsi constituer le terreau sur lequel peut s'épanouir ensuite le phénomène de concordance précédemment exploré.

822. Ensuite, ce sont les modalités d'action des deux règles qui doivent être examinées pour trouver une explication générale du phénomène de concordance. Ce phénomène de concordance des compétences est inéluctablement le fruit de mutations qui affectent l'une, l'autre ou les deux règles de compétence. Ces mutations expliqueraient que désormais la concordance ou la dissociation entre *forum* et *jus* ne doit plus s'apprécier à l'aune de la seule règle de conflit de lois, mais au prisme des deux règles de conflit.

823. Il s'agira dès lors d'observer dans un premier temps la confluence méthodologique des règles de compétence qui intervient comme un présupposé du phénomène de concordance entre les compétences (SECTION 1) avant d'expliquer dans un second temps que la concordance est le résultat d'une intégration unitaire du litige dans l'ordre juridique (SECTION 2).

SECTION 1 : LA CONFLUENCE MÉTHODOLOGIQUE DES RÈGLES DE COMPÉTENCE

824. Pour asseoir le principe d'indépendance entre les compétences, il est classiquement relevé que la séparation entre les règles de conflit de juridictions et les règles de conflit de lois repose d'une part sur une différence de nature et d'autre part sur une différence de fonction entre les deux règles. Selon la vision traditionnelle, la nature de règle de rattachement attachée à la fonction substantielle, c'est-à-dire au traitement substantiel du rapport de droit, était confiée à la seule règle de conflit de lois. À l'inverse, la règle de conflit de juridiction est souvent analysée à travers le seul prisme de sa nature et fonction processuelle.

825. Or, pour comprendre le phénomène de concordance des compétences, il faut essayer de tracer les lignes directrices de cette indépendance et tenter de rechercher si en dépit de la distinction traditionnelle, il n'existe pas une zone de confluence méthodologique entre les deux corps de règles.

826. Pour ce faire, il convient de reprendre l'analyse traditionnelle de la règle de conflit de lois comme règle d'intégration matérielle du litige[1148] (§1) avant d'observer que les questions méthodologiques soulevées par la règle de conflit de lois intéressent la règle de conflit de juridictions, versant juridictionnel de l'intégration du litige dans l'ordre juridique (§2).

§1 : La règle de conflit de lois : règle d'intégration matérielle

827. Afin de pouvoir présenter les nombreux points de contact entre les deux corps de règles de compétence qui permettent de dresser le support méthodologique sur lequel se fonde le phénomène de concordance des compétences, il convient de reprendre les principaux postulats de la règle de conflit de lois et de présenter la teneur de l'intégration matérielle réalisée.

[1148] Nous reprenons ici l'expression employée par le professeur L. Rass-Masson. « Ainsi, là où les règles de compétence juridictionnelle doivent répondre à la question de l'intégration juridictionnelle directe d'une situation internationale, les règles de conflit de lois doivent répondre à celle de l'intégration matérielle de la situation internationale. Dans la première hypothèse, il s'agit surtout de dire que la situation est suffisamment pertinente pour un ordre juridique pour être tranchée conformément à des règles de droit. Mais l'on ne sait pas encore à ce stade lesquelles. Et c'est justement la détermination de ces règles de droit, applicables à la situation, que la règle de conflit de lois opère ». L. RASS-MASSON, *op. cit.,* p. 484.

828. Une fois acquis que la règle de conflit de lois opère un rattachement matériel de la situation à l'ordre juridique (A) il conviendra de mesurer l'ampleur du rattachement matériel effectué (B).

A- Le rattachement matériel opéré par la règle de conflit de lois

829. L'essor de la règle de conflit bilatérale est lié à une vision de la règle de droit abstraite et virtuellement universelle[1149]. En découle la complétude[1150], c'est-à-dire l'aptitude de l'ordre juridique[1151] à connaître et à répondre de toute question de droit qui lui serait soumise. Puisque la délimitation du champ d'application des règles de droit n'est pas définie au moment de la formulation de la règle, le risque de collisions de lois est très fréquent. Il est donc nécessaire de trouver un critère départiteur qui peut déterminer quelle loi aura vocation à régir le litige. C'est le rôle de la règle de conflit de lois bilatérale qui va opérer un rattachement matériel du rapport de droit.

830. Au moment d'élaborer sa théorie, Savigny distingue deux sortes de règles. Il y a d'une part les règles relatives à la personne et d'autre part celles relatives au rapport de droit. Pour Savigny, les règles relatives à la personne, et précisément à la condition des personnes, qui dépendent selon lui du droit public, sont déterminées par le territoire. Pour rattacher la personne au territoire, Savigny s'appuyait non sur un rapport de droit,

---

[1149] Selon Pierre Mayer, « elle est envisagée dans l'abstrait, en tant qu'elle constitue dans l'ordre juridique concerné, le type de solution juridique estimé convenir dans l'hypothèse ou un type d'événement […] surviendrait. La règle crée entre une hypothèse et un effet juridique une relation qui évoque un lien de causalité : tel événement entraîne tel effet ; Kelsen préfère parler de relation d'imputation : à tel événement est imputé tel effet. Ainsi comprise, il est juste de dire que la règle de droit est virtuellement universelle. On entend par là non pas que le législateur veut qu'elle s'applique à tous les individus qui peuplent la planète, mais qu'il n'y a dans la règle aucune considération relative à l'identité ou à la localisation spatiale de ses destinataires ». P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.,* p. 146 et s. Voir également, P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973 ; S. FRANCQ, « Unilatéralisme versus bilatéralisme : une opposition ontologique ou un débat dépassé ? Quelques considérations de droit européen sur un couple en crise perpétuelle », *op. cit.,* p. 49, spec. p. 51.

[1150] Monsieur D. Boden évoque à ce sujet une double complétude de l'ordre juridique : « La première est la complétude matérielle de chaque sous-ordre (chaque sous-ordre a réponse à tout). Cette complétude provoquerait un conflit universel de lois pour toute question (tout sous-ordre a réponse à toute question), si les règles répartitrices de compétences et les règles de prédominance […] ne le prévenaient pas en ne rendant compétent qu'un seul le sous-ordre. C'est là l'objet de la seconde complétude : celle qui est répartitrice des compétences (il y a toujours un sous-ordre compétent). La première complétude concerne l'universalité des normes conçues dans leur abstraction rationnelle ; la seconde concerne l'harmonie des normes conçues dans leur impérativité […] ». D. BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Archives de philosophie du droit,* 2005, p. 49.

[1151] Il faut cependant préciser que le terme même d'« ordre juridique » n'est pas employé par Savigny. Il n'en a pas réellement besoin, car en se fondant le concept de communauté de droit, il ne nécessite pas d'en appeler à l'ordre juridique international, et en se fondant sur la recherche du siège du rapport de droit dans la nature des choses, il ne nécessite aucune référence à l'ordre juridique national. Sur l'évolution du recours à l'ordre juridique par la doctrine : J.-L. HALPERIN, « L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIXème siècle », *Droits*, 2000/1, n° 33, p. 41-52.

mais sur un rapport de fait[1152] à savoir l'*origo* et le *domicilium* qui avaient des effets juridictionnels en ce sens qu'ils permettaient de fixer le *forum originis* et le *forum domicilii*[1153] et des effets législatifs, car ils fournissaient le droit local applicable en tant que *lex domicilii*. L'intégration du litige était pensée de manière unique et le *forum* et le *jus* étaient ainsi liés concernant les règles relatives à la personne, ce qui n'était pas le cas du rapport de droit.

831. Le rapport de droit[1154], pensé comme une « extension »[1155] de la personne, doit être envisagé par analogie avec elle[1156]. « Cette double sujétion [par rapport au juge et au droit local] existe aussi pour les rapports de droit, mais l'analogie ne va pas jusqu'à l'identité ». Pour l'auteur allemand, il ne peut y avoir qu'une seule loi applicable tandis que plusieurs juridictions peuvent trancher le litige. « Pour s'en convaincre, il suffit d'observer que dans beaucoup de cas, il y a deux juridictions compétentes, tandis qu'il ne peut jamais y avoir qu'un seul droit local applicable »[1157]. La règle de conflit de lois a alors une fonction substantielle, car elle permet de déterminer la loi applicable au litige à caractère international, indépendamment de la règle de conflit de juridictions. Pour déterminer le siège du rapport de droit, Savigny prend appui sur l'existence d'une communauté de droit entre États[1158] dans laquelle la conception du droit est universelle, car elle dépend de la

[1152] F.C. VON SAVIGNY, *op. cit.,* p. 42.

[1153] « Le principe fondamental en cette matière est que tout procès doit être porté devant la juridiction du défendeur, et non celle du demandeur. Si maintenant on demande où est la juridiction du défendeur, le droit romain répond : dans la ville à laquelle appartient le défendeur et aux magistrats auxquels il doit obéissance. Or, les individus appartiennent à une ville tant à cause du droit de cité qu'à cause du domicile, et dès lors le principe se traduit par cette règle pratique : Chacun peut être cité comme défendeur dans toute ville où il a le droit de cité, comme aussi dans toute ville où il a un domicile ». F.C. VON SAVIGNY, *op. cit.,* p. 75, § 356.

[1154] C'est-à-dire « la relation de personne à personne déterminée par une règle de droit ». F.C. VON SAVIGNY, *op. cit.,* t. I, p. 323.

[1155] Selon l'expression de Bartin. E. BARTIN, *Principes de droit international privé d'après la loi et la jurisprudence françaises*, t. 1, Paris, 1930, p. 161, § 70.

[1156] Comme le résumera Bartin après lui, « les conséquences de cette localisation du rapport de droit seront d'ailleurs les mêmes que les conséquences du domicile pour la personne. Au siège du rapport de droit, se trouveront, en principe, et la loi appelée à le régir, et la juridiction compétente pour en connaître ». E. BARTIN, *op. cit.,* p. 161.

[1157] F.C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, *op. cit.,* p. 110, § 360.

L'auteur allemand en déduit également les mêmes solutions en observant les règles tenant à la condition des personnes : « Quand une personne appartenait à plusieurs villes, à raison du droit de cité ou du domicile, elle était en même temps soumise aux charges municipales et à la juridiction de chacune de ces villes, mais elle ne pouvait être à la fois soumise au droit positif de ces différentes villes, car cela eût impliqué contradiction. En effet, elle pouvait être citée devant différents magistrats au choix du demandeur ; mais elle ne pouvait être jugée d'après des règles de droit différentes et peut-être diamétralement contraires. Chacun ne pouvant être soumis qu'à un droit local, il fallait nécessairement opter entre les différentes villes, bien que placées sur la même ligne quant aux charges municipales et à la juridiction ». F.C. VON SAVIGNY, *op. cit.,* p. 89, § 356.

[1158] « Le point de vue où nous placent ces considérations est celui d'une communauté de droit entre les différents peuples ». F.C. VON SAVIGNY, *op. cit.,* p. 30.

nature des choses[1159]. Grâce à cette universalité, un même rapport juridique ne doit pas être marqué par le phénomène des frontières. À partir du postulat bilatéraliste de la fongibilité des lois, il est possible de déterminer la loi la plus apte à régir le fond du litige grâce à un procédé abstrait de localisation du rapport de droit[1160]. La désignation de la loi applicable effectuée en vertu du seul rapport de droit fait de la règle de conflit de lois une règle neutre dans son application[1161]. C'est là l'origine de la scission entre les règles de compétence qui évoluent désormais dans des sphères différentes et n'exercent pas d'influence l'une sur l'autre.

832. En opérant un rattachement matériel du rapport de droit à une loi, la règle de conflit de lois savignienne vise à lutter contre le cloisonnement juridique et doit permettre d'atteindre l'harmonie internationale des solutions, qui est selon l'auteur le but du droit international privé. Cette harmonie signifie que « dans le cas de collision des lois, la décision rendue sur le rapport de droit serait toujours la même, quel que soit le pays où le jugement a été prononcé »[1162]. La règle de conflit de lois suppose donc une réponse unique, quel que soit le lieu où le problème se pose, c'est-à-dire, quel que soit le juge saisi. La détermination de la juridiction devient quasi-indifférente. Cela explique que le traitement juridique du conflit de lois soit identique en tout lieu de cette communauté et ce qui permet à la règle de conflit de lois d'opérer un rattachement matériel sans toutefois que le for l'exerce, pour son propre compte.

833. Par la suite, la synthèse du modèle savignien, devenu « barto-savignien [1163]», fait ressortir une vision renouvelée du rattachement matériel opéré par la règle de conflit de

[1159] En s'appuyant sur le concept d'universel, Savigny fait de l'État le grand absent de sa théorie. « L'existence d'un droit se révèle à l'intelligence humaine, il apparaît aussitôt comme soumis à une règle préexistante, et l'invention de cette règle est dès lors inutile et même impossible ». F.C. VON SAVIGNY, *op. cit.,* t. I, p. 14.

[1160] Cette localisation doit permettre d'« assigner à chaque classe de rapport de droit un siège déterminé […]. Rechercher pour chaque rapport de droit le domaine du droit auquel ce rapport appartient de sa nature (où ce rapport de droit a son siège) ». F.C. VON SAVIGNY, *op. cit.,* t. VIII, p. 109.

[1161] En outre, l'auteur allemand se positionne en faveur d'une séparation étanche entre le droit public et le droit privé, dont l'unique fonction de ce dernier est celle de la protection de la sphère de liberté individuelle. Dans cette sphère privée, le droit est conçu comme un « pouvoir de l'individu » et le rôle de l'État est nécessairement limité. Sur ces postulats : G. KEGEL, « Story and Savigny », 37, *American Journal of Comparative Law*, 39 (1989) ; A. BUCHER, « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », *op. cit.,* p. 209 ; P. GOTHOT, « Simples réflexions à propos de la saga des conflits de lois », *op. cit.,* p. 343 ; D. KENNEDY, « Savigny's Family/ Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought », 58 *American Journal of Comparative Law*, 811 (2010) ; L. RASS-MASSON, *op. cit.,* p. 108 et s.

[1162] F.C. VON SAVIGNY, *op. cit.,* t. VIII, p. 30.

[1163] B. ANCEL, « Destinées de l'article 3 du Code civil », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 2.

lois, car, il est progressivement admis que le for exerce un certain contrôle normatif sur la situation juridique, c'est-à-dire un « contrôle qualitatif sur le règlement obtenu »[1164].

B- L'ampleur du rattachement matériel

834. Après Savigny et la notion de « communauté de droit », la notion d'« ordre juridique » va exercer une influence importante sur la science du droit international et particulièrement sur la règle de conflit de lois. Avec l'apparition du concept d'ordre juridique, le droit international public trouve une réelle assise juridique contemporaine, car la notion d'ordre juridique international permet de consolider la juridicité des relations entre États dans la sphère internationale[1165]. Dans le même temps, l'ordre juridique national devient une donnée importante[1166]. La doctrine de droit international privé va devoir désormais évoluer avec ces deux éléments, ce qui influence la nature du rattachement matériel opéré par la règle de conflit de lois.

835. Analysant la fonction de la règle de conflit de lois, le professeur H. Muir Watt a distingué les différentes conceptions de la règle de conflit de lois bilatérale à travers leurs différentes fonctions. Selon une première conception répartitrice, la règle de conflit de lois a pour objet la répartition des souverainetés. Selon la seconde conception, régulatrice cette fois, la règle de conflit de lois ne tranche pas un problème de champ d'application de la souveraineté dans l'espace, mais indique seulement si un droit étranger peut être appliqué[1167]. Elle est une fonction régulatrice des intérêts privés au sens où elle est « au service de la conception qu'a l'ordre du for de la réglementation la plus satisfaisante des rapports privés internationaux »[1168]. La règle revêt un rôle plus instrumental, technique. En fonction de l'analyse retenue, l'indépendance des deux règles de compétence va être plus ou moins marquée.

836. Il convient dès lors d'analyser le rattachement matériel à l'aune de la conception répartitrice du droit international privé (1) puis à l'aune de la conception régulatrice (2).

1164 H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.,* p. V.
1165 Voir en ce sens : J.-L. HALPERIN, « L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIXe siècle », *op. cit.,* p. 41 ; D. ALLAND, « De l'ordre juridique international », *Droits*, 2002/1, n°35, p. 79.
1166 Voir P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.,* p. 34 et s.
1167 H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.*
1168 Ibid, p. 207, n°151.

1- Le rattachement matériel et la conception répartitrice du droit international privé

837. Le rôle actif de l'ordre juridique étatique dans la formulation de la règle de conflit de lois a été mis en évidence par la remise en cause de l'universel savignien fondé sur « la nature des choses ». Cette remise en cause théorique a été le fait des auteurs particularistes et permise par la découverte du problème de la qualification. Cette découverte concomitante est le fait de Bartin[1169] et de Kahn[1170]. Selon Bartin, « les règles de conflit sont des règles nationales [qui] restent liées [aux institutions de droit interne] comme l'ombre au corps, parce qu'elles sont la projection de ces institutions elles-mêmes sur le plan du droit international »[1171].

838. Désormais, puisque les règles de conflit restent liées au droit interne, la nature du rapport de droit ne saurait être à rechercher dans la nature des choses, mais dans la nature des institutions. Il en découle que « les difficultés de qualification ne sont que le résultat inévitable des différences de classification et de classement des institutions dans les différentes législations »[1172]. Pour Bartin, la qualification devait alors permettre de désigner la loi applicable pour déterminer la nature du rapport de droit[1173]. La qualification était conçue comme un préalable à la détermination de la loi applicable au rapport de droit et servait à délimiter le champ d'application de la loi française[1174]. À

[1169] E. BARTIN, « De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois », *JDI*, 1897, p. 225 ; E. BARTIN, *JDI*, 1904, p. 802 ; *JDI*, 1905, p. 815 ; *JDI*, 1906, p. 995, reproduit *in* E. BARTIN, *Études sur les effets internationaux des jugements*, *op. cit.* ; E. BARTIN, « La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national des règles de conflits de lois », *RCADI,* 1930, t. I, p. 561.

[1170] F. KAHN, *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, 1928, I, p. 92 et s. développé *in* F. RIGAUX, *La théorie des qualifications en droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 1956, p. 25, n°19.

[1171] E. BARTIN, *Études de droit international privé*, Paris, Chevalier-Marescq & Cie, 1899, p. II.
L'on retrouve cette conception chez Kahn lorsqu'il observe que « le droit matériel constitue aussi bien le point de départ que d'arrivée de la science du droit international privé. […] On a développé, et développe quotidiennement de nouveau, chaque norme de conflit sur la base de la règle matérielle. Vouloir construire un droit international privé sans ce support du droit matériel signifierait le construire à l'image d'un château de cartes qui s'écroule dès la première brise » F. KAHN, *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, t. I, Duncker & Humblot, Munich, 1928, p. 300, cité et traduit *in* L. RASS-MASSON, *op. cit.,* p. 138.

[1172] E. BARTIN, *Principes de droit international privé d'après la loi et la jurisprudence françaises*, *op. cit.,* § 85.

[1173] La qualification apparaît donc comme une question préalable conflictuelle, car il fallait savoir de quelle catégorie relevaient les faits en question et cette question était résolue selon les vues du for. L'auteur estime que pour opérer la qualification, il était nécessaire de partir du facteur de rattachement pour dégager les différentes lois impliquées et délimiter leur empire. Comme le relève le professeur B. Ancel, lorsque l'objet de la qualification est les dispositions substantielles, « plutôt que de se livrer à une manipulation des lois internes qu'elles sollicitent, les règles de conflit doivent se borner à en coordonner l'application en opérant un partage de compétence qui lasse intacts leurs contenus respectifs ». B. ANCEL, *Les conflits de qualification à l'épreuve de la donation entre époux*, Paris, Dalloz, 1977, p. 133.

[1174] « En fixant dans l'ordre du conflit des lois, des limites à sa propre souveraineté, notamment en matière de statut personnel, il exécute volontairement une obligation dont le principe de l'indépendance des États souverains ne permet pas de concevoir autrement l'exécution. Dans ces conditions, n'est-il pas évident que la mesure dans

partir de cette découverte, « la qualification apparaît comme "un procédé permanent de contrôle" sur l'étendue d'application des lois étrangères dans le for »[1175].

839. En découle une affirmation décisive : préalablement au rattachement matériel effectué par la règle de conflit de lois, le for exerce donc un contrôle normatif sur la situation litigieuse, car s'il entend appliquer une loi étrangère ce n'est qu'en vertu de sa propre vision du rapport de droit et non selon celle du droit étranger désigné, ce qui brise partiellement l'objectif d'harmonie internationale des solutions. La désignation du juge compétent devient dès lors une donnée primordiale[1176] et jumelle à celle de la désignation de la loi applicable.

840. Rappelons toutefois à cet effet que selon l'auteur, les règles de compétence juridictionnelle et législative habilitent les ordres juridiques étatiques et délimitent en même temps les compétences normatives des différents États[1177]. L'on sait que cette

laquelle il accepte de restreindre, sur son territoire, l'application de sa propre législation, c'est-à-dire au fond, sa propre souveraineté, ne peut dépendre que de lui ? Mais la question de savoir si telle ou telle règle dépend ou ne dépend pas du statut personnel qu'il accepte ainsi de soumettre à la loi étrangère, qu'est-ce autre chose que la question même de savoir s'il entend se réserver la maîtrise de cette règle ou l'abandonner à la loi étrangère ? Qu'est-ce autre chose que la qualification de cette règle et la détermination par lui-même de cette qualification ? L'impératif territorial de cette qualification, c'est l'autonomie législative de l'État, c'est-à-dire le principe même de la solution des conflits de lois, tel que nous l'avons analysé dans l'étude des sources ». E. BARTIN, *Principes de droit international privé d'après la loi et la jurisprudence françaises*, *op. cit.,* p. 229, §86.

[1175] H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.,* p. 228.

[1176] Ce qui explique que pour Bartin, la qualification est un problème qui se pose également au stade du conflit de juridictions. Voir *infra* n°948.

[1177] Voir *supra* n°27 et s.

vision a été depuis rejetée par la doctrine, notamment sous l'angle de la qualification[1178], et battue en brèche par la jurisprudence internationale[1179].

841. Depuis, le véritable problème du conflit de lois correspond alors à la nécessité de déterminer l'ordre juridique étatique dont la loi va être appliquée pour trancher le litige lorsque des règles d'au moins deux ordres juridiques sont susceptibles de s'appliquer. De même, le conflit de juridictions correspond à la nécessité de déterminer si les juridictions de l'ordre juridique seront compétentes pour trancher le litige. La conception répartitrice des règles de conflit doit céder sa place à la conception régulatrice qui prône une autonomie entre les compétences.

2- Le rattachement matériel et la conception régulatrice du droit international privé

842. Une fois dépassée la vision répartitrice de la règle de conflit de lois, la conception régulatrice de la compétence est celle qui a eu et qui a toujours la part belle en doctrine. Désormais dépouillé de toute référence à la souveraineté, l'ordre juridique du for reste une donnée centrale dans la résolution du conflit de lois puisqu'il devient une nécessité théorique. Toutefois, le rattachement matériel de la situation juridique à un ordre juridique demeure neutre en raison de la fonction médiatrice assignée à la règle de conflit de lois dont la fonction reste autonome de la règle de compétence juridictionnelle (a). Cette neutralité substantielle du rattachement normatif est cependant susceptible de critique devant l'ampleur de l'emprise du for sur la réglementation du conflit de lois (b).

[1178] Une des critiques de nature formelle a pu être émise par les normativistes italiens. R. AGO, « Règles générales de conflit de lois », *RCADI*, 1936. Selon R. Ago notamment, si la règle de droit est abstraite et universelle, elle ne saurait être par nature limitée dans son application dans l'espace par la souveraineté. Ensuite, l'ordre juridique, qui seul peut décider de la juridicité ne peut recevoir de commandement extérieur ou s'incliner devant un autre ordre juridique pour répartir des compétences normatives législatives. La règle de conflit de lois est donc de nature instrumentale en ce qu'elle permet d'incorporer un droit étranger dans l'ordre juridique du for en le « naturalisant ». Cette critique rejaillissait d'ailleurs sur l'objet de la qualification. Il s'agit de qualifier des « purs faits ». AGO, « Règles générales de conflit de lois », *op. cit.,* p. 277. Or, comme l'a démontré le professeur B. Ancel, « ce qui habituellement est appelé qualification n'est que la première opération, qui ne préjuge ni de la sanction substantielle ni de la nature juridique des faits considérés. En effet, l'individualisation de ceux-ci est bien réalisée par la *lex fori*, mais comme celle-ci par hypothèse ne leur est pas applicable, elle n'a pas pouvoir de se prononcer sur leur qualité. Elle n'intervient qu'à titre d'expédient dépourvu de force juridique. […] La catégorie est un moyen privé d'incidence sur la fin poursuivie, le règlement substantiel. La règle de conflit est neutre par rapport à la situation qu'elle désigne.
Ces deux caractères, intermédiaire et neutre, dessinent l'aspect instrumental de la règle de conflit. Celle-ci est un outil de répartition des données et de désignation des sources, mais un simple outil qui œuvre au niveau formel sans jamais aborder le fond des choses ». B. ANCEL, *Les conflits de qualification à l'épreuve de la donation entre époux*, *op. cit.,* p. 194 et spéc. p. 200
Sur cette théorie : H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.,* p. 232 et s. ; Voir également la doctrine de la *local law theory* de W.W. Cook exposée p. 179.

[1179] CPJI, *Lotus*, 7 septembre 1927.

a- La « fonction médiatrice » de la règle de conflit de lois

843. L'on doit à Batiffol l'affirmation selon laquelle « la règle de conflit remplit une « fonction médiatrice » en ce qu'elle « relie à la vie sociale interne, que contrôle et constitue l'ordre du for, les rapports de droit privé qui par quelque côté, y échappent pour se développer aussi dans d'autres ordres juridiques »[1180]. Cette fonction médiatrice fait du rattachement matériel effectué par la règle de conflit de lois un rattachement neutre. Cette conception médiatrice de la règle de conflit s'observe également au niveau de la qualification. Le professeur B. Ancel considère à cet égard que l'objet de la qualification n'est ni les faits, ni les règles de droit, mais un projet. « Le projet est envisagé comme le rapport entre « l'objet de l'allégation » et « l'objet de la prétention »[1181]. Une fois l'objet de la qualification redéfini, celle-ci est envisagée comme une « perspective d'intégration »[1182] de la situation juridique à l'ordre juridique et permet de respecter la neutralité du rattachement de la situation à l'ordre juridique tout en se prémunissant contre les risques d'atteinte à la cohérence interne du for. Cette aspiration théorique à la neutralité trouve ensuite sa réalisation pratique dans la recherche d'un lien de proximité[1183] suffisant entre le litige et l'ordre juridique et en prenant de la distance avec les considérations substantielles. C'est la justice conflictuelle propre au droit international privé qui est recherchée par opposition à la justice matérielle[1184].

844. Batiffol reconnaît cependant que lorsque l'intérêt de la société est en cause, cet intérêt doit primer. Pour expliquer cette primeur à l'ordre juridique étatique, Batiffol se

---

1180 *Grands arrêts*, n°27, §7, p. 250.

1181 B. ANCEL, *Les conflits de qualification à l'épreuve de la donation entre époux*, *op. cit.,* p. 212, spec. p. 224.

1182 *Ibid*, p. 165, n° 160. « Dans la mesure où la situation étrangère s'appuie d'abord, ne serait-ce que par un de ses éléments, à d'autres situations qui lui préexistent par l'effet d'une application antérieure du droit interne du for, puis est appelée à participer peu ou prou, à la génération, sur la base de ce même droit interne de situations nouvelles, il faut qu'elle occupe dans la trame de la vie juridique interne une position définie, qu'elle y ait un statut. Faute d'un tel statut qui lui permette de s'insérer comme un maillon dans l'enchainement des relations internes, de relier entre elles les institutions du for, elle provoquerait une solution de discontinuité, elle apparaîtrait comme un point d'arrêt. Or, il est clair qu'un tel statut, pour assumer efficacement son rôle de colligation des situations internes, doit être en équivalence avec l'institution du for à laquelle, en raison des circonstances d'extranéité, il est substitué. […] Il y va de la cohérence de l'ordre du for d'en déduire que cette institution assimilée, au-delà de ses effets propres et différenciés, occupe la même position et emporte les mêmes conséquences que l'institution nationale quant au fonctionnement de l'ensemble des autres institutions nationales ».

1183 P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.,* p. 9.

1184 G. KEGEL, « Begriffs und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht », in *Festschrift für Hans Lewald*, 1953, p. 259. Sur cette distinction, P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.,* p. 165.

fonde sur l'axiome de l'antériorité de l'ordre juridique interne[1185]. Pour l'éminent auteur français, l'ordre juridique interne assimilé à l'État est effectivement le nécessaire préalable pour fournir des règles de droit et obtenir la sanction d'une règle et se conçoit comme premier, dans son existence, par rapport à l'ordre juridique international même si l'ordre national est soumis par essence à l'ordre international[1186]. C'est ce qui permet d'expliquer désormais le recours aux lois de police et à l'ordre public international et plus généralement l'essor même dans des pays de tradition savignienne de la méthode unilatérale. Ce pluralisme des méthodes[1187] a des conséquences sur l'indépendance entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative. En présence d'intérêts étatiques, cette indépendance entre *forum* et *jus* est inévitablement rompue.

845. Mais, pour Batiffol, l'antériorité de l'ordre juridique interne ne doit effectivement pas signifier que l'ordre juridique doit ignorer ce qui lui est étranger puisque l'ordre juridique a une prétention à l'universel. Cet universel puise ses racines, non plus dans le droit naturel, mais dans la qualité de sujet de droit reconnu à l'Homme[1188] indépendamment de la présence d'éléments d'extranéité[1189]. À partir de ce postulat, il convient dès lors de rechercher une harmonie entre le respect de l'organisation de l'ordre juridique interne et le besoin d'offrir un cadre aux relations privées à caractère international. Cela va être le rôle de la règle de conflit de lois qui, pour Batiffol, doit faire la synthèse du triptyque d'intérêts qui s'expriment dans les litiges à caractère international : les intérêts de la collectivité[1190], l'harmonie internationale des solutions et les intérêts privés. La règle de conflit de lois doit donc prendre en compte à la fois la

[1185] Le concept a été énoncé la première fois par Francescakis avant d'être développé par Batiffol. P. FRANCESCAKIS, « Perspectives du droit international privé français actuel », *RIDC*, 1952, p. 635 ; H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*.

[1186] « Si rationnellement le droit interne est subordonné par nature au droit international quant au développement institutionnel, à moins qu'on ne nie purement et simplement ce dernier, il l'a précédé de loin dans l'ordre de l'existence, établissant avec précision ses règles positives, et organisant efficacement leur sanction. Les relations internationales s'établissent donc entre des États — ou des ressortissants de ceux-ci — dont l'organisation a quelque fermeté, alors que la société engendrée par ces relations n'a pas jusqu'ici créé une organisation véritable. L'État a donc le souci de ne pas compromettre la cohérence d'un ordre interne qui fonctionne effectivement, ou s'y essaye, en vue d'une amélioration des relations internationales, alors que la société internationale n'est pas en mesure, dans un état embryonnaire, de faire fructifier efficacement un tel sacrifice dans l'intérêt de tous – la cause principale de cette inorganisation se trouvant d'ailleurs dans la diversité de structure des États, qui met dans un relief comparativement singulier l'unité de la nature humaine ». H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.,* p. 323.

[1187] H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *op. cit.*.

[1188] « Le développement de l'organisation juridique n'est pas concevable sans l'admission que la notion d'homme correspond à une réalité ». H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1979, p. 167.

[1189] « Le comportement du système juridique des rapports privés internationaux ne décèle aujourd'hui aucune trace d'une hésitation sur ce que tout homme est sujet de droit ». *Ibid*, p. 170.

[1190] « Une loi est faite pour une société et non pour des individus ». H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.,* p. 198.

dimension collective du droit représenté par l'État[1191], la dimension individuelle du droit, c'est-à-dire la liberté des parties ainsi que l'intérêt partagé par les individus et le « milieu international »[1192] et donc répondre au besoin d'harmonie internationale des solutions. La règle de conflit de lois, médiatrice, permet de mettre en relation ces trois intérêts tandis que le recours aux autres méthodes se justifie par le besoin exceptionnel de respecter la cohésion de l'ordre juridique interne qui impose de rompre la dissociation entre *forum* et *jus*.

846. Il s'agit de poursuivre une coordination contenue des ordres juridiques[1193] que permet la règle de conflit bilatérale[1194]. En effet, en plus de cette reconfiguration de la règle de conflit de lois, Batiffol a conceptualisé le droit international privé autour de la notion de coordination des ordres juridiques qui intervient comme méta-fonction de la règle de conflit de lois. L'auteur affirme que « la tâche du droit international privé est alors de "pouvoir faire vivre ensemble" des systèmes juridiques différents, parce que des relations se nouent entre des personnes, qui par elles-mêmes, leurs biens ou leurs actes relèvent de systèmes différents »[1195]. Le système bilatéraliste prôné fait preuve d'une véritable volonté d'ouverture aux ordres juridiques étrangers. En raison de cet objectif, le rattachement de la situation à l'ordre juridique étatique est substantiellement neutre et l'indépendance entre *forum* et *jus* est un principe fondamental. Pour Batiffol, des entorses unilatéralistes peuvent intervenir, mais seulement à titre exceptionnel, et si l'indépendance entre *forum* et *jus* est rompue, ce n'est pas du fait d'une analyse spécifique et conjointe de la règle de compétence juridictionnelle, mais au contraire d'une méthodologique particulière qui affecte la compétence législative seulement. Le principe reste celui de

---

[1191] L'État légifère d'abord et fondamentalement pour les relations qui constituent la société dont il est l'émanation et dont il contribue sérieusement à accroitre la cohérence ». *Ibid*, p. 200.

[1192] *Ibid*, p. 296.

[1193] « Le droit international privé européen de la seconde moitié du XXème siècle a été, très largement, un droit de la coordination maitrisée des ordres juridiques. Délaissant le cloisonnement pour l'ouverture, plutôt légicentrique que juridictionnelle, la nouvelle dimension tant axiologique qu'esthétique de la discipline est la recherche de la coexistence pacifique de la diversité ». H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes de droit international privé (Des formes juridiques de l'inter-altérité) », *op. cit.,* p. 164.

[1194] D'un point de vue éthique, il a été démontré que la résolution du conflit de lois est conçue sur le modèle de la tolérance. D. BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Archives de philosophie du droit*, 2005, spec. p. 302 : « A cet égard, le droit international privé d'un État est un droit de tolérance puisqu'il est pour moitié formé, a-t-il été dit ci-dessus des règles que cet État s'impose de suivre lorsqu'il est amené à accepter ou à refuser de donner un effet de droit privé à des normes émanant d'un autre État ». ; voir également D. BODEN, *L'ordre public : limites et conditions de la tolérance – recherches sur le pluralisme juridique*, *op. cit.*.

[1195] H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.,* p. 16.

Sur la coordination des ordres juridiques : P. PICONE, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général », *op. cit.,* p. 13 ; P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.,* p. 9.

l'indépendance entre *forum* et *jus*, pensée seulement à l'aune de la règle de conflit de lois et celui de l'indépendance entre le conflit de lois et le conflit de juridictions.

847. L'étude doit désormais se poursuivre avec la critique de cette neutralité qui tend à remettre en cause l'indépendance entre *forum* et *jus,* même en dehors des cas exceptionnels consentis, ce qui permettra de comprendre ensuite l'importance prise par le conflit de juridictions.

b- La remise en cause de la neutralité du rattachement matériel

848. Comme l'affirme le professeur H. Muir Watt, « si la méthode conflictuelle a pu devenir un caméléon de la sorte, c'est parce qu'elle a dû affronter trois défis, dont chacun risquait de faire chavirer le conflit de lois dans le champ unilatéraliste. Il a fallu à chaque fois trouver la parade pour éviter l'anathème »[1196]. Selon l'auteur, trois postulats ont pu être remis en cause sans pour autant remettre en cause la fidélité de la majorité des auteurs à la méthode savignienne et à ses objectifs. Ainsi que le relève l'auteur, pour préserver sa place centrale en droit international privé continental, la règle de conflit de lois a dû relever le défi « de l'interventionnisme croissant de l'État social, puis régulateur »[1197], de l'exportation de la méthode « en dehors des confins étroits de la communauté juridique »[1198] et enfin de la critique de « l'abstraction prêtée à celle-ci »[1199].

849. La critique du paradigme conflictuel et de sa prétendue neutralité[1200] a notamment été mise en lumière par le professeur A. Bucher. Dans ses nombreux travaux, l'auteur s'emploie à remettre en cause la théorie de Savigny[1201] et permet de révéler

---

[1196] H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes de droit international privé (Des formes juridiques de l'inter-altérité) », *op. cit.,* p. 176.
[1197] *Loc. cit.*
[1198] *Ibid*, p. 178.
[1199] *Ibid*, p. 179.
[1200] Il a pu être démontré que la neutralité, l'innocence de la règle de conflit ne trouvent plus d'illustration concrète aujourd'hui au point que la règle de conflit de lois bilatérale de droit positif ne peut être que de structure savignienne : « La fidélité au système de Savigny s'avère artificielle, fondée essentiellement sur la ressemblance structurelle, des règles de conflit de Savigny d'une part, et de celles de notre époque d'autre part », A. BUCHER, cours précité, p. 47.
[1201] A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *op. cit.*, p. 9 ; « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », *op. cit.*, p. 209 ; A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », *op. cit.*. L'auteur a pu constater à travers l'étude des doctrines postérieures et du droit positif que les présupposés les plus importants de la théorie savignienne ne sont plus viables.
Voir également sur cette critique : Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *op. cit.*, p. 44 ; H. MUIR WATT, « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois ?) », *op. cit.*, p. 207 ; B. ANCEL, « Destinées de l'article 3 du Code civil », *op. cit.*, p. 2 ; H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes de droit international privé (Des formes juridiques de l'inter-altérité) », *op. cit.*, p. 176.

l'étendue importante du contrôle normatif effectué par le for. Particulièrement, si la notion du rapport de droit à rechercher dans la nature des choses telle qu'envisagée par Savigny a été abandonnée, le procédé de bilatéralisation[1202] atteste de l'emprise du for sur le traitement substantiel de la situation internationale. Le procédé de bilatéralisation, qui pourtant donne l'impression d'adhérer à la théorie savignienne, fait de la compétence juridictionnelle et donc du conflit de juridictions un élément central du litige international[1203]. En effet, si le processus de bilatéralisation implique une référence au droit national, il est nécessaire d'opérer en fonction d'un ordre juridique de référence. Le premier ordre juridique de référence est ainsi celui du juge compétent[1204]. C'est ensuite en fonction des règles et catégories du for que pourra être localisé le rapport de droit. Le raisonnement sur lequel est basée la règle de conflit bilatéral fonctionne en « vase clos ». « Le droit international privé à règles bilatérales et indirectes sanctionne les relations privées internationales en fonction d'objectifs qui sont propres à l'État d'où émane ce droit. Toute relation internationale trouve ainsi dans l'État du for une solution, et cette solution est élaborée sans avoir égard au fait que les données du litige servent, dans un ordre juridique étranger quelconque, de présupposé à une règle qui y est en vigueur »[1205].

850. En outre, le contrôle normatif effectué par la qualification a pu être perçu clairement. Désormais, « avec l'idée que la mission de la règle de conflit consiste à règlementer les relations privées, apparaît celle selon laquelle cette réglementation ne peut être établie de façon satisfaisante que s'il existe, sinon une véritable communauté, du moins une compatibilité de vue entre l'ordre du for et les lois étrangères auxquelles il fait

[1202] A. Bucher démontre que le procédé de bilatéralisation est étranger à Savigny. En effet, la localisation du rapport de droit devait, selon Savigny, dépendre de la nature des choses. Or, le procédé de bilatéralisation s'effectue, non pas de manière abstraite, mais en fonction des règles et catégories du for. La référence n'est donc plus le droit naturel, mais le droit national. A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », *op. cit.*, p. 48.

[1203] En France, la bilatéralisation de l'article 3 du Code civil est un bon exemple puisqu'elle a donné au juge français la possibilité d'appliquer une loi étrangère depuis l'arrêt *Busqueta* Paris, 13 juin 1814. Or, comme l'explique le professeur B. Ancel, cette bilatéralisation de l'article 3 du Code civil n'est pas sans lien avec les règles de compétence juridictionnelle. « À la vérité, (…) cette démarche concerna d'abord le seul alinéa 3 parce qu'une dépendance de la compétence internationale envers la compétence législative écartait des tribunaux français les affaires justiciables de lois de police étrangères ou intéressant des immeubles situés hors de France ». B. ANCEL, « Destinées de l'article 3 du Code civil », *op. cit.,* p. 2.

[1204] Pour cette raison, « L'harmonie des solutions, quand elle existe, n'est alors que le résultat d'une heureuse conjoncture, non la conséquence nécessaire d'une démarche purement scientifique ». P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Localisation et globalisation en droit international privé. *Esprit* de *Savigny*, es-tu là ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 1555, spéc. p. 1561.

[1205] P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *op. cit.,* p. 424.

appel. C'est au moment de la qualification *lege fori* que cet ordre vérifie que la condition est remplie »[1206].

851. Il est vrai que la méthode a certainement pu sauvegarder sa vertu de règle neutre du fait du développement de la proximité qui a préservé en apparence une distanciation avec le fond du litige et a discipliné le contrôle normatif effectué par la règle de conflit bilatérale. Mais, l'usage de la proximité a eu ses limites et « le droit, instrument de régulation sociale, ne saurait, dit-on, rester indifférent à la solution au fond d'un litige »[1207]. Les frontières entre droit public et droit privé ne sont pas si faciles à tracer, de même que la frontière entre la justice de droit international privé et la justice de droit matériel[1208] qui devient parfois plus que poreuse. En atteste également la flexibilisation des rattachements, leur spécialisation et leur multiplication[1209].

852. Le choix du rattachement s'apparente désormais bien plus à un choix de politique législative qu'à une réelle opération intellectuelle dotée d'une objectivité absolue. Il a pu être démontré en ce sens que le choix des critères de rattachement est effectué en contemplation des objectifs de la loi du for : « ils en expriment l'esprit et en assurent l'effectivité »[1210].

853. L'attachement à la règle de conflit de lois bilatérale se résume ainsi principalement à un attachement pour sa recherche de l'harmonie internationale des solutions[1211]. « La méthode peut s'afficher coordinatrice alors même qu'elle n'est plus

---

[1206] H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.,* p. 256.

[1207] E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, *op. cit.,* p. 9, n°15.

[1208] « La méthode traditionnelle porte en elle-même l'incohérence de refuser l'influence des droits matériels en conflit sur la règle de conflit, alors qu'elle subordonne cette même règle à la réserve de l'ordre public et des lois d'application immédiate, réserve qui a précisément pour but d'assurer au droit matériel le domaine d'application nécessaire à la réalisation de ses objectifs ». A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », *op. cit.,* p. 79.

[1209] J. D. GONZALEZ CAMPOS, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *RCADI*, 2000, t. 287 ; B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI*, 2003, t. 305, p. 248.

[1210] S. BILLARANT, « Une révolution européenne en droit international privé ? Les incidences du droit de l'Union européenne sur le droit international privé à la lumière du statut des personnes », in L. BURGORGUE-LARSEN, E. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE, S. TOUZE (dir.), *Les interactions normatives, Droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, Cahiers Européens, 2012, p. 307, spec. p. 332. Et l'auteur de rajouter, « par conséquent, l'élément de rattachement est prioritairement fait pour les règles substantielles de l'ordre juridique du for, dont il détermine l'empire spatial ou personnel ». Voir également, S. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, *op. cit.,* spec. n°47 ; L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, *op. cit.*, spéc. n°37.

[1211] L'on retrouve cette attachement dans les propos du professeur P. Mayer : « Si l'objectif premier des règles de conflit de lois est de déterminer l'ordre juridique auquel seront empruntées les règles applicables, autrement dit celui dont le point de vue abstrait l'emportera, elles ne peuvent pas ne pas chercher à poursuivre en même temps

innocente, ou égalitaire alors qu'elle est particulariste »[1212]. La règle de conflit de lois revêt donc une fonction intégrative de la situation dans un système de droit désigné, et le for fixe le seuil d'intégration de la situation et surtout ses modalités, lesquelles ne peuvent faire fi d'objectifs substantiels divers. Le rattachement opéré est donc le rattachement à un système de droit et le contrôle normatif exercé par le for dans la recherche du rattachement approprié est permanent. Seules les modalités et l'étendue de ce contrôle normatif varient. Comme l'avait démontré Francescakis, la règle de conflit de lois n'est dès lors qu'« une recette »[1213] dans les mains du for qui a le choix des instruments pour réglementer les situations privées à caractère international selon les fins qu'il entend poursuivre. L'on perçoit que la règle de compétence juridictionnelle qui intervient en amont pour fixer le système de droit international privé compétent revêt une importance certaine. C'est ce qu'il convient de vérifier désormais.

§2 : La règle de conflit de juridictions : règle d'intégration juridictionnelle

854. La règle de conflit de juridictions a longtemps fait l'objet d'une certaine désaffection dans la doctrine de droit international privé. À côté de la règle de conflit de lois qui attirait la lumière, elle restait dans l'ombre. Cependant, le phénomène de concordance des compétences interroge la place que tient la règle de compétence juridictionnelle dans cette forme nouvelle de résolution du litige international.

855. Il est dès lors nécessaire d'examiner, aidée des travaux plus récents, le rôle que joue la règle de compétence juridictionnelle dans l'intégration du litige à l'ordre juridique. Pour en faire une règle d'intégration au même titre que la règle de conflit de lois, il faut tout d'abord que la règle de compétence juridictionnelle opère un rattachement juridictionnel (A). Il conviendra ensuite d'en mesurer l'étendue (B).

A- Le rattachement juridictionnel opéré par la règle de compétence juridictionnelle

856. Pour faire des règles de conflit de juridictions des règles différentes des règles de conflit de lois, il est parfois avancé que les règles de compétence juridictionnelle, en

un autre objectif, qui est l'harmonie des solutions » P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, p. 126.

[1212] H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes de droit international privé (Des formes juridiques de l'inter-altérité) », *op. cit.,* p. 176.

[1213] P. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958 n°49.

dépit de leur dénomination trompeuse, ont une nature matérielle tandis que les règles de conflit de lois ont une nature conflictuelle. Or, pour comprendre pleinement le phénomène de concordance des compétences et saisir la réalité de l'intégration juridictionnelle du litige dans le for effectuée par la règle de compétence juridictionnelle, il convient de s'entendre sur l'ampleur du rapprochement qui peut être fait entre les deux règles. À ce titre, l'origine européenne du droit international privé pourrait exercer une influence importante sur la nature des règles.

857. Pour le comprendre, nous étudierons le rapprochement de la nature des règles de compétence de manière générale (1), puis nous analyserons ce rapprochement en droit de l'Union européenne (2).

1- Le rapprochement de la nature des règles de compétence

858. L'étude de la négation de la nature conflictuelle de la règle de compétence juridictionnelle (a) sera suivie de la thèse inverse qui préserve la nature conflictuelle de la règle (b).

a- La négation de la nature conflictuelle de la règle de compétence juridictionnelle : l'affirmation de sa nature matérielle

859. Les règles matérielles sont celles qui consistent « à édicter des règles substantielles déterminant directement les droits subjectifs des parties au rapport de droit privé à caractère international considéré »[1214]. Selon les auteurs favorables à cette approche[1215], la compétence juridictionnelle internationale serait une règle matérielle, car il est possible de répondre directement par oui ou par non au problème posé : la juridiction est-elle compétente ? La nature matérielle de la règle est le résultat d'un exercice de rhétorique. La manière de poser la question résout concomitamment la question de sa nature.

860. Toutefois, plus qu'une question de rhétorique, la conception de la règle de compétence juridictionnelle comme une règle matérielle est une des conséquences de l'essor de la conception privatiste de la règle de compétence. Le professeur F. Mailhé

[1214] L. USUNIER, « Observations sur la nature des règles de compétence judiciaire internationale », *op. cit.,* p. 1523, spec. p. 1526. L'auteur conclut à la nature conflictuelle de la règle de compétence juridictionnelle.
[1215] B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, n°407 et s.; M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADEL, *Droit international privé*, 6ème ed. Paris, LGDJ, 2017, n°6 et n°471 ; F. MAILHE *op. cit.*, n°176.

entend ainsi remettre en cause le paradigme interétatique de la compétence internationale telle que présentée par Bartin pour la faire sortir du champ conflictuel. L'analyse discute la distinction entre « compétence générale » et « compétence spéciale »[1216] mise au jour par Bartin.

861. Libéré des considérations publicistes, et développant une approche privatiste, il est soutenu que la règle de compétence ne désigne plus un « ordre juridique d'un État »[1217], mais un juge dont la mission est de trancher le différend entre les parties. L'auteur prend exemple sur le droit interne de la compétence juridictionnelle pour constater qu'« en droit interne, le terme de compétence juridictionnelle appelle simplement l'idée, à ce stade de l'étude encore assez confuse, de l'attribution d'une certaine catégorie de litige à un *juge*. Il n'est alors aucunement question de l'*État* »[1218]. En prenant pour fondement de la compétence internationale l'extension des chefs de compétence territoriale dégagée par les jurisprudences *Pelassa*[1219] et *Scheffel*[1220], la règle de compétence internationale se prête, selon l'auteur, à une telle analogie avec la règle technique de compétence juridictionnelle territoriale interne. Il s'agit d'assimiler la règle de compétence juridictionnelle internationale à sa seule fonction procédurale[1221]. La règle de compétence peut donc être considérée comme étant purement instrumentale, formelle et dénuée de tout lien avec la substance du litige. En conséquence, la « seule spécificité » de la règle de compétence internationale « se trouverait simplement dans le fait que le problème de compétence qu'elle traite présente un visage particulier, celui d'une situation internationale »[1222].

862. L'objet de la règle de compétence internationale ne serait donc pas de désigner un ordre juridique étatique pour trancher le litige, mais un juge pour départager les prétentions des parties, ce qui universalise la fonction de juger, et d'affirmer l'existence

---

[1216] E. BARTIN, *Études de droit international privé*, Paris, 1907. Voir également, N. FRAGISTAS, « La compétence internationale en droit privé », *RCADI*, t. 104, 1961, p. 165, spec. p. 166.
[1217] L'auteur évoque ainsi le « biais étatique de la définition doctrinale » et affirme que l'interétatisme originel est devenu « une erreur épistémologique ». F. MAILHE, *op. cit.,* p. 122, n°175.
[1218] Souligné par l'auteur. *Ibid*, p. 123, n°175.
[1219] Cass. Civ. 19 octobre 1959, *Pelassa*, *Rev. Crit. DIP*, 1960, p. 215, note Y. LOUSSOUARN ; *D.,* 1960, p. 37, note G. HOLLEAUX.
[1220] Cass. 1ère Civ. 30 octobre 1962, *Scheffel*, *D.*, 1963, p. 109, note D. HOLLEAUX ; *Rev. Crit. DIP*, 1963, p. 387, note P. FRANCESCAKIS ; *Grands arrêts*, n°37.
[1221] En ce sens : D. HOLLEAUX, *op. cit.,* p. 339 et s. ; P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.,* p. 566.
[1222] F. MAILHE, *op. cit.,* p. 123, n°175.

d'une « fongibilité »[1223] des juridictions. Le professeur F. Mailhé entreprend d'ailleurs de démontrer le caractère « inopportun » de l'ordre juridique comme facteur explicatif de la règle de compétence juridictionnelle[1224]. Pour l'auteur, la fonction de la règle de compétence n'est plus de rattacher une situation litigieuse à un ordre juridique étatique[1225]. Plus encore, l'auteur observe que « malgré l'évolution privatiste du droit international privé, malgré de surcroît la qualification de règle matérielle accordée à raison par nombre d'auteurs aux règles de compétence internationale, la *présentation* traditionnelle de la compétence internationale est ainsi clairement conflictualiste » et « il est peut-être temps d'abandonner le "placage" de conceptions publicistes sur un problème aujourd'hui essentiellement résolu dans un paradigme privatiste »[1226].

863. Pourtant, si l'auteur souhaite émanciper la règle de compétence juridictionnelle du paradigme conflictuel, il y retourne lorsqu'il s'agit de s'intéresser aux effets que produit la règle de compétence juridictionnelle. Le rattachement effectué par la règle de compétence à l'ordre juridique n'est pas pour autant nié, mais il n'est qu'un « effet » de la règle et non sa « fonction ». Prenant appui sur les règles de compétence juridictionnelle internationale de droit commun, l'auteur affirme l'impossibilité d'y voir une fonction spécifique de compétence internationale. « Si le droit commun de la compétence internationale est le droit commun de la compétence, il ne peut avoir d'autre fonction qu'il n'en a déjà en droit interne ». « Il ne peut y avoir de fonction particulière d'une réglementation si cette règlementation n'est pas en elle-même spécifique »[1227].

864. Ensuite, tout en affirmant la « fonction identique des compétences internes et internationales »[1228] qui ressort avec évidence d'une formulation similaire des règles de compétence internes et des règles de droit commun de la compétence internationale, le professeur F. Mailhé nous invite à « aller au-delà du sens premier, intuitif, de la compétence. La fonction de la compétence est de répondre à une situation de concurrence juridictionnelle ; l'attribution à un juge, ou à un ordre juridictionnel, n'est

[1223] B. ANCEL, « La clause attributive de juridiction selon l'article 17 de la convention de Bruxelles », *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 263, spec. p. 266, n°4.
[1224] « La théorie de l'ordre juridique (et de la coordination de ces ordres) est inapte à décrire le phénomène de la compétence internationale. F. MAILHE, *op. cit.,* p. 46.
[1225] Par cette affirmation, le lien entre la fonction de juger et l'État peut être rompu. Il y a une rupture du lien entre la règle de compétence juridictionnelle et la production normative d'un jugement par l'ordre juridique et en particulier l'ordre juridique étatique. Si l'auteur se fonde sur la norme d'habilitation pour parvenir à ce constat, la rupture est pourtant consommée entre le juge et celui qui l'habilité.
[1226] *Ibid,* p. 125.
[1227] *Ibid*, p. 137, n° 195.
[1228] *Ibid*, p. 226. n° 175.

qu'un effet, important et nécessaire certes, mais simplement consécutif »[1229]. De ce fait, la nature de règle de rattachement de la règle de compétence juridictionnelle internationale est niée[1230] et reléguée à un simple effet de celle-ci. Le rattachement normatif est médiat. Désormais, le rattachement se fait à l'aune de la notion de système[1231] et la notion d'internationalité doit être rejetée au profit de la transnationalité[1232]. La règle de compétence juridictionnelle sert donc à rattacher une situation à un système de compétence qui peut contenir des règles de procédure, des règles matérielles, etc. En dépit de la nature matérielle de la règle, le problème du rattachement occupe une place prépondérante.

865. Si l'auteur revient toujours à cette question du rattachement, c'est peut-être que la règle de compétence juridictionnelle n'a tout simplement pas quitté le paradigme conflictuel, mais que ce paradigme est désormais associé à une vision régulatrice. La volonté de rompre avec « l'Ancien Monde » ne signifie pas pour autant que le droit de la compétence plonge dans « un Nouveau Monde » étranger au paradigme conflictuel. Il semble qu'entre une vision interétatique du droit de la compétence internationale qui envisage le droit international privé comme un conflit entre ordres juridiques et une vision matérielle de la règle qui autonomise totalement le droit de la compétence de l'ordre juridique étatique, une place existe pour une vision conflictuelle de la règle de compétence juridictionnelle internationale proche de la vision conflictuelle régulatrice telle qu'étudiée en matière de conflit de lois.

b- La nature conflictuelle de la règle de compétence juridictionnelle

866. Afin de remettre en cause la nature matérielle de la règle de compétence juridictionnelle, il convient au préalable de revenir sur la formulation de la règle de

---

[1229] *Loc. cit.*

[1230] « Sans doute, la compétence du juge français entraîne une série de conséquences importantes dont la moindre n'est pas celle du rattachement à l'ordre juridique français et notamment ses règles de procédure et de conflit de lois. Pour faire de cette conséquence une fonction de la réglementation, toutefois, il est nécessaire d'altérer la réglementation pour l'adapter à cette fonction […] ». *Ibid*, n° 195.

[1231] *Ibid*, p. 294, n°435 et s.

[1232] « En passant de la caractérisation d'une source ou d'une forme spécifique des règles internationales à la spécificité des problèmes auxquels ces dernières répondent, il faut alors changer d'acception du terme international. Puisque les États ne sont plus les sujets de ce problème et de ses solutions, mais seulement une donnée conditionnant le problème, le caractère international de la compétence n'évoque pas les États directement, mais seulement leurs frontières géographiques et juridiques. Elles prennent les États non comme sujets, mais comme objets. En d'autres termes, le droit international privé positif propose aujourd'hui une réglementation transnationale, non interétatique. Le caractère "international" du droit de la compétence qui en tire son nom est donc avant tout dans son problème ». *Ibid*, p. 180, n° 262.

compétence juridictionnelle. Comme l'a justement exprimé le professeur L. Usunier, la nature matérielle de la règle de compétence procède d'un « glissement de la question posée »[1233]. En réalité, la règle de compétence juridictionnelle est tout aussi indirecte que la règle de compétence législative. En effet, « elle n'indique pas directement, par exemple, si un contrat est formé entre les parties et les effets qu'il convient de lui attribuer, mais seulement si les juridictions de l'État du for ont compétence pour décider de ces questions ou si elles doivent échapper à la compétence de ces juridictions pour relever, le cas échéant, de juridictions étrangères – tout comme la règle de conflit de lois se contente de dire si la loi de l'État du for est applicable à ces questions ou si, le cas échéant, la loi d'un autre État doit les régir. Et inversement, les règles de conflit de lois répondent tout aussi indirectement que les règles de compétence internationale à la question qui leur est véritablement posée, qui n'est pas de savoir si le rapport de droit litigieux est régulièrement constitué et les effets qu'il convient de lui attribuer, mais si la loi du for lui est applicable ou s'il doit lui échapper pour relever d'un droit étranger »[1234]. En réalité, la formulation directe d'une règle est difficile à concilier avec la notion de compétence qui implique toujours l'idée de choix préalable à la question de fond.

867. Ensuite, l'idée que la règle de compétence désigne un juge et non un État ou un ordre juridique semble entretenir une confusion entre la perception du conflit et l'objet du conflit de juridictions. La perception du conflit peut être, à l'instar du conflit de lois, répartitrice ou régulatrice. La première hypothèse renvoie à la vision interétatique « bartinienne » du conflit de juridictions. Le conflit dont il s'agit est un conflit entre ordres juridiques perçu sous l'angle de la souveraineté[1235]. Or, il aurait été tout à fait possible de remettre en cause cette vision et affirmer théoriquement la fongibilité des ordres juridictionnels en optant pour une vision privatiste du droit de la compétence, sans pour autant ensuite faire de l'ordre juridique étatique un absent du droit de la compétence internationale[1236] et du juge l'objet unique de la règle de compétence. Il semble d'ailleurs

[1233] L. USUNIER, « Observations sur la nature des règles de compétence judiciaire internationale », *op. cit.,* p. 1527.
[1234] Et l'auteur de poursuivre : « Les règles de conflit de lois répondent directement à cette question, plutôt que de désigner la loi étatique à laquelle il revient de trancher cette question – tout comme les règles de compétence internationale répondent directement à la question qui leur est posée, qui est de savoir si le juge du for est compétent pour statuer sur le rapport de droit dont il est saisi ou s'il doit échapper à sa connaissance pour être abandonné aux juridictions d'autres États, plutôt que de désigner la loi étatique à laquelle il revient de trancher cette question ». L. USUNIER, « Observations sur la nature des règles de compétence judiciaire internationale », *op. cit.,* p. 1527-1528.
[1235] Voir *supra* n°27 et s.
[1236] En ce sens, il a pu être relevé que « "le 'conflit' dont il s'agit est devenu, dans la perception doctrinale dominante, un concept bien paisible. Suggérant une analogie avec les conflits de lois, le terme est traditionnellement

difficile d'opérer une rupture nette entre le juge, acteur habilité dans la vision de M. Mailhé, de l'ordre juridique étatique qui l'habilite et d'ignorer que le juge étatique prononce toujours une décision au nom de la souveraineté de l'ordre juridique dont il dépend. La norme d'habilitation trouve son pendant dans l'imputation, marque de l'appartenance à l'ordre juridique[1237]. Ainsi à l'habilitation du juge conférée par l'ordre juridique correspond toujours une relation d'appartenance du juge à l'ordre juridique. Affirmer que l'ordre juridique considère qu'il n'a pas d'intérêt particulier à trancher le litige ou que la compétence des juridictions doit être mise en œuvre selon un principe du raisonnable est une chose. Affirmer que le rattachement à l'ordre juridique étatique n'est qu'un effet parmi d'autres en est une autre.

868. L'intermédiaire de l'ordre juridique étatique est parfois masqué par la formulation de la règle de compétence juridictionnelle comme en droit commun de la compétence internationale. Mais, la teneur identique de la règle n'est pourtant pas synonyme d'une identité de nature[1238]. Cette ambiguïté est entretenue par le libellé des règles de compétence internationale de droit commun, mais s'explique par la nécessité pour le juge de trouver des règles opératoires en l'absence de texte[1239]. De même, comme

---

utilisé par désigner la situation dans laquelle il est nécessaire de déterminer la compétence internationale des tribunaux du for en raison de la vocation concurrente des tribunaux d'un autre État. Cette concurrence repose sur le postulat, progressivement conquis (en France depuis l'abandon du principe de l'incompétence des tribunaux étrangers à raison de l'extranéité des plaideurs en 1948) d'une possibilité fongibilité des juridictions des différents pays en matière de droit privé. Les raisons de souveraineté étant passées en arrière-plan, le choix du juge qui tranchera le litige reposera sur des considérations de simple proximité géographique, comme si le seul enjeu était d'ordre processuel, tenant à la bonne administration de la justice, comme dans l'espace judiciaire purement interne". D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. I, Partie générale, 4ème ed., Paris, PUF, 2017, n° 119-1.

1237 Sur la relation entre habilitation et imputation : G. TIMSIT, « L'ordre juridique comme métaphore », *Droits*, 2000/I, n° 33, p. 3-18.

1238 En ce sens, « Mais l'identité de critère n'implique nullement une identité de nature. La compétence territoriale vise en effet, et pour des raisons de bonne administration de la justice, à répartir les litiges sur le territoire français. Les règles de compétence internationale, en revanche, servent une fonction tout à fait différente. Elles ont pour mission de déterminer unilatéralement dans quels cas les tribunaux français ou, plus largement, les autorités françaises, sont susceptibles d'être saisis de la résolution d'un litige qui présente des éléments de rattachement avec plusieurs États. Une telle décision mobilise donc des justifications qui vont au-delà de la question de la répartition harmonieuse des litiges sur le territoire.

La règle de compétence internationale, en effet, vise à s'assurer que le lien entre le litige et le territoire est suffisamment fort pour justifier que les tribunaux soient saisis et un tel lien peut varier en fonction du fondement de la règle de compétence. […]La différence fondamentale vient de ce que l'attribution de compétence vise l'ordre juridique français dans son ensemble, lequel ne se confond pas nécessairement avec le territoire français ». E. PATAUT, « Remarques sur la compétence internationale », in E. PATAUT, S. BOLLEE, L. CADIET, E. JEULAND (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, Paris, IRJS, 2013, p. 25.

Voir également en ce sens : P. THERY, « La compétence », in E. PATAUT, S. BOLLEE, L. CADIET, E. JEULAND (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, Paris, IRJS, 2013, p. 45.

1239 « Effectivement, dans beaucoup de pays, les règles de compétence territoriale interne ont fait fonction de règles de compétence internationale, et tel est devenu le cas en France. Néanmoins, il n'y a pas identité entre les deux questions ». B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.,* n°410.

en matière de loi applicable, la proximité a pu discipliner l'effet de rattachement de la règle de compétence[1240] et entrainer la confusion entre compétence territoriale et compétence *ratione loci*[1241]. L'absence de référence formelle à l'ordre juridique étatique dans le libellé des règles de compétence juridictionnelle internes est au demeurant cohérente puisqu'elles ne répondent pas au problème du litige à caractère international[1242]. Les auteurs ont analysé pendant des années la règle de conflit de juridictions à travers le prisme unique de la souveraineté et de la répartition des compétences étatiques. C'était sans doute une erreur, mais l'excès inverse, qui donne à l'ordre juridique étatique un rôle purement ancillaire par rapport au juge, en constitue tout autant un mirage.

869. Il est d'ailleurs possible de conserver la donnée étatique dans la notion de système à laquelle fait ensuite appel le professeur F. Mailhé pour expliquer les effets de la règle de compétence. Si le système évoqué renvoie à un ordre juridictionnel, le premier ordre juridictionnel reste encore l'ordre juridictionnel étatique[1243]. Ce rattachement normatif au système qui peut donc en réalité comprendre l'ordre juridique étatique représente un caractère similaire à la règle de conflit bilatérale perçue comme régulatrice[1244]. Ainsi, aussi longtemps que perdurera une diversité internationale des systèmes juridictionnels, la règle de compétence gardera sa nature de règle de rattachement[1245].

870. En somme, la règle de compétence juridictionnelle vise, à l'instar de la règle de compétence législative[1246], à rattacher une situation juridique à un système normatif dans

---

[1240] E. FARNOUX, *op. cit.,* t. I, p. 132.

[1241] En ce sens, « L'erreur provient d'une confusion entre les notions de compétence territoriale et de compétence *ratione loci*. Bien qu'en droit interne les deux expressions soient employées indifféremment, en raison d'une coïncidence presque constante, elles ne sont pas synonymes. La compétence territoriale est celle qui — quels que soient ses critères d'attribution — est donnée à une juridiction en fonction de son emplacement géographique. […] À l'inverse, la compétence internationale est certes, en général, attribuée *ratione loci*, mais elle n'est jamais territoriale ». P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit*., n°287.

[1242] Le professeur F. Mailhé en convient d'ailleurs : « Bien sûr, le droit interne de la compétence n'a pas à traiter du problème de la pluralité d'États impliqués. ». F. MAILHE, *op. cit.,* p. 125.

[1243] En ce sens, « à l'échelle internationale, de même, l'État reste un acteur majeur de la production juridique et c'est plutôt à une modification de son rôle qu'à un véritable déclin de celui-ci que l'on assiste. Aussi le modèle "étatocentrique" de la pyramide reste-t-il satisfaisant dans bien des domaines ». L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé. op. cit.,* p. 22.

[1244] Voir *supra* n°842 et s.

[1245] Ce constat de rattachement n'est cependant pas nouveau. Le professeur P. Théry évoquait déjà la fonction de « rattachement à un ordre juridictionnel ». P. THERY*, Pouvoir juridictionnel et compétence (Étude de droit international privé*), *op. cit.,* p. 442, n° 461 ; Voir également : D. HOLLEAUX, *op. cit.,* n°385. L. USUNIER, *op. cit.,* p. 89.

[1246] Un même parallèle a été fait récemment : « Règles de conflit de lois et règles de compétence judiciaire internationale apparaissent ainsi comme des règles de rattachement à un ordre juridique, la règle de conflit

son versant juridictionnel. Il convient cependant d'en éprouver l'hypothèse dans le cadre du droit international privé européen.

2- Le rapprochement de la nature des règles de compétence en droit de l'Union européenne

871. Le droit de l'Union européenne intervenant comme un ordre juridique superposé à ceux des ordres juridiques étatiques renouvelle la question de la nature des règles de compétence. Précisément, dans les rapports entre États membres, il est couramment affirmé que les règles de compétence revêtent un caractère répartiteur. Si ce caractère est avéré, il pourrait rapprocher encore plus les règles de compétence en renouant avec des analyses plus anciennes et modifier par suite la nature des explications relatives au phénomène de concordance des compétences.

872. Il est dès lors nécessaire de revenir sur le caractère répartiteur des règles de compétence en droit international privé de l'Union européenne (a) avant d'en mesurer l'influence sur la nature des règles de compétence (b).

a- Le caractère répartiteur des règles de compétence

873. En droit de l'Union européenne, la structure des règles de compétence juridictionnelle se rapproche de la structure bilatérale de la règle de conflit de lois alors que traditionnellement, lorsqu'il s'agit de distinguer les règles de compétence juridictionnelle des règles de compétence législative, la différence entre unilatéralité et bilatéralité de la règle se présente fréquemment comme une distinction fondamentale entre les deux règles[1247]. Les règles de compétence juridictionnelles seraient unilatérales

rattachant la situation à un ordre juridique pour que celui-ci fournisse les règles qui en régiront le fond, tandis que la règle de compétence internationale rattache la situation à un ordre juridique pour que les organes de celui-ci énoncent la décision qui doit éventuellement être prise à son propos. Et, ce faisant, la règle de compétence internationale rattache aussi la situation à certaines règles de l'ordre juridique en question, notamment celles désignant l'organe précis qui prendra la décision et organisant le processus de décision qui sera suivi par cet organe ». L. USUNIER, « Observations sur la nature des règles de compétence judiciaire internationale », *op. cit.,* p. 1523, spec. p. 1529.

[1247] « Dès lors que l'on y transpose la distinction entre bilatéralité et unilatéralité, c'est dans cette dernière qu'il convient de classer les règles de compétence judiciaire », E. VASSILAKAKIS, *op. cit.,* p. 68, n° 68. Voir également : M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADEL, *op. cit.* , n° 411. E. PATAUT, « Remarques sur la compétence internationale », *op. cit.*, p. 23 ; *Contra.* L. USUNIER, « Observations sur la nature des règles de compétence judiciaire internationale », *op. cit.,* p. 1530 et s. ; F. MAILHE, *op. cit.,* p. 235-236.

tandis que les règles de conflit de lois se trouvent majoritairement sous leur forme bilatérale et permettent de désigner indifféremment la loi étrangère ou la loi du for[1248].

874. En droit de l'Union européenne, les États membres sont liés par les mêmes instruments qu'ils doivent appliquer de manière uniforme, ce qui permet la bilatéralisation virtuelle de la règle de compétence juridictionnelle[1249]. La formulation virtuellement bilatérale du rattachement révèle que la vision du législateur est celle d'une fongibilité d'un degré élevé des ordres juridiques[1250] à l'instar du postulat fondateur de la méthode conflictuelle. La concurrence des ordres juridiques, dans son double aspect juridictionnel et législatif, est envisagée de manière abstraite et les ordres juridiques étatiques peuvent connaître virtuellement de toutes les situations internationales intégrées à l'Union européenne. La réponse juridictionnelle et législative apportée par l'ordre juridique d'un État membre A est réputée être similaire, équivalente, à celle que pourrait apporter un État membre B.

875. Cependant, l'analogie ne va pas jusqu'à l'identité. Si la structure de la règle s'apparente à une règle bilatérale, il appartient toujours au for et non à un for étranger, même membre de l'Union européenne, de se reconnaître compétent. En dépit d'une fongibilité de plus en plus approfondie des ordres juridiques étatiques dans l'espace judiciaire européen, un certain cloisonnement perdure.

876. Ainsi, si la première moitié du chemin vers la détermination de la juridiction compétente se fait sous l'apparence de la bilatéralité[1251], la seconde moitié du chemin

---

[1248] Récemment, un auteur a proposé de remettre en cause cette distinction. Comme le résume le professeur L. Usunier pour reprendre les termes traditionnels du débat , « A la différence de la règle de conflit bilatérale, qui distribue les situations entre les diverses lois étatiques potentiellement applicables, loi du for et lois étrangères, la règle de compétence ne saurait en effet revêtir aucun caractère répartiteur, puisqu'elle se prononce uniquement sur la compétence ou l'incompétence des juridictions de l'État du for, et en aucun cas sur celle de juridictions étrangères. Ainsi chaque État délimiterait-il la compétence internationale de ses juridictions sans avoir à se préoccuper de la compétence que d'autres États reconnaissent éventuellement à leurs propres juridictions. Sans être inexacte, cette présentation nous semble devoir être nuancée ». L. USUNIER, « Observations sur la nature des règles de compétence judiciaire internationale », *op. cit.,* spec. 1531.

[1249] Ce qui les distingue des règles de compétence juridictionnelle de droit commun : « Tandis que les règles de compétence directe d'origine conventionnelle sont bilatérales, du moins dans les rapports entre États contractants, car également contraignantes pour les juges de ces États, elles résolvent l'entier problème de la compétence internationale, les règles étatiques ne donnent au problème qu'une réponse partielle et laissent hors de leur domaine tout le côté de la question qui concerne la compétence directe étrangère. Tel est leur caractère unilatéral ». D. HOLLEAUX, *op. cit.,* p. 15, n°7.

[1250] Voir *infra* Chapitre 2, Titre 1, Partie 2.

[1251] Un arrêt de la Cour de cassation illustre cette bilatéralisation de la règle de compétence en matière de compétence exclusive dans un litige où était en jeu l'article 22 du Règlement Bruxelles I. La Cour affirme que « *le juge espagnol est seul compétent pour connaître d'un litige relatif à la propriété et au partage, entre des résidents français, d'une indivision*

s'effectue nécessairement à l'aune de l'unilatéralité. La jurisprudence de la Cour de Justice a d'ailleurs affirmé clairement l'impossibilité pour un État membre de décider à la place d'un autre État membre de la compétence de ses juridictions[1252].

877. Le nouveau mécanisme du renvoi de compétence dans le Règlement Successions illustre ce caractère singulier de la règle de compétence juridictionnelle européenne qui tout en cultivant la ressemblance avec la règle de conflit de lois, ne rompt pas avec l'unilatéralité. Il est ainsi possible dans certaines hypothèses[1253] pour un juge d'un État membre de décliner sa compétence en faveur d'une juridiction d'un autre État membre mieux placée et cette juridiction devra accepter sa compétence. Mais, il appartient au second juge et à lui seul d'accepter sa compétence.

878. Du fait de cette bilatéralisation permise par l'universalisation des règles de compétence, l'espace judiciaire européen peut être vu comme les prémisses de l'avènement d'un territoire unique du point de vue de l'organisation juridictionnelle[1254]. La règle de compétence internationale d'origine européenne se rapproche effectivement de la règle de compétence interne[1255]. En attestent notamment les options de compétence ou les règles protectrices des parties faibles contenues dans le Règlement Bruxelles I *bis* qui désignent directement le juge compétent, sans passer par « l'intermédiaire » de l'ordre juridique, et qui viennent brouiller la distinction entre la compétence juridictionnelle internationale et la compétence interne territoriale[1256]. En ce sens, il est permis d'affirmer avec certains auteurs que les règles de compétence juridictionnelle possèdent désormais un caractère répartiteur des compétences. « Le simple fait d'adopter une règle commune à de nombreux États redonne nécessairement un caractère répartiteur à la règle de compétence. Vue de l'intérieur de l'Europe, la règle de compétence n'est plus unilatérale

---

portant sur un immeuble situé en Espagne, de sorte que le juge français doit relever d'office son incompétence ». Cass. 1ère Civ. 20 avril 2017, n°16-16.983. *JCP N*, 2017, p. 29, note S. DRAPIER ; *JDI*, 2018, p. 134, note V. PARISOT.

1252 CJUE, 9 décembre 2003, *Erich Gasser GmbH c./MISAT Srl*, C-116/02. *Rev. Crit. DIP*, 2004, p. 444, note H. MUIR WATT ; *JDI*, 2004, p. 641, obs. A. HUET. CJCE, 27 avril 2004, *Turner,* aff. C-159/02, *Rev. Crit. DIP*, 2004, p. 654, note H. MUIR WATT ; *RTD civ.*, 2004, p. 549, note P. THERY.

1253 Voir *supra* n°673 et s.

1254 En ce sens : D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. I, Partie générale, 4ème ed., Paris, PUF, 2017, n°121.

1255 « L'unification européenne des règles de compétence, en effet, a une importante conséquence théorique : celle de modifier la nature des règles de compétence internationale, en les rapprochant des règles de compétence interne ». E. PATAUT, « Remarques sur la compétence internationale », *op. cit.,* p. 27. L'auteur reste cependant très prudent sur cette affirmation et apporte immédiatement plusieurs tempéraments à cette affirmation.

1256 Dans cette hypothèse, « la règle européenne désigne le tribunal spécialement compétent et modifie le cas échéant la compétence territoriale interne de l'État concerné ». D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. I, Partie générale, 4ème ed., Paris, PUF, 2017, n°121 ; S. BARIATTI, « Critères de compétence européens et domaine de la compétence territoriale des juridictions nationales », *TCFDIP*, 2012-2014, p. 249. et s.

et propre à chaque État ; elle est commune et abstraitement formulée, permettant dès lors d'attribuer compétence aussi bien aux tribunaux français qu'aux tribunaux allemands. C'est bien de répartition des contentieux au sein de l'Union qu'il s'agit, une répartition qui a comme assiette l'intégralité du territoire européen »[1257].

879. Cependant, il ne nous semble pas qu'à ce stade de la construction européenne[1258], la bilatéralisation des règles de compétence juridictionnelle change leur nature ni leur fonction. Il faut le vérifier dorénavant.

b- L'influence du caractère répartiteur sur les règles de compétence

880. Le caractère répartiteur des règles de compétence questionne tout d'abord la nature des règles de compétence au point de se demander si désormais la règle de compétence juridictionnelle ne se transforme pas en règle de compétence juridictionnelle interne, ce qui la distinguerait ainsi de la règle de conflit de lois.

881. Ensuite, la structure répartitrice de la règle met à l'épreuve la fonction de la règle. Ce lien entre la structure et la fonction est ancien : « entre la fonction de la règle de droit international privé et sa structure existe évidemment un lien si étroit qu'on ne peut garder la structure si la fonction vient à changer »[1259]. Bien évidemment, si la structure a changé, cela interroge à front renversé la fonction de la règle et la nature du conflit de lois.

882. Pourtant, il semble que la nature de la règle de compétence juridictionnelle reste à ce stade inchangée (i) tandis que la fonction des règles de compétence est éprouvée par ce caractère répartiteur (ii).

i- La nature inchangée de la règle de compétence juridictionnelle

883. La construction du droit de l'Union européenne ne rompt pas avec le biais étatique de la compétence juridictionnelle et le rattachement à un ordre juridique étatique. En atteste le fait que dans l'Union européenne, il revient à l'ordre juridique étatique de

[1257] E. PATAUT, « Remarques sur la compétence internationale », *op. cit.,* p. 27. Voir également D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. I, Partie générale, 4ème ed., Paris, PUF, 2017, n°20.
[1258] Le professeur E. Pataut apporte d'ailleurs immédiatement un tempérament à l'affirmation précédente : « Mais le propos doit immédiatement être nuancé, car l'assimilation entre règle de compétence européenne et règle de compétence interne est loin d'être complète ». E. PATAUT, « Remarques sur la compétence internationale », *op. cit.,* p. 27
[1259] P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *op. cit.,* p. 35.

déterminer quels sont les organes titulaires de la fonction juridictionnelle. Les règles de compétence juridictionnelle contenues dans les règlements ne peuvent dès lors que permettre de désigner l'État dont les juridictions interviendront ou désigner abstraitement la juridiction. Deux principes, intimement liés expliquent ces limites.

884. Le premier principe est celui de l'autonomie institutionnelle des États membres. Ce principe d'autonomie institutionnelle implique que l'organisation juridictionnelle des États membres est libre. Il est vrai que l'Union européenne vient encadrer cette détermination. Pour ce faire, la Cour de Justice de l'Union européenne définit de manière fonctionnelle ce qu'est une juridiction. Elle adopte la méthode du faisceau d'indices à savoir « *l'origine légale de l'organe, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application (…) des règles de droit, ainsi que son indépendance* »[1260]. Il faut en outre qu'il existe un litige à trancher[1261]. Une juridiction sera celle qui permet de trancher un litige indépendamment de son caractère judiciaire. En revanche, elle ne s'immisce pas dans la détermination institutionnelle des organes qui doivent être une juridiction.

885. La Cour de Justice veille seulement à ce que l'organe national désigné comme étant une juridiction exerce bien des fonctions juridictionnelles pour pouvoir être qualifié de juridiction au sens du droit de l'Union européenne[1262]. Elle n'intervient qu'*a posteriori*. Avec les phénomènes de déjudiciarisation des contentieux, la fonction décisionnelle peut être dispersée parmi divers acteurs[1263]. Le législateur européen prend d'ailleurs en considération cette potentielle diversité d'acteurs en exigeant qu'ils exercent bien des fonctions juridictionnelles comme en matière successorale par exemple[1264].

[1260] CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, aff. C-54/96 ; CJUE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, C-210/06. *Rev. Crit. DIP*, 2009, p. 248, note J. HEYMANN ; *Procédures*, 2009, p. 18, note C. NOURISSAT.

[1261] Arrêt CJCE, 19 octobre 1995, *Job Center*, C-111/94. *JDI*, 1996, p. 488, note D. SIMON.

[1262] Le contentieux est également important en ce qui concerne la fonction des notaires. À titre d'exemple : CJUE, 9 mars 2017, *Ibrica Zulfikarpasic c./Slaven Gajer*, C- 484/15. *JDI*, 2018, p. 1423, note J.-S. QUEGUINER ; *Rev. Crit. DIP*, 2017, p. 472, note L. PAILLER ; *JCP N*, 2017, p. 33, note C. NOURISSAT.

[1263] « La compétence juridictionnelle internationale désigne en réalité la vocation d'un État de déterminer la compétence interne, mais aussi la nature de l'organe habilité à prendre la décision en question. Le conflit de "juridiction" peut donc, apparemment mettre aux prises deux autorités administratives, par exemple, ou concerner les effets internationaux d'une décision prononcée par un organe public non judiciaire : en réalité, le "conflit", ou la vocation à intervenir, concerne l'État lui-même, et ce n'est que par économie de langage qu'on le déplace d'un cran vers les organes qui le représentent ». D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. I, Partie générale, 4ème ed., Paris, PUF, 2017, n° 119-1.

[1264] Par exemple, le Règlement Successions consacre une définition large de la notion de juridiction pour y inclure les notaires lorsque ceux-ci détiennent des fonctions juridictionnelles. Il est ainsi prévu qu'« a*ux fins du présent règlement, il convient dès lors de donner au terme "juridiction" un sens large permettant de couvrir, non seulement les juridictions au sens*

886. Le second principe est ensuite celui de l'autonomie procédurale des États membres[1265]. Issu des arrêts *Rewe*[1266] et *Comet*[1267], ce principe implique qu'« *en l'absence de réglementation communautaire […], il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire* »[1268].

887. Ainsi, les États membres sont libres d'organiser à leur guise les ressorts judiciaires et la compétence territoriale de ses juridictions, car une telle organisation n'est pas de la compétence de l'Union européenne sous réserve de l'équivalence et de l'effectivité des protections. En effet, puisque ce principe a vocation à jouer dans le cadre de l'application du droit de l'Union européenne, il ne saurait être absolu. Il reflète ainsi l'autonomie des États membres dans l'exécution du droit de l'Union européenne, tant que la protection effective[1269] des droits reconnus par le droit de l'Union européenne est garantie. En somme, le principe d'autonomie procédurale ne doit pas porter atteinte à l'effet utile de la législation de l'Union. On trouve une illustration de ce principe et de ces exceptions en droit international privé.

888. La règle de compétence juridictionnelle continue de désigner les juridictions d'un État membre à l'instar de l'article 4 du Règlement Bruxelles I *bis* par exemple, ce qui confirme sa nature de règle de rattachement. Cette nature de règle de rattachement se perçoit également dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne. Effectivement, si la Cour de Justice a accepté de retenir la validité d'une clause attributive de juridiction qui désignait directement le tribunal spécialement compétent, elle a consacré l'effet de rattachement inhérent à la règle de compétence juridictionnelle internationale. La Cour considère que « *si cette clause ne désigne pas explicitement l'État membre*

---

strict qui exercent des fonctions juridictionnelles, mais également les notaires ou les services de l'état civil dans certains États membres qui, pour certaines questions successorales, exercent des fonctions juridictionnelles au même titre que les juridictions, et les notaires et les professionnels du droit qui, dans certains États membres, exercent des fonctions juridictionnelles dans le cadre d'une succession donnée en vertu d'une délégation de pouvoirs accordée par une juridiction. Toutes les juridictions au sens du présent règlement devraient être liées par les règles de compétence prévues dans le présent règlement. Inversement, le terme "juridiction" ne devrait pas viser les autorités non judiciaires d'un État membre qui, en vertu du droit national, sont habilitées à régler les successions, telles que les notaires dans la plupart des États membres, lorsque, comme c'est généralement le cas, ils n'exercent pas de fonctions juridictionnelles » Considérant 20 du Règlement Successions.

[1265] Sur l'essor de ce principe, J. RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *AFDI*, 1972, p. 885 ; M. ROCCATI, « Quelle place pour l'autonomie procédurale des États membres ? », *RIDE*, 2015/4, t. XXIX, p. 429.

[1266] CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG c./Landwirtschaftskammer für das Saarland*, aff. C-33/76.

[1267] CJCE, 16 décembre 1976, *Comet BV c./Produktschap voor Siergewassen*, aff. C-45/76.

[1268] Point 5 du premier arrêt et point 13 du second.

[1269] Sur la protection juridictionnelle effective, voir *infra* n°1055..

dont les parties sont convenues que ses juridictions sont compétentes, les juridictions visées sont celles de la capitale d'un État membre, qui, en l'occurrence, est également celui dont la loi a été désignée par les parties comme applicable au contrat, de sorte qu'il ne fait aucun doute que ladite clause, contenue dans un contrat tel que celui en cause au principal, entend conférer une compétence exclusive aux juridictions relevant du système juridictionnel propre à cet État membre »[1270]. Elle continue ainsi de faire référence au système juridictionnel de l'État membre dont la juridiction est désignée. La désignation est donc possible tant qu'elle permet également d'identifier un système juridictionnel d'un État membre particulier. Ce renvoi à un système juridictionnel d'un État tout en étant implicite, n'en reste pas moins « *nécessaire* »[1271]. Ce lien nécessaire avec l'État est l'élément caractéristique de la compétence internationale[1272] et marque ainsi la différence avec la compétence interne dont les enjeux demeurent différents[1273].

889. L'État décide ensuite parmi ses juridictions lesquelles sont les mieux placées du point de vue de la bonne administration de la justice pour trancher le litige. Mais, pour répondre aux objectifs des règlements européens, il est possible que la règle de compétence internationale modifie à la marge la règle de compétence territoriale[1274]. C'est tout le sens des options de compétence ou des règles protectrices de certaines catégories de plaideurs[1275]. Comme le résume la Cour de Justice en matière alimentaire[1276], « *si les*

[1270] CJUE 7 juillet 2016, *Hoszpig Kft c/Alstom Power Thermal Services*, Aff. C-222/15, point 46. *RTD Com.*, 2017, p. 234, note A. MARNISSE-D'ABBADIE D'ARRAST ; *Procédures*, 2016, p. 24 note C. NOURISSAT ; *Revue Europe*, 2016, p. 40, note L. IDOT.

[1271] Arrêt précité point 48.

[1272] Voir en ce sens P. THERY, « La compétence », *op. cit.*, p. 47.

[1273] Il ne faut pas oublier que « S'agissant des règles de compétence internationale issues du droit de l'Union européenne, en particulier, l'homogénéité des droits des États membres demeure insuffisante pour que la question de savoir si l'on doit plaider à Paris ou à Varsovie présente des enjeux radicalement moindres que celle de savoir si l'on doit plaider à Paris ou à New York. […] La source européenne de certaines règles de compétence internationale facilite tout au plus la coordination des systèmes juridictionnels des États membres, en assouplissant par exemple les conditions de l'exception de litispendance. Mais cette simplification est d'ordre technique et n'affecte ni la nature des questions à résoudre, ni la structure méthodologique des mécanismes qui y permettent d'y répondre ». Voir en ce sens : L. USUNIER, « Observations sur la nature des règles de compétence judiciaire internationale », *op. cit.,* spec. p. 1532.
Cette différence d'enjeux est d'ailleurs perçue par la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt *Arlewin c/Suède* où la Cour considère qu'il n'est pas raisonnable ni commode pour un plaideur de devoir aller plaider en Angleterre alors que les juridictions suédoises, compétentes en vertu du Règlement Bruxelles I, présentent des liens très étroits avec le litige. CEDH, 1er mars 2016, *Arlewin c/Suède*, req. n° 22302/10. *Rev. Crit. DIP*, 2016. 560, note F. MARCHADIER.

[1274] S. BARIATTI, « Critères de compétence européens et domaine de la compétence territoriale des juridictions nationales », *op. cit.,* p. 249.

[1275] Voir également en ce sens l'intervention du professeur S. Corneloup à l'issue de la communication de Mme S. Bariatti : « Je voudrais revenir sur la distinction entre la compétence générale, l'article 2, et les règles de compétences spéciales des articles 5 et suivants. Il me semble que lorsqu'on essaye de trouver une interprétation qui soit conforme à l'esprit du législateur européen, il est nécessaire de prendre en considération l'emploi par l'article 2 du pluriel ("les juridictions de cet État membre") qui laisse clairement à l'État la liberté d'aménager le lieu précis de la compétence et l'emploi par les articles 5 et suivants d singulier, conduisant à désigner la juridiction d'un lieu précis (par exemple "la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande"). Cette

règles de conflit de juridictions ont été harmonisées au moyen d'une détermination des critères communs de rattachement, l'identification de la juridiction compétente demeure de la compétence des États membres[1277]*, sous réserve que cette législation nationale ne remette pas en cause les objectifs du règlement […] ou ne prive ce dernier de son effet utile*[1278] ». Dans une telle hypothèse, l'organisation juridictionnelle interne peut être considérée comme contraire au droit de l'Union européenne, car privant d'effet la protection prévue par ce droit.

890. La règle de compétence juridictionnelle européenne conserve donc sa nature de règle de rattachement, même si elle nécessite parfois de s'immiscer dans l'organisation interne des États membres. Le caractère répartiteur questionne désormais sur la fonction des règles.

ii- La fonction des règles de compétence éprouvée

891. En se fondant sur le caractère répartiteur des règles de compétence il serait possible d'affirmer que les règles de conflits européennes ont, dans les rapports entre États membres, une fonction de répartition des compétences étatiques. Cette conception du conflit de juridictions et de lois se rapproche de la vision conflictuelle du professeur P. de Vareilles-Sommières. Selon cet auteur, les règles de conflit répartissent les compétences normatives des États souverains. Le droit international privé sert donc à délimiter dans l'espace la compétence internationale des États, c'est-à-dire l'activité normative des États, quand bien même le litige concerne des rapports entre particuliers[1279]. Pour l'auteur, la règle de compétence revêt deux aspects et doit s'entendre premièrement comme « toute règle reconnaissant à une certaine personne la titularité d'un

---

différence de rédaction doit être prise en considération me semble-t-il, lorsqu'on interprète la latitude dont dispose un État pour l'aménagement de la compétence territoriale interne. Compte tenu de cette différence de rédaction, il me semble que pour les articles 5 et suivants l'objectif de la proximité est essentiel dans l'esprit du Règlement et une concentration du contentieux devant un petit nombre de juridictions ne me paraît pas compatible avec cet objectif […] ». S. BARIATTI, « Critères de compétence européens et domaine de la compétence territoriale des juridictions nationales », *op. cit.,* p. 249, spec. p. 273-274.

[1276] CJUE, 18 décembre 2014, *Sanders et Huber*, aff. jointes C-400/13 et C-408/13, précités.

[1277] La Cour fait ici référence aux arrêts suivants : CJCE, 13 juillet 1993, *Mulox IBC Ltd c./Hendrick Geels*, aff. C-125/92, point 25. CJCE, 28 novembre 1999, *GIE Groupe Concorde e.a. c./Capitaine commandant le navire « Suhadiwarno Panjan » e.a.*, aff. C-440/97, point 31.

[1278] Citant l'arrêt, CJUE, 16 juillet 2009, *Zuid-Chemine BV c./Philippo's Mineralenfabriek NV/SA*, aff. C-189/08, point 30.

[1279] « Le conflit de souverainetés peut être tranché en considération des intérêts privés des justiciables, spécialement lorsqu'il se manifeste à l'occasion de l'exercice par les États de leur activité normative de droit privé. C'est pourquoi, l'importance de ces intérêts en droit international privé conflictuel ne nous paraît pas impliquer que cette matière soit une branche du droit privé. Il en va de même de la circonstance que le conflit de lois ou de juridictions est un conflit entre personnes privées ». P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé, op. cit.,* p. 35-36.

certain pouvoir ». Deuxièmement « est une règle de compétence *stricto sensu*, toute règle posant une condition de régularité d'une norme quant à son origine »[1280].

892. Affirmant que le principe d'indépendance des États implique que la délimitation de la compétence normative effectuée par un État ne vaut que pour lui[1281], l'auteur considère dès lors que « les règles de conflit de lois et de juridictions peuvent, et doivent, par conséquent, être vues comme des sortes d'actes unilatéraux des États, visant à délimiter leur compétence normative de droit privé ». Cette question intéresse bien évidemment le droit international public qui a son mot à dire sur la réglementation de la compétence normative des États[1282]. Mais en l'état de l'ordre international, et en « l'absence d'intégration de la société internationale »[1283], la réponse ne peut être qu'indirecte et reposer sur des règles internes aux États.

893. Le contexte intégratif du droit international privé de l'Union européenne pourrait dès lors renouer avec cette conception du conflit de compétences. Autrement dit, « dans un espace intégré, de nature fédérale par exemple, faut-il considérer que le juge de l'État du for qui fait fonctionner une règle de conflit fédérale octroie au système juridique désigné une compétence pour régir la question en cause ? La mise en œuvre de la règle de conflit par le juge saisi aboutirait ainsi à désigner le titulaire du pouvoir normatif de régir la situation par sa norme[1284]».

894. La réponse affirmative a la faveur d'une partie de la doctrine considérant, au sujet de la règle de conflit de lois, que désormais, « elle assume également une fonction répartitrice des compétences étatiques qui, associée à une répartition verticale des

---

[1280] *Ibid*, p. 88.

[1281] « La vérité est que le principe d'indépendance mutuelle des États a un corollaire qui est le principe d'indépendance mutuelle des ordres juridiques étatiques, si elle signifie bien que, par ses règles nationales de droit international privé, un État ne saurait imposer ses vues à l'extérieur de son ordre juridique, veut dire aussi qu'en contrepartie, à l'intérieur de cet ordre juridique, ce sont ses propres vues qui doivent prévaloir sur celles de ses pairs ; autrement, nous pensons que s'il est indiscutable que les règles de conflit de lois et de juridictions d'un ordre juridique étatique ne sont pas des règles valables de compétence étatique pour les ordres juridiques extérieurs à celui dont elles émanent cela ne nous permet en rien de conclure qu'elles ne sont pas des règles de compétence étatique au regard de l'ordre juridique dans lequel elles sont en vigueur ». *Ibid*, p. 58.

[1282] « Que tel État, unilatéralement, se réserve de réglementer les questions de compétence normative dans les rapports de droit privé est alors parfaitement imaginable, mais les effets propres de cet acte seront eux-mêmes limités à l'ordre juridique de l'État qui l'émet. Aux yeux de l'ordre juridique international, seule la position du droit international vaudra ». *Ibid*, p. 121.

[1283] « La communauté internationale n'est, aujourd'hui encore, guère intégrée, et pour des raisons historiques, les ordres juridiques internes survivent, subsistent, sans qu'on puisse dire qu'ils sont actuellement absorbés par l'ordre juridique international. Le second par nature cherche à soumettre le plus largement possible les premiers, qui de leur côté tentent de protéger leur indépendance contre les prétentions du second ». *Ibid*, p. 110.

[1284] Y.-E. LE BOS, *Renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, Paris, Dalloz, 2010, p. 86.

pouvoirs entre les États membres et l'Union, exprime une certaine conception du fédéralisme »[1285].

895. Certes, il serait possible de voir dans l'ordre juridique européen, de « structure fédérale », l'existence de cet ordre juridique supérieur puisque l'État « abandonne en effet une parcelle de ses compétences aux institutions communautaires »[1286] de sorte que la compétence juridictionnelle, mais également la compétence législative servent à trancher à la fois un problème de droit international public ou de droit constitutionnel fédéral européen et à la fois *in fine* le règlement privé du litige. En réalité, le fédéralisme est difficile à circonscrire, ce qui constitue une difficulté pour apprécier son influence sur le droit international privé. « La difficulté majeure réside dans le fait que le fédéralisme est avant tout une idée, un système d'organisation politique dont la réalisation sur le plan institutionnel connaît des formes divergentes, mais qui paraît cependant gouverné par une loi invariable, celle de la recherche d'une unité compatible avec le maintien d'une certaine diversité. Traduite en termes institutionnels, cette proposition signifie principalement que la constitution par des États d'une union politique ne met pas fin à leur existence. Parties d'un tout, les États membres de pareille union conservent en effet une autonomie sur les plans politique et juridique, dont les degrés, variables d'un système à l'autre, s'apprécient principalement en termes de répartition et de distribution des compétences »[1287]. La difficulté de cerner ce fédéralisme s'intensifie encore plus lorsqu'il s'agit d'étudier l'Union européenne[1288].

896. Le fédéralisme ne doit pas se confondre avec un État fédéral, et en ce sens, il a pu paraître absurde de calquer les prismes traditionnels d'analyse de l'État et de la souveraineté sur l'objet qu'est la fédération[1289]. Il faut désormais composer avec « la coexistence de deux pouvoirs sur un même territoire »[1290]. S'opère ainsi une répartition

---

[1285] D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. II, Partie spéciale, 4ème ed., Paris, PUF, 2017, n° 1170.
[1286] M. BEULAY, « L'État membre dans l'Union européenne », in *Union européenne et droit international privé : en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, p. 116, spec. p. 130
[1287] J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, *op. cit.,* p. 7.
[1288] O. DUBOS, « L'Union européenne : sphinx ou énigme », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, p. 29.
[1289] O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007 ; O. BEAUD, « Fédéralisme et souveraineté, Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1998, p. 83.
Pour une analyse du même ordre, bien qu'opposée sur le critère de la souveraineté : E. ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel : contribution à la théorie de la fédération d'États », *RCADI*, 2002, t. 294.
[1290] O. BEAUD, « Fédéralisme et souveraineté, Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *op. cit.,* p. 87.

verticale des compétences entre l'entité fédérale et les entités fédérées[1291] et de nouveaux droits et libertés sont octroyés aux membres de la fédération qui illustrent cette originalité[1292].

897. Cette répartition verticale des compétences interroge indirectement l'analyse des relations horizontales entre États membres lorsqu'est en cause une question de conflit de juridictions ou de conflit de lois. Or, il n'existe pas encore d'« État européen »[1293] et puisque les ordres juridiques ne sont pas pleinement intégrés[1294], il n'est pas possible d'envisager que l'entité supérieure — l'Union européenne — puisse définir les limites spatiales de l'activité normative des États dans les rapports horizontaux en attribuant un pouvoir à tel ou tel État membre par l'intermédiaire des règles de conflit. Les États n'ont pas renoncé à leur compétence normative, ils l'exercent. Il convient de ne pas oublier qu'il est « indéniable que sans l'action des États membres, l'Union n'a aucune existence effective, voire viable. Autrement dit, si les États sont soumis à la volonté de l'organisation, seule leur volonté propre donne corps à l'Union et à la réalité de son droit, car ils détiennent la compétence d'exécution de droit commun et interviennent également en tant que législateurs »[1295].

[1291] C'est le cas concernant la compétence partagée en matière de droit international privé entre l'Union européenne et les États membres. Sur la compétence de l'Union européenne en droit international privé : J. HEYMANN, *op. cit.,* p. 72 et s. ; M. FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré », *op. cit.,* p. 9. ; C. KOHLER, « Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam », *Rev. Crit. DIP*, 1999, p. 30 : E. PATAUT, « De Bruxelles à La Haye, Droit international privé communautaire et droit international privé conventionnel », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 665 ; Y. LEQUETTE, « De Bruxelles à La Haye (Acte II) : réflexions critiques sur la compétence communautaire en matière de droit international privé », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon,* Paris, Dalloz, 2008*,* p. 503 *;* V. HEUZE, « D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflit de lois », *JCP G*, 2008, p. 166 ;

[1292] En Europe, c'est le cas des « grandes libertés » et de l'octroi de la citoyenneté européenne qui se rajoute à celle des États membres. Sur ce point voir : J. HEYMANN, *op. cit.,* p. 64 et s.

[1293] M. FORTEAU, « Le droit international privé, reflet des limites (mais aussi de la nature) du droit international public », in *Les limites du droit international, Essais en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 63. Voir également, M.-N. JOBARD-BACHELIER, M.-L. NIBOYET, « L'européanisation du droit international privé », in *Union européenne et droit international privé : en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, p. 795.

[1294] En ce sens : « il n'est pas certain que la présence d'un ordonnateur fédéral de la question du conflit de lois modifie réellement une solution dont le résultat est établi pour des raisons indépendantes de la source même du mécanisme. Les aspects de centralisation impliqués par l'intégration fédérale ne s'accompagnent pas d'une étatisation corrélative de l'ensemble ainsi formé. Le contexte fédéral ne prend en effet pas nécessairement la forme d'un État fédéral. Or, ce n'est qu'à cette condition que l'on puisse considérer les États comme appartenant au même système juridique. Certes, c'est en partie le cas dans la mesure où la fédéralisation intègre les entités dans un ensemble plus vaste. Cependant, le degré de cette intégration est encore insuffisant dans l'hypothèse du contexte fédéral pour l'associer à la situation étatique et lui en faire produire les effets ». Y.-E. LE BOS, *op. cit.*, p. 87.

[1295] M. BEULAY, « L'État membre dans l'Union européenne », in *Union européenne et droit international privé : en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, p. 116, spec. p. 132. Également : « Contrairement à une vision déformée du système communautaire, qui a longtemps occulté le rôle essentiel joué par les États membres et ignoré le caractère essentiellement décentralisé de leur exécution, la logique de l'application du droit communautaire repose toute

898. De manière plus forte encore, sur le plan du conflit de juridictions, à défaut pour les États d'avoir concédé leur pouvoir de juridiction[1296], l'habilitation du juge à trancher le litige émane encore de l'ordre juridique étatique et non de l'ordre juridique européen. La règle de conflit ne peut donc rendre titulaire un État d'un pouvoir et ôter, de fait, le pouvoir des autres États pour traiter le litige à caractère international. Une telle résurgence de la théorie publiciste ne doit donc pas être complètement adoptée.

899. Cependant, une analyse du caractère répartiteur des règles de droit international privé ne doit pas totalement être rejetée. Les États sont effectivement liés hiérarchiquement par les instruments européens et s'ils gardent théoriquement leur pouvoir normatif, ils ne peuvent aller au-delà ou en deçà des exigences des textes européens[1297]. Surtout, la compétence exclusive de la Cour de Justice de l'Union européenne pour interpréter le droit de l'Union européenne est un élément central du système européen puisqu'elle a affirmé très tôt que le fait d'adhérer à l'Union européenne impliquait pour les États membres une « limitation définitive de leurs droits souverains »[1298]. Entre l'analyse publiciste internationaliste et l'analyse privatiste se glisse donc l'analyse européaniste du règlement des compétences. La distinction des deux conceptions, de même que la distinction entre pouvoir et compétence, à laquelle on a toujours associé l'existence d'une zone grise, deviennent poreuses dans un espace d'intégration[1299] où, par définition, les ordres juridiques ne sont pas pleinement intégrés, mais ne sont pas non plus indépendants, car engagés dans un processus d'intégration. C'est d'ailleurs la différence entre un traité d'unification et une « fédéralisation » du droit international privé[1300]. La rationalité du fédéralisme européen se prête mal à une telle

---

entière […] sur la reconnaissance de compétences propres des États membres le plus souvent exprimée sous la forme d'un principe dit de l'autonomie institutionnelle et procédurale des droits nationaux ». D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 2001, p. 155.

[1296] Voir *supra* n°185 et s.

[1297] « Qu'elles appartiennent exclusivement à l'Union ou qu'elles soient partagées, ces compétences ont toujours une conséquence sur les pouvoirs propres de l'État, dans la mesure où celui-ci ne doit pas adopter de mesures contraires au droit de l'UE dans son ensemble ». M. BEULAY, « L'État membre dans l'Union européenne », *op. cit.,* p. 116, spec. p. 130.

[1298] CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c./E.N.E.L*, aff. C-6/64, point 3.

[1299] Un tel brouillage de la distinction peut également s'observer dans la jurisprudence la Cour européenne des droits de l'homme qui raisonne en matière d'accès à la justice indépendamment de la distinction entre pouvoir et compétence juridictionnelle. Le contentieux des immunités de juridiction en atteste. Ici encore, le rôle interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme est un élément clé du système. L'interprétation évolutive de la Convention internationale tend à créer un droit de plus en plus transnational.
Voir en ce sens : F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.,* n° 22 et s.

[1300] « This is often read merely to suggest the need for uniform rules, this need alone would hardly justify a regulation over a treaty. Treaties, however, leave the interests of respective nations intact. Where national interests concur, treaties will perpetuate protection of these interests; where national interests differ, treaties can achieve

analyse propre au droit international privé et public fondée sur la souveraineté. La distinction perd en partie son caractère opératoire et se rapproche du symbole. Ce symbole n'en est pas moins essentiel dans la construction de l'Union européenne[1301].

900. Dès lors, le caractère répartiteur existe. Mais, il nous semble qu'à la différence de la vision publiciste du droit international privé où l'accent est mis sur les rapports entre États, la vision centrée sur la relation privée internationale est maintenue et ce caractère répartiteur commun aux deux règles de compétence dans les rapports internes à l'Union européenne signifie seulement en réalité que les deux règles de compétence ont une fonction commune complémentaire d'intégration du litige à caractère international dans les ordres juridiques étatiques. Le caractère répartiteur des règles de compétence est au service de la fonction régulatrice des règles de compétence.

901. En somme, la bilatéralisation virtuelle permet plus facilement d'opérer une analyse méthodologique commune des deux règles de compétence. La règlementation uniforme du chef de compétence juridictionnelle qui lui donne un caractère répartiteur analogue à la règle de compétence législative permet de mieux questionner la frontière qui sépare la règle de conflit de juridictions de la règle de conflit de lois dans les rapports internes à l'ordre juridique supranational et d'interroger leurs différences structurantes.

902. À ce titre, nous constaterons désormais qu'à l'image de la règle de conflit de lois bilatérale, la règle de compétence juridictionnelle permet au for d'exercer un certain contrôle normatif sur la situation à réglementer.

B- L'étendue du rattachement juridictionnel de la règle de compétence juridictionnelle

903. Depuis le dépassement de la vision du conflit de lois et de juridictions en tant que règles répartitrices de souverainetés étatiques[1302] et l'avènement d'une vision privatiste du conflit de lois, il est couramment affirmé que les règles de conflit de juridictions et les

---

compromises between these interests or, if no compromise is possible, leave the issue to each national state. A supranational codification is not confined in this way; it can also decide against the interests of all states for the interest of individuals or a transnational community. In this sense, its rules are neither unilateral nor bilateral, but distributive – it allocates regulatory competence from a central point ». R. MICHAELS, « The New European Choice-of-Law Revolution », *Tulane Law Review*, 2008, vol. 82, n° 5, p. 1607, spec. p. 1622.

[1301] Sur l'importance du symbole en droit de l'Union européenne : S. FRANCQ, « Le droit international privé européen, entre confiance mutuelle et sécurité juridique. Les limites de l'imaginaire européen », *op. cit.,* p. 153.

[1302] Pour une vue détaillée du droit des limites de la souveraineté, du *Grenzrecht*, voir P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé*, *op. cit.,* p. 28 et s.

règles de conflit de lois n'ont pas la même fonction, ce qui explique ensuite méthodologiquement l'indépendance entre la règle de compétence juridictionnelle et la règle de compétence législative et la fréquente dissociation entre *forum* et *jus*. La fonction procédurale de la règle de compétence juridictionnelle est ainsi opposée à la fonction substantielle de la règle de conflit de lois.

904. Pour autant si la fonction procédurale de la règle de compétence juridictionnelle est prépondérante (1), existe aussi une fonction substantielle souvent refoulée de la règle de compétence dont le rôle est important pour comprendre ensuite le phénomène de concordance des compétences (2).

1- La prépondérance de la fonction procédurale de la règle de compétence juridictionnelle

905. Dans son importante étude consacrée au conflit de juridictions, le professeur D. Holleaux explique que la règle de désignation de compétence internationale des juridictions vise à « satisfaire l'équité procédurale, compte tenu de l'intérêt des parties à une justice commode, compte tenu aussi des exigences de l'administration de la justice, et abstraction faite de l'influence qu'exerce la désignation des juges d'un pays sur la solution de fond donnée au litige »[1303]. À partir de ces développements, le droit de la compétence internationale n'est plus appréhendé par le prisme du droit public. L'accent est désormais mis sur « la sanction de droit privé » comme objet de la règle de compétence[1304]. En effet, puisque la règle de compétence juridictionnelle a pour objet de prononcer une sanction de droit privé, la règle de compétence ne concerne pas l'État, ni en tant qu'objet ni en tant que sujet[1305].

906. Il y a une rupture avec les théories du pouvoir et de l'allégeance[1306] ou encore celle du juge naturel comme fondement de la règle de compétence. En ce sens, il a pu être

[1303] D. HOLLEAUX, *op. cit.,* p. 357.
[1304] Pour une telle conception, voir également : H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1965.
[1305] « Organisant le fonctionnement international du service étatique de juridiction, les règles de conflit de juridictions n'envisagent-elles pas ce service comme objet et ne touchent-elles pas ainsi au droit public ? Mais le service en question, dans la mesure où il réalise des règles qui ne concernent l'État, ni comme sujet, ni comme objet, tend à la sanction du droit privé. On en a conclu que cette seconde relation, plus caractéristique que la précédente, est propre à faire échapper la matière au droit public et à l'attirer du côté du droit privé ». D. HOLLEAUX, *op. cit.,* p. 338.
[1306] (*power theory*). La compétence était envisagée par le prisme du lien de sujétion entre les individus et le souverain : A. T. VON MEHREN, « Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law. A Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common and Civil Law Systems », *RCADI*, 2002, t. 295, p. 9. Sur

justement affirmé que « l'évolution historique de la notion de compétence incite à penser que le mouvement s'est fait en faveur d'un désengagement progressif de l'État du litige international »[1307]. L'accent est alors mis sur la fonction de juger, action de trancher un litige. La règle de compétence internationale devient un instrument technique objectif qui n'entretient aucun lien avec le fond du litige. En atteste le choix des chefs de compétence qui sont perçus comme le reflet de ce détachement normatif à la différence du critère de rattachement. « Nul ne saurait expliquer qu'un litige soit résolu conformément au droit international privé et matériel du pays où le défendeur est domicilié »[1308]. Sauf exception des règles de compétence impérative et exclusive[1309], le professeur D. Holleaux est favorable à une distinction entre les compétences juridictionnelle et législative du fait de la différence marquée des objectifs entre les deux règles[1310].

907. Dans la même lignée, Batiffol explique que les règles de conflit de juridictions répondent essentiellement à des considérations de bonne administration de la justice et de commodité pour le plaideur. La bonne administration de la justice est un objectif à poursuivre pour l'État. « Ce dernier a en conséquence intérêt à éviter les procédures multiples, lentes ou onéreuses, de même que les procédures portant sur des affaires n'intéressant aucunement son ordre juridique »[1311]. La commodité des plaideurs est un objectif d'ordre plus privé qui est relatif à l'intérêt des justiciables : demandeur(s) et défendeur(s) qui s'exposent au risque d'un procès international[1312].

---

ces théories voir également A. MIAJA DE LA MUELA, « Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international », *RCADI,* 1972-I, t. 135, p. 1 ; D. HOLLEAUX*, op. cit.,* p. 204 ; P. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, *op. cit.*.

[1307] Pour ensuite démontrer le rôle nouveauté de l'intérêt prépondérant de l'État dans les règles de compétence juridictionnelle. E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions, op. cit.,* p. 3.

[1308] D. HOLLEAUX, *op. cit.,* p. 357, n° 385. Souhaiter l'inverse serait opérer « un détournement de règle de compétence ».

[1309] « Les compétences impératives et exclusives pouvant résulter de la nécessité de réaliser des lois d'application immédiate fournissent l'exemple de règles de compétence directe et de compétence indirecte formulées en fonction d'un objectif de fond. Le critère utilisé est adapté à cet objectif, puisque la compétence judiciaire et la compétence législative coïncident ». *Ibid*, p. 356, n°384.

[1310] « C'est dans un autre esprit qu'a été élaboré le système de compétence internationale régissant les matières soumises à des règles de conflit de lois. Sans doute, la coïncidence des compétences judiciaire et législative est, avec raison, considérée comme un bien. Mais on ne la recherche pas à titre principal. Que le juge compétent n'applique pas forcément sa propre loi, ou ne soit pas forcément celui dont la loi est applicable, est une vérité trop sûre pour qu'on y insiste. Le système de conflit de lois et celui de compétence poursuivent des objectifs distincts.
Les règles de conflit de lois ayant pour objectif d'assurer à une relation juridique un traitement de fond adéquat, l'objectif des règles de compétence internationale est d'attribuer le litige au juge qui lui convient ou de faire reconnaître la compétence de ce juge. C'est ce que nous entendons par objectif procédural ». *Ibid*, p. 356-357, n° 383-384.

[1311] L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé. op. cit.,* p. 89.

[1312] En somme, « la fonction procédurale des règles de compétence internationale des juridictions conduit ainsi à subordonner la compétence à des considérations de commodité et de bonne administration de la justice : le juge

908. Dénuée de toute visée substantielle, il suffit de trouver des chefs de compétence juridictionnelle qui fixent des limites spatiales plus ou moins importantes à la compétence du juge en cherchant à satisfaire le plus possible la bonne administration de la justice et la commodité des plaideurs. Au contraire, nous avons observé que la règle de conflit de lois a, pour l'auteur, une fonction substantielle puisqu'elle sert à déterminer la loi la plus apte à régler le litige et une méta-fonction coordinatrice des ordres juridiques.

909. Pour Batiffol, la preuve de la différence de fonction entre les deux règles de compétence résulte de ce que la règle de conflit de lois désigne une seule loi applicable, celle qui a la plus grande vocation à trancher le litige en fonction des faits en cause, qui seuls sont déterminants[1313]. Il n'est donc pas possible d'affirmer que des considérations de commodité puissent guider le choix de ces règles[1314]. Les raisons de bonne administration de la justice restent extérieures à la résolution du conflit de lois, mais imprègnent la règle de compétence juridictionnelle. Il oppose ainsi la règle de conflit de juridictions qui donne la possibilité au plaideur de s'adresser à plusieurs juges à la règle de conflit de lois qui doit désigner une seule loi. Pour s'en convaincre, l'auteur affirme que la détermination de la loi applicable ne saurait dépendre de la seule volonté d'une des parties[1315]. La concordance entre les compétences ne saurait donc demeurer qu'accidentelle pour Batiffol[1316]. « Les juristes devraient ici avoir le sens de la mesure : de ce que la coïncidence des compétences judiciaire et législative a des avantages certains, il ne s'ensuit pas qu'elle doive être appliquée aveuglément dans l'ignorance de ses inconvénients. Le radicalisme n'est pas juridique »[1317].

---

désigné doit être accessible aux plaideurs et proche des éléments matériels du litige, notamment pour que la collecte des preuves soit aussi rapide et peu coûteuse que possible. Certaines de ces considérations incitent à limiter la compétence internationale des juridictions, pour éviter en particulier de donner compétence à un juge sans lien avec le litige et de multiplier les situations de conflit de procédures ; d'autres incitent au contraire à l'étendre, pour ne pas priver le demandeur de toute possibilité effective d'agir en justice ou encore pour permettre à ce dernier de concentrer toutes ses actions devant la même juridiction en cas de litige complexe ». *Ibid*, p. 90.

[1313] Savigny évoquait déjà cette différence. Voir *supra* n°830 et s.

[1314] L'auteur admet que cette idée a parfois été contestée, mais seulement sur des domaines très restreints, sans que les contestations soient décisives. Il prend tout de même l'exemple de la matière contractuelle pour affirmer son idée. « L'admission en matière contractuelle du choix par les parties de la loi applicable est au contraire très générale, mais (…) peut être interprétée d'ailleurs comme restant toujours liés aux faits de la cause » H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *op. cit.,* p. 92.

[1315] « Au contraire, quand il s'agit de la loi applicable, une pareille souplesse n'est plus admissible : il ne convient pas que la substance des droits des parties résulte du choix du demandeur ». H. BATIFFOL, « Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », *op. cit.*, p. 311.

[1316] « Il faut donc des règles de conflit de lois, et la tendance à appliquer par principe la loi du juge saisi ne peut pas devenir une règle qui subirait que quelques rares exceptions. Ce serait méconnaitre les situations réelles ». H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *op. cit.,* p. 97.

[1317] *Ibid,* p. 96.

910. À la suite de ces analyses, la fonction procédurale de la règle de compétence juridictionnelle marque donc une césure nette avec la règle de conflit de lois. S'il y a un rattachement normatif à un ordre juridique, la règle de compétence juridictionnelle est neutre substantiellement et ne doit répondre qu'à des considérations procédurales. Or, l'existence d'une fonction substantielle de la règle de compétence internationale doit permettre de remettre en cause le leurre de ce détachement normatif lorsque sont à l'œuvre les règles de compétence juridictionnelle.

2- Le refoulement de la fonction substantielle de la règle de compétence juridictionnelle

911. Pour déterminer ce que signifie la fonction substantielle de la règle de compétence juridictionnelle, l'on peut reprendre la distinction effectuée par le professeur E. Farnoux entre « la désignation de la loi applicable — traitement substantiel de la situation privée internationale — et la poursuite d'une finalité matérielle dans ce traitement »[1318]. Prenant appui sur cette distinction, il est possible de constater qu'en dépit de l'affirmation de la neutralité de la règle de conflit de lois[1319], il a toujours été admis que celle-ci opérait un traitement substantiel du litige à caractère international. À l'inverse, la focale sur la dimension procédurale de la règle de compétence juridictionnelle lui ôtait non seulement tout rôle dans la poursuite d'un but matériel, mais également toute velléité de traitement substantiel de la situation litigieuse[1320]. Une fois encore, les jurisprudences *Pelassa* et *Scheffel* qui s'appuient sur les règles de compétence territoriale ont surement créé une illusion. L'emprunt à des règles fondées sur la bonne administration de la justice a emporté avec lui une vision uniquement procédurale des règles de compétence internationale.

912. Pour autant, l'opposition entre la fonction procédurale de la règle de compétence juridictionnelle et la fonction substantielle de la règle de compétence législative doit être relativisée. La règle de compétence juridictionnelle est en réalité dotée de ces deux fonctions. En effet, en désignant la juridiction d'un État, la règle de

---

[1318] E. FARNOUX, *op. cit.,* t. I, p. 129.

[1319] Bien que désormais remise en cause. Voir *supra* n°848 et s.

[1320] Comme l'observe le professeur E. Farnoux avant de remettre en cause ce postulat, « la règle de conflit de lois se chargerait du traitement substantiel du litige alors que la règle de compétence internationale s'en désintéresserait, et ne pourrait d'ailleurs s'y intéresser. Certes la saisine du juge du for permet à l'ordre juridique du for d'exercer un certain contrôle sur la résolution du litige, mais on peut considérer que ce contrôle est assez restreint quoiqu'il concerne tout de même la règle du conflit de lois et le respect de l'ordre public international du for ». E. FARNOUX, *op. cit.,* t. I, p. 128.

compétence juridictionnelle permet à l'ordre juridique étatique d'exercer un contrôle normatif sur la situation internationale[1321] en plus de déterminer si le juge de cet ordre juridique peut exercer son pouvoir de juridiction. À la fonction procédurale de la règle de compétence juridictionnelle est associée la fonction substantielle de la règle. « Les règles de compétence internationale des juridictions remplissent ainsi une double fonction, en permettant au juge saisi d'un litige à caractère international de déterminer, d'une part, s'il peut exercer son pouvoir de juridiction et si les parties peuvent exercer leur droit d'action en justice auprès de lui malgré les éléments d'extranéité du litige — c'est la fonction "procédurale" des règles de compétence internationale — et, d'autre part, si l'ordre juridique du for peut exercer un certain contrôle normatif sur la résolution du litige malgré ses éléments d'extranéité – c'est la fonction "substantielle" des règles de compétence internationale »[1322].

913. Cette fonction substantielle explique qu'un lien suffisant entre le litige et le juge soit exigé pour assurer une prévisibilité aux parties[1323]. Cette donnée est d'autant plus importante que la fonction substantielle de la règle de compétence se caractérise également par le contrôle normatif que le for va exercer sur la situation internationale pour que celle-ci soit intégrée à l'ordre juridique selon ses propres canons. Comme l'a démontré le professeur E. Farnoux, ce choix peut refléter des considérations de justice procédurale[1324] ou encore de justice matérielle[1325].

914. Ce contrôle normatif exercé par la règle de compétence s'exprime par le fait que la règle de compétence juridictionnelle va également déclencher l'application des règles de compétence législative du for[1326]. Indirectement donc, la compétence du juge permet de fixer en partie la compétence de la loi. Puisque la détermination de la compétence juridictionnelle précède celle de la loi applicable, elle vient, en tant que

---

[1321] En ce sens : « Tout comme l'application d'une loi donnée, la compétence du tribunal saisi du litige soumet en effet les parties au pouvoir normatif d'un ordre juridique (celui du for) ». L. USUNIER, *op. cit.,* p. 88.

[1322] *Ibid,* p. 89.

Dans le même sens, « la règle de compétence internationale produit un effet de rattachement substantiel qui octroie un pouvoir de contrôle matériel ou normatif au for dans un litige international. » E. FARNOUX, *op. cit.,* t. I, p. 129-130.

[1323] Voir *infra* n°1311 et s.

[1324] E. FARNOUX, *op. cit.,* t. II, p. 861.

[1325] *Ibid*, p. 534 et s.

[1326] Un auteur a pu souligner qu'un « lien "primaire" surgit dans l'ordre juridique du for entre les règles servant à fonder la compétence du juge et celles déterminant le droit applicable par celui-ci aux relations privées internationales ». J. D. GONZALEZ CAMPOS, « Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé », *op. cit.,* spéc. p. 266.

préalable, limiter le domaine spatial de la règle de conflit de lois[1327]. Par conséquent, plus les règles de compétence juridictionnelle sont extensives, plus les règles de conflit de lois vont avoir un champ d'application large. En d'autres termes, « la dissociation possible entre juge et loi, dans les relations internationales, oblige à prendre conscience (…) du fait que c'est l'identité du juge qui commande celle de la loi »[1328]. Déterminer la juridiction compétente c'est en réalité déjà effectuer de manière médiate une influence sur la loi applicable. Fixer le juge compétent, c'est déjà se prononcer en partie sur la loi applicable. En ce sens, « la règle de compétence apparaît donc comme une proto-règle de conflit de lois »[1329] et le rattachement normatif effectué opère comme « une corrélation avec l'ordre juridique tout entier »[1330]. La règle de compétence va effectivement également déclencher les règles de procédure, les règles de conflit de lois du for, les éventuelles lois de police, influencer le régime des questions préalables et permettre de fixer le périmètre de l'ordre public international[1331]. Les règles de compétence juridictionnelle marquent de ce fait la première fenêtre par laquelle le for démontre son ouverture sur la situation internationale et exprime sa volonté de connaître du contentieux.

915. De même, lorsqu'est à l'œuvre une clause d'exception, la règle de conflit de lois subit une juridictionnalisation, car il appartient au juge d'établir les liens les plus pertinents, de localiser véritablement le litige. « Le juge se voit attribuer "institutionnellement" le pouvoir de concrétiser le choix de la loi applicable par rapport à une règle de conflit du système de droit international privé ». [1332]

[1327] P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.,* p. 266, « Le volume de la compétence judiciaire admis par un ordre juridique donné conditionne directement le domaine d'application des règles de conflit de la loi du for ».

[1328] *Ibid*, p. 112.

[1329] E. FARNOUX, *op. cit.,* t. I, p. 131, n°110.

[1330] P. THERY*, op. cit.,* p. 442, n° 461

[1331] L. USUNIER, « Observations sur la nature des règles de compétence judiciaire internationale », *op. cit.,* p. 1528.

[1332] J. D. GONZALEZ CAMPOS, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *op. cit.,* p. 218. Voir également : P. PICONE, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général », *op. cit.,* p. 82-83.

Le constat était déjà effectué en droit comparé par le professeur H. Muir Watt : « Par ailleurs, la "juridictionnalisation" de la règle de conflit elle-même se présente actuellement en droit international privé comparé sous deux aspects distincts. Parfois, en effet, le législateur assortit un rattachement rigide (unique ou complexe) d'"une clause échappatoire" permettant d'écarter la loi désignée lorsque la situation litigieuse présente des liens plus étroits avec une autre loi. Mais, il arrive également qu'il se borne à formuler le fondement du rattachement (recherche de la loi comportant avec la situation litigieuse les liens les plus significatifs), laissant au juge le soin de préciser celui-ci au regard des caractéristiques propres de la situation litigieuse ». H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.,* p. 211.

Le rôle du juge dans la clause d'exception peut d'ailleurs conduire ensuite à une substantialisation de la clause. Une telle clause en effet, « peut constituer non seulement le moyen de corriger un rattachement inadéquat, mais aussi un véhicule pour la prise en considération du résultat au fond dans la solution du conflit de lois ; en d'autres termes, de

916. Il existe ainsi une zone de confluence méthodologique importante entre la règle de conflit de lois et la règle de conflit de juridictions autour de la fonction substantielle des règles de compétence. L'on retrouve le même constat pour les deux corps règles qui, en dépit de leur neutralité de principe, fixent le seuil d'intégration de la situation dans le for. La solution de la règle de conflit de lois bilatérale ne s'imposera que pour le for[1333], ce qui la rapproche également de la règle de compétence juridictionnelle. Comme le relève le professeur L. Usunier, « il est en effet tout aussi inconcevable pour une règle de conflit de lois du for de se prononcer sur la loi qui devrait être appliquée à un rapport de droit par un juge étranger que pour une règle de compétence internationale du for de se prononcer sur la compétence d'un juge étranger pour connaître d'un rapport de droit donné »[1334]. De plus, l'argument qui visait à isoler la règle de compétence législative du fait de l'impossibilité de déterminer plus d'une loi applicable à l'inverse de la pluralité potentielle des juridictions compétentes subit aujourd'hui une érosion face au développement de l'autonomie des parties en matière de conflit de lois.

917. Comme la règle de compétence législative, la règle de compétence juridictionnelle a une fonction intégrative de la situation dans un système de droit désigné dont le seuil d'intégration dépend des vues du for.

Conclusion de la section :

918. En dépit de l'indépendance entre les compétences qui constitue un principe structurant du droit international privé contemporain, l'étude précédemment menée avait pour but de rechercher les points communs méthodologiques entre les deux corps de règles permettant de fonder le terreau sur lequel pourrait se déployer ensuite une explication du phénomène de concordance des compétences. Après avoir analysé chacune des deux règles, il apparaît que les deux règles de compétence possèdent toutes deux un effet de rattachement. Leur caractère de règle de rattachement induit ensuite un certain contrôle normatif du for sur la situation litigieuse à rattacher à l'ordre juridique.

---

faire pénétrer la justice matérielle sous couvert de justice du droit international privé ». B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité », *op. cit.,* p. 334.

[1333] P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.* n° 16.

[1334] Et l'auteur de poursuivre : « En dehors même des hypothèses relativement fréquentes en pratique de règles de conflit unilatérales, et réserve faite des règles de conflit unifiées par un instrument international ou européen, les règles de conflit de lois ne revêtent dès lors guère plus de caractère répartiteur que les règles de compétence internationale, compte tenu de la diversité des systèmes de conflit de lois retenus à travers le monde » L. USUNIER, « Observations sur la nature des règles de compétence judiciaire internationale », *op. cit.,* spec. p. 1531.

919. Ainsi, la règle de conflit de lois se caractérise par un rattachement à un ordre législatif, reflet de sa nature conflictuelle, auquel est associé un certain contrôle normatif de la situation juridique, reflet de la poursuite d'une finalité matérielle particulière. La règle de conflit de juridictions possède également un effet de rattachement qui se cumule à un contrôle normatif de la situation litigieuse en dépit de ce qui est parfois affirmé. L'analyse de la nature des règles de compétence en droit international privé européen a pu démontrer un rapprochement structurel des règles de compétence en même temps qu'une sorte d'hybridation des fonctions des règles de compétence qui, sous l'influence de l'ordre juridique européen, jouent à la fois un rôle répartiteur et un rôle régulateur.

920. Ensuite, pour établir ce constat, il a fallu revenir sur la prépondérance de la fonction procédurale de la règle de compétence juridictionnelle qui est habituellement mise en avant pour distinguer les règles de compétence juridictionnelle et de compétence législative. L'étude de la fonction substantielle de la compétence juridictionnelle a pu, à l'inverse, démontrer l'effet intégratif de la règle de compétence juridictionnelle.

921. Il semble qu'il existe en réalité une zone importante de confluence méthodologique entre les deux règles, car elles répondent toutes deux à une même question : celle de l'intégration du litige dans l'ordre juridique. Les deux règles de compétence sont donc les deux faces d'une même pièce : à l'intégration matérielle du litige correspond l'intégration juridictionnelle du litige dans l'ordre juridique et les deux faces entretiennent des relations plus marquées qu'il y paraît. Ce n'est qu'à partir de ce constat que l'on peut tenter de mieux comprendre le phénomène de concordance des compétences précédemment révélé. Cette concordance intervient, nous allons le voir, comme une modalité d'intégration du litige dans l'ordre juridique : une intégration unitaire.

SECTION 2 : L'INTÉGRATION UNITAIRE DU LITIGE DANS L'ORDRE JURIDIQUE

922. Si les règles de compétence juridictionnelle et législative concordent autour d'une fonction intégrative commune, cela n'indique pas que le degré d'intégration soit identique d'une règle à l'autre. Comme le souligne un auteur, les règles de conflit de lois nécessitent un degré d'intégration plus important de la situation juridique dans le for pour pouvoir juger du fond et impliquent donc l'emploi d'une méthodologie particulièrement rigoureuse[1335]. À l'inverse, les règles de conflit de juridictions peuvent se contenter d'une faible intégration de la situation dans le for pour permettre l'accès au juge[1336]. C'est cette différence de degré d'intégration que la concordance des compétences tend à remettre en cause. En effet, la concordance des compétences permet d'y voir désormais une intégration unitaire du litige à l'ordre juridique, c'est-à-dire un seuil d'intégration identique pour la règle de compétence juridictionnelle et la règle de compétence législative.

923. Un tel seuil d'intégration unitaire suppose une approche unitaire du problème de qualification (§1) et de la localisation (§2) dans les deux corps de règles. C'est ce qu'il convient de montrer.

§1 : L'approche unitaire du problème de qualification

924. La qualification en droit international privé se caractérise par un certain contrôle normatif effectué par le for sur la situation juridique à intégrer à l'ordre juridique étatique. Cette perspective d'intégration est très majoritairement étudiée à l'aune du conflit de lois seulement. Pourtant, en droit international privé de l'Union européenne, les arrêts rendus par la Cour de Justice de l'Union européenne en matière de qualification se rapportent, pour la plupart, à la qualification en matière de compétence juridictionnelle, ce qui tend à redistribuer les rôles entre les compétences.

[1335] « L'intégration matérielle à l'ordre juridique du for n'est à retenir que lorsqu'elle est justifiée soit par des considérations conflictuelles, notamment de proximité, soit pas des considérations matérielles particulièrement fortes, justifiées par l'antériorité de l'ordre juridique du for, mais sans cesse repensées face aux exigences d'ouverture à la pluralité résultant de la prétention à l'universalité de l'ordre juridique ». L. RASS-MASSON, *op. cit.,* p. 175.

[1336] « Ainsi, là où les règles de compétence juridictionnelle doivent répondre à la question de l'intégration juridictionnelle directe d'une situation internationale, les règles de conflit de lois doivent répondre à celle de l'intégration matérielle de la situation internationale. Dans la première hypothèse, il s'agit surtout de dire que la situation est suffisamment pertinente pour un ordre juridique pour être tranchée conformément à des règles de droit. Mais l'on ne sait pas encore à ce stade lesquelles. Et c'est justement la détermination de ces règles de droit, applicables à la situation que la règle de conflit de lois opère ». *Ibid*, p. 484.

925. Pour comprendre cette modification de l'approche de la qualification, il faut au préalable constater que cette intégration prend une tournure particulière dans le contexte européen, car l'ordre juridique étatique n'est pas la seule donnée à partir de laquelle il s'agit de résoudre le litige. La perspective d'intégration des règles se multiplie en effet au grès des appartenances de l'ordre juridique étatique à des ordres juridiques supranationaux. Le contrôle normatif réalisé par l'ordre juridique étatique doit donc composer avec ces nouvelles exigences.

926. Ainsi, l'étude du renouveau du traitement de la qualification dans l'Union européenne (A) précédera l'analyse de la symétrie du problème de qualification entre règle de compétence juridictionnelle et règle de compétence législative (B).

A- Le renouveau du traitement de la qualification dans l'Union européenne

927. Le droit international privé de l'Union européenne renouvelle la question des qualifications. Si, depuis Bartin, il est admis qu'il est impossible d'avoir des solutions uniformes au conflit de lois sans que la qualification retenue soit elle-même uniforme[1337], l'Union européenne a pris la mesure de cette difficulté[1338] et a développé un système de qualifications autonomes (1) dont les enjeux reflètent la structure du droit international privé de l'Union européenne (2).

1- L'essor des qualifications autonomes

928. L'essor des qualifications autonomes a été permis par le développement des notions autonomes. La Cour de Justice de l'Union européenne a notamment eu recours à des notions autonomes pour interpréter les textes européens afin de garantir l'effet utile du droit de l'Union européenne. L'« attribution d'une signification proprement communautaire aux termes employés par les traités découle de la nécessité d'assurer une

[1337] E. BARTIN, « De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive des conflits de lois », *JDI*, 1897, p. 225 et s. , p. 466 et s. ; p. 720 et s. Voir également : J.-P. NIBOYET, « Problèmes de qualification en matière de traités », *Rev. Crit. DIP*, 1935, p. 1.

[1338] Ainsi que le relève l'ancien avocat général à la Cour de Justice de l'Union européenne, « les raisons qui ont conduit à confier à notre institution cette mission sont trop évidentes pour que l'on s'y attarde. Il suffit de songer aux destins des instruments juridiques internationaux dont les desseins d'harmonisation ou d'unification ont été ruinés par l'effet d'interprétations divergentes ». M. DARMON, « La mission de la Cour et le système de la convention de Bruxelles », in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe : actes du Colloque sur l'interprétation de la convention de Bruxelles par la Cour de justice européenne dans la perspective de l'espace judiciaire européen Luxembourg, les 11 et 12 mars 1991,* Londres/Dublin, Butterworths, 1993, p. 3.

interprétation uniforme des normes communautaires »[1339]. Devant la diversité des interprétations possibles d'une même notion, le juge s'accorde sur une interprétation pour sélectionner celle qui sert au mieux les objectifs du texte et qui s'impose dans les États membres. L'interprétation de la notion choisie est dite autonome, car s'émancipant des solutions internes nationales[1340] et permettant l'uniformisation d'une notion particulière.

929. En droit international privé, un premier exemple célèbre de notion autonome dégagée par la Cour de Justice de l'Union européenne est celui de la jurisprudence *Eurocontrol*. Pour définir la notion de matière civile et commerciale, la Cour de Luxembourg retient qu'« *il y a lieu de considérer la notion visée comme une notion autonome qu'il faut interpréter en se référant, d'une part, aux objectifs et au système de la Convention, et, d'autre part, aux principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des systèmes de droit nationaux* »[1341]. Le droit international privé a en quelque sorte servi « de rampe de lancement à cette technique de droit de l'Union »[1342].

930. Ce développement des notions autonomes exerce une influence sur la question de la qualification pour éviter les interprétations divergentes des règles de conflit, et notamment les conflits de qualifications qui persistent malgré l'unification du droit international privé européen. Ces qualifications autonomes rappellent l'œuvre du comparatiste Rabel[1343] qui souhaitait dépasser les antagonismes interprétatifs grâce à l'analyse comparatiste des catégories de rattachement pour faire émerger des catégories universelles[1344].

931. « Ne pouvant être la projection d'un "droit interne européen", dont elles assureraient le respect des liaisons systémiques, les qualifications autonomes en seraient la préfiguration, par-delà les réelles divergences étatiques, surmontant "l'impossibilité" de

---

[1339] D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales : morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Pedone, 1981, p. 576. Voir également du même auteur : D. SIMON, « Les " notions autonomes " en droit de l'Union », in *Mélanges en l'honneur du Professeur H. Oberdorff*, Paris, LGDJ, 2015, p. 97.

[1340] Au moins en partie. L'on retrouve également cette technique dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme : F. SUDRE, « Le recours aux "notions autonomes" », in F. SUDRE (dir.) *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 103.

[1341] CJCE, 14 octobre 1976, *LTU Lufttransportunternehmen GmbH &Co KG c./ Eurocontrol*, aff C-29/76, point 3. *Rev. Crit. DIP*, 1977, p. 776, note G. A. L. DROZ ; *JDI*, 1977, p. 706, obs. A. HUET.

[1342] F. MAILHE, « Entre Icare et Minotaure, les notions autonomes de droit international privé », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 1137, spec. p. 1140.

[1343] E. RABEL, « Le problème de qualification », *Rev. Crit. DIP*, 1933, p. 1.

[1344] « Il faut s'inspirer du résultat du droit comparé qui nous ont révélé que, malgré les grandes diversités, les institutions des pays civilisés se ressemblent assez pour permettre de créer des notions plus abstraites valables pour tous les droits nationaux », *Ibid*, p. 2. Voir également : L. MERIGGI, « Les qualifications en droit international privé », *Rev. Crit. DIP*, 1933, p. 201.

supprimer le conflit de lois »[1345]. En ce sens, la qualification autonome permet en quelque sorte d'étouffer en amont une partie des conflits et de ne pas trancher pour la qualification *lege fori* ou *lege causae* comme solution du conflit de qualifications. Elle permet au contraire d'offrir une qualification « *lege commune* »[1346]. Par exemple, la matière délictuelle[1347], la matière contractuelle[1348] ou les définitions des notions de divorce ou de successions contenues dans les Règlements et modelées par la jurisprudence[1349] tendent à assurer une application uniforme du droit international privé européen[1350]. L'essor de cette qualification *« lege commune »* en droit international reflète la structure particulière du droit international privé de l'Union européenne.

2- La qualification, reflet de la structure du droit international privé de l'Union européenne

932. Le développement des qualifications autonomes modifie l'appréhension de la question de la qualification qui doit désormais compter avec la dimension européenne du droit international privé et notamment avec la superposition de l'ordre juridique européen sur les ordres juridiques étatiques. En ce sens, le problème de qualification revêt une dimension verticale (b) qui se combine à sa dimension horizontale originelle (a) dans la réglementation du conflit de lois entre ordres juridiques juxtaposés.

a- La dimension horizontale de la qualification

933. Classiquement, le conflit de lois se conçoit comme devant résoudre la concurrence normative provenant d'ordres juridiques de même degré. Qu'il s'agisse de

[1345] P. HAMMJE, « Libres propos sur les interactions entre qualification et ordre public », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 867, spec. p. 875.
[1346] M. AUDIT, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI*, 2004, p. 789, spec. n°60.
[1347] CJCE, 27 septembre 1988, *Kalfelis c./Schröder e. a.,* aff. C-189/87. *D.*, 1989, p. 254, note B. AUDIT ; *Rev. Crit. DIP*, 1989, p. 117, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI*, 1989, p. 457, note A. HUET. Et par analogie pour la règle de conflit de lois : CJUE, 21 janvier 2016, *ERGO Insurance et Gjensidige Baltic*, aff. C-359/14 et C-475/14. *JDI*, 2017, chron. 11, note. S. LORENZO SANCHEZ ; *ADUE*, 2016, p. 1060, obs. S. CORNELOUP.
[1348] CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte & Co GmbH c./Traitements mécano-chimiques des surfaces S. A.* aff. C-26/91. *Rev. Crit. DIP*, 1992, p. 726, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI*, 1993, p. 469, note J.-M. BISCHOFF ; *RTD eur.* 1992, p. 712, note P. DE VAREILLES-SOMMIERES.
[1349] Pour l'exclusion du divorce privé de la catégorie divorce : CJUE, 20 décembre 2017*, Soha Sahyouni c./Raja Mamisch*, aff. C-372/16. *JDI*, 2018, p. 1449, note M. WILDERSPIN ; *Rev. Crit DIP*, 2018, p. 899, note P. HAMMJE ; *RTD eur.*, 2018, p. 849, note V. EGEA.
[1350] Il est également possible d'y voir plus qu'une volonté d'uniformisation. Comme le relève le professeur M. Audit, « au-delà de cet objectif immédiat, et plus fondamentalement, on peut déceler ici un projet plus politique, à savoir l'idée, toujours plus affirmée au sein des instances communautaires, selon laquelle l'espace judiciaire européen doit se rapproche au plus près de l'espace judiciaire national, ce qui impliquerait l'existence de règles communes et uniformes de compétence et de conflit de lois ». M. AUDIT, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *op. cit.*, p. 789, n° 12.

répartir des compétences entre les ordres juridiques concernés ou de réguler des intérêts privés en présence d'une situation internationale, le juge et la loi désignés par les règles de conflit portent le sceau de l'ordre juridique étatique.

934. L'étape de qualification intégrait pleinement cette donnée étatique et c'est ce qui a parfois expliqué les critiques nationalistes visant la qualification *lege fori*. Selon la configuration traditionnelle du conflit de lois et depuis la découverte du particularisme, la qualification apparaît clairement encore dans le règlement du conflit de lois, comme une première étape visant à classer le projet ou la question de droit dans une catégorie de rattachement du for, lequel en profite pour exercer un certain contrôle normatif. Elle représente ainsi la « porte d'entrée » du raisonnement, le « secret du coffre »[1351].

935. Cette configuration du conflit de lois n'a pas disparu avec l'apparition du droit international privé européen. Le conflit de lois met toujours en présence des ordres juridiques étatiques. En conséquence, le problème de qualification, son objet, la résolution du conflit de qualifications représentent toujours autant d'enjeux méthodologiques. Seulement, ces problèmes sont parfois atténués par le développement de l'espace judiciaire européen du fait du développement des qualifications autonomes.

936. Tout d'abord, si la configuration du conflit de lois n'est pas modifiée, l'objet de la qualification demeure le même. Il s'agit toujours de classer le projet[1352] parmi des catégories de rattachement d'un ordre juridique étatique. Les contours de ces qualifications sont certes redessinés par la définition posée par l'interprète européen, mais le problème de qualification se pose de la même manière devant les juridictions étatiques. Dans sa dimension horizontale, l'objet de la qualification reste donc identique.

937. Il faut cependant observer que la communauté « universelle » recréée dans l'Union européenne[1353] amène à déplacer les frontières du particularisme aux confins de l'espace judiciaire européen. En effet, la nature unilatérale de la règle de conflit de juridictions vis-à-vis des tribunaux des États tiers fait de la qualification autonome une qualification *lege fori,* le for étant ici européen. De même, la règle de conflit de lois reste majoritairement bilatérale et la figure du conflit de qualifications n'a pas disparu. « Il se peut, en effet, que la *lex fori europae* et la loi désignée par la règle de conflit aient des vues

[1351] J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé,* t. III, Paris, Sirey, 1949, spéc. p. 348.
[1352] Sur lequel voir *supra* n°843 et s.
[1353] Voir *infra* Chapitre 2, Titre 1, Partie 2.

différentes d'une même question »[1354]. Pour les litiges partagés entre un ordre juridique étatique membre et un ordre juridique étatique tiers au système de droit international privé de l'Union européenne[1355], la qualification autonome, dégagée par la Cour de Justice ou par les Règlements européens, s'impose aux États membres et prend le rôle de la qualification *lege fori*. « La seule distinction avec la qualification *lege fori*, telle qu'on la conçoit traditionnellement, porte sur l'ordre juridique de référence »[1356]. L'universalisation de l'espace européen repousse la réalité particulariste du droit international privé de l'Union européenne vis-à-vis des procédures judiciaires qui concernent des États tiers à l'espace judiciaire européen. L'ordre juridique européen forme en quelque sorte un ordre juridique unique du point de vue des États tiers même s'il s'agit toujours de rattacher *in fine* la situation à un ordre juridique étatique appartenant à l'espace judiciaire. En somme, le problème de la qualification tel que révélé par Bartin ne change pas fondamentalement de nature, mais subit une mutation géographique. Seul son périmètre a changé.

938. La qualification peut ainsi continuer à jouer son rôle de filtre et de « contrôle qualificatif sur le règlement obtenu par application des lois internes, tant en ce qui concerne l'accueil des institutions étrangères que sur l'intégration cohérente dans l'ordre du for des institutions admises à y fonctionner »[1357].

939. L'étape de qualification demeure cruciale, car, si elle a toujours été considérée comme la clé du coffre, cette clé est également la clé du coffre du système européen de compétence juridictionnelle et législative. En ce sens, la qualification représente une première étape dans le processus de rattachement de la situation à l'ordre juridique européen et étatique. Le contrôle qualitatif effectué par la qualification *lege fori* revêt aujourd'hui un enjeu particulièrement important, car, en n'admettant pas que telle institution puisse intégrer telle qualification autonome de droit de l'Union européenne, la situation litigieuse échappe à la rationalité du droit international privé européen.

[1354] M. MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, thèse dactyl., Université Paris Descartes, 2016, p. 137, n°185.

[1355] C'est-à-dire tiers à l'Union européenne ou à la coopération renforcée selon que les Règlements s'appliquent dans tous les États membres ou se cantonnent aux États-parties à la coopération renforcée.

[1356] M. MINOIS, *op. cit.,* p. 143.

[1357] H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.,* p. V. Du même auteur, « La qualification *lege fori* garantit ainsi que les formes de vie trop étranges ou trop exotiques ne viennent par perturber l'ordre social ». H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes de droit international privé (Des formes juridiques de l'inter-altérité) », *op. cit.,* p. 184. Sur ce rôle, voir également, P. HAMMJE, « Libres propos sur les interactions entre qualification et ordre public », *op. cit.,* p. 867.

940. À cette dimension horizontale qui subit une mutation géographique se rajoute une dimension verticale de la qualification.

b- La dimension verticale de la qualification

941. Le processus de qualification permet de refléter l'originalité du droit international privé européen qui impose un aller-retour dialogique entre l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique européen. Désormais, la qualification revêt une dimension verticale qui illustre la collaboration nécessaire entre l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique superposé.

942. Les qualifications autonomes se façonnent par le travail interprétatif de la Cour de Justice de l'Union européenne. C'est par l'intermédiaire du renvoi préjudiciel que la juridiction européenne peut connaître de la question posée par la juridiction nationale. Or, dans le cadre du renvoi préjudiciel[1358], l'objet de la qualification n'est plus seulement le projet ou la question de droit. Il s'agit désormais de savoir si telle institution de droit national peut intégrer les catégories fixées par les textes européens ou dégagées par la Cour de Justice. En ce sens, l'on se rapproche des conceptions répartitrices qui ont envisagé la qualification comme une délimitation du champ d'application des règles de droit[1359]. Seulement cette répartition est désormais opérée par un organe supérieur et autonome des ordres juridiques étatiques.

943. L'interprétation de la Cour permet également de fixer et d'affiner le champ d'application des instruments européens. Cette qualification a une fonction de délimitation du champ d'application du droit de l'Union européenne [1360] et, en

---

[1358] Sur l'intérêt du recours en renvoi préjudiciel : Y. GAUTIER, « Le renvoi préjudiciel, un instrument efficace de dialogue ? », in F. LICHERE, L. POTVIN-SOLIS, A. RAYNAUD (dir.) *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 203.

[1359] Ainsi que le relève le professeur H. Muir Watt, dans sa thèse de doctorat, « concevoir la règle de conflit de lois comme saisissant directement la réalité sociale, ou au contraire, comme portant sur les règles de droit, c'est lui attribuer dans le premier cas une fonction régulatrice des rapports privés, dans le second, délimitatrice de lois ». Aussi, le rattachement théorique à l'une ou l'autre des fonctions modifie la conception de la qualification. H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.,* p. 224.

[1360] « La qualification se transforme alors en détermination du domaine d'application matériel des instruments de droit international privé dérivé, et, en sous-ordre, du champ des différentes règles spéciales qu'ils contiennent. Ainsi en matière économique, la matière "civile et commerciale" doit être définie (pour la différencier des actions fondées sur le droit public) ; puis le concept de responsabilité contractuelle ou non contractuelle (pour distinguer le domaine des deux règlements du conflit portés respectivement par les Règlements Rome I et II, et ensuite pour exclure de chacune d'elles les questions du droit des biens, de la famille, des trusts, etc.) ; enfin les règles particulières à l'intérieur de chaque instrument (responsabilité des produits ou atteinte à l'environnement ; contrat entre professionnels ou contrat de consommation, etc.). ». D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. II, Partie spéciale, 4ème ed., Paris, PUF, 2017, n°1165.

conséquence, l'objet de la qualification se diversifie. Cette qualification est importante, car elle permet de répartir les litiges entre les différents Règlements européens ou de fixer le seuil d'intégration du litige dans l'Union européenne. Le système européen se prononce lui-même sur sa propre applicabilité par le truchement de la qualification.

944. La dimension verticale assumée par la qualification se fait donc en deux temps. Dans une première phase ascendante, il s'agit de partir du droit étatique pour l'analyser et lui permettre d'intégrer la qualification autonome. Cette première phase traduit l'emprise ascendante du droit étatique, la permanence du droit étatique et de ses institutions internes en l'absence de droit matériel européen. Le droit étatique intervient comme une donnée à interpréter. Cette référence est d'autant plus importante lorsque la qualification autonome posée par la Cour de Justice de l'Union européenne ne peut se passer totalement de la loi nationale[1361]. C'est le cas lorsque la définition posée laisse une part importante d'interprétation au droit national [1362] c'est-à-dire lorsque se crée une « autonomie coopérative »[1363]. Le droit interne reste le point de départ et le point d'arrivée[1364] du droit international privé en cas d'universalisation incomplète du droit matériel.

945. Dans une seconde phase descendante, la qualification autonome va s'imposer à l'ordre juridique étatique et va permettre ou non d'intégrer le litige au système européen de droit international privé. Cette seconde phase traduit l'emprise descendante du droit de l'Union européenne sur les États membres. Seules comptent désormais les catégories de droit de l'Union européenne et l'État doit se résoudre à se défaire des catégories de droit interne[1365]. Dans ce cadre, « la qualification opérée par l'instrument européen peut parfois répondre à une volonté de promouvoir un ordre public européen, ou plus précisément

[1361] Voir en ce sens : M. AUDIT, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *op. cit.,* n° 46 et s.

[1362] Nous avons déjà eu l'occasion en effet d'observer, en matière réelle immobilière, que la référence aux effets d'un droit pour savoir si la question intègre la qualification autonome renforce la nécessité de recours au droit national. Voir *supra* n°96 et s., spec. n°99.

[1363] F. MAILHE, « Entre Icare et Minotaure, les notions autonomes de droit international privé », *op. cit.,* spec. p. 1156.

[1364] Pour reprendre la référence de Kahn. Voir *supra* n°837 et s.

[1365] En ce sens : « Les notions autonomes véhiculent un projet, celui de contraindre les juges des États membres à ne tenir aucun compte de leur droit substantiel. L'opération qualification doit se faire dans l'indépendance du droit interne du for et dans la dépendance du droit communautaire ou, du moins, de la jurisprudence communautaire. Autrement dit, avec l'interprétation autonome du droit international privé communautaire, le droit matériel de la *lex fori* se trouve dépossédé du rôle qui lui est traditionnellement assigné dans l'opération de qualification. Il ne doit plus être le support conceptuel à la qualification du litige au regard des règles de droit international privé ». M. AUDIT, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *op. cit.,* n° 59.

d'évincer les ordres publics nationaux. […] le choix des catégories de rattachement retenues peut ne pas répondre exclusivement à des impératifs de localisation, mais être un moyen de gestion des divergences étatiques (re)créant fictivement une certaine communauté de droit. Cela peut passer par le choix même ou l'étendue d'une catégorie de rattachement ou par la spécialisation de celle-ci »[1366].

946. Mais, si les conflits de qualifications sont alors chassés par l'interprétation uniforme[1367], le problème pourrait se déplacer au stade de l'adaptation de la règle puisque la qualification autonome pourrait parfois forcer les catégories juridiques internes et remettre en cause les distinctions cardinales nationales[1368].

947. Le traitement de la qualification est donc en partie modifié du fait de la nature particulière du droit international privé européen. Il convient dorénavant d'en voir les implications sur les rapports entre les règles de compétence, aptes à fournir des explications du phénomène de concordance des compétences.

B- La symétrie du problème de qualification entre les deux règles de compétence

948. Si le problème de qualification a surtout été étudié à propos de la règle de conflit de lois, l'on retrouve chez Bartin un parallélisme entre le conflit de juridictions et le conflit de lois en matière de qualification. Puisque le problème du conflit de juridiction est « symétrique au problème du conflit de lois »[1369], l'auteur révèle l'existence d'enjeux similaires[1370] et se positionne en faveur d'une analogie du traitement de la question de la

---

1366 P. HAMMJE, « Libres propos sur les interactions entre qualification et ordre public », *op. cit.,* p. 878.

1367 « Il est tué dans l'œuf par la Cour de justice ». S. LEMAIRE, « La qualification », in T. AZZI, O. BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 35, spec. p. 40.

1368 Voir en ce sens : F. MAILHE, « Entre Icare et Minotaure, les notions autonomes de droit international privé », *op. cit.,* p. 1156 et s.
« À titre d'illustration très simple, le Règlement Successions exclut les questions ayant trait aux régimes matrimoniaux, mais rappelle qu'il peut être nécessaire de prendre en compte la liquidation du régime matrimonial (ou d'un régime patrimonial similaire) du défunt lors du calcul de la masse successorale et des parts respectives des différents bénéficiaires (considérant 12). Pareil ajustement n'est autre que la réponse au risque d'incohérence (sous la forme de cumuls ou de lacunes) qu'a eu à affronter le droit international privé commun, en raison des liens systématiques qui structurent le droit substantiel et que perturbe le compartimentage des catégories de droit international privé ». D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé,* T. II, Partie spéciale, 4ème ed., Paris, PUF, 2017, n°1166.

1369 E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, *op. cit.,* § 119.

1370« J'arrive maintenant aux qualifications qui concernent les sources de cette compétence elle-même, et qui sont très variées. Tantôt la compétence générale dépend de la nationalité des parties, tantôt elle dépend du caractère de l'action ou d'autres conditions encore, qu'il serait difficile d'indiquer au total. Dans toutes ces hypothèses, la question se pose de savoir de quelle législation dépend la qualification de national ou d'étranger, la qualification qui range l'action dans tel ou tel compartiment, de la classification des actions, bref, et plus largement, la qualification

qualification[1371]. Il s'ensuit que les mêmes solutions doivent être adoptées pour les deux règles[1372]. Après l'abandon de la conception répartitrice des règles de compétence, la question de la qualification au stade de la compétence juridictionnelle semble avoir été ignorée par la doctrine confortée par la structure unilatérale des règles de compétence juridictionnelle[1373]. En effet, la bilatéralité de la règle de conflit de lois posait ouvertement le problème du conflit de qualifications et les argumentations doctrinales devaient permettre de résoudre l'opposition entre les partisans de la qualification *lege fori* ou *lege causae*. En matière de compétence juridictionnelle, de tels débats étaient absents.[1374] L'analyse de la qualification au stade de la compétence juridictionnelle prend cependant un tour nouveau dans le droit international privé de l'Union européenne.

949. En droit international privé de l'Union européenne, non seulement la symétrie du problème de qualification réapparaît du fait de l'essor de la qualification en matière de compétence juridictionnelle (1), mais de surcroît, la tendance est à la consécration d'une analyse moniste de la qualification qui est importante pour expliquer le phénomène de concordance des compétences (2).

---

d'élément juridique à la présence duquel est subordonné la compétence générale de la juridiction saisie. […] Le raisonnement reste cependant le même, et la solution ne doit pas changer. Lorsqu'un État entend soumettre à ses juges une certaine catégorie de litiges, quels que soient les plaideurs et quelles que soient les circonstances du procès, il est bien évident que cela n'a de sens qu'autant qu'il donne lui-même la définition de ce genre de litiges, et que c'est à cette définition que ses juges devront nécessairement s'en tenir, pour appliquer la règle de compétence générale qu'il leur impose ». E. BARTIN, *Études sur les effets internationaux des jugements*, Paris, 1907, p. 111-112.

1371 Après avoir mis en lumière les difficultés concrètes de qualification qui se posent en matière de conflit de juridictions, l'auteur estime qu'il est souhaitable d' « appliquer purement et simplement à ces deux sources de compétence générale, la nationalité et la classification des actions, le système de droit commun des qualifications, celui qui fonctionne, en matière de conflit de lois […]. Les raisons sur lesquelles ce système de droit commun repose ne perdent rien ici de leur force, et, en matière de conflits de juridictions comme en matière de conflit de lois, c'est la notion fondamentale de l'indépendance de l'État qui l'impose ». E. BARTIN, *Études sur les effets internationaux des jugements*, *op. cit.,* p. 114.

1372 Sur ce point, voir : M. MINOIS, *op. cit.,* p. 41-51.

1373 « S'agissant d'appliquer la règle de compétence internationale ordinaire d'origine française (p. ex., l'extension internationale de l'art. 46, tirets 1 et 2), le conflit de qualifications *lege fori* et *lege causae* disparaît, car la règle invoquée est unilatérale et empreinte de souveraineté de l'État qui l'édicte, si bien qu'elle exclut *a priori* toute concurrence entre le droit français et un droit étranger pour la qualification du projet. En effet, quel titre la loi étrangère aurait-elle pour délimiter les contours de la compétence judiciaire française ? En pratique, si la jurisprudence a pu hésiter entre une qualification calquée sur celle retenue dans le cadre du conflit de lois et une qualification inspirée par celle consacrée pour l'application des règles françaises de compétence territoriale interne, aucune décision ne s'est jamais départie de la qualification *lege fori.* Ainsi, pour l'application des règles françaises de compétence internationale ordinaires, les questions sont classées suivant les qualifications françaises sans que leurs rivales étrangères aient à intervenir dans le raisonnement ». S. LEMAIRE, « La qualification », *op. cit.,* p. 35, spec. p. 40.
Contra N. FRAGISTAS, « La compétence internationale en droit privé », *op. cit.,* p. 184.

1374 Pourtant, la qualification au sens du droit international privé a nécessairement existé. Comment serait-il possible sinon que les tribunaux français aient eu à juger d'affaires relatives à la polygamie, aux répudiations ? Mais, ce silence ne doit pas étonner, car, la règle de conflit de juridictions étant classiquement unilatérale et centrée sur la compétence des juridictions du for, la qualification était effectuée *lege fori.* Voir en ce sens : TGI Seine, 1er juin 1960, *Rev. Crit. DIP*, 1961, p. 193, note M. SIMON-DEPITRE.

1-L'essor de la qualification en matière de compétence juridictionnelle

950. Outre la régénération de la question de la qualification par l'essor des qualifications autonomes, l'on observe une appréhension du problème de la qualification dès le stade de mise en œuvre de la règle de compétence juridictionnelle. Cela est notamment dû à une spécialisation croissante des règles de compétence qui se manifeste par la recherche d'un lien entre l'objet du litige et le juge, ce qui tend à les rapprocher des règles de conflit de lois.

951. L'enjeu de la qualification se présente en effet également au stade du conflit de juridictions de sorte que le problème de la qualification se pose pour les deux corps de règles. Plus encore, comme le relève le professeur S. Lemaire, l'on assiste au « déplacement de l'opération de qualification du conflit de lois vers le conflit de juridictions »[1375], c'est-à-dire qu'« elle a désormais vocation à être réalisée pour la première fois dès le déclenchement de la règle de compétence applicable »[1376]. En atteste le nombre élevé de décisions qui visent la Convention de Bruxelles puis les Règlements Bruxelles I et Bruxelles I *bis* comparativement à celui relatif à la Convention de Rome puis aux Règlements Rome I et Rome II. La qualification en matière de conflit de lois perdure cependant.

952. Étant chronologiquement première, c'est à la règle de compétence qu'il appartient d'opérer le rattachement normatif au système de droit international privé européen et c'est donc au moment de la mise en œuvre de la règle de compétence juridictionnelle que se pose le problème de la qualification. Elle apparaît comme un premier élément de l'intégration du litige. Cette intégration opérée par la qualification équivaut en réalité à une triple intégration. Principalement, elle permet d'intégrer le litige au système européen de compétence. Le système européen de compétence a ensuite besoin de recourir pour sa réalisation à des ordres juridiques étatiques puisque le juge étatique est le juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne. L'intégration opérée est donc également une intégration à un ordre juridique étatique. Enfin, il faut également composer indirectement avec l'appartenance de l'ordre juridique étatique au système de la Convention européenne des droits de l'homme. L'intégration du

[1375] S. LEMAIRE, « La qualification », *op. cit.,* p. 38. En ce sens : A. HENRY, *Qualification et conflit de juridictions*, thèse ronéotypée, Reims, 2005.
[1376] S. LEMAIRE, « La qualification », *op. cit.,* p. 39.

litige à l'ordre juridique étatique rattache également au système européen de protection des droits de l'homme[1377].

953. La compétence juridictionnelle devient donc le point d'imputation d'intégrations systémiques multiples qui se réalisent en partie par l'opération de qualification et se concrétisera ensuite par la mise en œuvre du critère de rattachement. La règle de compétence juridictionnelle exerce ainsi une fonction intégrative tridimensionnelle tandis que la règle de conflit de lois exerce une fonction intégrative unidimensionnelle.

954. Le problème de qualification est donc désormais envisagé dans les deux corps de règles. C'est là, sans doute, un signe de la nature commune des deux règles et de leur rôle complémentaire dans la résolution du litige à caractère international.

955. Cependant, le parallélisme n'est pas synonyme d'identité et le phénomène de concordance des compétences observé est le reflet, en sus d'une structure parallèle de la qualification au sein des règles de compétence, du développement d'une analyse moniste du contenu des qualifications.

2- Du parallélisme à l'analyse moniste des qualifications

956. L'analyse moniste de la qualification suppose que la qualification retenue par l'une des règles de compétence vaut également pour l'autre règle de compétence. Comme l'observe Madame M. Minois[1378], l'analyse de la jurisprudence et des textes européens fait apparaître cette volonté de coordonner les champs d'application des textes européens en offrant dans l'ensemble une même interprétation pour les deux règles de compétence. Ainsi, les considérants des Règlements européens en matière de conflit de lois se font parfois l'écho du champ d'application des Règlements en matière de conflit de juridictions[1379]. La question s'est posée avec acuité en matière civile et commerciale et

[1377] Il n'y a pas là de rapport de cause à effet, en ce sens que l'intégration au système de la Convention européenne des droits de l'Homme reste bien indépendante de celle du système de l'Union européenne. Il y a toutefois une conjonction des intégrations lorsqu'un juge d'un Etat membre est saisi. Le dernier rattachement au système de protection des droits de l'homme n'est pas sans conséquence. Les enjeux en termes de chevauchement et de collision matérielle de ces différentes rationalités se révèleront *in fine* pleinement dans la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international. Voir notamment *infra* n°1109.

[1378] M. MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, thèse Paris Descartes, 2016, *op. cit.*

[1379] C'est le cas des considérants 7 des Règlements Rome I et Rome II qui font écho au Règlement Bruxelles I *bis*. C'est également le cas du Règlement Rome III à son considérant 10. L'on retrouve pareillement l'exigence d'une interprétation cohérente dans le Règlement Aliment vis-à-vis du Protocole de La Haye.

nombreux sont les auteurs qui se prononcent en faveur de cette vision moniste de la qualification[1380].

957. La solution n'est pourtant pas chose acquise puisqu'il serait tout à fait possible de se prononcer en faveur d'une analyse dualiste de la qualification[1381]. Pour les tenants de l'analyse dualiste, puisque les règles de conflit ne poursuivent pas les mêmes objectifs, l'unité des qualifications n'est ni nécessaire ni souhaitable[1382]. Ici encore, la distinction entre fonction procédurale et fonction substantielle exerce une influence sur la manière dont est appréhendée la qualification.

958. En conséquence, l'œuvre de la Cour de Justice de l'Union européenne qui exprime la volonté de consacrer des qualifications « doublement » uniformes s'engage dans la promotion de l'analyse moniste. La juridiction européenne fait d'ailleurs de cette uniformité un objectif explicite de cohérence du droit international privé européen. La Cour de Justice œuvre ainsi fréquemment pour une telle interprétation dans le cadre des règlements en matière civile et commerciale[1383]. Il en est de même en matière de

---

[1380] « On pouvait se demander si les arrêts que la CJUE est susceptible de rendre en interprétation du règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles et qui concerneraient la notion de contrat s'aligneront ou non sur la notion dégagée pour la compétence judiciaire : *a priori* une unité d'interprétation est souhaitable (v. d'ailleurs les considérants 7 et 17 du règlement Rome I) ». H. GAUDEMET-TALLON, M.-E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlements 44/2001 et 1215/2012 Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007), op. cit.*, n°186 ; « D'un point de vue logique, il n'est gère satisfaisant d'admettre qu'un même rapport de droit puisse, sans changer de substance, changer de nature au gré des questions à résoudre ». T. AZZI, « Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire », *op. cit.*,, p. 1621 ; C. NOURISSAT, « Le champ d'application du règlement Rome II », in S. CORNELOUP, N. JOUBERT (dir.) *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, LexisNexis, Litec, 2008, p. 13, spéc. p. 20 ; A. NUYTS, M. WATTE, « Vers une interprétation uniforme et cohérente des conventions de Rome et de Bruxelles », *Rev. Dr. ULB*, 1994, p. 53.

[1381] B. HAFTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé*, thèse dactyl. Paris II, 2008 ; B. HAFTEL, « Entre " Rome II " et " Bruxelles I " : l'interprétation communautaire uniforme du règlement " Rome I " », *JDI*, 2010, p. 761 ; V. HEUZE, « La notion de contrat en droit international privé ». *TCFDIP*, 1995-1998, p. 320.

[1382] « La difficulté se présente ici dans des termes très différents. En matière de conflit de lois, il faut impérativement faire entre l'action litigieuse dans une catégorie déterminée : si l'action n'est pas contractuelle, alors elle est réelle, ou bien délictuelle, ou personnelle… Il n'en va pas de même en matière de conflit de juridictions, parce que la Convention de Bruxelles — pour ne raisonner que sur elle — contient de toute façon une disposition-balai : il est toujours possible d'appliquer l'article 2, qui attribue compétence aux tribunaux de l'État dans lequel le défendeur est établi. Bien plus le rattachement que retient ce texte est celui que la Convention érige en rattachement de principe. Par conséquent il n'est nullement nécessaire de faire entrer toutes les actions dans les qualifications spéciales qui sont retenues par les autres dispositions de la Convention, lesquelles ne constituent que des dérogations à ce principe. Et par voie de conséquence également, il me semble qu'il est plus justifié encore que dans le domaine des conflits de lois, d'interpréter la notion de " matière contractuelle ", envisagée par l'article 5-1°, en se tenant strictement à la *ratio legis* de cette disposition. […] Et je crois que cette *ratio legis*, c'est le souci d'une bonne administration de la justice. V. HEUZE, "La notion de contrat en droit international privé". *op. cit.,* p. 337.

[1383] L'édifice jurisprudentiel est conséquent. Voir par exemple : CJUE, 7 décembre 2010, *Peter Pammer c./Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* aff. jointes C-585/08 et C-144/09. *D.*, 2011, p. 1374, obs. F. JAULT-SESEKE, *JDI*, 2011, p. 915, obs. V. PIRONON ; *RTD eur.*, 2011, p. 847, note E. TREPPOZ ; *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 414, note O. CACHARD. CJUE, 15 mars 2011, *Heiko Koelzsch c./État du Grand-Duché du Luxembourg*, aff. C-29/10, point 33. *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 447, note F. JAULT-SESEKE ; *RTD civ.*, 2011, p. 314, obs. P. REMY-CORLAY ; *D.*, 2011, p. 2434,

désunion. La Cour affirme à propos du Règlement Bruxelles II *bis* qu'« *il ne serait pas cohérent de définir de manière différente le même terme de divorce employé dans ces deux règlements et partant, de faire diverger leurs champs d'applications respectifs* »[1384]. De même, les approches unitaires récentes des questions de compétences dans un même instrument emportent l'adhésion à une telle approche moniste de la qualification puisque dans ces hypothèses la qualification présente dans le texte vaut pour les deux corps de règles.

959. Cette approche moniste majoritaire en droit positif et en doctrine révèle l'existence d'une conception commune de la qualification au stade juridictionnel et législatif, de sorte que l'on peut attester l'existence d'une intégration unitaire en matière de qualification. Or, si la qualification a toujours été en lien avec l'objectif poursuivi par la règle, la promotion d'une analyse moniste de la qualification tend à consacrer un rapprochement net des objectifs des deux corps de règles. C'est le signe d'une conception commune de la fonction substantielle des règles de compétence.

960. Ce rapprochement structurel et fonctionnel de la règle de compétence juridictionnelle et de la règle de compétence législative au stade de la qualification s'observe également au stade du rattachement. C'est ce qu'il convient d'analyser à présent.

§2 : L'approche unitaire de la localisation

961. L'affirmation de l'indépendance entre compétence juridictionnelle et compétence législative est la conséquence d'un choix distinct du chef de compétence et du critère de rattachement. La concordance des compétences remet nécessairement en cause l'existence de cette dissociation. Mais, il convient d'en cerner le périmètre exact. L'explication de la concordance des compétences est donc à rechercher dans une approche unitaire de la localisation entendue ici *lato sensu*, c'est-à-dire en tant que résultat

obs. L. D'AVOUT, S. BOLLEE ; Voir également, CJUE, 15 décembre 2011, *Jan Voogsgeerd c./Navimer SA*, aff. C-384/10, *Rev. Crit. DIP*, 2012, p. 648, note E. PATAUT ; *D.*, 2012, p. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE CJUE, 5 décembre 2013, *Walter Vapenik c./Josef Thurner*, aff. C-508/12, point 25. *RTD com.*, 2014, p. 448, note A. MARMISSE D'ABBADIE D'ARRAST ; *Procédures*, 2014, p. 25, note C. NOURISSAT ; *Revue Europe*, 2014, p. 51, note L. IDOT. CJUE, 21 janvier 2016, *ERGO Insurance et Gjensidige Baltic*, aff. jointes C-359/14 et C-475/14, point 43. *JDI*, 2017, p. 1489, note S. SANCHEZ LORENZO ; *Revue Europe*, 2016, p. 63, note L. IDOT ; *D.*, 2017, p. 1045, note H. GAUDEMET-TALLON. CJUE, 28 juillet 2016, *Verein für Konsumenteninformation*, aff. C-191/15, point 36. CJUE, 15 juin 2017, *Kareda*, aff. C-249/16. *JDI*, 2017, p. 1478, note L. D'AVOUT ; *Rev. Crit. DIP*, 2017, p. 112, note S. CORNELOUP.

[1384] CJUE, 20 décembre 2017, *Sahyouni,* aff. C-372-16, point 42. *Rev. Crit. DIP*, 2018, p. 899, note P. HAMMJE ; *JDI*, 2018, p. 1449, note M. WILDERSPIN ; *Procédures*, 2018, p. 14, note C. NOURISSAT.

et non en tant que processus[1385], ce qui permettrait de ne pas borner l'étude à celle de la règle bilatérale, mais de prendre en compte le pluralisme des méthodes. Par conséquent, si « le point de rattachement est la clé de la règle de conflit »[1386], le chef de compétence deviendrait également un élément central, ce qui oblige à concentrer l'analyse sur le fondement des règles de compétence.

962. Le professeur P. Lagarde avait déjà isolé des fondements communs que l'on peut retrouver dans les règles de conflits de lois et dans les règles de conflits de juridictions sous forme de grands principes directeurs, mais sans pour autant que ces fondements concordent.[1387] Le phénomène de concordance semble conjuguer ces fondements. Parmi ces différents fondements, l'intégration unitaire peut être tant le fait d'une localisation proximiste unitaire du litige dans l'ordre juridique (1), d'une localisation subjective unitaire du litige (2) que d'une localisation substantielle du litige dans l'ordre juridique (3).

1- <u>La localisation proximiste unitaire du litige</u>

963. Le principe de proximité, mis en lumière par le professeur P. Lagarde est un principe cardinal du droit international privé. Ce principe « exprime simplement l'idée du rattachement d'un rapport de droit à l'ordre juridique du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits, du rattachement d'un litige aux tribunaux d'un État avec lequel il présente, sinon le lien le plus étroit, du moins un lien étroit, enfin d'une subordination de l'efficacité d'une décision à l'étroitesse des liens qui la rattachent à l'autorité qui l'a prise »[1388]. Il a pu permettre, tout en la défiant, de faire perdurer la règle de conflit bilatérale en recherchant une proximité abstraite. La proximité n'est pas absente du conflit de juridictions. Elle est d'ailleurs admise comme étant un des fondements légitimes

[1385] « Dans un premier sens, la localisation est le raisonnement par lequel le siège de la matière est déterminé. Autrement dit, elle consiste en la découverte du lien abstrait, qu'il soit matériel ou intellectuel, existant entre d'une part un rapport de droit et d'autre part un ordre juridique. […] Ainsi envisagée, la localisation conditionne le choix des critères de rattachement des règles de conflit, dans les divers statuts considérés ».
« Dans son second sens, la notion de localisation correspond à l'aboutissement du précédent raisonnement, c'est-à-dire à la désignation effective de l'ordre juridique dont la loi interne régit le rapport de droit. Il ne s'agit donc plus de savoir comment localiser le rapport de droit, mais de savoir où est localisé concrètement ce rapport. ». S. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, *op. cit.,* p. 52-53, n° 49.
[1386] J.-P. LABORDE, *La pluralité du point de rattachement dans l'application de la règle de conflit*, thèse dactyl. Bordeaux, 1981, p. 7.
[1387] Il s'agit du principe de proximité, principe de souveraineté, principe de faveur et enfin l'autonomie de la volonté P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain ». *op. cit.,* p. 9.
[1388] *Ibid*, p. 9-10.

de la règle de conflit de juridictions[1389]. Le professeur L. Usunier a mis en avant les différents avantages de la proximité en termes d'efficacité[1390] et de légitimité[1391]. Particulièrement, l'auteur affirme que « la proximité est ainsi source de légitimité en droit international privé en tant qu'elle garantit que la compétence du juge du for est bien justifiée par l'implication d'un intérêt interne à l'État du for. En subordonnant la compétence internationale des juridictions à l'existence de liens étroits avec le litige, le principe de proximité permet donc de vérifier objectivement l'exigence à première vue fuyante et hautement subjective que l'État du for ait un intérêt à trancher le litige, dans la mesure où l'intensité du rattachement requis pour garantir la prévisibilité et la commodité de la compétence du juge du for permet *a fortiori* de garantir que le litige met suffisamment en cause des intérêts internes à l'ordre juridique du for pour que la compétence de son juge apparaisse, sinon nécessaire, du moins utile à défense de ces intérêts »[1392].

964. Si ce fondement s'avère légitime, la question qui se pose est alors celle du degré de proximité requis pour parvenir à l'objectif poursuivi[1393]. Cette question se dédouble lorsque l'analyse de la proximité intègre les règles de conflit de juridictions et les règles de conflit de lois. Faut-il un degré identique ou différencié de proximité entre les règles de conflit de lois et les règles de conflit de juridictions ?

[1389] *Ibid*, p. 130 et s. ; L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *op. cit.,* p. 181, n° 237 ; C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *op. cit.,* n° 396 ; A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens. (Étude de droit international privé comparé)*, *op. cit.,* p. 634 et s

[1390] « La proximité est d'abord source d'efficacité. Cela résulte, en premier lieu, du fait qu'elle est une garantie de commodité. C'est l'intérêt essentiel que lui reconnaissent les auteurs en droit international privé : une juridiction proche du litige a toutes les chances d'être en mesure de trancher le litige dans un délai raisonnable, de manière expédiente et peu coûteuse. […] La proximité est source d'efficacité, en second lieu, parce qu'elle est un gage de l'aptitude d'une autorité à traiter le problème dont elle est saisie de manière appropriée. On peut en effet supposer que plus une autorité est proche d'une situation, mieux elle connaît les spécificités et les enjeux ». L. USUNIER, *op. cit.,* p. 176.

[1391] « L'efficacité garantie par la proximité n'en est donc pas la seule vertu : la proximité est aussi source de légitimité, en aval comme en amont. En plus de garantir que l'instance prendre une décision éclairée, la proximité garantit effectivement la prévisibilité de l'intervention de l'ordre juridique du for dans la résolution du litige. La commodité et l'efficacité déjà garanties par la proximité, si elles participent dans une certaine mesure à la légitimation de l'intervention du for, ne sont en effet pas suffisantes pour justifier à elles seules la compétence du juge du for. Si l'État du for n'a aucun lien avec le litige, la compétence de son juge sera effectivement illégitime – même s'il n'est pas malcommode pour un ordre juridique d'exercer un contrôle non négligeable sur la solution du litige, en soumettant ce dernier à ses règles de conflit de lois, à sa conception de l'ordre public ou encore à ses lois de police. La compétence d'un juge sans lien avec le litige apparaît illégitime dans la mesure où elle risque de déjouer les prévisions des parties ». *Ibid*, p. 177.

[1392] *Ibid*, p. 179. En ce sens également : L. D'AVOUT, B. AUDIT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n°328 ; D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. I, Partie générale, 4ème ed., Paris, PUF, 2017, n° 55-2.

[1393] Le professeur L. Usunier s'interroge en matière de compétence juridictionnelle : « S'il faut en effet subordonner la compétence juridictionnelle à l'existence de liens étroits entre la juridiction et le litige, sans pour autant exiger que la juridiction présente les liens les plus étroits avec le litige, une question élémentaire vient à l'esprit : à quel point ces liens doivent-il être étroits ? ». L. USUNIER, *op. cit.,* p. 171, n° 22.

965. Pour le professeur P. Lagarde si le principe de proximité irrigue également la règle de conflit de juridictions, l'exigence de proximité n'est pas équivalente selon qu'il s'agit de déterminer la loi la plus proche du litige ou le juge compétent pour traiter d'un tel litige[1394]. Plus récemment, un auteur distingue « l'intégration juridictionnelle et l'intégration matérielle » de la situation à caractère international pour distinguer les règles de conflit de juridictions et les règles de conflit de lois[1395]. Les secondes nécessitent un degré d'intégration plus important de la situation juridique avec le for pour pouvoir traiter du fond et impliquent donc l'emploi d'une méthodologie particulièrement rigoureuse[1396]. À l'inverse, les premières peuvent se contenter d'une faible intégration de la situation avec le for pour permettre l'accès au juge[1397].

966. Une partie peut saisir le juge parce que la situation présente un lien non pas le plus étroit, mais suffisant avec le for. L'assimilation du chef de compétence fondée sur le domicile du défendeur et plus généralement l'assimilation de l'exigence de bonne administration de la justice à celle de proximité représentent cette proximité moyenne[1398], d'intensité moindre qu'en matière de conflit de lois, ce qui permet qu'une multiplicité de fors soit ouverte pour une même action quand la loi applicable doit être unique. La

---

[1394] « Tout au plus pourra-t-on exiger que le for saisi présente au moins un lien étroit avec le litige, mais pas nécessairement les liens plus étroits ». P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain ». *op. cit.,* p. 130-131.
Et déjà : « Il se peut que l'attache, suffisante pour justifier la compétence juridictionnelle, soit insuffisante pour justifier la compétence législative ». P. LOUIS-LUCAS, « Existe t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois ? », *op. cit.,* p. 407.
Voir également : L. USUNIER, *op. cit.,* p. 182 et s., spec. p. 183 : « On comprend mieux, dès lors, que le principe de proximité ne donne pas compétence internationale aux seules juridictions qui entretiennent les liens les plus étroits avec le litige, mais à toutes les juridictions qui entretiennent un lien "étroit" avec le litige ». Et l'auteur de poursuivre : « Les règles de compétence internationale reposent sur des liens moins intenses que les règles de conflit de lois dans la mesure où elles n'attribuent à l'ordre juridique qu'elles désignent qu'une faculté de contrôle restreint sur le fond du litige, contrairement aux règles de conflit de lois, qui désignent l'ordre juridique compétent pour exercer un contrôle approfondi sur la résolution du litige ».
[1395] L. RASS-MASSON, *op. cit.,* p. 174 et s.
[1396] « L'intégration matérielle à l'ordre juridique du for n'est à retenir que lorsqu'elle est justifiée soit par des considérations conflictuelles, notamment de proximité, soit pas des considérations matérielles particulièrement fortes, justifiées par l'antériorité de l'ordre juridique du for, mais sans cesse repensées face aux exigences d'ouverture à la pluralité résultant de la prétention à l'universalité de l'ordre juridique ». *Ibid*, p. 175.
[1397] « Ainsi, là où les règles de compétence juridictionnelle doivent répondre à la question de l'intégration juridictionnelle directe d'une situation internationale, les règles de conflit de lois doivent répondre à celle de l'intégration matérielle de la situation internationale. Dans la première hypothèse, il s'agit surtout de dire que la situation est suffisamment pertinente pour un ordre juridique pour être tranchée conformément à des règles de droit. Mais l'on ne sait pas encore à ce stade lesquelles. Et c'est justement la détermination de ces règles de droit, applicables à la situation que la règle de conflit de lois opère ». *Ibid*, p. 484.
[1398] Voir sur ce point : L. USUNIER, *op.cit.,* p. 174. Contra : E. FARNOUX, *op.cit.,* t. II, p. 391 et s.

proximité intervient donc comme un « concept-cadre »[1399] du droit international auquel il est possible de faire dire beaucoup.

967. Cette affirmation n'est pas démentie par l'existence d'un phénomène de concordance des compétences, car nous avons montré que ce phénomène n'est ni absolu ni automatique. Les différences entre les deux règles restent donc présentes. Toutefois, dans les hypothèses de concordance où la proximité est en cause, notamment dans les hypothèses de concordance suggérée des compétences, le seuil de proximité de la règle de compétence juridictionnelle rejoint celui de la règle de compétence législative ou inversement. Le seuil d'intégration demandé est donc identique qu'il s'agisse d'envisager l'intégration juridictionnelle ou l'intégration législative du litige dans l'ordre juridique[1400]. En réalité, ce seuil identique de proximité s'explique par l'identité du référentiel à partir duquel les liens vont être établis. En matière de compétence juridictionnelle, la proximité est régulièrement entendue comme « tout élément de localisation de l'un des sujets ou de l'objet du litige »[1401]. Or, dans les hypothèses de concordance, le lien se crée lorsque la proximité se fonde sur l'objet du litige. La proximité demandée est celle d'une proximité entre le for et l'objet de la situation juridique litigieuse et non celle entre le for et l'une des parties seulement. En ce sens, la règle de compétence juridictionnelle se retrouve investie tout comme la règle de compétence législative d'une fonction localisatrice entendue à la fois comme le résultat, et ici, comme le procédé de détermination de l'ordre juridique compétent.

968. Dans de telles hypothèses, les reproches souvent émis à l'encontre de l'application de la loi du for relatifs à son « esprit de clocher » ne peuvent ici que concerner le choix du lien le plus étroit qui sera retenu pour fonder et la compétence juridictionnelle et la compétence législative puisque celui-ci n'est pas dénué de considérations matérielles[1402]. Quoi qu'il en soit, deux localisations sont donc effectuées de manière concomitante, ce qui explique le développement du phénomène de

[1399] Selon une expression du professeur H. MUIR-WATT, in « Le retour du *forum actoris* en matière financière se précise », *Rev. Crit. DIP*, 2019, p. 135.
[1400] C'est là le vrai changement puisque comme le relève le professeur P. de Vareilles-Sommière, cette fonction localisatrice de la règle de compétence juridictionnelle a toujours existé : « scinder la compétence juridictionnelle et la compétence législative entre deux États, c'est donc admettre, ne serait-ce qu'implicitement, une compétence normative partagée entre ces deux États. Autrement dit, cela revient à une bilocalisation du rapport, celui-ci étant doté d'un siège judiciaire et d'un siège législatif ». P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Localisation et globalisation en droit international privé. *Esprit* de *Savigny*, es-tu là ? », *op.cit.,* p. 1562.
[1401] L. USUNIER, *op.cit.,* p. 181, n° 237.
[1402] Voir *infra* Section 1, Chapitre 2, Titre 2, Partie 2.

concordance. Une même tendance est également perceptible lorsque la localisation unitaire n'est plus objective, mais subjective.

2- La localisation subjective unitaire du litige

969. Un élément de distinction traditionnel entre les deux corps de règles se situe dans la rigidité et le résultat unique de la règle de conflit de lois que ne connaît pas nécessairement la règle de conflit de juridictions. Cette rigidité exprime le fait qu'une seule loi puisse être déclarée applicable puisqu'un seul rattachement doit être retenu pour répondre à la problématique du conflit de lois[1403]. Au contraire, il a toujours été reconnu une possible pluralité des chefs de compétence. Aujourd'hui cette différence tend à être gommée du fait du choix laissé aux parties de choisir le juge et la loi applicable à leur litige.

970. Si des réticences particulières à l'autonomie des parties ont pu être émises en matière civile et commerciale sous certaines conditions[1404], elles ont très vite été dépassées. De même, la pénétration de l'autonomie de la volonté en matière familiale[1405] est aujourd'hui un fait avéré. Cet essor de l'autonomie des parties, bien connu en droit international privé[1406] bouleverse le paradigme conflictuel. « Cette possibilité de choisir, en fonction de ses propres intérêts, entre plusieurs lois, n'est pas compatible avec la méthode classique qui procède par voie de désignation d'autorité de la loi applicable. À

[1403] Selon le modèle de la règle de conflit savignienne, « la recherche du rattachement approprié du rapport de droit, aux fins de la localisation de celui-ci, est faite a priori et dans l'abstrait, en dehors donc de la réalité sociale. Et étant donné que la science juridique ne peut fournir qu'un seul élément "essentiel" du rapport de droit, il s'ensuit nécessairement qu'un seul rattachement approprié est possible et, par conséquent, que la règle de conflit multilatérale ne peut désigner qu'un seul ordre juridique ». J. D. GONZALEZ CAMPOS, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *RCADI*, 2000, t. 287, p. 214.

[1404] Voir notamment : H BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats, étude de droit international privé comparé*, Paris, Sirey, 1938 ; H. BATIFFOL, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », *Choix d'articles*, Paris, LGDJ, 1976, p. 249. J.-P. BERAUDO, « Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 220.

[1405] P. GANNAGE, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *Rev. Crit. DIP*, 1992, p. 445 ; J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel : étude prospective de droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 26 et s.

[1406] Depuis notamment J.-P. NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI*, 1927, t. 16, p. 5 ; D. BUREAU, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré,* Paris, Dalloz, 1999, p. 285, spéc. p. 300-301 ; E. VON OBERBECK, « L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé », in *Nouveaux itinéraires en droit, hommage à François Rigaux*, 1993, Bruxelles, Bruylant, p. 619 ; C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *op.cit.* ; L. USUNIER, *op.cit.,* p. 229 et s. ; C.-A. ARRUE MONTENEGRO, *op.cit.* ; Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *op.cit.,* p. 406 et s.

l'autoritarisme des règles de conflit classiques s'oppose ainsi un véritable libéralisme des nouvelles règles de conflit »[1407].

971. L'autonomie des parties irrigue ainsi l'ensemble du droit international privé avec des restrictions en fonction des matières considérées. Elle concerne tant la règle de compétence juridictionnelle que la règle de compétence législative. « L'autonomie de la volonté apparaît alors comme la méthode reine du droit à la mobilité internationale »[1408]. Pour certains, elle permettrait aux parties de rechercher ce qui leur convient le mieux dans des domaines où « elles sont seules responsables du litige, de sa naissance, de son étendue et de son extinction. […] La commune volonté exerce ainsi une fonction facilitatrice du droit, en respectant la liberté des parties de gérer leurs intérêts privés et en assurant la prévisibilité des relations juridiques »[1409]. Le recours à l'autonomie pose cependant la question de son périmètre,[1410] mais interroge également du phénomène étudié.

972. S'agissant du phénomène de concordance, le recours à l'autonomie de la volonté est source de perturbation dans l'analyse. En effet, dans une telle hypothèse, la concordance des compétences n'est que le résultat du choix des parties. Une telle concordance correspond assurément à des considérations diverses. En effet, le choix de la concordance des compétences peut tant exprimer la recherche d'une solution matérielle particulière que la recherche d'une efficacité procédurale en réduisant les coûts du litige, sa durée, etc[1411]. Ces objectifs sont d'ailleurs présents, quelle que soit la matière envisagée et le choix unitaire du juge et de la loi semble être un phénomène relativement fréquent[1412].

1407 P. KINSCH, « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », *op.cit.,* p. 385.

1408 J. GUILLAUME, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, Paris, LGDJ, 2011, spéc. p. 358.

1409 Cette affirmation est faite à propos du conflit de juridictions : C.-A. ARRUE MONTENEGRO, *op.cit.,* spéc. p. 509-510. L'auteur tempère le propos.
Voir également, E. JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI*, 1995, t. 251, p. 9-10.

1410 H. GAUDEMET-TALLON, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », *op.cit.,* p. 255.
Même un auteur favorable à l'autonomie de la volonté en présente des limites : C.-A. ARRUE MONTENEGRO, *op.cit.,* spéc. p. 509-510 : « Il serait insensé de faire de l'autonomie de la volonté une panacée susceptible de procurer tous les remèdes à toutes les questions de conflit de juridictions. La pratique a démontré que, dans certains domaines et dans des situations d'inégalité, la volonté des parties peut nuire aux intérêts étatiques et privés défendus par l'ordre juridique ».

1411 Dans tous les cas, le choix se fera en faveur du juge ou de la loi « qui sert au mieux leurs intérêts ». D. BUREAU, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », *op.cit.,* p. 285, spéc. p. 304.

1412 En témoigne le considérant 12 du Règlement Rome I : « *Un accord entre les parties visant à donner compétence exclusive à une ou plusieurs juridictions d'un État membre pour connaître des différends liés au contrat devrait être l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer si le choix de la loi a été clairement énoncé* ».

973. Mais, il est des hypothèses où le choix d'une intégration unitaire subjective semble être encouragé. En matière alimentaire, les choix ouverts sont similaires d'un point de vue juridictionnel et législatif[1413]. Le libéralisme conflictuel pénètre les deux corps de règles de manière identique. De même, en matière de divorce, le choix n'est ouvert qu'en matière de loi applicable, mais les rattachements proposés correspondent à certains des chefs de compétence. En outre, dans ce dernier cas, ce libéralisme « conflictuel » rejoint le libéralisme matériel, car le choix ne joue qu'*in favorem*[1414].Un tel choix pourrait permettre aux parties d'intervenir en relai du législateur pour trancher l'opposition entre critère du domicile ou de la résidence et critère de la nationalité et affiner les critères objectifs de compétence[1415] tout en maintenant un lien de proximité entre le couple et la législation applicable[1416]. Si en matière d'obligation contractuelle, l'autonomie de la volonté a pu être vue comme une solution du fait de la difficulté de localisation du contrat[1417], il peut également être difficile de localiser avec certitude une relation juridique du fait de l'internationalité importante de certaines situations familiales. Les litiges de droit international privé se caractérisent effectivement aujourd'hui par des attaches territoriales et temporelles qui subissent une importante zone de turbulence. L'ancrage territorial n'est pas toujours évident à déterminer.

974. Plus encore, il est des hypothèses où malgré l'autonomie des parties qui rend incertain le phénomène de concordance, le choix d'une telle concordance est très fortement privilégié pour assurer une certaine efficacité procédurale. Lorsque le choix se

---

[1413] Voir *supra* n°556 et s.

[1414] « L'autonomie de la volonté ne peut ici être réduite à un moyen de départager les critères fondés sur la résidence et la nationalité en faveur du plus effectif, car l'autonomie des époux bénéficie d'une faveur bien plus marquée, permettant la désignation potentielle d'une loi qui n'est pas la plus proche du couple ». P. CALLE, « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit de l'Union européenne (droit des personnes et de la famille », *op.cit.,* p. 31, n°19.

[1415] « La fonction de l'autonomie de la volonté dans ce contexte est ainsi de préciser et d'individualiser le choix du législateur tout en respectant les rattachements prédéterminés, choisis visiblement en fonction de leur proximité à l'égard des époux ». C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *op.cit.,* p. 425.

[1416] « En effet, le plus souvent la liberté de choix est encadrée ; elle ne peut s'exercer qu'en faveur de telle ou telle loi précisée par la règle de conflit, et cette loi présente en général un lien objectif avec la situation (nationalité, domicile, résidence, lieu de situation du bien, etc.). On peut même penser que, le plus souvent, la loi choisie sera celle qui aura les liens les plus intenses avec le rapport juridique en cause. L'intervention de la volonté individuelle apparaît comme un moyen d'améliorer une règle de conflit pour laquelle on hésite entre plusieurs rattachements objectifs. Si les intéressés n'ont manifesté aucune volonté, le droit est obligé de se prononcer, mais il peut être heureux que ce soit les intéressés eux-mêmes qui tranchent en indiquant la loi à laquelle ils entendent être soumis ». H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) ». *op.cit.,* p. 292.

[1417] Sur ces explications : Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *op.cit.,* p. 411 ; H. BATIFFOL, « L'affirmation de la loi d'autonomie », in *Choix d'articles*, Paris, LGDJ, 1976, p. 265.

concentre uniquement sur la loi comme en matière de divorce ou lorsqu'un accord procédural permet de désigner la *lex fori*, la concordance sert l'efficacité procédurale[1418]. Il s'agit là pour la règle de compétence législative d'intégrer des arguments pragmatiques au service de l'efficacité procédurale. Également et à front renversé en matière successorale, la possibilité de faire jouer le *forum legis* ne joue qu'en faveur de la loi choisie et fera donc automatiquement concorder *forum* et *jus* si le *forum legis* est employé[1419]. Pour ces différents cas, ce sont bien les objectifs procéduraux de commodité propres à la règle de compétence juridictionnelle qui sont mis au premier rang de la concordance des compétences. Comme il a pu être justement relevé, « du point de vue des parties, l'application de la loi du for permet aussi de réduire les coûts qui sont normalement liés à la nécessité d'établir le contenu de la loi étrangère, nécessité qui impose le recours à des experts étrangers, ainsi qu'à des traducteurs. […]Dans la mesure où l'internationalité des litiges s'est banalisée et n'a rien d'exceptionnel aujourd'hui, ces considérations pragmatiques tendent à devenir essentielles »[1420].

975. En toutes hypothèses d'un point de vue méthodologique, lorsque les parties peuvent exercer leur choix de loi ou de juridiction, elles interviennent pour fixer elles-mêmes la localisation de leur litige**[1421]** : directement par un choix de loi, indirectement par un choix de juge ou cumulativement par un choix de juridiction et de loi dépouillant de fait les règles de conflit de lois classiques de cette fonction**[1422]**. Quand elles font le choix de la concordance, elles fixent une localisation unitaire du litige dans un ordre juridique alors que le législateur accepte en partie de se délaisser de cette fonction dans la localisation du litige au profit d'un choix individuel. Cette localisation subjective unitaire vient fixer la concordance des compétences.

976. Si l'autonomie de la volonté a ainsi irrigué autant le choix de juridiction que le choix de lois jusqu'à encourager une intégration unitaire du litige, le développement des

[1418] Voir *supra* n°5321 et s. 786 et s.

[1419] Voir *supra* n°673 et à 665.

[1420] S. CORNELOUP, « Les liens entre *forum* et *ius*, réflexions sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op.cit.,* p. 461, spéc. p. 468.

[1421] Sur ce rôle laissé aux parties : P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Localisation et globalisation en droit international privé. *Esprit* de *Savigny*, es-tu là ? », *op.cit.,* p. 1569-1570.

[1422] Il a pu être observé par le passé qu'en pareille hypothèse, « ce n'est plus la loi qui détermine les relations qu'elle gouverne, ce sont les parties qui décident si elles consentent à obéir à la loi ». H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op.cit.,* p. 66.

Plus récemment, il a été observé en matière familiale, qu' « aussi bien la construction de la citoyenneté par la Cour de justice que l'élaboration du droit international privé par le législateur de l'Union européenne vont dans le sens d'un accroissement démesuré du pouvoir reconnu à l'individu et d'une diminution corrélative du pouvoir des États membres. » L. RASS-MASSON, *op.cit.,* p. 656.

règles de droit international privé portant des objectifs substantiels est également de nature à expliquer la concordance des compétences. En effet, la matérialisation du droit international privé n'est désormais plus réservée au conflit de lois, mais semble pénétrer de manière identique les deux règles de compétence pour offrir une localisation « substantielle » unitaire du litige.

2- La localisation substantielle unitaire du litige.

977. Loin d'être un droit neutre, la réglementation de droit international privé se caractérise à notre époque par une diversification du rôle de la règle de conflit de lois qui reflète la diversification des objectifs poursuivis en droit international privé [1423]. Parallèlement à cette matérialisation du conflit de lois, on observe une substantialisation croissante de la règle de compétence juridictionnelle. L'étude des liens de concordance a en effet permis de relever une diversité d'hypothèses dans lesquelles la promotion d'un objectif substantiel est à l'œuvre. Autrement dit, l'intégration unitaire du litige dans l'ordre juridique s'expliquerait dans certaines hypothèses par le fait que les considérations substantielles sont désormais assumées dans les deux corps de règles.

978. À cet égard, plusieurs sortes de considérations substantielles peuvent être distinguées[1424]. Il peut s'agir tout d'abord pour le législateur de vouloir protéger un intérêt catégoriel (a), ou encore de promouvoir un intérêt public du for (b).

a- Localisation substantielle unitaire et protection d'un intérêt catégoriel

979. L'étude des règles de compétence juridictionnelles révèle aujourd'hui une réelle substantialisation[1425]. Se concentrant au départ sur l'objectif de protection de la partie faible en matière contractuelle, ce phénomène de substantialisation de la règle de compétence juridictionnelle a progressé pour embrasser une série d'hypothèses dans

[1423] J. D. GONZALEZ CAMPOS, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *op.cit.*. Voir également P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain ». *op.cit.,* qui présente les principes concurrents au principe de proximité.

[1424] La distinction effectuée doit être utilisée uniquement dans un but descriptif puisqu'il faut bien admettre la difficulté aujourd'hui de distinguer dans un environnement libéral ce qui relève pleinement d'un intérêt particulier ou d'un intérêt collectif, d'un intérêt public ou privé, tant les deux catégories sont poreuses. C'est toute la difficulté aujourd'hui de déterminer ce qui relève du général et du particulier, du public et du privé. L'intérêt général recouvre-t-il la somme des intérêts particuliers ou se situe-t-il au-dessus d'eux ? L'ordre public ne subit-il pas une privatisation ? En ce sens : J. GUILLAUME, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, *op.cit.*. De même, la protection d'un intérêt privé ne sert-elle pas un intérêt public médiat ? Se rajoutent en outre les droits fondamentaux qui se prêtent mal à une telle distinction. Voir en ce sens : B. UBUSHIEVA, *L'intérêt général dans le système de la Convention européenne des droits de l'Homme*, thèse dactyl. Bordeaux, 2018.

[1425] E. FARNOUX, *op.cit.*.

lesquelles la règle de compétence donne une faveur procédurale au demandeur à travers l'octroi d'un *forum actoris*[1426] sur la base de la résidence habituelle[1427].

980. La protection de la partie faible a été analysée comme un fondement légitime de compétence juridictionnelle[1428]. Cette protection vient rompre avec la vision de « neutralité procédurale »[1429] de la règle pour permettre à la règle de compétence de répartir autrement le poids de l'internationalité[1430]. Cette substantialisation tranche avec la compétence générale du juge du domicile du défendeur qui s'explique traditionnellement par les « désagréments d'un procès international »[1431].

981. C'est le cas dans le Règlement Bruxelles I *bis* de la faveur pour les consommateurs, les assurés et les travailleurs[1432] qui prime les règles générale et optionnelle de compétence en matière contractuelle. L'on retrouve également ce principe de protection lorsqu'est octroyé un *forum actoris* au créancier d'aliment[1433]. Parfois « camouflé »[1434] ou « cachée »[1435] en faisant appel à des arguments proximistes, les cas de *forum actoris* se multiplient également en matière délictuelle[1436]. En cette matière, le for du demandeur peut apparaître tant comme une faveur à la victime[1437] que comme « un

[1426] J.-B. RACINE, « Le *forum actoris* en droit international privé », *op.cit.,* p. 77.
[1427] Le *forum actoris* peut également être du fait de la nationalité. C'est le cas par exemple de l'article 14 du Code civil.
[1428] Bien que ne faisant pas l'unanimité en droit comparé. L. USUNIER, *op.cit.,* p. 246 et s.
[1429] D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. I, Partie générale, Paris, PUF, 4ème ed., 2017, n° 140.
[1430] « L'admission du *forum actoris* va dans le sens d'un renversement de cette règle de répartition des risques puisque ceux-ci pèsent sur le défendeur, obligé alors de se déplacer pour exercer ses droits de la défense ». J.-B. RACINE, « Le *forum actoris* en droit international privé », *op.cit.,* n°12.
[1431] J.-B. RACINE, « Le *forum actoris* en droit international privé », *op.cit.,* n°12.
[1432] À certaines conditions cependant, voir *supra* n°634 et s.
[1433] Voir *supra* n°546 et s.
[1434] D. P. FERNANDEZ ARROYO, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *op.cit.,* p. 137.
[1435]E. FARNOUX, *op.cit.,* t. II, p. 448.
[1436] Pour un dernier exemple récent de l'évolution hésitante de cette jurisprudence: H. MUIR-WATT, « Le retour du *forum actoris* en matière financière se précise », *Rev. Crit. DIP*, 2019, p. 135, note sous CJUE, 12 septembre 2018, *Helga Löber c./Barclay's Bank plc*, aff. C-304/17.
[1437] Dans cette lignée, il a été pertinemment proposé de créer un *forum victimae*. Remettant en cause la proximité comme fondement des règles de compétence, il est proposé de déroger à la compétence du *forum rei* dans un but de protection de la victime : « Certains auteurs ont perdu confiance en la capacité de la proximité à désigner une juridiction dont la compétence serait légitime. Ces mêmes auteurs donnent une valeur supérieure à la justice procédurale par rapport à la proximité et n'hésitent pas à se prononcer en faveur d'une suppression pure et simple des dérogations à la compétence de principe du domicile du défendeur pour en faire une compétence exclusive (au plan de la compétence directe). Puisque nous contestons, nous aussi, la pertinence du fondement de proximité, la suite logique serait de les rejoindre et d'appeler à l'abolition des règles de compétence qui dérogent, en matière délictuelle, au *forum rei.*
Il faut pourtant envisager une autre possibilité : celle que la proximité n'entraine dans son naufrage que le *forum delicti*, pris comme compétence proximiste, mais pas celui du principe même d'une dérogation au *forum rei*. En effet, il ne faut pas écarter sans l'étudier la possibilité que la justification du *forum delicti* soit erronée, mais que l'impulsion du système de compétence de déroger au *forum rei* soit peut-être pertinente. La disparition de la justification

ajustement naturel de la notion de lieu du fait dommageable pour une catégorie particulière de situations dont l'émergence est largement postérieure au monde de 1968 »[1438].

982. *A priori*, ce choix de protection d'une des parties devrait être sans incidence sur le règlement du conflit de lois ou du moins sans lien, car les objectifs visés diffèrent[1439]. L'extension du *forum actoris* fait d'ailleurs craindre à certains « une forme de négation du caractère international de la situation juridique. Le demandeur, saisissant son juge, fait en quelque sorte comme si le litige n'était pas international. Il y a ici un mécanisme de repli. Un parallèle peut être établi avec les conflits de lois : il se peut en toute hypothèse que les juges tombent sous le charme du *lex forisme* et fassent ainsi en sorte de désigner, par commodité, la loi du for comme loi compétente. C'est une autre forme de reniement des postulats du droit international privé. Dans les deux cas, le risque est sérieux que les règles de droit international privé ne répondent plus aux objectifs assignés de coordination harmonieuse et respectueuse entre systèmes juridiques »[1440].

---

proximiste ferait alors apparaître la véritable fonction du *forum delicti* : une dérogation assumée au *forum rei* ». E. FARNOUX, *op.cit.,* t. II, p. 387, n° 340.

[1438] H. MUIR-WATT, « Le retour du *forum actoris* en matière financière se précise », *Rev. Crit. DIP*, 2019, p. 135, note sous CJUE, 12 septembre 2018, *Helga Löber c./Barclay's Bank plc*, aff. C-304/17.

Dans cette dernière hypothèse, l'analyse doit donc être coordonnée à celle effectuée sous l'angle de la proximité.

Elle en assoit même la légitimité de la compétence de l'ordre juridique dans son entier. La légitimité de ce for est d'ailleurs plus largement admise lorsqu'il reflète une part de proximité : « Si le *forum actoris* est aussi le for de proximité, il n'y a alors plus de raison de lui être hostile ». H. GAUDEMET-TALLON, M.-E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe, Matière civile et commerciale Règlements 44/2001 et 1215/2012 Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, *op. cit*, n° 243.

[1439] C'est ce qu'affirme le professeur L. Usunier « Si le seul intérêt privé susceptible de fonder la compétence internationale des juridictions est la protection de la partie faible, c'est donc parce que le seul droit subjectif dont l'effectivité peut être garantie par une règle de compétence judiciaire est le droit d'action en justice des parties et que la "faiblesse" d'une partie peut être un obstacle à l'exercice de ce droit par cette partie. Dès lors, à la différence des règles de conflit de lois protectrices de la partie faible, qui peuvent être qualifiées de règles de conflit à finalité matérielle, les règles de compétence protectrices de la partie faible ne peuvent être présentées comme des "règles de compétence à finalité matérielle", car la protection du droit d'accès à la justice est une finalité procédurale et non matérielle.

En réalité, le véritable fondement des compétences protectrices de la partie faible n'est donc pas la protection de la partie faible en tant que telle, mais la protection du droit d'action en justice de cette partie, menacé par la faiblesse de ses "facultés procédurales". À la différence des règles matérielles et des règles de conflit de lois protectrices de la partie, les règles de compétence protectrices de la partie faible ne sont pas tant fondées sur le déséquilibre entre la puissance respective des parties que sur la "faiblesse" de la partie protégée ». L. USUNIER, *op.cit.,* p. 257.

[1440] J.-B. RACINE, « Le *forum actoris* en droit international privé », *op.cit.,* n°13.

L'affirmation peut cependant est sujette à débat puisque nous ne voyons pas pourquoi le juge du domicile du demandeur serait plus enclin au *lex forisme* que le juge du domicile du défendeur. Dans cette dernière hypothèse, c'est au tour du défendeur de plaider « chez lui ». Ce risque évoqué nous semble donc aussi important du point de vue du juge du domicile du demandeur que du point de vue du juge du domicile du défendeur.

983. Or, dans les hypothèses visées, la protection procédurale accordée au demandeur trouve généralement son pendant en matière de loi applicable[1441]. Le risque de *lex forisme* évoqué devient par conséquent une critique vaine lorsque le juge compétent est amené à appliquer sa propre loi par application de la règle conflictuelle[1442]. Cette observation rejoint l'idée selon laquelle « il est uniquement acceptable sur la base d'un rattachement effectif avec le for, dans les matières où la situation du demandeur est, par définition, plus défavorable que celle du défendeur »[1443]. Ce lien est d'autant plus effectif qu'il est celui élu pour désigner la loi applicable[1444].

984. L'analyse de l'intégration unitaire doit désormais être poursuivie lorsqu'est en jeu un intérêt public.

b- Localisation substantielle unitaire et protection d'un intérêt public

985. La protection d'un intérêt public est de manière générale associée au principe de souveraineté. Avec l'essor de la vision privatiste du « conflit » de juridictions ou de lois, est préférée aujourd'hui l'expression d'intérêt prépondérant du for[1445]. Ce principe de souveraineté peut irriguer tant les règles de conflit de juridictions que les règles de conflit de lois[1446].

[1441] L'analyse est partagée par le professeur S. Corneloup : « Dans ce dernier domaine, cela a conduit à un aménagement des règles de conflits de juridictions et de lois selon un modèle unique, fondé sur une limitation de l'autonomie des parties, d'une part, et une définition des critères objectifs presque identique, d'autre part, lesquels sont justifiés par des considérations tenant principalement à la protection de la partie faible. […] Bien plus qu'une protection de la partie faible par la seule ouverture d'un for proche de son lieu de vie, le *forum actoris* au profit du consommateur cherche aussi à assurer l'effectivité du droit substantiel en la matière, ce qui correspond à la seconde transformation ayant affecté les règles de conflit de juridictions. » S. CORNELOUP, « Les liens entre *forum* et *ius*, réflexions sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op.cit.,* p. 470.

[1442] L'auteur, qui craignait un telle application de la *lex fori*, s'en accorde d'ailleurs lorsqu'il affirme *in fine* que « dès l'instant où le *forum actoris* repose sur un objectif de protection d'une catégorie de plaideurs, cette protection d'ordre juridictionnel rejoint la protection accordée par le droit substantiel. Dans les domaines couverts par le Règlement Bruxelles I *bis* (protection accordée à l'assuré, au consommateur et au salarié), il y aura lieu à l'application de lois de police (ou, sans parler de lois de police, des dispositions protectrices dont les personnes en situation objective de faiblesse ne peuvent être privées). Le Règlement Bruxelles I *bis* et le Règlement Rome I se rejoignent ici, l'un accordant une protection sur le terrain de l'accès au juge, l'autre sur le terrain des droits substantiels via des règles spéciales de détermination du droit applicable. J.-B. RACINE, « Le *forum actoris* en droit international privé », *op.cit.,* n° 58.

[1443] « C'est le cas typique du for du domicile ou de la résidence habituelle du consommateur ou d'autres parties faibles dans les contrats internationaux. Le for du demandeur d'aliments est aussi l'objet d'une large acceptation dans plusieurs ordres juridiques ainsi que d'autres questions en matière familiale ». D. P. FERNANDEZ ARROYO, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *op.cit.,* p. 143-144.

[1444] C'est d'ailleurs ici la différence marquée avec le *forum actoris* consacré par l'article 14 du Code civil qui ne correspond parfois à aucun lien de rattachement effectif avec le for.

[1445] E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, *op.cit.*.

[1446] P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain ». *op.cit.* ; E. PATAUT, *op.cit.* ; L. USUNIER, *op.cit.,* p. 270.

986. C'est le cas en présence d'une compétence exclusive où le lien entre *forum* et *jus* semble indestructible du fait de la revendication monopolistique du litige par l'État. Les deux règles viennent localiser le litige dans l'ordre juridique pour des raisons de souveraineté. Il s'agit donc bien d'une localisation substantielle unitaire du litige pour préserver l'intérêt étatique.

987. Un tel raisonnement pourrait *a priori* s'étendre à la notion de loi de police, même s'il ne s'agit pas véritablement de protéger un intérêt de l'État en tant que tel, mais une politique législative poursuivie par celui-ci. La localisation substantielle du litige s'effectue bien par le truchement du juge saisi qui décidera si telle loi peut être une loi de police et déduira en conséquence son application en l'espèce. Mais, il ne s'agit pas d'une localisation unitaire juridictionnelle et législative, ce qui explique que contrairement aux cas des compétences exclusives, la concordance des compétences est fragile.

988. Hormis cette dernière hypothèse, la concordance des compétences s'explique bien par une localisation unitaire du litige dans l'ordre juridique. La règle de compétence juridictionnelle comme la règle de compétence législative opèrent une localisation similaire, si ce n'est identique, du litige dans l'ordre juridique.

Conclusion de la section

989. À travers une analyse de la structure de la règle allant de la qualification au choix du critère de rattachement, il s'avère que l'intégration du litige dans l'ordre juridique s'effectue de manière unitaire sur le plan juridictionnel et législatif.

990. D'une part, le problème de la qualification s'opère désormais de manière identique pour les deux corps de règles de compétence. Cette approche unitaire de la qualification, qui est la marque du droit international privé de l'Union européenne, implique non seulement une analyse parallèle de qualification, mais de surcroît une vision moniste de celle-ci.

991. D'autre part, l'intégration unitaire du litige dans l'ordre juridique se caractérise par une localisation unitaire du litige dans l'ordre juridique. Il s'agit là de l'élément fondateur de la concordance des compétences qui vient rompre avec la dissociation de principe entre compétence juridictionnelle et compétence législative. Ce choix unitaire est souvent dû à des mutations structurelles qui affectent la règle de compétence

juridictionnelle qui a désormais une fonction localisatrice plus affirmée et affinée. Parmi ces mutations figure le recours à la proximité ou à la localisation effectuée par les parties encadrées en des termes identiques par les deux corps de règles. Ensuite, l'on peut affirmer avec certains auteurs qu'une des mutations essentielles réside dans « l'assimilation par la règle de compétence d'objectifs divers de politique législative (tels les objectifs de protection des parties faibles), qui incombaient naguère à la règle de conflit »[1447].

[1447] D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. II, Partie spéciale, 4ème ed., Paris, PUF, 2017, n°1163.

Conclusion du chapitre :

992. L'essor du phénomène de concordance pourrait apparaître comme une remise en cause brutale d'un principe cardinal en droit international privé. Pourtant, en dépit de l'affirmation traditionnelle d'une stricte indépendante entre les compétences, l'analyse précédemment menée a permis de démontrer qu'il existe en réalité de nombreux points de contacts entre les deux corps de règles. L'évolution contemporaine de la matière ne fait que concrétiser et parfaire ce rapprochement méthodologique entre compétence juridictionnelle et compétence législative pour déplacer la focale de l'analyse du seul conflit de lois à une analyse conjointe du conflit de lois et du conflit de juridictions jusqu'à la consécration d'une concordance des compétences.

993. L'affirmation classique de différences de nature et de fonction entre règle de conflit de juridictions et règle de conflit de lois a dû ainsi être tempérée. Il est apparu, en effet, que les deux règles de compétence possèdent toutes deux un effet de rattachement. Renforcée par l'analyse du droit international privé de l'Union européenne et par l'étude de la fonction substantielle de la règle de compétence juridictionnelle, la règle de compétence juridictionnelle se dote d'une structure conflictuelle clairement assumée.

994. L'approche renouvelée et désormais unitaire de la qualification et de la localisation a confirmé cette hypothèse. Le phénomène de concordance des compétences est le témoin du passage d'une réglementation centrée uniquement sur la règle de conflit de lois à une réglementation du conflit de juridictions semblable à celle-ci voire à une réglementation du conflit de lois qui s'envisage à l'aune de l'ordre juridique dans ses dimensions juridictionnelles et substantielles. Il y a là les premiers jalons d'une explication du développement d'un phénomène de concordance en droit international privé européen.

995. Or, l'essor du phénomène de concordance des compétences ne peut être pensé sans appréhender le milieu dans lequel il se développe. L'essor des différentes méthodes de droit international privé est en effet toujours dépendant des contextes politiques, économiques, sociologiques, dans lesquels il s'épanouit. Pour parachever l'analyse, les raisons de la concordance doivent donc être également recherchées à l'extérieur.

CHAPITRE 2 : LES RAISONS EXOGÈNES

996. Rechercher les raisons exogènes de la concordance des compétences consiste à s'enquérir d'une clé de compréhension du phénomène issu de l'environnement normatif dans lequel il évolue. La réglementation du droit international privé ne saurait se penser pour elle-même, car elle est le fruit d'une interaction continue avec son milieu. Le contexte normatif revêt alors une valeur explicative importante des méthodes et solutions de droit international privé. C'était déjà le cas chez Savigny pour prôner la dissociation des compétences.

997. Ainsi, l'auteur allemand expliquait qu'« on pourrait sans doute enjoindre aux juges d'un pays d'appliquer exclusivement leur droit national, sans égard aux dispositions contraires d'un droit étranger avec le domaine duquel le rapport de droit litigieux pourrait se trouver en contact. Mais une semblable prescription ne se trouve dans aucune législation connue, et devrait être repoussée par les considérations suivantes.

998. Plus les relations entre les différents peuples sont nombreuses et actives, plus on doit se convaincre qu'il faut renoncer à ce principe d'exclusion pour adopter le principe contraire. C'est ainsi que l'on tend à la réciprocité dans l'appréciation des rapports de droit à établir, devant la justice entre les étrangers et les nationaux, une égalité que réclame l'intérêt des peuples et des individus. Si cette égalité était complètement réalisée, non seulement dans chaque État les tribunaux seraient accessibles aux étrangers comme aux nationaux (ce qui constitue l'égalité de traitement pour les personnes), mais dans le cas de collision des lois, la décision rendue sur le rapport de droit serait toujours la même, quel que soit le pays où le jugement aurait été prononcé.

999. Le point de vue où nous placent ces considérations est celui d'une communauté de droit entre les différents peuples ; et par la suite des temps, ce point de vue a été de plus en plus généralement adopté sous l'influence des idées chrétiennes et des avantages réels qu'il procure à toutes les parties »[1448].

1000. Ces propos de Savigny expliquent, selon lui, la disjonction nécessaire entre *forum* et *jus*. La communauté de droit est le contexte normatif dans lequel peut prospérer

[1448] F.C. VON SAVIGNY, *op.cit.,* t. VIII, p. 29-30.

sa méthode de résolution du conflit de lois ainsi que l'égalité entre national et étranger dans l'accès au tribunal et la recherche de l'harmonie internationale des solutions.

1001. Cette communauté de droit, au cœur du développement du droit international privé, a pris au fil des interprétations de l'œuvre de Savigny une ampleur considérable[1449]. La communauté de droit à laquelle Savigny faisait référence n'était pas réellement une communauté matérielle de droit, mais une communauté d'États indépendants[1450]. L'ambiguïté n'a pas manqué d'être relevée[1451]. L'idée d'une communauté de droit matérielle sera cependant ensuite approfondie par l'œuvre particulariste de Bartin qui en fait un fondement de la méthode conflictuelle[1452].

1002. Cette communauté de droit continue à avoir une valeur explicative de la méthode savignienne et du droit international privé européen pour un grand nombre d'auteurs. Or, à front renversé par rapport à la méthode devenue « barto-savignienne »[1453] qui prône l'indépendance entre *forum* et *jus* (en l'absence de lois rigoureusement obligatoires), ce sont les présupposés principaux de cette théorie qui favorisent, selon nous, le phénomène inverse de concordance entre *forum* et *jus*.

[1449] À tel point qu'il a semblé nécessaire de la minimiser : « En réalité Savigny n'est pas si exigeant qu'on le dit parfois sur les conditions d'existence de la communauté de droit, au sens de mise en commun, à la disposition du juge, des règles des divers peuples. S'il met en avant l'influence du christianisme, et celle du droit romain, comme liens juridiques et spirituels rapprochant, au-delà de leurs différences, les diverses nations, il n'exclut pas pour autant les peuples non chrétiens ; il parle de la "communauté de droit entre tous les peuples". […] Et de fait la seule communauté hors de laquelle le phénomène de coordination serait impensable est la communauté humaine dans son ensemble ». P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op.cit.,* p. 62-63.

[1450] L'auteur allemand traite ainsi « d'une communauté de droit entre États indépendants, qui tend à régler d'une manière uniforme la collision de différents droits positifs ». F.C. VON SAVIGNY, *op.cit.,* t. VIII, p. 32.

[1451] Le professeur Lukas Rass-Masson démontre tout d'abord la contradiction entre le présupposé de la communauté de droit et la recherche de la localisation du rapport de droit dans la nature des choses ; l'existence d'une communauté de droit étant nécessairement contingente tandis que le postulat de la nature des choses est un nécessaire universel absolu. « Partir de l'universalité des choses, comme cela est le cas lorsque l'on s'appuie sur la "nature des choses", ou de la communauté de droit n'est absolument pas la même chose. La première, nous l'avons vu, implique une méthode aprioristique, édictant ou prédictant les solutions, tandis que la seconde implique une méthode empirique, constatant les solutions ».
L'auteur insiste ensuite, à son tour, sur le fait que « le présupposé de Savigny n'est donc pas la communauté matérielle, mais la communauté de droit international public, la "*völkerrechtliche Gemeinschaft*". Il s'agit dès lors d'une communauté des principes sur lesquels est construit le système de droit international privé, ce qui renvoie à l'École hollandaise, mais ne constitue pas une vraie originalité de la part de Savigny ». L. RASS-MASSON, *op.cit.,* p. 111-112.

[1452] Bartin met au centre de ses analyses la « notion de communauté internationale sur laquelle repose le droit international privé tout entier ». E. BARTIN, *Études de droit international privé*, *op.cit.*.
Pour une analyse de la déformation de la notion de communauté de droit par Bartin voir : L. RASS-MASSON, « La contribution de la doctrine particulariste au droit international privé (Analyse critique des théories de Bartin et de Kahn au regard de l'érosion contemporaine du paradigme juridique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 1349.

[1453] B. ANCEL, « Destinées de l'article 3 du Code civil », *op.cit.,* p. 2..

1003. La comparaison est intéressante, car cette concordance entre *forum* et *jus* se développe effectivement dans un contexte coopératif de rapprochement des droits qui tend à créer les conditions de la communauté de droit évoquée par Savigny et par son successeur particulariste.

1004. Singulièrement, la concordance des compétences est favorisée par la formation d'une communauté de droits substantiels (SECTION 1) et encouragée ou accompagnée par des processus de coopération qui viennent renouveler l'harmonie des solutions (SECTION 2)

SECTION 1 : LA FORMATION D'UNE COMMUNAUTÉ DE DROITS PAR LE RAPPROCHEMENT DES DROITS

1005. Le rapprochement des droits est aujourd'hui largement encouragé sous l'impulsion des phénomènes de régionalisation. Se forme en particulier une communauté de droits autour d'une culture européenne commune[1454]. C'est dans ce contexte que se développe la concordance des compétences.

1006. Le rapprochement des droits est l'objet du droit comparé. En droit comparé, ce procédé est utilisé comme une fin en soi, comme le but de cette discipline. Le rapprochement des droits peut également être utilisé par les ordres juridiques supranationaux comme un outil. Il est notamment nécessaire pour parfaire la réalisation des objectifs que se fixe le droit de l'Union européenne d'une part et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme d'autre part.

1007. Le rapprochement des droits matériels s'opère par l'intermédiaire de deux méthodes bien connues : l'unification et l'harmonisation. L'unification vise l'unité. « L'unification implique l'identité, l'élimination de toute différence. Son objectif reste de traiter de façon identique des opérations internationales au sens large soit par leur objet soit par leur élément d'extranéité »[1455]. Le procédé d'harmonisation vise, quant à lui, à gommer les différences entre les législations sans en faire disparaître la diversité.

1008. Tant l'unification (§1) que l'harmonisation (§2) favorisent la création d'une communauté de droits qui permet plus facilement la concordance des compétences de voir le jour et de prospérer.

§1 : L'influence de l'unification du droit sur le phénomène de concordance des compétences

1009. Le phénomène de concordance des compétences juridictionnelle et législative est d'abord permis par l'unification conflictuelle. Il se développe effectivement en présence d'une unité des règles conflictuelles (A). Or, cette influence ne peut être analysée

[1454] Cette culture européenne était une donnée importante pour Savigny. « Pour Savigny, le droit civil organiquement et se meut dans un monde de concepts où se mêlent histoire, dogmatique juridique et lois positives. La reconnaissance du pluralisme des législations nationales se combine avec la vision d'une culture européenne commune pour parvenir à une solution universaliste des conflits de lois ». J.-L. HALPERIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, *op.cit.,* p. 61

[1455] C. P. PAMBOUKIS, « Droit international privé holistique : droit uniforme et droit international privé », *RCADI*, 2008, t. 330, p. 39.

seule, car elle est elle-même tributaire d'un cadre normatif propice aux rapprochements relatifs, mais progressifs des droits matériels cette fois. Le rapprochement des droits conflictuels et leur rapprochement matériel s'alimentent réciproquement et forment une communauté en perpétuel perfectionnement qui favorise la tendance à la concordance entre *forum* et *jus* (B).

A- L'influence de l'unification du droit conflictuel sur le phénomène de concordance des compétences

1010. L'unification conflictuelle permet d'universaliser les règles de droit international privé, d'unifier les méthodes de résolution des conflits de normes. Savigny était favorable à cette unification : « les vues que je viens d'exposer sur la possibilité et les avantages qu'il y aurait à régler d'un commun accord la collision des droits locaux, se trouvent en grande partie réalisées par les traités conclus à ce sujet entre différents États, surtout entre États voisins, où les cas de collision sont les plus fréquents »[1456]. Cette volonté et cette nécessité d'universaliser le droit international privé ne sont donc pas nouvelles[1457].

1011. Depuis, l'unification est un procédé d'élaboration des règles de droit international privé devenu classique[1458] et l'analyse renouvelée des liens entre compétence juridictionnelle et loi applicable s'inscrit dans ce mouvement. Cette concordance des compétences juridictionnelle et législative a été consacrée dans le cadre de la conférence de La Haye (1), mais prend toute son expansion au sein de l'espace européen (2).

1- L'origine du phénomène de concordance : l'unification conflictuelle dans le cadre de la Conférence de La Haye

1012. Une œuvre majeure d'unification conflictuelle[1459] du droit international privé au niveau mondial se fait sous l'égide de la Conférence de droit international de La Haye créée en 1893, organisation internationale interétatique, et s'effectue « branche par

[1456] F.C. VON SAVIGNY, *op.cit.,* t. VIII, p. 33.
[1457] De même, cela rappelle dans un autre contexte théorique l'énoncé de l'article de Mancini qui en pointait l'utilité : P. S. MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles » *JDI*, 1874, p. 221.
[1458] H. BATIFFOL, « L'état du droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'Ouest », *JDI*, 1973, p. 26.
[1459] Les statuts de la Conférence de La Haye prévoient ainsi que l'organisation internationale « a pour but de travailler à l'unification progressive des règles de droit international privé ». Cité dans C. BRIERE, « Réflexions sur l'influence de la Conférence de La Haye », *D.,* 2018, p. 1656.

branche »[1460]. Les travaux de la Conférence de La Haye ont pu donner lieu à l'édiction de près d'une quarantaine de Conventions internationales[1461] et la Conférence a constitué pendant de nombreuses années la seule organisation créant du droit international privé de source internationale[1462]. L'universalisation permet comme toute unification de résorber le problème de discontinuité des ordres juridiques[1463] et de s'assurer de la complétude des ordres juridiques.

1013. La Conférence de La Haye n'a plus ce monopole, mais continue d'œuvrer dans des domaines présentant des enjeux importants et ses travaux ont également servi à certaines occasions de modèle à la création du droit international privé au sein de l'Union européenne, membre de la Conférence depuis 2007[1464].

1014. Cette œuvre d'unification est importante pour notre étude, car c'est dans les conventions de La Haye que le phénomène de liaison entre *forum* et *jus* a pour la première fois eu vocation à se généraliser[1465]. Cela tient à l'approche intégrée des règles de conflit de juridictions et des règles de conflit de lois[1466]. Cette approche intégrée des règles de conflit de juridiction et de conflit de lois s'étant effectuée « branche par branche » a

---

[1460] J. H. A. VAN LOON, « Quelques réflexions sur l'unification progressive du droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye », *Liber Memorialis François Laurent 1810-1887*, Bruxelles, éd. Story Scientia, 1989, p. 1133.

[1461] Toutes n'ont cependant pas été ratifiées en raison des difficultés à concilier les systèmes juridiques anglo-saxon et romano-germanique. Voir en ce sens : C. BRIERE, « Réflexions sur l'influence de la Conférence de La Haye », *op.cit.,* p. 1656

[1462] Pour une vision d'ensemble de l'influence de la Conférence de La Haye sur le droit international privé : A. VON OVERBECK, « La contribution de la conférence de La Haye au développement du droit international privé », *RCADI*, 1992-II, t. 233, p. 9 ; K. LIPSTEIN, « One hundred years of Hague Conferences on private international law », *International and Comparative Law Quaterly*, 1993, p. 553. Sur les défis originaires de la Conférence : G. J. W. STEENHOFF, « Asser et la fondation de la Conférence de La Haye de droit international privé », *Rev. Crit. DIP*, 1994, p. 297 ; B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité », *op.cit.,* spec. p. 60 et s.

[1463] « Grâce aux conventions internationales il est possible de vaincre la discontinuité des ordres juridiques et de supprimer les inconvénients que celle-ci inflige aux individus ». Y. LEQUETTE, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI*, 1994, t. 246, p. 50. Du même auteur : « Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours général de droit international privé », *RCADI*, 1982, t. 176, p. 144.

[1464] Sur les interactions entre les deux organisations : E. PATAUT, « De Bruxelles à La Haye, droit international privé communautaire et droit international privé conventionnel », *op.cit.*, p. 661.
Une influence réciproque est amenée à jouer du fait de l'adhésion de l'Union européenne à la Conférence de La Haye. En effet, dans les domaines dans lesquels l'Union européenne a déjà légiféré, il semble désormais difficile de créer un droit international privé qui se distingue radicalement de celui créé par l'Union européenne, sauf à remettre en cause un droit accepté par un grand nombre, voire par tous les États membres de l'Union européenne. Dès lors, la rencontre entre la Conférence de La Haye et l'Union européenne en matière d'unification conflictuelle pourrait tendre à l'avenir à un rapprochement des droits nationaux en dehors de la sphère régionale. Le risque demeure cependant de voir se renforcer les tensions conceptuelles entre les pays de traditions juridiques opposées, comme c'est le cas en matière de compétence juridictionnelle.

[1465] Voir *supra* n°723 et s.

[1466] « Ce changement de perspective contribue à multiplier les liens entre les deux compétences ». S. CORNELOUP, « Les liens entre *forum* et *ius*, réflexions sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op.cit.,* spéc. p. 467.

entrainé une spécialisation des règles de conflit. Or, plus l'approche du législateur est précise, plus le problème posé par l'internationalité du litige est susceptible de recevoir une réponse « sur mesure » semblable pour les deux corps de règles. En effet, il ne s'agit plus de déterminer des règles de compétence juridictionnelle « générale » permettant d'assurer l'accès au juge, mais de déterminer les hypothèses pertinentes dans lesquelles les juridictions d'un État peuvent être amenées à connaître d'une matière précise par l'adoption de règles de compétence spécialisées[1467].

1015. Si la Conférence de La Haye a pu apparaître pionnière en la matière, cette tendance à la concordance est largement poursuivie et approfondie par l'unification conflictuelle au sein de l'Union européenne.

2- L'approfondissement du phénomène de concordance : l'unification conflictuelle au sein de l'Union européenne

1016. L'unification des règles dans le contexte de l'Union européenne présente une certaine spécificité[1468] du fait de son cadre institutionnel et substantiel, car « les institutions communautaires ont de plus en plus conscience de la nécessité de forger des règles de conflit de lois, non comme une alternative au processus de rapprochement des législations nationales, mais comme un élément, une composante de ce processus »[1469]. Rappelons que l'intégration fondée sur le marché intérieur a rendu nécessaire le développement d'un droit international privé européen[1470]. Ce dernier s'est ensuite peu à peu émancipé de son rattachement au marché intérieur pour devenir une partie autonome de la coopération judiciaire. Mais, même émancipée de son attache au marché intérieur, cette dimension économique perdure et est importante pour expliquer le choix du législateur de favoriser la concordance entre juge compétent et loi applicable.

1017. La dimension économique perdure en effet, car « les liens entre intégration économique et coopération judiciaire ne se réduisent pas aux apparences, […] il existe

[1467] En matière de protection des mineurs, les États ont effectivement accepté « une auto-limitation de leur compétence de protection des enfants ». P. LAGARDE, « La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs », *Rev. Crit. DIP*, 1997, p. 217.
[1468] Comme l'a formulé Batiffol, à propos de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, dans une formule demeurée célèbre, « La Convention a constitué un système judiciaire européen dont l'originalité et l'effectivité n'ont pas d'équivalent ». H. BATIFFOL, préface à P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Jupiter, 1985.
[1469] J-S. BERGE : « Le droit d'une communauté de lois : le front européen », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 122.
[1470] Voir *supra* n°48 et s.

aussi une connexion substantielle et fondamentale. Pour faire valoir leurs droits nés de transactions sur le marché unique, les entreprises et consommateurs ont besoin d'un accès facile à la justice contre leurs cocontractants étrangers »[1471]. La volonté de former un espace de coopération et d'intégration favorise l'élimination de tout obstacle tenant à l'action en justice[1472]. Les Règlements européens font aussi apparaître cette dimension dans les préambules lorsque les textes indiquent que « *l'Union doit adopter des mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur* ».

1018. Tout en voulant s'émanciper du marché intérieur pour rentrer dans le giron de la coopération judiciaire, les textes, même les plus récents en matière familiale[1473], continuent de faire référence au bon fonctionnement du marché intérieur[1474]. L'accent est mis sur l'accès aux tribunaux et sur la circulation des personnes et de leur statut[1475]. De ce fait, il importe qu'une réglementation existe pour permettre aux individus d'accéder à un statut avant que celui-ci puisse s'exporter aisément au sein de l'espace judiciaire européen. Il est certain que « la protection de ce statut familial est donc une condition indispensable pour la pleine réalisation du droit de l'Union européenne, à travers la reconnaissance de la libre circulation des personnes »[1476]. Cela est corroboré par l'aspect politique de l'intégration européenne autour du citoyen européen et sa libre circulation. En matière familiale, l'Union européenne poursuit effectivement au-delà de la dimension économique du droit de l'Union européenne un objectif plus politique d'intégration[1477]. Dès lors, lorsqu'il s'agit de trouver un consensus sur la solution des règles de conflits et en présence

[1471] M. LEHMANN, E. LEIN, « L'espace de justice à la carte ? La coopération judiciaire en Europe à géométrie variable et à plusieurs vitesses », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 1093, spéc. p. 1103. Les auteurs entreprennent cependant ensuite de distinguer conceptuellement les deux espaces.

[1472] Observant le droit de la famille, un auteur affirme en ce sens que la coopération judiciaire « vise à simplifier l'environnement judiciaire des citoyens européens en encourageant la compatibilité des règles relatives aux conflits de lois et des règles sur la compétence judiciaire, en éliminant les obstacles au bon fonctionnement des actions civiles dans l'espace judiciaire européen et en assurant la libre circulation des décisions judiciaires et extrajudiciaires civiles en Europe. En résumé, elle tend à protéger l'exercice des droits civils des citoyens européens quel que soit l'État membre dans lequel ils se trouvent ». A. THURILLET-BERSOLLE, *Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*, thèse dactyl. Dijon, 2011, p. 81.

[1473] Considérants 1 des Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux et Règlement (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

[1474] Pour une analyse critique de cette disposition à propos du Rome II : J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, *op.cit.,* p. 76, n° 99.

[1475] Voir infra section 2 de ce chapitre.

[1476] L. RASS-MASSON, *Les fondements du droit international privé de la famille*, *op.cit.,* p. 293.

[1477] Objectif qui n'est certes pas toujours assumé comme tel. Voir en ce sens : L. RASS-MASSON, *op.cit.,* p. 291 et s.

de traditions juridiques différentes, la concordance des compétences comme solution du conflit de lois présente nécessairement une facilité pour la construction du droit international privé. La concordance existe par et pour l'unification.

1019. Tout d'abord, à l'instar des instruments de la Conférence de La Haye, l'approche spécialisée de chaque matière permet plus facilement l'adoption d'une réglementation à tendance unitaire du conflit de juridictions et du conflit de lois. Le législateur a de plus en plus conscience de la nécessité de traiter ensemble l'aspect juridictionnel et matériel du litige.

1020. Ensuite et surtout, afin de parvenir aux objectifs de libre circulation que ce soit en matière économique ou familiale, la création d'un droit international privé européen a été un outil clé. Et, pour créer ce droit international privé, la concordance entre juge compétent et loi applicable représente indéniablement une facilité technique[1478].

1021. En outre, quel que soit l'objectif visé ou privilégié, économique ou politique, que poursuit la construction du droit international privé européen, la concordance des compétences permet d'atteindre cet objectif plus efficacement et plus rapidement. Cette faveur accordée à la concordance s'explique par un accès encore plus aisé au juge et un règlement du litige largement facilité. Cette concordance limite le coût de la procédure, facilite le travail du juge et augmente la célérité de la justice. S'ajoute une meilleure prévisibilité du droit applicable, car les exceptions de fraude ou d'ordre public international, le renvoi ne sont pas déployés lorsqu'il s'agit d'appliquer la loi du for. De même, la question du rattachement en matière de question préalable disparaît[1479]. L'issue du litige est donc plus facilement déterminable.

1022. On retrouve ainsi une série d'arguments pragmatiques qui expliquent en grande partie le développement de la concordance entre juge compétent et loi applicable dans

[1478] « L'unification progressive du droit international privé européen s'est étendue du conflit de juridictions au conflit de lois. Si l'accouchement des instruments conventionnels (désormais les Règlements dits " Rome I " et " Rome II ") relatif à la détermination de la loi applicable aux obligations a été sensiblement plus difficile que celui du régime juridictionnel commun (désormais le Règlement dit " Bruxelles I " et sa version révisée ou " refondue ") dans la même matière, désormais le mouvement d'unification s'accélère de façon à englober la quasi-totalité du droit personnel et patrimonial de la famille. Pareil expansion du champ du droit international privé de l'Union a été facilitée, sur le plan technique, par la convergence délibérée du for et du *ius* […] ». D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. II, Partie spéciale, Paris, PUF, 4ème ed., 2017, n° 1151.

[1479] En ce sens, « il en va également ainsi du renvoi, qui présuppose que la règle de conflit de lois désigne une loi étrangère, ou du rattachement des questions préalables, lequel ne peut être qu'autonome, faute de lex causae étrangère ». S. CORNELOUP, « Les liens entre *forum* et *ius*, réflexions sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op.cit.,* p. 474.

l'espace européen[1480]. C'est donc dans cet environnement de rapprochement normatif lié à l'intégration économique et politique que se développe la concordance des compétences. Cette concordance limite en ce sens les conséquences du phénomène de la frontière sans pour autant que le législateur européen recherche à nier la diversité législative puisque le raisonnement en termes de conflit de lois perdure. La concordance est donc permise par l'unification des règles de droit international privé et répond à son tour aux besoins concrets liés à la rationalité de l'espace européen.

1023. La concordance fréquente des compétences juridictionnelles et législatives permet donc au législateur européen de répondre aux besoins pragmatiques liés à la rationalité de l'espace européen. Cette unification conflictuelle qui donne naissance à la concordance est également rendue possible et encouragée par le rapprochement progressif des droits matériels.

B- L'influence de l'unification du droit matériel sur le phénomène de concordance des compétences

1024. La formation d'une communauté de droits s'effectue avant tout par la création d'un droit primaire de l'Union européenne qui s'applique à tous les États membres de manière uniforme. Ce droit primaire vient fixer les bases de la construction européenne et va lier les États autour d'un cadre commun. Il fixe un cadre de coopération et crée parfois un véritable *jus commune* à l'ensemble des États membres et des citoyens européens. Il est de nature à influencer le développement du droit international privé et permet de donner corps à une véritable culture commune.

1025. Ensuite, en droit dérivé, il est classique en droit de l'Union européenne de distinguer les règlements et les directives. Dans le cadre de l'Union européenne, l'unification est réalisée par voie de règlements. La compétence pour édicter des règlements appartient à l'Union européenne. Ces règlements substituent la législation du droit de l'Union européenne à celles des droits des États membres. En cela, elle remplace la diversité par une norme unique et directement invocable dans l'ordre juridique. Plus qu'une convergence entre les droits, c'est l'unité qui est recherchée. Les États membres ont consenti à être privés de leur compétence normative dans le domaine visé. Des

[1480] Dans ce contexte institutionnel et normatif, « les inconvénients en termes de coûts ou de complexité seraient disproportionnés ». *Ibid*, p. 472.

règlements de droit substantiel ont pu permettre d'appréhender des matières tout en prenant en considération l'internationalité potentielle de la situation[1481].

1026. Plus récemment, l'œuvre législative de l'Union européenne s'est étendue également en matière procédurale[1482] où l'Union européenne a voulu poser les premiers jalons d'un ordre processuel[1483].

1027. Ce droit uniforme né des Règlements reste encore parcellaire en raison des compétences de l'Union européenne et des difficultés de s'accorder sur une législation uniforme, même en droit privé[1484]. À elle seule, l'unification matérielle n'exerce donc que peu d'influence sur le rapprochement des droits et *in fine* sur le phénomène de concordance des compétences. En conséquence, c'est surtout par le biais des directives et de l'harmonisation du droit que se réalise une vraie politique de rapprochement des droits.

[1481] Voir notamment le Règlement (CEE) n°1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté ; le Règlement (CEE) n°1983/83 concernant l'exemption par catégorie à certains accords de distribution exclusive ; le Règlement (CEE) n°1984/83 de la Commission, du 22 juin 1983 concernant l'exemption à certaines catégories d'accords d'achat exclusif ; le Règlement (CEE) n°4055/86 du Conseil du 22 décembre 1986 portant application du principe de la libre prestation des services aux transports maritimes entre États membres et entre États membres et pays tiers ; le Règlement (CEE) n°4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

[1482] Voir notamment : le Règlement (CE) n°1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale ; le Règlement (CE) n°805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées ; le Règlement (CE) n°1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer ; le Règlement (CE) n°861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges ; le Règlement (CE) n°1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (signification ou notification des actes).

[1483] Sur lequel, E. JEULAND, « Les développements procéduraux récents de l'espace judiciaire européen : la naissance d'un ordre processuel interétatique », *TCFDIP*, 2008-2010, p. 55.

[1484] L'exemple du droit des contrats en atteste. Voir notamment : S. WEAHTHERIL, « European Private Law and the Constitutional Dimension », in F. CAFAGGI (dir.) *The institutional Framework of European Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 37 ; H.-W. MICKLITZ, « La main visible du droit privé réglementaire européen. Le passage du droit privé européen de l'autonomie vers le fonctionnalisme dans le cadre de la concurrence et de la réglementation », *RIDE*, 2014, p. 5. V. RIVOLLIER, *La doctrine et la (re)construction d'un droit privé européen*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2016 ; du même auteur : « Les paradoxes du droit privé européen », *Revue de droit de l'Union européenne*, 2018, p. 634 ;

§2 : L'influence de l'harmonisation du droit sur le phénomène de concordance des compétences

1028. « Le passage de l'unification à l'harmonisation semble pouvoir se marquer dans une transformation de l'écriture du droit commun »[1485]. Pour ce faire, ce procédé se distingue de l'unification en ce qu'il se passe d'une règle unique pour préférer l'élaboration de standards uniques tout en préservant la diversité de règles[1486]. Le standard juridique, dont l'analyse contemporaine semble nous venir des États-Unis[1487], se caractérise par le fait qu'il n'est pas une règle de conduite, mais une technique qui sert ensuite à élaborer une règle de droit, dont le contour n'est pas prédéterminé. Surtout, le standard juridique « vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité »[1488]. C'est le cas par exemple du caractère raisonnable, de la proportionnalité, de l'intérêt supérieur de l'enfant, etc.

1029. Il faut comprendre qu'en cas d'harmonisation, le standard précède la règle ou éventuellement le standard visé. Les États ont effectivement le choix d'élaborer une règle rigide qui répond au standard prévu par le législateur supranational ou bien de venir poser à leur tour un standard. Dès lors, dans l'unification, il s'agit d'élaborer une règle de droit prédéterminée et commune qui peut éventuellement fixer un standard, tandis que dans l'harmonisation, il est question de formuler un standard avant d'en faire découler une règle de droit ou un standard.

1030. Cette technique est employée tant par le droit de l'Union européenne que par le droit du Conseil de l'Europe pour effectuer un rapprochement structurel substantiel des ordres juridiques étatiques. L'on retrouve ici ce que le professeur Yves Lequette a relevé comme facteur de renouvellement du paradigme conflictuel à savoir la fondamentalisation et la communautarisation[1489]. Sans reprendre l'ensemble des mutations induites par la fondamentalisation et la communautarisation, l'étude de la

---

1485 J. PORTA, *La réalisation du droit communautaire, Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Fondation Varenne, LGDJ, 2007, t. I, p. 280.

1486 Voir en ce sens J. PORTA, *op.cit.,* p. 280 et s.

1487 Voir en ce sens l'article d'André Tunc qui relate une communication de 1919 du doyen Roscoe Pound à l'*American Bar Association* : A. TUNC, « Standards juridiques et unification du droit », *RIDC,* 1970, p. 247. Plus récemment, une étude importante a été réalisée sur l'utilisation du standard par D. KENNEDY, « Form and Substance in Private Law Adjudication », 1976, *Harv. LR*, p. 1695.

1488 S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, LGDJ, 1980.

1489 Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *op.cit.,* p. 351 et s.

formation d'une communauté de droits matériels permettra de comprendre en quoi elle est de nature à exercer une influence indirecte, mais importante, sur le phénomène de concordance des compétences.

1031. L'étude de l'harmonisation du droit matériel de l'Union européenne (A) sera suivie de celle de l'harmonisation des droits fondamentaux (B).

A- L'influence de l'harmonisation du droit matériel de l'Union européenne sur le phénomène de concordance des compétences

1032. Au sein de l'Union européenne, la directive est l'outil privilégié de l'harmonisation. Dans un environnement de type fédéral de répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres, la directive permet de définir un cadre de réglementation commun autour d'un objectif européen tout en déléguant aux États membres la transposition de cet objectif. La fin appartient donc à l'Union européenne par l'élaboration d'une norme européenne tandis que les moyens pour y parvenir sont laissés aux mains des États membres par l'élaboration de normes étatiques. Cette harmonisation législative est importante, car elle permet de s'assurer de l'existence d'un corps de règles fondé sur des intérêts uniformes. Il convient de noter qu'en raison du partage des compétences entre l'Union européenne et les États membres, certains domaines ne sont pas ou peu touchés par cette harmonisation. C'est le cas par exemple en matière de droit de la famille.

1033. Deux sortes d'harmonisations existent. D'une part, l'harmonisation dite complète ou maximale laisse peu ou pas de marge aux États membres dans la transposition des directives. Ils doivent s'en tenir à la norme communautaire. En ce sens, un travail important est réalisé par l'Union européenne en matière de contrat de consommation par exemple[1490]. D'autre part, l'harmonisation minimale laisse aux États une plus grande marge de manœuvre pour transposer la norme européenne. Par le recours aux directives, le rapprochement des droits et la convergence matérielle entre les différents ordres juridiques des États membres sont largement favorisés.

[1490] Par exemple : Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs qui notamment, modifie la directive 93/13/CE relative aux clauses abusive et la directive 99/44/CE relative à la vente et aux garanties en matière de bien de consommation. Directive 2008/122/UE relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagés, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange.

1034. Les directives étant non pourvues d'effet direct, particulièrement dans les rapports horizontaux, il a fallu garantir leur primauté grâce à un contrôle juridictionnel par l'intermédiaire de l'interprétation conforme[1491]. Le rapprochement des droits est ainsi encadré par un contrôle juridictionnel devant la Cour de Justice de l'Union européenne de l'interprétation conforme des droits nationaux à la directive européenne[1492]. Cela permet notamment en cas d'absence ou de mauvaise transposition de la norme de droit dérivé d'œuvrer pour une convergence effective des droits nationaux dans le respect du droit de l'Union européenne.

1035. L'harmonisation législative tend à former une communauté matérielle, même si cela n'empêche pas les États membres d'aller plus loin que l'objectif affiché dans la directive. De fait, les « vrais conflits » entre les législations des États membres ont tendance à disparaître au profit d'une fongibilité accentuée des ordres juridiques.

1036. Mais, la diversité formelle des législations ne fait pas pour autant disparaître le conflit de lois dans l'espace[1493]. Seulement, le conflit de lois est plus paisible, rendant plus rares les « vrais conflits ». À cet égard, le droit international privé reste un outil clé pour gérer cette diversité et articuler les droits des États membres. Il ne s'agit plus de jouer sur les causes de la diversité, c'est-à-dire sur la substance du droit, mais sur les effets de la multitude de législations en cas de litige à caractère international. Le droit international privé intervient donc en soutien de l'incomplétude de l'ordre juridique européen.

1037. Ce procédé de rapprochement de droits est important dans la recherche des explications de la concordance entre compétence juridictionnelle et compétence législative. En effet, si le droit international privé de l'Union européenne est un « droit international privé sans loi du for »[1494], lorsqu'un domaine a été harmonisé par le biais d'une directive, se crée, non pas une véritable *lex fori* européenne, mais des standards européens qui tendent à donner naissance à des *lex fori* étatiques standardisées.

[1491] CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing SA*, aff. C-106/89 ; CJCE, 7 décembre 1995, *Rockfon*, aff. C-449/93 ; CJCE, 7 décembre 1995, *Luigi Spano et Fiat Geotech*, aff. C-472/93, commentaire joint : *Revue Europe*, 1996, n°66, obs. D. SIMON ; CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial*, aff. jointes C-240/98 à C-244/98 ; CJCE, 14 septembre 2000, *Collino et Chiappero*, aff C-343/98.

[1492] Sur ce contrôle voir notamment : V. R. KOVAR, « L'interprétation des droits nationaux en conformité avec le droit communautaire », in *Mélanges en l'honneur de J. Charpentier*, Paris, Pedone, 2008, p. 381 ; D. SIMON, v° « Directive », *Répertoire de droit européen,* Dalloz, 2018, n°129 et s.

[1493] En ce sens, « […] l'harmonisation européenne ne fait pas disparaître le conflit de lois ; au contraire, par les équivalences instituées, elle crée le cadre adéquat pour la mise en œuvre des règles traditionnelles de conflit », ELENA-ALINA OPREA, *Droit de l'Union européenne et loi de police*, *op. cit.*, p. 199.

[1494] J. BASEDOW, « Spécificité et coordination du droit international privé communautaire ». *TCFDIP*, 2002-2004, p. 280.

1038. Ainsi, la norme européenne commune ne peut pas véritablement être qualifiée de *lex fori,* même si elle s'en rapproche, puisqu'elle n'est pas directement applicable devant le juge dans les litiges entre particuliers. Mais la norme commune s'est diffusée dans les droits nationaux et leur substance s'en trouve modifiée. Les différentes lois du for présentent dès lors un double aspect national et européen, même si formellement elles restent éminemment nationales[1495].

1039. Tout cela confirme que l'harmonisation européenne ne fait pas disparaître le conflit de lois ; au contraire, par les équivalences instituées, elle crée le cadre adéquat pour la mise en œuvre des règles traditionnelles de conflit. L'on peut y voir ici une parenté avec la pensée de Bartin. Prenant appui sur la doctrine de Savigny et l'exemple du droit romain, celui-ci expliquait alors que « cette généralisation du droit romain, sa diffusion dans les législations particulières qui l'ont matériellement remplacé, tout cela établit entre ces législations un principe d'unité qui fait qu'elles peuvent obéir à des règles communes de conflit. Il y a, entre ces législations, une communauté de droit, due à leurs origines communes. Ce n'est là ni une conception humanitaire, ni une théorie philosophique : c'est un résultat de l'histoire »[1496].

1040. Aussi importe-t-il désormais peu que les juges appliquent une loi étrangère, car les droits sont, dans les domaines harmonisés, très majoritairement similaires. Ils sont, dans une grande mesure, équivalents. La protection des parties faibles par exemple a fait l'objet tant d'une réglementation substantielle de droit dérivé que d'une réglementation de droit international privé qui favorise la concordance entre *forum* et *jus*. « L'orientation plus souple et plus libérale dont semble témoigner le droit dérivé repose donc nécessairement sur la conviction, ou la présomption, d'une interchangeabilité des fors et des droits applicables »[1497]. Face à cette fongibilité matérielle, il importe qu'une solution de droit international privé soit donnée, peu importe laquelle. Les arguments pragmatiques au soutien de la concordance des compétences*,* développés plus tôt, peuvent être facilement invoqués lorsque l'essence même du droit est garantie. Cette communauté matérielle de droits apportée par les directives favorise donc la concordance des compétences.

[1495] Ce dédoublement s'observe clairement dans le contentieux relatif aux « lois de police européennes ». Voir *supra* n°303 et s.
[1496] E. BARTIN, *Principes de droit international privé d'après la loi et la jurisprudence françaises*, *op.cit.,* p. 157, § 69.
[1497] D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. II, Partie spéciale, Paris, PUF, 2017, n°620-8.

1041. De même, et dans une autre mesure, la Cour de justice vient en quelque sorte harmoniser les standards lorsqu'elle circonscrit le périmètre des lois de police. Elle limite ainsi les hypothèses de concordance imposée des compétences en harmonisant le seuil à partir duquel il est possible de faire obstacle au règlement « normal » du conflit de lois. Elle redessine et harmonise les contours de l'intérêt public étatique pour préserver ce qui est nécessaire aux particularismes étatiques sans entraver outre mesure la construction du droit international privé de l'Union européenne fondé sur la fongibilité et la concurrence des ordres juridiques.

1042. La tendance à la concordance entre *forum* et *jus* se déploie dans cet environnement de rapprochement législatif. Une même explication peut (ou pourrait) voir le jour à travers la communauté de droits fondamentaux existant en Europe.

B- L'influence de l'harmonisation des droits fondamentaux sur le phénomène de concordance des compétences

1043. L'essor des droits fondamentaux est un phénomène mondial. Comme l'observe le professeur Y. Lequette, la fondamentalisation, c'est-à-dire « la montée en puissance considérable » des droits fondamentaux touche l'ensemble de la planète et est une des causes des changements de paradigmes affectant le droit[1498] et particulièrement le droit international privé contemporain[1499]. Dans le même temps, c'est le sens de la fondamentalité qui est interrogé en raison de la multitude de textes et de contenus concernant les droits fondamentaux[1500]. C'est particulièrement l'essor des droits fondamentaux sur le territoire européen qui retient notre attention, même s'il n'est pas possible de cloisonner entièrement les différents espaces[1501] – le développement du dialogue des juges en témoigne[1502].

[1498] F. CHENEDE, « Le Droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur G. Champenois*, Defrénois, 2012, p. 139.

[1499] Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *op.cit.,* p. 351 et s. Voir également : P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, *op. cit.* ; L. GANNAGE, *La hiérarchie des normes et les méthodes de droit international privé*, *op.cit.,*; P. KINSCH, « Droits de l'Homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI*, 2005, t. 318 ; p. 9 ; F. MARCHADIER, *op.cit.* ; S. FULLI-LEMAIRE, *op.cit.* ; R. LEGENDRE, *op.cit.*.

[1500] Pour un inventaire des différents textes en matière de droit de l'Homme voir : Avant-Projet de Résolution sur les droits de l'Homme et le droit international privé de l'Institut de droit international, 2017, rapporteur J. BASEDOW.

[1501] Selon la Cour européenne des droits de l'Homme, « *il convient en effet, en vertu de l'article 31 §3 c) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, de tenir compte de "toute règle pertinent de droit international applicable dans les relations entre les parties"*, en particulier celles relatives à la protection internationale des droits de l'homme » : CEDH, Grande

1044. La Convention européenne des droits de l'homme, notamment, crée un socle commun de droits fondamentaux en Europe qui tend à rapprocher les droits nationaux. Elle est envisagée comme « un outil de l'unité européenne »[1503]. Le rôle d'interprétation de la Cour de Strasbourg est devenu considérable en raison du caractère évolutif de l'instrument qui est conçu comme un « instrument vivant » [1504] devant s'adapter aux évolutions de la société. Par ces arrêts, la Cour européenne des droits de l'homme oblige les États membres à mettre leurs décisions et leurs législations en conformité avec les exigences de la Convention. La jurisprudence de la Cour européenne est notamment la cause de certaines réformes intervenues en droit interne. De ce fait, « les droits fondamentaux constituent une source, un concept et une pratique commune aux différents ordres juridiques étatiques, ils contribuent à réduire les différences entre les États »[1505].

1045. Si tous les États membres de l'Union européenne sont également parties à la Convention européenne des droits de l'homme, au sein de l'Union européenne, la seule protection des droits fondamentaux passait initialement par le principe de non-discrimination, dont l'objet était — et demeure toujours — au service d'objectifs économiques[1506]. En dehors de l'interdiction des discriminations, la protection des droits fondamentaux n'a acquis une valeur de principe général du droit communautaire que tardivement avec le traité de Maastricht, et en référence à la Convention européenne des droits de l'homme[1507].

---

chambre, 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c./Suisse* req. n°41615/07, point 131 ; *RTDH*, 2012, p. 377, note D. RIETIKER ; *RTD civ.*, 2011, p. 733, note J.-P. MARGUENAUD.

[1502] Sur le dialogue des juges : F. LICHERE, L. POTVIN-SOLIS, A. RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2004 ; J. ALLARD, A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation – la nouvelle révolution du droit*, Paris, Le seuil, 2005, p. 14.

[1503] J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2e ed., 2012.

[1504] CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c/Royaume-Uni*, req. n° 5856/72, point 31.

[1505] R. LEGENDRE, *op.cit.,* p. 75.

[1506] Il est conçu comme un « pilier essentiel de l'intégration communautaire ». L'objectif était d'interdire les mesures dites discriminatoires afin de parvenir à la réalisation de l'intégration des marchés nationaux et de créer un espace économique commun. M.-P. PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 17.

Originellement, le champ d'application de ce principe est le marché intérieur. Par la suite, la Cour de Justice a à plusieurs reprises précisé qu'il ne s'applique que lorsque « *le domaine d'application du traité* »[1506] est en cause voir : CJCE, 20 octobre 1993, *Phil Collins*, aff. C-92/92, *RIPIA*, 1994, n°177, p. 351, note M.-A. PEROT-MOREL ; CJCE, 26 septembre 1996, *Data Delecta*, aff. C-43/95, *JDI*, 1997, p. 538, note M. LUBY.

Aujourd'hui, l'on trouve ce principe inscrit à l'article 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

[1507] L'article F § 2 du Traité de Maastricht prévoyait en effet que l'Union européenne « *respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire* ».

1046. Désormais, il faut compter avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[1508] qui vise à formaliser la communauté de valeurs entre les États membres tout en respectant la diversité des cultures et des identités nationales[1509]. Cette Charte, inscrite à l'article 6 du Traité de Lisbonne[1510], a acquis valeur de droit primaire de l'Union européenne, à côté des principes généraux de droit de l'Union européenne[1511]. Ce texte devient la source principale des droits fondamentaux au sein de l'Union [1512] et est invocable lorsque le droit de l'Union européenne est mis en œuvre[1513]. Il s'agit d'une « justiciabilité normative »[1514].

1047. La protection des droits fondamentaux n'a donc cessé d'évoluer au sein de l'espace européen, mais à défaut d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme qui résulte de l'avis 2/13 rendu par la Cour de Justice

---

[1508] Proclamée lors de la ratification du Traité de Nice en 2000, elle est entrée en vigueur avec le Traité de Lisbonne en 2009.

[1509] « *Les peuples de l'Europe, en établissant entre eux une union sans cesse plus étroite, ont décidé de partager un avenir pacifique fondé sur des valeurs communes.*

Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité ; elle repose sur la démocratie et le principe de l'État de droit. Elle place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice.

L'Union contribue à la préservation et au développement de ces valeurs communes dans le respect de la diversité des cultures et des traditions des peuples de l'Europe, ainsi que de l'identité nationale des États membres et de l'organisation de leurs pouvoirs publics au niveau national, régional et local ; elle cherche à promouvoir un développement équilibré et durable et assure la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux, ainsi que la liberté d'établissement ». Préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

[1510] Article 6 du Traité sur l'Union européenne : « *1. L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités. […]*

3. Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ».

[1511] Sur ces principes, R.-E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1996.

[1512] Toutefois, comme le relève le professeur F. Picod, « la référence ainsi faite à la Charte des droits fondamentaux et aux principes généraux ne signifie nullement qu'il s'agit des seules sources de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne. En effet, certaines dispositions des traités constitutifs, en particulier celles qui ont trait à la non-discrimination et à la citoyenneté de l'Union, s'attachent à protéger des droits fondamentaux. En outre, de nombreux actes de droit dérivé protègent précisément des droits fondamentaux au moyen de dispositions qui consistent à mettre en œuvre des principes énoncés dans la Charte et à préciser la portée de véritables droits qui y sont consacrés ». F. PICOD, « Charte des droits fondamentaux et principes généraux du droit », *RDLF*, 2015, chron. n°2.

[1513] Article 51 du Traité sur l'Union européenne : « *1. Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes, organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect dans des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traités* ».

Cette invocabilité pose parfois des difficultés en termes d'invocabilité de la Charte. En ce sens, voir : R. TINIERE, « L'invocabilité des principes de la charte des droits fondamentaux dans les litiges horizontaux », *RDLF*, 2014, chron. 14 ; sur la position récente de la Cour de Justice de l'Union européenne lorsqu'est en jeu une directive dépourvue d'effet direct : CJUE, 17 avril 2018, *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, aff. C-414/16.

[1514] G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2001, Paris, Le Seuil, p. 46.

de l'Union européenne[1515] — pourtant prévue lors du traité de Lisbonne[1516] — elle doit se combiner avec celle de la Convention européenne des droits de l'homme[1517].

1048. Le développement de ces droits est une donnée primordiale pour le droit international privé dont l'objet est la gestion du pluralisme juridique. Ce développement est de nature à entrainer une modification tant des règles de droit international privé européen que de leur solution[1518]. En effet, l'élaboration du droit international privé n'est pas éprise des mêmes enjeux lorsque les droits se rapprochent ou se standardisent, ou encore lorsque les valeurs s'universalisent.

1049. Ainsi, sur le plan procédural, les articles 6§1[1519] et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme[1520] permettent d'offrir aux individus un accès aux tribunaux et d'œuvrer pour « une coordination juridictionnelle »[1521] entre les ordres juridiques en offrant un nombre de standards communs aptes à développer leurs effets en matière de compétence internationale[1522]. En effet, depuis l'arrêt *Golder c./Royaume-Uni* du 21 février 1975[1523], le droit d'action en justice est fondamentalisé. « Dégagé du texte européen par voie d'interprétation et expressément rattaché à la prohibition du déni de justice, il exige que les États Parties à la Convention offrent à chaque individu un tribunal qui puisse statuer sur sa cause »[1524]. Ce droit d'accès peut certes recevoir des limitations, mais ne doit pas porter atteinte à la substance même du droit[1525]. Par l'interprétation

[1515] CJUE ass., 18 décembre 2014, Avis 2/13.
[1516] Article 6.2 du Traité sur l'Union européenne : « *L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités* ».
[1517] Voir *infra* n°1076 et s.
[1518] Nous avons déjà observé en partie son influence sur le déploiement de l'ordre public international. Voir supra Chapitre 3, Titre 1, Partie 1. Voir également *infra* n°1109.
[1519] Article 6§1 droit à un procès équitable : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement […].* »
[1520] Article 13 droit à un recours effectif : « *Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles* ».
[1521] F. MARCHADIER, *op.cit.*
[1522] Pour une étude approfondie de l'incidence des droits fondamentaux sur la compétence internationale : L. USUNIER, *op.cit.,* p. 64 et s. ; F. MARCHADIER, *op.cit.*
[1523] CEDH, 21 février 1975, *Golder c./Royaume-Uni*, req. n° 4451/70. Voir également, CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c./Irlande*, req. n°6289/73.
[1524] F. MARCHADIER, *op.cit. p. 48*.
[1525] CEDH, 18 février 1999, *Waite et Kennedy c./Allemagne*, req. n°26083/94 Pour un rappel récent de cette position en matière de compétence internationale : CEDH, 1er mars 2016, *Arlewin c/Suède*, req. n° 22302/10. *Rev. Crit. DIP*, 2016. 560, note F. MARCHADIER.

jurisprudentielle de cette disposition, de nombreuses garanties procédurales doivent également être respectées, et la fonction de juger tend à être universalisée.

1050. Les articles de la Convention européenne des droits de l'homme sont désormais accompagnés de l'article 19§1 du Traité sur l'Union européenne[1526] et de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[1527]. Sur ce point, il existe une convergence des objectifs entre les deux instruments[1528]. La Cour de Justice de l'Union européenne considère d'ailleurs que « *ledit article 47 assure, dans le droit de l'Union, la protection conférée par l'article 6, paragraphie 1, de la CEDH* »[1529]. L'on retrouve ici ce que Savigny appelait de ses vœux : « dans chaque État les tribunaux seraient accessibles aux étrangers comme aux nationaux (ce qui constitue l'égalité de traitement pour les personnes) »[1530].

1051. La protection procédurale est d'ailleurs indépendante de la qualité de national ou d'étranger dès que la personne relève de la « juridiction » d'un État contractant pour la Convention européenne des droits de l'homme ou qu'est en œuvre le droit de l'Union européenne pour la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le célèbre arrêt *Pellegrini c./Italie*[1531] rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme en matière d'ordre public international procédural a ainsi permis de faire jouer l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme alors même que la situation juridique s'était constituée dans un État non-partie à la Convention.

1052. Sur le plan substantiel, les deux grands textes européens prévoient des garanties relatives aux droits humains les plus essentiels qui ne sauraient souffrir de dérogation. Autour de la Convention européenne des droits de l'homme se crée ainsi une sorte de constitutionnalisation de l'ordre public européen[1532]. Le périmètre de la

[1526] Article 19 §1 TUE : « *La Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de Justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités.*
Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ».

[1527] Article 47 CDFUE Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial : « *Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. […]* ».

[1528] Sur la relation entre les deux articles : J.J. FAWCETT, M. N. SHUILLEABHAIN, S. SHAH, *Human Rights and Private International Law*, *op. cit.*, p. 94 et s.

[1529] CJUE, 6 novembre 2012, *Europese Gemmeenschap c./Otis NV et a.*, aff. C-199/11, *RTD eur.*, 2013, p. 682, note F. BENOIT- ROHMER ; *Procédures*, 2013, p. 19, obs. C. NOURISSAT.

[1530] F.C. VON SAVIGNY, *op.cit.,* t. VIII, p. 29.

[1531] CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini c./Italie*, req. n° 30882/96, *Rev. Crit. DIP*, 2004, p. 106, note L.-L. CHRISTIANS.

[1532] Voir en ce sens, P. LEMMENS, « The European Convention on Human Rights, as an instrument of European public order, based on common values », in N. ALOUPI, D. P. FERNANDEZ ARROYO, C. KLEINER, S. TOUZE (dir.)

fondamentalité s'est ensuite agrandi, et le rapprochement des droits a conquis d'autres domaines et particulièrement le domaine familial, ce qui est parfois source de critiques[1533] tant la jurisprudence de la Cour s'efforce de faire évoluer la source matérielle, mais au risque de s'éloigner de la source formelle, créant ainsi un véritable droit transnational[1534]. Ces droits fondamentaux tels que développés par l'interprétation jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme préservent la diversité des législations tout en offrant des standards communs. Ainsi, les États doivent se conformer aux standards posés, mais restent libres des moyens usités.

1053. Quelle est alors l'influence de cette fondamentalité sur la concordance des compétences ? L'influence est indirecte, mais pas nulle. Les droits fondamentaux se superposent aux ordres juridiques étatiques et s'y diffusent pour assurer un rapprochement des standards communs aux États[1535]. Les droits fondamentaux ne remettent donc pas en cause l'existence du droit international privé en raison du maintien du pluralisme juridique. Ils en améliorent l'efficacité. Ils expriment « une convergence de vue au sein de l'espace des pays membres »[1536].

1054. Ils interviennent en toile de fond comme facteur de fongibilité juridictionnelle et matérielle des ordres juridiques étatiques. Se (re)crée effectivement une communauté

Les droits humains comparés, A la recherche de l'universalité des droits humains. Acte du colloque à la Cour européenne des droits de l'homme des 8 et 9 mars 2018, Paris, Pedone, 2019, p. 11.

[1533] Au sujet de l'article 8 de la Convention, il est parfois associé le « "gouffre" de la vie privée ». X. BIOY, « L'individualisme dans le contentieux des droits de l'homme », in E. DUBOUT, S. TOUZE (dir.) *Refonder les droits de l'homme – des critiques aux pratiques*, Paris, Pedone, 2019, p. 153.

[1534] Par exemple, l'instrument de la Convention européenne des droits de l'Homme notamment, corrélée à l'interprétation évolutive de son organe juridictionnel et le développement de la technique des obligations positives, offre aux individus la possibilité de se prévaloir d'un véritable statut familial en Europe. Cela se traduit notamment par l'existence d'un droit au mariage, d'un droit à une vie privée et familiale comprenant par exemple le droit de faire reconnaître un lien de filiation biologique indépendamment des modalités de conception, ou encore du droit d'avoir accès à une union civile, quelle que soit son orientation sexuelle (CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./Autriche*, req. n°30141/04 *D.*, 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU ; *RTD civ.*, 2010, p. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *RTD civ.*, 2010, p. 765, obs. J. HAUSER ; CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c./Italie*, req. n° 18766/11, *D.*, 2015, p. 2160, note H. FULCHIRON ; *AJ famille*, 2015, p. 615, obs. M. ROUILLARD).
Dans certains domaines, la Cour ménage toutefois la marge d'appréciation des États. Tel est le cas en matière de divorce où la Cour a affirmé qu'en l'absence de consensus, le droit au mariage consacré par la Convention n'implique pas un droit au divorce. La consécration de ce droit au divorce fait partie de la marge d'appréciation laissée aux États-parties. CEDH, 18 décembre 1986, *Johnston et autres c./Irlande*, req. n° 9697/82.

[1535] En ce sens : « Les droits de l'homme permettent en effet une meilleure connexion des ordres juridiques étatiques. Ils provoquent notamment des rapprochements substantiels conduisant à l'harmonisation des droits nationaux. Parce que les droits fondamentaux représentent une source d'inspiration commune aux différents ordres juridiques étatiques, ils permettent aux lois nationales de se ressembler davantage, du moins, sur le plan axiologique. Mais, surtout, parce qu'ils constituent une norme sanctionnée par une juridiction commune à différents ordres juridiques étatiques, les valeurs consacrées peuvent être agencées dans un sens commun ». R. LEGENDRE, *op.cit.,* p. 332.

[1536] M. HUNTER-HENIN, « Droits des personnes et droits de l'Homme : combinaison ou confrontation ? », *Rev. Crit. DIP*, 2006, p. 743.

de droits substantielle et procédurale grâce aux standards et valeurs communes encouragée et encadrée par le recours à la technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme ou encore grâce aux obligations faites aux États de respecter la primauté du droit de l'Union européenne, son effet utile ainsi que son interprétation conforme.

1055. De surcroît, il faut remarquer qu'en droit de l'Union européenne, la protection procédurale offerte par le traité et la Charte entretient un lien important avec le fond du droit lorsque le droit substantiel en jeu est tiré du droit l'Union européenne[1537]. La protection juridictionnelle effective notamment peut venir en aide au droit substantiel applicable et prolonger la protection offerte au fond[1538].

1056. Grâce à ces différents instruments, une véritablement communauté des droits fondamentaux se crée en Europe dont le contour reste en pleine évolution, notamment du fait des interprétations évolutives des deux Cours régulatrices. Peu importe ensuite axiologiquement quelle sera la loi appliquée si le socle commun de valeur est partagé. L'application de la loi du for du fait du phénomène de concordance n'a dès lors plus la même signification que lorsqu'elle était synonyme de nationalisme exacerbé[1539]. Désormais, si les ordres juridiques sont de plus en plus fongibles, le phénomène de concordance des compétences peut prospérer sans subir les critiques qui sont traditionnellement adressées à l'application de la *lex fori*.

Conclusion de la section :

1057. Au terme de cette analyse, nous avons pu démontrer qu'une communauté de droits prend forme autour de règles et de standards communs. Cette communauté de droits s'appuie sur des règles conflictuelles et en toile de fond sur le rapprochement des droits matériels. Elle explique, elle aussi, la concordance des compétences.

1058. Sur le plan conflictuel tout d'abord, la concordance des compétences est rendue possible par l'unification des règles de conflits de juridictions et de conflit de lois autant qu'elle en facilite le processus. Ce phénomène de concordance des compétences juridictionnelle et législative est le fruit d'un mouvement complexe ascendant et

[1537] CJCE, 5 octobre 2004, *Pfeiffer et a.*, aff jointes C-397/01 et C-403/01.
[1538] En ce sens, Voir S. CLAVEL, « Protection juridictionnelle effective et règle de droit international privé », *JDI*, 2019, doct. 7, spec. n°29 et s.
[1539] Voir *supra* n°22 et s.

descendant où l'unification conflictuelle sert la concordance en la créant et la concordance sert l'unification conflictuelle en la facilitant.

1059. Une première illustration de ce phénomène est née sous l'égide de la Conférence de La Haye qui a offert une approche unifiée des deux corps de règles. L'œuvre législative réalisée au sein de l'Union européenne amplifie délibérément la fréquence du phénomène.

1060. Sur le plan de la substance des droits, la nouveauté vient de l'approfondissement de la communauté de droits par l'intégration des normes issues du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, un assemblage de principes directeurs, de standards voit le jour qu'il s'agisse de la substance même du droit ou des voies d'accès procédurales au juge. Ces différents procédés de rapprochement des droits entrainent une universalisation du droit et de la fonction juridictionnelle, accentuant un peu plus la fongibilité des ordres juridiques.

1061. Par l'intermédiaire de ces dynamiques de rapprochements des droits, une sorte de « métissage juridique »[1540] s'opère et se crée une communauté de droits entre les ordres juridiques européens. En somme, ces divers processus de rapprochement des droits viennent, au gré des avancées législatives et jurisprudentielles, former empiriquement une communauté de droits qui favorise la concordance des compétences juridictionnelle et législative, en réduisant l'enjeu de la recherche de la loi applicable et de la désignation du juge compétent.

1062. À cette assise empirique encore partielle et imparfaite, s'ajoute désormais une approche dogmatique de la communauté de droits liée aux impératifs de la coopération européenne qui favorise, en partie, un renouveau de l'harmonie des solutions et accompagne le développement du phénomène de concordance des compétences.

[1540] J.-L. HALPERIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, *op.cit.,* p. 192.

SECTION 2 : LE RENOUVEAU DE L'HARMONIE INTERNATIONALE DES SOLUTIONS

1063. Pour Savigny, l'harmonie internationale des solutions, objectif cardinal du droit international privé, trouve sa réalisation dans l'application de la règle de conflit de lois qui postule l'égalité entre la loi du for et la loi étrangère, donnant ainsi la part belle à l'application de la loi étrangère. Si cet objectif est toujours au cœur du droit international privé, il convient de se demander ce qui pousse le législateur à favoriser la concordance des compétences au risque de porter atteinte à cet objectif.

1064. Parmi les raisons exogènes qui font l'essence du phénomène de concordance figure le renouvellement de l'harmonie internationale des solutions dorénavant atteinte par d'autres outils en pleine expansion dans l'espace européen[1541]. Il s'agit des techniques de reconnaissance qui ont aujourd'hui une place très importante en droit international privé européen, qu'il s'agisse de reconnaître des décisions de justice ou des situations juridiques. Ces outils permettent d'approfondir, notamment, la coopération à l'œuvre dans l'Union européenne. La coopération permet la rencontre de deux logiques, à savoir la coordination des ordres juridiques et l'intégration[1542].

1065. Parmi ces mécanismes de coopération, les mécanismes de circulation des décisions constituent une clé centrale du système. Ils permettent, en effet, « "d'internationaliser" »[1543] les décisions, ce qui porte à un degré supérieur la coordination des ordres juridiques et œuvre pour l'harmonie internationale des solutions sans que la concordance des compétences soit considérée comme un obstacle à la réalisation de l'objectif.

[1541] En ce sens, S. CORNELOUP, « Les liens entre *forum* et *ius*, réflexions sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op.cit.,* p. 471.

[1542] Ainsi, « l'ordre communautaire crée une architecture nouvelle qui n'est pas seulement faite d'unification, mais également de coordination. […] Les deux directions restent complémentaires ». S. POILLOT-PERUZZETTO, « De la coordination verticale à la coordination horizontale, l'exemple du droit de la concurrence et du droit judiciaire », *Mélanges en hommage à Guy Isaac*, t. II, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales, 2004, p. 653. Voir également, M. ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen,* Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 34 et s. *Contra* : Il existe « un fossé […] entre l'objectif de coordination qui est celui du droit international privé, et l'objectif d'intégration qui est celui du droit communautaire ». H. GAUDEMET-TALLON, débats issus de la communication de J.-S. BERGE, « La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », *op.cit.,* p. 61.

[1543] S. CORNELOUP, « Les liens entre *forum* et *ius*, réflexions sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op.cit.,* p. 473.

1066. La circulation des décisions de justice n'est pourtant pas une considération propre à l'espace européen. Pour autant, l'environnement normatif dans lequel elle se déploie renouvelle la question. Le droit de l'Union européenne fait de la libre circulation des décisions de justice une considération essentielle[1544]. Elle est un pilier de l'espace de sécurité de liberté et de justice.

1067. Dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, la reconnaissance mutuelle va permettre une circulation efficace des actes et décisions prononcés par les autorités judiciaires des États membres. L'objectif poursuivi est celui de décloisonner les ordres juridiques. Pour ce faire, le régime de la reconnaissance mutuelle des décisions de justice s'appuie en amont sur le principe de confiance mutuelle qui en permet l'expansion et une mise en œuvre particulièrement libérale. La coopération trouve un niveau de perfectionnement plus poussé sous le poids de l'intégration et du principe de confiance mutuelle associé à l'instrument de la reconnaissance mutuelle qui contribuent à décloisonner les ordres juridiques.

1068. L'étude du principe de confiance mutuelle comme substrat à l'harmonie des solutions (§1) sera suivie de l'analyse du principe de reconnaissance mutuelle comme vecteur d'harmonie des solutions (§2).

§1 : La confiance mutuelle comme substrat à l'harmonie internationale des décisions

1069. Le contexte est désormais celui d'une communauté d'États qui nouent des relations entre eux et jouent le jeu de la coopération. Sur le plan conceptuel, la notion de coopération implique une action positive et un but au moins partiellement commun partagé par les différents ordres juridiques impliqués. « Comme toute coordination c'est une action, visant à un but, mais elle est de surcroît spécifique, concertée, et a une visée au moins partiellement altruiste »[1545]. Elle est un moyen de régir la diversité, mais se développe autour d'un commun dont les implications juridiques vont être plus ou moins importantes en fonction du degré de coopération. En droit international privé, la coopération s'est traduite par une importante coopération judiciaire[1546] entre États et

[1544] Voir notamment : Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, conclusions de la présidence (Document Presse 200/1/99).
[1545] P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op.cit.,* p. 56.
[1546] Pour approche approfondie et détaillée de la coopération judiciaire : K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, thèse dactyl., Paris I, 2017.

entre autorités centrales comme le prônait la Conférence de La Haye[1547] et c'est là l'objet de conventions particulières[1548]. Depuis, le droit international privé n'a cessé de se développer sous un angle « collaboratif »[1549]. Aujourd'hui, cette coopération s'exprime, de manière plus forte encore, à travers l'expérience de type fédéraliste du droit de l'Union européenne[1550]. En effet, le droit de l'Union européenne, organisation d'intégration, suppose un haut degré de coopération entre les États membres. Ce haut degré de coopération trouve une assise dans la notion de confiance mutuelle.

1070. Cette notion de confiance mutuelle n'est pas inscrite dans les traités de l'Union européenne et n'a connu qu'une consécration judiciaire tardive par la Cour de Justice de l'Union européenne[1551] alors qu'elle irrigue les relations entre États membres depuis le début de la construction européenne et plus récemment la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. C'est véritablement à l'occasion de l'avis 2/13 rendu par la Cour de justice à propos de l'accord d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[1552] que le principe a pris une ampleur quasi constitutionnelle.

1071. Le principe de confiance mutuelle, qui régit les relations horizontales entre États membres, est envisagé comme étant de l'essence de l'Union européenne. Pour la Cour de Justice de l'Union européenne, « *une telle construction juridique repose sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il*

[1547] E. PATAUT, « De Bruxelles à La Haye. Droit international privé communautaire et droit international privé conventionnel », *op.cit.,* p. 661, spec. p. 678 et s. Pour étude récente de l'importance de la coopération internationale : C. TIBURCIO, « The Current Practice of international Co-operation in Civil Matters », *RCADI*, 2018, t. 393.

[1548] La révolution est intervenue par la Convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale. Par cette convention, chaque État-partie à la Convention désigne en son sein une autorité qui va centraliser les demandes de coopération judiciaire. Par la suite, des conventions importantes ont repris ce modèle. Notamment pour les plus connues : Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale ; Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants ; Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

[1549] Selon l'expression de C. KESSEDJIAN, « Le dialogue des juges dans le contentieux privé international », in *Le droit international collaboratif*, Paris, Pedone, 2016, p. 100.

[1550] La Cour de Justice a consacré l'expression de communauté de droit : « *Il y a lieu de souligner d'abord, à cet égard, que le communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité […]* ». CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c./Parlement européen*, aff. C-294/83.

[1551] Elle semble apparaître pour la première fois en matière de contrôles sanitaires. CJCE, 25 janvier 1977, *W. J. G. Bauhuis c./État néerlandais,* aff. C-46/76, point 22. Sur l'œuvre de la Cour de Justice en la matière : K. LENAERTS, « The contribution of the European Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice », 59 *International and Comparative Law Quaterly* (2010), 284-285.

[1552] CJUE ass., 18 décembre 2014, Avis 2/13.

est précisé à l'article 2 TUE. Cette prémisse implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre »[1553].

1072. Cette spécificité que constitue la confiance mutuelle dans les relations horizontales entre États membres est érigée comme la clé de voute du système européen à tel point que certains ont pu affirmer que c'est par cette spécificité, ce fédéralisme horizontal, que se justifient les relations verticales entre les États membres et l'Union européenne[1554]. « Dans ce schéma, la superposition d'un niveau juridique à l'échelle européenne n'aurait pas pour fonction de faire coexister deux sphères nettement différentes de décisions, mais plutôt d'assurer l'imbrication effective des sphères nationales. Selon cette approche, le fédéralisme sert alors avant tout à assurer les bonnes relations horizontales entre les composantes du système en garantissant leur reconnaissance mutuelle et l'instauration d'une confiance réciproque »[1555].

1073. Plus spécifiquement, dans un espace fondé sur la « coopération judiciaire civile », l'outil de la confiance mutuelle intervient comme un fondement théorique et politique de cet espace et permet de maintenir et gérer la diversité. En effet, la confiance mutuelle entre les États membres s'exprime pleinement dans cet espace et lui procure son originalité. La Cour de Justice de l'Union européenne l'a clairement exprimé. « *Le principe de confiance mutuelle entre les États membres a, dans le droit de l'Union, une importance fondamentale étant donné qu'il permet la création et le maintien d'un espace sans frontières intérieures* »[1556]. Souvent adossé au principe de sécurité juridique[1557], il est un des piliers de l'espace de liberté, de

[1553] Avis précité, point 168.
[1554] « En somme, pour la Cour de justice, c'est le fédéralisme horizontal qui justifie un système vertical d'organisation spécifique et autonome. L'autorité du droit de l'Union sur les droits nationaux se justifie en dernier ressort par la nécessité d'assurer le respect des instruments de confiance mutuelle qui assurent le décloisonnement des droits nationaux et leur progressive interdépendance. […] La confiance mutuelle constitue par conséquent le support indispensable à la création d'un espace commun abritant la diversité des droits nationaux ». E. DEBOUT, « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'Homme », *RDLF*, 2015, chr. n°9.
[1555] E. DEBOUT, « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'Homme », *op.cit.*
[1556] Avis précité, point 191.
[1557] S. FRANCQ, « Le droit international privé européen, entre confiance mutuelle et sécurité juridique. Les limites de l'imaginaire européen », *op.cit.,* p. 153.

sécurité et de justice, et viserait « à renforcer […] le sentiment de partager "une culture judiciaire commune" » [1558], « une communauté de destin »[1559].

1074. Sur le fondement de la confiance mutuelle, un principe d'équivalence de protection des droits fondamentaux entre les différents États membres est posé. Il s'agit d'une spécificité du droit de l'Union européenne à la différence du système de la Convention européenne des droits de l'homme. Cela a été rappelé dans l'avis 2/13 rendu par la Cour de Justice de l'Union européenne dans lequel la Cour affirme que l'accord d'adhésion « *exigerait d'un État membre la vérification du respect des droits fondamentaux par un autre État membre, alors même que le droit de l'Union impose la confiance mutuelle entre ces États membres* »[1560].

1075. La confiance mutuelle impose un degré important de coopération et une baisse corolaire de contrôle des actes émis par les États membres[1561], même lorsque l'État souhaite invoquer un droit fondamental contenu dans une norme constitutionnelle[1562]. Elle ne saurait cependant être sans limites, mais se réduit à des cas de violation flagrante des droits fondamentaux, en cas de défaillance systémique d'un État membre[1563] qui peut rejaillir sur la violation de droits fondamentaux individualisés[1564].

1076. « Le curseur de la confiance dessine alors le point d'équilibre d'une société composite où la coopération visée par les traités est rendue possible au moyen de la confiance, mais à la condition de préserver sa pluralité juridique. Son but ultime n'est ni l'uniformisation ni l'harmonisation. Prôner la confiance mutuelle invite donc chacun à accepter la vision de l'autre et s'oppose à une approche hiérarchisée et centralisatrice en

---

[1558] *Document de la Commission COM (2005) 195 final du 19 mai 2005*. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la reconnaissance mutuelle des décisions en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les États membres.

[1559] E. DEBOUT, « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'Homme », *op.cit.*

[1560] CJUE ass., 18 décembre 2014, Avis 2/13. Point 191.

[1561] En effet, la Cour de Justice avait eu l'occasion d'affirmer l'importance de ce principe dans un arrêt N.S. rendu en matière d'asile. « *Il en va de la raison d'être de l'Union et de la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et, plus particulièrement, du système européen commun d'asile, fondé sur la confiance mutuelle et une présomption de respect, par les autres États membres, du droit de l'Union et, plus particulièrement, des droits fondamentaux* ». CJUE, 21 décembre 2011, *N.S.*, aff. C-411/10, point 83. *JDI*, 2012, p. 716, note D. DERO-BUGNY.

[1562] CJUE, 26 février 2013, *Stefano Melloni c./Ministerio Fiscal*, aff. C-399/11. *RTD eur.*, 2013, p. 812, note P. BEAUVAIS ; *Revue Europe*, 2013, p. 23, note F. GAZIN.

[1563] Arrêt *N.S.* précité.

[1564] Et notamment du droit d'accès à un tribunal impartial garanti par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : CJUE, 25 juillet 2018, *LM*, aff. C-216/18, *Revue Europe*, 2018, p. 25, note D. SIMON ; *Revue du droit de l'Union européenne,* 2018, p. 276, V. MICHEL.

lui préférant une forme de pluralisme juridique communautaire »[1565]. Cet outil de gestion du pluralisme va nécessairement avoir une influence importante en droit international privé.

1077. La confiance mutuelle en droit international privé[1566] touche différents corps de règle. Ce principe fait partie de « l'ADN »[1567] du droit de l'Union européenne et donc du droit international privé de l'Union européenne. Il marque de son empreinte les textes en la matière. En matière de compétence internationale des juridictions et d'exécution des décisions de justice[1568], il est tantôt fait référence à la « *confiance mutuelle* »[1569], tantôt à la « *confiance réciproque* »[1570] ou encore à la « *confiance légitime* »[1571].

1078. Cette confiance mutuelle va ensuite expliquer l'obligation pour les États, sauf exception prévue par le texte, de renoncer à tout contrôle de la bonne application des textes européens par les autres États en matière de compétence juridictionnelle. La confiance mutuelle justifie effectivement l'instauration d'un système de compétence obligatoire[1572] qui doit être interprété et appliqué de la même manière par les tribunaux des différents États membres. Les États membres n'ont donc pas à vérifier que les juridictions d'autres États membres étaient bien compétentes pour connaître du litige, même en cas de litispendance[1573] ou de connexité. En outre, la confiance mutuelle impose

---

[1565] H. LABAYLE, « Faut-il faire confiance à la confiance mutuelle ? », in *Liber Amicorum Antonio Tizzano, De la Cour CECA à la Cour de l'Union : le long parcours de la justice européenne,* Torino, G. Giappichelli Editor, 2017, p. 472, spéc. p. 479.

[1566] Voir notamment : M. LEHMANN, E. LEIN, « L'espace de justice à la carte ? La coopération judiciaire en Europe à géométrie variable et à plusieurs vitesses », *op.cit.,* p. 1107.

[1567] S. FRANCQ, « Le droit international privé européen, entre confiance mutuelle et sécurité juridique. Les limites de l'imaginaire européen », *op.cit.,* p. 162.

[1568] Le vocable de confiance mutuelle ou réciproque est en effet absent des règlements relatifs à la loi applicable ou des règlements opérant une approche unifiée des règles de conflit de juridictions et des règles de conflit de lois, hormis l'exception du Règlement Insolvabilité *bis* (voir *infra*).

[1569] Considérant 21 du Règlement Bruxelles II *bis* et considération 54 du Règlement Bruxelles II *ter*.

[1570] Considérant 26 du Règlement Bruxelles I *bis*. Plus précisément, le texte évoque « *la confiance réciproque dans l'administration de la justice au sein de l'Union […]* ».

[1571] Considérant 67 du Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, dit Règlement Insolvabilité *bis*. Ce Règlement évoque également à son considérant 65 « *le principe de confiance mutuelle* ».

[1572] CJCE, 9 décembre 2003, *Gasser*, aff. C-116/02, *Rev. Crit. DIP*, 2004, p. 444, note H. MUIR WATT ; *JDI*, 2004, 641, A. HUET. « *La Convention de Bruxelles repose nécessairement sur la confiance que les États contractants accordent mutuellement à leurs systèmes juridiques et à leurs institutions judiciaires. C'est cette confiance mutuelle qui a permis la mise en place d'un système obligatoire de compétence, que toutes les juridictions entrant dans le champ d'application de la convention sont tenues de respecter, et la renonciation corrélative par ces mêmes États à leurs règles internes de reconnaissance et d'exequatur des jugements étrangers au profit d'un mécanisme simplifié de reconnaissance et d'exécution des décisions de justice* ». Point 72.

[1573] CJCE, 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance ea.*, aff. C-351/89 : « *Il importe de relever, en outre, que le juge saisi en second lieu n'est, en aucun cas, mieux placé que le juge saisi en premier lieu pour se prononcer sur la compétence de ce dernier. En effet, soit cette compétence est déterminée directement par les règles de la convention, qui sont communes aux deux juges et qui peuvent être interprétées et appliquées avec la même autorité par chacun d'entre eux, soit elle découle, en vertu de l'article 4 de la convention, de la loi*

qu'un État membre fasse confiance à un tribunal d'un autre État membre qui a refusé de se reconnaître compétent sur le fondement d'une clause attributive de juridiction[1574]. De même, à la frontière du contrôle de l'effet utile existant en droit de l'Union européenne, ce principe est à l'origine de la prohibition des *anti-suit injonctions* dans le champ d'application du droit international privé européen[1575].

1079. En définitive, le principe de confiance mutuelle nécessite et justifie l'existence d'une équivalence dans l'application du droit international privé de l'Union européenne, ce qui tend à asseoir l'affirmation de l'existence d'une fongibilité des ordres juridiques des États membres et particulièrement d'une fongibilité des juridictions des États membres. Il agit en tant que « mythe fondateur »[1576] sur lequel repose la construction de la communauté de droit au sein de l'espace de coopération judiciaire.

1080. Il y a là une interdépendance entre confiance mutuelle et fongibilité des ordres juridiques. Un seuil minimum de fongibilité entre les ordres juridiques est nécessaire pour pouvoir assurer le recours à la confiance mutuelle dans les relations entre États membres. Dans le même temps, la confiance mutuelle prône l'équivalence et permet le perfectionnement et la réalité de la fongibilité des ordres juridiques des États membres de l'Union européenne. Cette fongibilité juridictionnelle garantie et permise par la confiance mutuelle peut permettre d'expliquer, ou pour le moins, de favoriser, la concordance entre le juge compétent et la loi applicable.

---

de l'État du juge saisi en premier lieu, qui sera, alors incontestablement mieux placé pour statuer sur sa propre compétence ». Point 23. Voir également le point 48 de l'arrêt Gasser précité qui renvoie à ce paragraphe.

[1574] Un exemple intéressant est fourni par un arrêt CJUE, 15 novembre 2012, *Gothaer Allgemeine Versicherung et al. c/Samskip,* aff. C-456/11 ; *Rev. Crit. DIP*, 2013, p. 686, note M. NIOCHE ; *D.*, 2013, p. 1503, obs. F. JAULT-SESEKE. Dans cet arrêt la Cour de Justice du Luxembourg relève qu' « *en effet, il serait porté atteinte à cette confiance réciproque si une juridiction d'un État membre pouvait refuser de reconnaître une décision par laquelle une juridiction d'un autre État membre a décliné sa compétence sur le fondement d'une clause attributive de juridiction* ». Point 29.

[1575] CJCE, 27 avril 2004, *Turner*, aff. C-159/02, *Rev. Crit. DIP*, 2004, p. 654, note H. MUIR WATT ; *RTD civ.*, 2004, p. 549, note P. THERY.

En l'espèce, la Cour de Luxembourg estime que l'ingérence aux règles de compétence faites par l'usage des *anti-suit injonction* « *ne saurait être justifiée […]. En effet, dès lors que le comportement reproché au défendeur consiste à se prévaloir de la compétence d'une juridiction d'un autre État membre, le jugement porté sur le caractère abusif de ce comportement implique une appréciation du caractère pertinent de l'introduction d'une action devant une juridiction d'un autre État membre. Or, une telle appréciation est contraire au principe de confiance mutuelle qui […] est a la base de la convention et qui interdit au juge, sauf cas particuliers inapplicables dans l'espèce au principal, de contrôler la compétence d'un juge d'un autre État contractant* ». Point 28.

La même jurisprudence s'étend lorsque l'injonction sert à préserver la convention d'arbitrage : CJCE, 10 février 2009, *West Tankers*, aff. C-185/07, *RTD civ.* 2009, p. 357, note P. THERY ; *Rev. Crit. DIP*, 2009, p. 373, note H. MUIR WATT ; *Revue de l'Arbitrage*, 2009, p. 407, note S. BOLLEE.

[1576] S. FRANCQ, « Le droit international privé européen, entre confiance mutuelle et sécurité juridique. Les limites de l'imaginaire européen », *op.cit.,* p. 176.

1081. Certes, il y a moins d'obstacles à l'application de la loi étrangère quand celle-ci est celle d'un État membre puisque les droits sont fongibles. Mais justement, parce que les droits sont fongibles, la commodité pour le justiciable de choisir et pour le juge d'appliquer la loi du for n'a plus de raison d'être bridée. Cela représente un avantage en termes de coût et de procédure, comme cela a déjà été démontré, sans pour autant faire disparaître le raisonnement conflictuel.

1082. Cette fongibilité est ensuite accentuée lors de l'instance indirecte. La confiance mutuelle se concrétise effectivement par la reconnaissance mutuelle des décisions de justice qui est le vecteur de l'harmonie internationale des décisions.

§2 : La reconnaissance mutuelle comme vecteur de l'harmonie internationale des décisions

1083. La reconnaissance mutuelle des décisions de justice permet d'atteindre l'harmonie internationale des décisions puisqu'elle en permet la circulation par-delà les frontières. Il est vrai que cette circulation n'est pas propre au droit international privé européen, car la réception des jugements étrangers a toujours constitué un enjeu clé du droit international privé.

1084. Mais, la notion de reconnaissance mutuelle des décisions de justice telle qu'envisagée dans la sphère de l'Union européenne (A) ainsi que son régime particulièrement libéral (B) favorisent l'internationalisation des décisions, ce qui réduit l'enjeu de l'application de la loi étrangère au stade de l'instance directe en termes d'harmonie internationale des solutions et le phénomène de concordance des compétences peut donc prospérer.

A- La notion de reconnaissance mutuelle des décisions de justice

1085. En droit de l'Union européenne, la notion de reconnaissance mutuelle est susceptible de recouvrir des significations différentes. Il convient alors de revenir brièvement sur les origines de cette notion (1) pour en expliciter l'utilisation en matière de droit international privé (2).

1- Premières approches de la notion de reconnaissance mutuelle.

1086. Le terme de reconnaissance mutuelle est né dans le marché intérieur. Il reçoit aujourd'hui bon nombre d'application. Ce terme a été ensuite employé pour décrire le mécanisme qui permet la libre circulation des décisions de justice. La reconnaissance mutuelle des décisions de justice selon le terme employé par les textes européens se distingue du principe de reconnaissance mutuelle né dans le cadre du marché intérieur. Pour prendre la mesure de l'importance de cette reconnaissance mutuelle, véritable pierre angulaire de l'espace de coopération judiciaire, il est nécessaire de la replacer dans son contexte normatif.

1087. Le principe de reconnaissance mutuelle a émergé au sein du marché intérieur dans le célèbre arrêt *Cassis de Dijon*[1577]. Il est une technique d'intégration qui permet de préserver la diversité des législations nationales. Les États membres font ainsi appel à la reconnaissance mutuelle lorsqu'ils s'aperçoivent que « la similitude n'est généralement ni réalisable ni désirable »[1578] ou que « ce qui doit être recherché chez l'autre, ce n'est pas la similitude, mais une compatibilité »[1579]. Ce principe repose sur un postulat d'équivalence des législations entre les différents États membres. Il intervient soit en complément soit en lieu et place de l'harmonisation des législations nationales. Qu'il soit accompagné ou non d'une harmonisation législative, le principe de reconnaissance mutuelle se fonde sur une présomption d'équivalence qui rend possible ensuite l'exportation du droit. Dans certaines hypothèses, le principe de reconnaissance mutuelle a permis à l'Union européenne de passer outre les difficultés d'unification du droit ou d'harmonisation relatives aux négociations entre États[1580]. C'est le cas notamment dans l'espace constitué du marché intérieur. Grâce au jeu de la présomption d'équivalence entre les législations, les biens et services peuvent circuler tout en préservant les disparités et spécificités nationales[1581]. Par un instrument technique, les différences législatives sont mises au

[1577] CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c./ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. C-120/78.
[1578] K. NICOLAÏDIS, « Trusting the Poles ? Constructing Europe through mutual recognition », *Journal of European Public Policy*, 2007, vol. 14, n° 5, p. 686: "The other side must become like me, either upon entering my territory or through a process of harmonization. The move to mutual recognition comes with the acknowledgement that such sameness is usually neither feasible nor desirable".
[1579] D. ELKIND, *L'efficacité des décisions administratives étrangères dans l'Union européenne, Étude de droit administratif transnational, op. cit.*, p. 117.
[1580] S. K. SCHMIDT, « Mutual recognition as a new mode of governance », *Journal of European Public Policy*, 2007, vol. 14, p. 672, n°5.
[1581] A. MATTERA, « The Principle of Mutual Recognition and Respect for National, Regional and Local Identities and Traditions », in F. KOSTORIS PADAO SCHIOPPA (dir.), *The Principles of Mutual Recognition in the European Integration Process,* Hampshire, Palgrave Macmillan, 2005, p. 13.

second plan. Le postulat est celui de la fongibilité des législations nationales et la reconnaissance mutuelle est l'outil maître de l'intégration européenne.

1088. Ce terme de reconnaissance mutuelle va ensuite être utilisé au-delà du seul cadre économique que ce soit pour reconnaître des actes publics, des décisions administratives ou des décisions judiciaires. Il a ainsi été mobilisé dans l'espace de liberté, de sécurité et justice.

2- Le développement de la reconnaissance mutuelle dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice

1089. La circulation des décisions de justice a toujours représenté un enjeu majeur en droit international privé. Elle permet aux individus d'exporter leur jugement tout en permettant à l'État de conserver un certain regard sur les décisions qu'il réceptionne. Or, l'évolution contemporaine du droit international privé est celle de la libéralisation de l'instance indirecte en raison de la suppression ou au moins la réduction des contrôles des décisions étrangères.

1090. En vertu du principe de reconnaissance mutuelle des décisions de justice, est reconnue automatiquement l'autorité de chose jugée de la décision étrangère, c'est-à-dire en vertu du droit de l'Union européenne, le dispositif et les motifs de la décision étrangère [1582], et l'exécution forcée. En l'absence d'un unique instrument, cette reconnaissance mutuelle va se concrétiser dans les différents textes de droit dérivé et connaît des degrés divers. Dans certains domaines, la procédure d'exequatur a été supprimée au profit de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires[1583]. Cette suppression est perçue comme « l'évolution la plus spectaculaire affectant l'espace judiciaire commun depuis ses origines »[1584]. Elle revêt une « dimension symbolique »[1585].

[1582] CJUE, 15 novembre 2012, *Gothaer Allgemeine Versicherung et al. c/Samskip*, aff. C-456/11 précitée : « *la notion d'autorité de la chose jugée dans le droit de l'Union ne s'attache pas qu'au dispositif de la décision juridictionnelle en cause, mais s'étend aux motifs de celle-ci qui constituent le soutien nécessaire de son dispositif et sont, de ce fait, indissociables de ce dernier […]. Compte tenu du fait […] que les règles communes de compétence appliquées par les juridictions des États membres trouvent leur source dans le droit de l'Union, plus particulièrement dans le règlement n°44/2001, et de l'exigence d'uniformité rappelée au point 39 du même arrêt, la notion d'autorité de la chose jugée du droit de l'Union est pertinente pour déterminer les effets que produit une décision par laquelle la juridiction d'un État membre a décliné sa compétence sur le fondement d'une clause attributive de juridiction* ». Point 40.

[1583] Sur cette suppression : M. LOPEZ DE TEJADA, *La disparition de l'exéquatur dans l'espace judiciaire européen*, Paris, LGDJ, 2013.

[1584] D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. II, Partie spéciale, Paris, PUF, 4ème ed., 2017, n°1138.

[1585] S. BOLLEE, « Les effets des jugements étrangers », in E. PATAUT, S. BOLLEE, L. CADIET, E. JEULAND (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, Paris, IRJS, 2013, p. 157.

Mais le processus n'a pas été poussé aussi loin dans tous les champs du droit international privé.

1091. La reconnaissance mutuelle peut ainsi être automatique ou non, laisser place à des motifs de non-reconnaissance ou non. L'intensité de la reconnaissance mutuelle varie entre suppression substantielle de l'exequatur (a), suppression processuelle de l'exequatur (b) ou maintien de l'exequatur (b).

a- La reconnaissance mutuelle « parfaite » des décisions judiciaires

1092. Lorsque la reconnaissance mutuelle est parfaite, non seulement le jugement rendu dans le champ d'application du Règlement va pouvoir circuler automatiquement, mais aucun contrôle fondé sur des éventuels motifs de non-reconnaissance ne peut être effectué. Il s'agit donc d'une suppression « substantielle » et procédurale de l'exéquatur. C'est le cas dans le cadre du Règlement Bruxelles II *bis* pour certaines décisions relatives au droit de visite et au retour de l'enfant déplacé[1586].

1093. Des règlements spécifiques consacrent également une telle possibilité. C'est le cas du Règlement 805/2004 du 21 avril 2004 relatif à la création d'un *« titre exécutoire pour les créances incontestées* »[1587], qui consacre la suppression de l'exéquatur[1588]. La reconnaissance mutuelle des décisions de justice s'y appuie sur la coopération entre les ordres juridiques puisque les autorités de l'État d'accueil doivent prêter leur concours à l'exécution du jugement d'origine sans qu'aucun contrôle soit effectué. L'instauration de l'instrument repose sur l'existence d'une « *confiance mutuelle dans l'administration de la justice dans les États membres* »[1589].

1094. Le but du Règlement en matière de créances incontestées est de doter le créancier bénéficiaire du titre exécutoire « d'un droit automatique à l'exécution forcée

[1586] Voir la section 4 du Règlement Bruxelles II *bis*.
[1587] Règlement 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire pour les créances incontestées, *JOUE* L. 143, 30 mai 2004.
[1588] C'est le cas également du Règlement (CE) n°1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer ; le Règlement (CE) n°861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges. C'est également le cas en matière alimentaire lorsque la décision a été rendue dans un État membre lié par le Protocole de La Haye en vertu de l'article 17 du Règlement Aliments.
[1589] Considérant 18 du Règlement précité : « *La confiance mutuelle dans l'administration de la justice dans les États membres fait en sorte qu'une juridiction d'un État membre peut considérer que toutes les conditions de la certification en tant que titre exécutoire européen sont remplies pour permettre l'exécution d'une décision dans tous les États membres, sans contrôle juridictionnel de l'application correcte des normes minimales de procédure dans l'État membre où la décision doit être exécutée* ».

intracommunautaire »[1590]. Et il est nécessaire pour atteindre cet objectif que l'ordre juridique de réception renonce à se protéger[1591]. En dehors du débat sur la nature de la force exécutoire, européenne[1592] ou nationale[1593], la rationalité du Règlement implique que l'État d'accueil « fasse sien »[1594] le jugement de l'État d'origine, c'est-à-dire accepte d'en faire produire les effets sans qu'aucun obstacle ne survienne. En cela, le Règlement assure la fongibilité des décisions de justice. En effet, une fois délivré par l'État d'origine[1595], le titre exécutoire bénéficie automatiquement d'une reconnaissance et d'une exécution automatiques dans les autres États membres de l'Union européenne[1596]. Le titre exécutoire permet donc de conférer au jugement de l'État d'origine une efficacité transnationale.

1095. À un degré moindre, mais toutefois important de reconnaissance mutuelle se situe l'automaticité de l'exequatur dans le Règlement Bruxelles I *bis*.

b- La reconnaissance mutuelle « presque parfaite » des décisions judiciaires

1096. La reconnaissance mutuelle presque parfaite des décisions de justice est consacrée par le Règlement Bruxelles I *bis* en matière civile et commerciale. Elle concerne les décisions rendues par un État membre[1597]. En vertu de ce Règlement, la décision de l'État membre d'origine sera exécutoire comme une décision rendue par l'État membre

---

[1590] L. D'AVOUT, « La circulation automatique des titres exécutoires imposée par le Règlement 805/2004 du 21 avril 2004 », *Rev. Crit. DIP*, 2006, p. 1, n°4.

[1591] Encore faut-il qu'une telle démarche soit opportune. Pour certains auteurs, il est permis d'en douter : L. D'AVOUT, « La circulation automatique des titres exécutoires imposée par le Règlement 805/2004 du 21 avril 2004 », *op.cit.,* p. 1.

[1592] *Ibid*, p. 1

[1593] H. PEROZ, « Le Règlement CE n°805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées », *JDI*, 2005, p. 638.

[1594] Le considérant 8 du Règlement prévoit en ce sens qu' « *une décision qui a été certifiée en tant que titre exécutoire européen par la juridiction d'origine devrait être traitée, aux fins d'exécution, comme si elle avait été rendue dans l'État membre dans lequel l'exécution est demandée* ».

[1595] Une procédure particulière doit toutefois être respectée.

[1596] Les auteurs s'interrogent cependant sur le fait de savoir si c'est le titre exécutoire qui fait l'objet de la force exécutoire ou si ce titre n'est qu'un vecteur pour exercer la force exécutoire sur le jugement national d'origine. En faveur de la première solution : P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.,* n°477-1. En faveur de la seconde : C. NOURISSAT, « Le Règlement CE n°805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées », *Revue Europe*, août-septembre 2005, p. 6. Il apparaît selon nous que la deuxième affirmation correspond mieux au phénomène d'efficacité transnationale des décisions.

[1597] Pour la reconnaissance *de plano* des décisions : Article 36 du Règlement Bruxelles I *bis* : « *Les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à une autre procédure* ».
Pour l'octroi automatique de la force exécutoire : Article 39 du Règlement Bruxelles I *bis* : « *Une décision rendue dans un État membre et qui est exécutoire dans cet État membre jouit de la force exécutoire dans les autres États membres sans qu'une décision constatant la force exécutoire soit nécessaire* ».

dans lequel l'exécution est demandée[1598]. L'on retrouve également cette suppression de l'exequatur dans le nouveau Règlement Bruxelles II *ter*. À l'avenir, les décisions prises en matière responsabilité parentale devraient pouvoir circuler beaucoup plus rapidement et être traitées comme si elles avaient été rendues par l'État d'exécution[1599]. Cette abolition de l'exequatur repose sur le principe de confiance mutuelle ainsi que sur la volonté de réduire les coûts des procédures[1600].

1097. L'absence d'exéquatur n'est cependant pas synonyme d'absence totale de contrôle. Il s'agit donc d'une abolition processuelle de l'exequatur. Un contrôle est toujours possible en cas de procédure de refus d'exécution[1601] et des motifs de non-reconnaissance qui servent aussi à refuser l'exécution sont maintenus. Parmi eux figurent la contrariété à l'ordre public international, la protection du défendeur, l'existence de décisions inconciliables et la méconnaissance des compétences protectrices des parties faibles et des compétences exclusives[1602].

1098. Pour autant, en dépit de l'existence de ces motifs, la Cour de Justice affirme régulièrement que l'opposition et le refus d'exécution doivent demeurer tout à fait exceptionnels[1603] de sorte que la fongibilité des décisions de justice en matière civile et commerciale est presque parfaite[1604]. Tel n'est pas le cas pour les autres instruments qui ont conservé la procédure de contrôle.

[1598] Un certificat accompagnant la décision de justice devra toutefois être produit : article 42 et 53 du Règlement Bruxelles I *bis*.

[1599] Article 34 du Règlement Bruxelles II *ter*.

[1600] Considérant 26 du Règlement Bruxelles I *bis* : « *La confiance réciproque dans l'administration de la justice au sein de l'Union justifie le principe selon lequel les décisions rendues dans un État membre devraient être reconnues dans tous les États membres sans qu'une procédure spéciale ne soit nécessaire. En outre, la volonté de réduire la durée et les coûts des litiges transfrontières justifie la suppression de la déclaration constatant la force exécutoire préalable à l'exécution dans l'État membre requis. En conséquence, toute décision rendue par les juridictions d'un État membre devrait être traitée comme si elle avait été rendue dans l'État membre requis* ».
Considérant 58 du Règlement Bruxelles II *ter* : « *Par ailleurs, l'objectif consistant à diminuer la durée et le coût des litiges transfrontières concernant des enfants justifie la suppression de la déclaration constatant la force exécutoire ou, le cas échéant, l'enregistrement en vue de l'exécution, préalablement à l'exécution dans l'État membre d'exécution, pour toutes les décisions en matière de responsabilité parentale. Si le règlement (CE) n° 2201/2013 ne supprimait cette exigence que pour certaines décisions accordant un droit de visite et certaines décisions impliquant le retour d'un enfant, le présent règlement devrait la supprimer pour l'exécution transfrontière de toutes les décisions en matière de responsabilité parentale, tout en conservant un traitement plus favorable encore pour certaines décisions accordant un droit de visite et certaines décisions impliquant le retour d'un enfant. En conséquence, sous réserve du présent règlement, une décision rendue par une juridiction de tout autre État membre devrait être traitée comme si elle avait été rendue dans l'État membre d'exécution* »

[1601] Articles 46 à 51 du Règlement Bruxelles I *bis*. Article 39 du Règlement Bruxelles II *ter*.

[1602] Article 45 du Règlement Bruxelles I *bis*.

[1603] Voir *infra* n°1101 et s.

[1604] Pour une critique de cette fongibilité : L. D'AVOUT, « Faut-il supprimer l'exequatur dans le contentieux transfrontière en Europe ? », *Droit et Procédures*, 2010, novembre, p. 68 ; V. HEUZE, « La reine morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice », *JCP*, 2011, p. 359 ; S. PIERRE-MAURICE, « La nouvelle action en refus d'exécution d'un jugement européen : entre simplicité, équilibre et stratégie », *D.*, 2015, p. 692.

c- La reconnaissance mutuelle conditionnée

1099. Dans la plupart des autres instruments de droit international privé européen, le degré de reconnaissance mutuelle des décisions de justice est inférieur. Cette reconnaissance mutuelle est largement favorisée, car la reconnaissance s'effectue de plein droit, mais la procédure d'exéquatur est maintenue.

1100. Dans les deux dernières hypothèses, si la reconnaissance mutuelle n'est pas parfaite elle est cependant largement encouragée et favorisée par le principe de confiance mutuelle qui constitue au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice un outil axiologique permettant à l'Union européenne de prôner l'équivalence du respect de ses valeurs dans les différents États membres. L'ordre public international, motif principal de refus de reconnaissance des décisions de justice, est fortement affecté par la confiance mutuelle qui libéralise grandement le régime de reconnaissance mutuelle.

B- Le régime libéral de la reconnaissance mutuelle des décisions

1101. Le principe de reconnaissance mutuelle est adossé à l'existence d'une confiance mutuelle entre les États membres. La confiance est le ciment sur lequel se construit la reconnaissance. Autrement dit, dans l'Union européenne, pour reconnaître, il faut faire confiance. Cependant, le rôle de la confiance mutuelle reste aujourd'hui ambigu. Est-ce la confiance mutuelle qui permet à l'Union européenne de fonder un principe de reconnaissance mutuelle ou est-ce que le principe de reconnaissance mutuelle est un instrument qui a pour fonction d'œuvrer pour la construction de cette confiance ? Fondement ou objectif, la réponse n'est pas claire. « La confiance que se prêtent les États est en effet à la fois un préalable, une condition mise au fonctionnement de la reconnaissance mutuelle, mais elle en est aussi une conséquence, un résultat de l'exercice de cette reconnaissance »[1605].

1102. Une chose est certaine, cette confiance mutuelle sur laquelle repose la reconnaissance mutuelle vient contenir les États dans leur volonté d'exercer les contrôles à leur disposition pour refuser la circulation des décisions étrangères. L'exception d'ordre public international en est l'illustration. L'abaissement du niveau de contrôle se fait au

[1605] H. LABAYLE, « Faut-il faire confiance à la confiance mutuelle ? », *op.cit.,* p. 472, spéc. p. 476.

service de l'internationalisation des décisions, ce qui aura ensuite des répercussions sur l'analyse de notre phénomène de concordance.

1103. La notion d'ordre public international est par principe définie par et pour les ordres juridiques étatiques. Elle permet d'éviter de réceptionner un jugement qui sera contraire aux valeurs fondamentales du for ou à la cohérence de l'ordre juridique. Mais, le périmètre du contrôle de l'ordre public international étatique se réduit depuis que la Cour de Justice de l'Union européenne a revendiqué sa volonté de contrôler le contour des ordres publics étatiques[1606].

1104. Selon la juridiction européenne en effet, lorsqu'est en cause la violation d'un droit substantiel, la violation de l'ordre public doit concerner une règle de droit essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis[1607]. En matière procédurale, la Cour du Luxembourg a également affirmé que le recours à l'ordre public international « *n'est concevable que dans l'hypothèse où la reconnaissance ou l'exécution de la décision rendue dans un autre État contractant heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'État requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental. […] l'atteinte devrait constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique* »[1608]. Il en résulte par exemple que le non-respect des règles de compétence concurrentes au stade de l'instance directe n'est pas susceptible de faire l'objet d'un refus de reconnaissance du jugement étranger dans l'État requis sur le fondement de l'ordre public international[1609]. Cela a été récemment rappelé dans un arrêt du 16 janvier 2019 dans lequel la Cour de Justice considère qu'en raison du principe de confiance mutuelle, une violation des articles 27 du Règlement Bruxelles I et 19 du Règlement Bruxelles II *bis* relatifs aux règles de litispendance ne peut être invoquée par le biais de l'ordre public international[1610].

[1606] Pour une analyse de l'action de la Cour de Justice de l'Union européenne en matière d'ordre public, J. BASEDOW, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 55.

[1607] CJCE, 11 mai 2000, *Régie nationale des Usines Renault SA c./Maxicar SpA et Orazio Formento*, aff. C-38/98, point 34. *Rev. Crit. DIP*, 2000, p. 497, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JCP G*, 2001, p. 1894, note C. NOURISSAT.

[1608] CJCE, 28 mars 2000, *Krombach c./ Bamberski*, C-7/98, point 37, *Rev. Crit. DIP,* 2000, p. 481, note H. MUIR WATT; *JDI*, 2001, p. 691, note A. HUET.

[1609] « L'ordre public de l'État requis ne saurait être opposé à la reconnaissance ou à l'exécution d'une décision rendue dans un autre État contractant seul motif que le juge d'origine n'aurait pas respecté les règles de la convention relatives à la compétence » Arrêt *Krombach* précité, point 22.

[1610] « *Les règles de litispendance figurant à l'article 27 du règlement (CE) n°44/2001 […] et à l'article 19 du règlement (CE) n°2201/2003 […] doivent être interprétées en ce sens que, lorsque, dans le cadre d'un litige en matière matrimoniale, de responsabilité parentale ou d'obligations alimentaires, la juridiction deuxième saisie adopte, en violation de ces règles, une décision devenue définitive,*

1105. En outre, plus qu'une redéfinition du contour de l'ordre public international, l'arrêt *Diageo* rendu par la Cour de Justice le 19 novembre 2015[1611], interroge sur la source et les conditions de déploiement de l'ordre public international. En effet, dans le cadre du Règlement Bruxelles I *bis*, la Cour de Justice semble entretenir une confusion sur la définition de l'ordre public étatique. Dans cette affaire, était en cause la reconnaissance par le juge néerlandais d'une décision bulgare prise sur le fondement d'une erreur de droit. La société bulgare a souhaité s'opposer à cette reconnaissance sur le fondement de l'exception d'ordre public international en raison d'une application erronée du droit de l'Union européenne. La Cour de Justice de l'Union européenne considère que « *l'erreur de droit invoquée ne constitue pas une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'Union et donc dans celui de l'État membre requis, ou un droit reconnu comme fondamental dans ces ordres juridiques* »[1612].

1106. Non seulement une application erronée du droit de l'Union européenne n'est pas suffisante à permettre le déclenchement de l'exception d'ordre public[1613]. Mais encore, par l'emploi de l'expression « *et donc* », l'on assiste à un brouillage des ordres publics étatiques et unioniste, à tel point que se pose la question d'une « supplantation » des ordres publics étatiques par l'ordre public européen[1614] ou encore d'une « mise sous tutelle »[1615] de ces derniers. Par ces décisions, la jurisprudence européenne « verticalise » une relation qui concernait jusqu'ici les rapports horizontaux entre États membres. L'objectif de circulation devient un impératif de circulation fondée sur une force

---

elles s'opposent à ce que les juridictions de l'État membre dont relève la juridiction première saisie refusent, pour cette seule raison, de reconnaître cette décision. En particulier, cette violation ne saurait à elle seule, justifier la non-reconnaissance de ladite décision au motif de sa contrariété manifeste à l'ordre public de cet État membre ». CJUE, 16 janvier 2019, *Stefano Liberato c./Luminita Luisa Grigorescu*, aff. C-386/17. *JDI*, 2019, p. 31, obs. I. BARRIERE-BROUSSE.

Les règles de litispendance étant des règles de compétence juridictionnelle, leur violation est impuissante à être sanctionnée par un second regard au stade la reconnaissance de la situation. Une attitude contraire serait porter atteinte à la confiance mutuelle. Points 48 à 56 de l'arrêt précité.

[1611] CJUE, 16 juillet 2018*, Diageo Brands BV c./Simiramida*, aff. C-668/13, *D.*, 2016, p. 1045, obs. F. JAULT-SESEKE ; *Procédures*, 2015, p. 297, comm. C. NOURISSAT.

[1612] Arrêt *Diageo Brands* précité, points 50, 52, 68. Pour une décision similaire sous l'empire du Règlement Bruxelles II *bis* : CJUE, 19 novembre 2015, P c./Q, aff. C-455/15, *JDI,* 2016, p. 589, note L. PAILLER ; *Procédures*, 2016, p. 28, comm. C. NOURISSAT ; CJUE, 22 décembre 2010, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga c./Simone Pelz*, aff. C-491/10, *Revue Europe*, 2011, p. 26, note L. IDOT ;

[1613] Ce qui peut laisser perplexe quant à l'objectif de sécurité juridique et à la confiance mutuelle entre ordres juridiques ainsi qu'à la confiance de l'individu envers le système juridique européen.

[1614] J. HEYMANN, « Le contrôle de l'ordre public par la Cour de Justice de l'Union européenne », intervention orale lors du colloque du 5 avril 2019 à Bordeaux relatif à *L'internationalisation de l'ordre public : de l'ordre public interne à l'ordre public européen et international.*

[1615] C. NOURISSAT, « De l'encadrement à la mise sous tutelle de l'exception d'ordre public en matière reconnaissance des décisions civiles ou commerciales ». Disponible en ligne sur [http://www.gdr-elsj.eu/2015/11/28/cooperation-judiciaire-civile/de-l-encadrement-a-la-mise-sous-tutelle-de-lexception-dordre-public-en-matiere-de-reconnaissance-des-decisions-civiles-o/].

centripète européano-centrée. Il a d'ailleurs pu être affirmé que dans cette affaire la « confiance tue la sécurité » et que « finalement, la confiance mutuelle semble trancher l'opposition entre deux versions de la sécurité juridique : la sécurité formelle l'emporte sur la sécurité substantielle, voire peut-être, sur la justice »[1616].

1107. L'enjeu du contentieux se déplace donc au stade de l'appel et non au stade de la reconnaissance. Là encore, l'arrêt *Diageo* est révélateur d'un tel mouvement. La Cour de Justice de l'Union européenne a effectivement affirmé que celui qui souhaite contester la décision est sommé de le faire lors de l'instance directe. Cela réduit un peu plus la possibilité d'invoquer l'exception d'ordre public international au stade de l'instance indirecte[1617]. L'individu contestant la reconnaissance doit avoir sollicité les voies de recours de l'État d'origine[1618].

1108. De plus, si l'exercice de l'exception d'ordre public international doit être réservé à une violation d'un droit fondamental ou d'une règle de droit essentielle, le principe d'équivalence des protections en matière de droits fondamentaux induit par la confiance mutuelle tend à réduire un peu plus l'intensité du contrôle exercé. L'État perd alors une partie de son contrôle normatif dans l'instrument de la reconnaissance mutuelle sur le fondement de la confiance mutuelle[1619] au profit d'une confiance dans le système judiciaire des États membres, dans la bonne administration de la justice par les États membres. Le déclin ou l'abaissement du contrôle de l'ordre public international se réalise à la faveur de l'essor d'une communauté de droit, fût-elle formelle.

1109. Se pose cependant nécessairement la question de la conformité d'un tel raisonnement avec les exigences de la communauté de droits fondamentaux dont la Cour

---

1616 S. FRANCQ, « Le droit international privé européen, entre confiance mutuelle et sécurité juridique. Les limites de l'imaginaire européen », *op.cit.,* p. 166. Or, le risque est qu'à chaque pierre posée par la jurisprudence en matière de confiance mutuelle pour fait grandir l'édifice de l'espace judiciaire, l'édifice se fragilise aussitôt de lui-même. Le danger réside dans un retournement de la confiance contre elle-même. L'équilibre de cette construction tient notamment à la confiance mutuelle, mais la confiance mutuelle a elle-même besoin de trouver son équilibre pour conserver son rôle de « mythe fondateur ». *Ibid*, p. 176.

1617 Il s'agit d'une véritable faveur à « la libre circulation des décisions par un véritable déplacement de la "purge" des violations alléguées de l'ordre public vers l'État d'origine ». C. NOURISSAT, « De l'encadrement à la mise sous tutelle de l'exception d'ordre public en matière reconnaissance des décisions civiles ou commerciales ». Disponible en ligne sur [http://www.gdr-elsj.eu/2015/11/28/cooperation-judiciaire-civile/de-l-encadrement-a-la-mise-sous-tutelle-de-lexception-dordre-public-en-matiere-de-reconnaissance-des-decisions-civiles-o/].

1618 Arrêt *Diageo Brands* précité, point 64.

1619 Comme le relève justement le professeur S. Sana Chaillé de Néré, « l'autorité de ceux-ci dans l'ordre international est aujourd'hui bridée par la participation des États à des mouvements d'intégration politique, économique et juridique ». S. SANA CHAILLE DE NERE, « Les ordres publics nationaux », in « Les ordres publics nationaux », in FULCHIRON (H) (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, Paris, LexisNexis, 2019.

européenne des droits de l'homme se veut la gardienne. Il semble qu'en matière civile, la Cour européenne des droits de l'homme a fait un pas vers le système de l'Union européenne. En effet, dans un arrêt *Avotins c./Lettonie* du 23 mai 2016[1620], les juridictions lettones avaient eu à exécuter une décision chypriote qui résultait de l'application du Règlement Bruxelles I. Le requérant se plaignait d'une absence de comparution devant les juges chypriotes et d'une violation des droits de la défense. La Cour européenne des droits de l'homme, dont le contrôle concret du respect des droits fondamentaux diffère normalement de celui imposé par l'Union européenne dans le cadre de la reconnaissance mutuelle, a mis en œuvre sa présomption dite *Bosphorus* [1621] . Une présomption d'équivalence des protections est donc rappelée par la Cour de Strasbourg.

1110. Pour autant, elle affirme à propos de la reconnaissance mutuelle que « *lorsque les juridictions des États qui sont à la fois partie à la Convention et membres de l'Union européenne sont appelées à appliquer un mécanisme de reconnaissance mutuelle établi par le droit de l'Union, c'est en l'absence de toute insuffisance manifeste des droits protégés par la Convention qu'elles donnent à ce mécanisme son plein effet. En revanche, s'il leur est soumis un grief sérieux et étayé dans le cadre duquel il est allégué que l'on se trouve en présence d'une insuffisance manifeste de protection d'un droit garanti par la Convention et que le droit de l'Union européenne ne permet pas de remédier à cette insuffisance, elles ne peuvent renoncer à examiner ce grief au seul motif qu'elles appliquent le droit de l'Union* »[1622]. Dès lors, l'équivalence est présumée et seule une insuffisance manifeste de protection est de nature à faire obstacle à la reconnaissance mutuelle des décisions de justice[1623]. C'est une marque de l'affaiblissement de l'exception d'ordre public international dans son volet procédural au profit d'une fongibilité décisionnelle qui se fonde sur l'existence des standards européens de protection des droits fondamentaux, affaiblissement qui obtient l'aval de la Cour européenne des droits de l'homme. Lorsque la présomption est mise en œuvre, l'État requis n'a effectivement plus aucun moyen de faire jouer ses mécanismes

[1620] CEDH, Grande chambre, 23 mai 2016, *Avotins c./Letonnie*, req. n°17502/07 ; *JDI,* 2017, p. 1468, note P. KINSCH ; *RTD eur.*, 2017, p. 358, note F. BENOIT-ROHMER.

[1621] CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus Airways c./Irlande*, req. n° 4503698, *JCP G*, 2005, p. 1760, note F. SUDRE ; *RTDH*, 2005, p. 827, note F. BENOIT-ROHMER ; *RTD eur.*, 2005, p. 749, note J.-P. JACQUE.

[1622] Arrêt *Avotins* précité, Point 116.

[1623] Il est à remarquer que le Cour européenne des droits de l'Homme n'hésite pas à renverser la présomption Bosphorus en matière d'asile notamment dans le cadre de l'exécution du Règlement dit Dublin III : Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte).
Les arrêts emblématiques de la Cour de Strasbourg sur ce point sont : CEDH, 21 janvier 2011, *M.S.S. c./Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09 ; CEDH, 4 novembre 2014, *Tarakhel c./Suisse*, req. n° 29217/12.

procéduraux propres. Cette libéralisation de la circulation des jugements est de nature à expliquer indirectement la concordance entre *forum* et *jus*.

1111. La reconnaissance mutuelle des décisions de justice permet en effet un décloisonnement des ordres juridiques et particulièrement une fongibilité des décisions de justice. Comme le relève le professeur S. Corneloup, « même en l'absence d'harmonisation des droits matériels, les principes de confiance et de reconnaissance mutuelle qui gouvernent les relations entre États membres, conduisent à postuler une certaine équivalence dans l'espace européen »[1624].

1112. C'est cette équivalence des droits et des décisions qui peut encourager indirectement la concordance entre juge compétent et loi applicable. En effet, même en l'absence d'unification matérielle, la communauté de droit créée autour de la reconnaissance mutuelle facilite l'exportation des décisions de justice. Il importe peu que le juge applique une loi étrangère au stade de l'instance directe puisque la décision peut largement circuler. La concordance est donc une solution de facilitée pour le législateur et le juge qui n'a aucune raison d'être bridée puisqu'elle ne remet pas en cause l'harmonie des solutions, laquelle est assurée par la reconnaissance mutuelle[1625].

1113. L'on peut dresser ici un parallèle *mutatis mutandis* avec les instruments de reconnaissance des situations juridiques[1626], qu'il s'agisse des libertés de circulation, de la citoyenneté européenne, ou dans une autre mesure de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui possèdent une vocation transnationale. Cette

---

[1624] S. CORNELOUP, « Les liens entre *forum* et *ius*, réflexions sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op.cit.,* p. 472.

[1625] « L'on pourrait, tout d'abord, redouter que la multiplication des liens entre *forum* et *ius* ne puisse représenter une menace pour l'harmonie internationale des décisions. La continuité des situations privées internationales pourrait en effet souffrir d'une application plus rare des lois étrangères. À la réflexion, cette conséquence ne nous semble toutefois pas très probable. L'objectif de l'harmonie internationale des décisions, qui a été traditionnellement assurée par les seules règles de conflit de lois (visant à ce que la même solution soit consacrée, quel que soit le juge saisi de la situation), se trouve aujourd'hui réalisé également par toute une série d'autres techniques, qui prennent ainsi le relais de la règle de conflit de lois. En effet, bien que la multiplication des cas d'application de la *lex fori* conduise à une certaine "exportation" du droit, une "une importation" est parallèlement assurée par le recours à d'autres techniques. Ou, pour le dire autrement, le droit international privé se sert aujourd'hui d'autres techniques pour "internationaliser" les solutions, ce qui permet de contrebalancer l'effet de "nationalisation" découlant de la convergence entre *forum* et *ius* ». *Ibid*, p.472-473.

[1626] Sur les aspects méthodologiques de la ou des méthodes de la reconnaissance : P. LAGARDE, « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *RCADI*, 2004, t. 371, p. 9. Sur l'existence ou non d'une pluralité de méthodes de la reconnaissance : P. MAYER, « Les méthodes de reconnaissance en droit international privé, in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 547 et s. P. LAGARDE, "La reconnaissance, mode d'emploi", in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 482 ; S. BOLLEE, « L'extension de la méthode du domaine de la reconnaissance unilatérale », *Rev. Crit. DIP*, 2013, p. 27 ; L. D'AVOUT, « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *TCFDIP* 2014-2016, p. 215.

vocation transnationale du droit se conçoit ici comme une forme renouvelée d'exportation du droit, d'exportation du point de vue concret d'un ordre juridique dans un ordre juridique étranger. Les droits à vocation transnationale interviennent en aval de la création de la situation juridique et revêtent une fonction recognitive[1627].

1114. En effet, lorsque ces outils sont à l'œuvre, la situation créée dans un État membre est quasi-automatiquement reconnue dans les autres États membres. Il y a donc une continuité dans l'espace des situations transfrontières. Si cette harmonie est assurément atteinte, elle ne répond pas aux postulats traditionnels du droit international privé. D'une part elle repose sur un droit supérieur et ne se fait pas par le seul intermédiaire du for et elle s'appuie, d'autre part, sur une rationalité différente, pour atteindre un objectif substantiel clairement affiché. La liberté d'établissement par exemple[1628], la citoyenneté européenne[1629] ou le droit au respect de la vie privée et familiale[1630] ont une fonction recognitive en ce que l'État d'accueil doit reconnaître la

[1627] Pour une étude de ces mécanismes de reconnaissance dans l'espace européen : S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017 ; A. PANET, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, thèse dactyl., Lyon III, 2014 ; A. PANET, « La reconnaissance des situations de statut personnel constituées au sein des États tiers », in J.-S. BERGE, S. FRANCQ, M. GARDENES SANTIAGO (dir.), *Boundaries of European Private International Law*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 681.

[1628] Pour des exemples de jurisprudences : CJCE, 27 septembre 1988, *Daily Mail*, aff. C.81/87, *RTD eur.*, 1989, p. 265, obs D. BERLIN ; *JDI,* 1989, p. 428, obs. M.-C. BOUTARD-LABARDE ; CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *D.*, 1999, p. 550, note M. MENJUCQ ; *RTD com.* 2000, p. 224, obs. G. JAZOTTES ; CJCE, *Überseering*, 9 novembre 2002, aff. C-208/00. *Rev. Crit. DIP*, 2003. 508, note P. LAGARDE ; *Revue Europe*, 2003 n°19, comm. L. IDOT ; CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01 ; *D.*, 2004, p. 491, note E. PATAUT ; *Rev. Crit DIP,* 2004, p. 151, note H. MUIR WATT ; CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, *JCP G*, 2009, p. 10027, note M. MENJUCQ ; *JDI*, 2009, p. 889, note T. VIGNAL ; *Rev. Crit DIP*, 2009, p. 548, note J. HEYMANN ; CJUE, 12 juillet 2012, *VALE Épitési kft*, aff. C-378/10, *D.,* 2012, p. 2331, obs. L. D'AVOUT ; *Rev. Sociétés*, 2012, p. 645, note G. PARLEANI ; *Rev. Crit. DIP*, 2013, p. 236, note J. HEYMANN ; CJUE, 25 octobre 2017, *Polbud*, aff. C-106/16, *D.*, 2017, p. 2512, note L. D'AVOUT ; *JCP E*, 2018, p. 1014, note M. MENJUCQ.
Sur le sens de cette évolution jurisprudentielle : J. HEYMANN, « De la mobilité des sociétés dans l'Union. Réflexions sur le *droit* d'établissement », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, Paris, LGDJ, 2014, p. 425.

[1629] Pour des exemples de jurisprudences : CJUE, 23 avril 2009, aff. C-544/07 ; CJUE, 14 octobre 2008, *Grunkin Paul*, aff. C-353/06, *Rev. Crit. DIP*, 2009, p. 80, note P. LAGARDE ; CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. 34/09. *D.*, p. 1325, note S. CORNELOUP ; *Rev. Crit. DIP*, 2012, p. 352, note J. HEYMANN ; *RTD eur.,* 2011, p. 564, obs. E. PATAUT ; *RTD eur.*, 2012, p. 23, note S. PLATON ; CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, aff. C-541/15. *RTD eur.,* 2017, p. 589, chron. E. PATAUT ; *Rev. Crit. DIP*, 2017, p. 549, note P. HAMMJE ; CJUE, Grande chambre, 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-673/16, *RTD eur.,* 2018, p. 673, note E. PATAUT ; *D*, 2018, p. 1674, note H. FULCHIRON, A. PANET ; *AJ famille*, 2018, p. 404, obs. G. KESSLER.

[1630] Pour des exemples de jurisprudence : CEDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c./Luxembourg*, req. n°76240/01. *Rev. Crit. DIP*, 2007, p. 807 note P. KINSCH ; *D.*, 2007, p. 2700, note F. MARCHADIER ; *D.*, 2008, p. 1507, obs. P. COURBE, F. JAULT-SESEKE, *JDI*, 2008, p. 183, note L. D'AVOUT ; CEDH, 3 mai 2011, *Négrépontis-Giannisis c/Grèce*, req. n°56759/08. *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 817, note P. KINSCH ; *JCP G*, p. 839, obs. A. GOUTTENOIRE ; CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c./France.* CEDH, 26 juin 2014, req. n°65192/11, *Labassée c./France*, req. n°65941/11 précité.

situation telle que créée dans l'État d'origine et est contraint, sauf exception[1631], de faire confiance à la réglementation étrangère ainsi qu'au contrôle effectué par l'État étranger.

1115. Ces droits qui exercent une influence non directement sur les règles de conflit, mais sur les solutions de droit international privé pourraient toutefois présenter des analogies avec notre phénomène de concordance. L'on y retrouve effectivement *mutatis mutandis* des marqueurs du phénomène de concordance des compétences. L'ordre juridique d'origine entièrement compétent a exercé sa compétence et sa réalisation juridique sera exportée par des règles de reconnaissance. Une telle reconnaissance se fonde, dans le cadre des outils de l'Union européenne, sur la confiance entre États membres, sous le contrôle de la Cour de Justice de l'Union européenne. L'absence de réciprocité ne peut d'ailleurs pas justifier la possibilité de s'opposer à la reconnaissance.

1116. En outre, l'harmonie des solutions n'est pas neutre. L'outil de reconnaissance sert à garantir l'existence d'un droit, d'un statut, mais est conditionné par le contrôle de proportionnalité effectué sous l'égide de la Cour de Justice de l'Union européenne ou de la Cour européenne des droits de l'homme. En découle une standardisation des situations juridiques. Ainsi, le droit invoqué au service de la reconnaissance des situations juridiques intervient en tant que fondement de l'harmonie des solutions matérielles concrètes et comme objectif de celle-ci. Autrement dit, l'harmonie des solutions est permise par et pour le droit à fonction recognitive. Ces droits apparaissent dès lors à la fois comme des instruments fonctionnels d'intégration et comme des droits reflets des valeurs européennes.

1117. Le régime libéral de circulation des décisions s'inscrit dans la même mouvance en ce qu'il permet d'œuvrer pour le bon fonctionnement du marché intérieur et de parachever le développement de l'espace de sécurité, de liberté et de justice. Ainsi, c'est le raisonnement de droit international privé dans son ensemble qui poursuit un objectif substantiel supérieur : la circulation. La concordance des compétences est alors un moyen

[1631] En matière de liberté d'établissement : CJCE, 13 décembre 2005, *SEVIC Systems*, aff. C-411/03, *Rev. Crit. DIP*, 2006, p. 662, note J. HEYMANN ; *RTD eur*, 2006, p. 717, note T. BALLARINO. Il en est de même pour la protection des travailleurs. CJUE, 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, aff. C-201/15, *RDT*, 2017, p. 127, obs. A. FABRE.
En matière de citoyenneté européenne : CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, *RTD eur.*, 2011, p. 571, chron. E. PATAUT ; *JDI*, 2011, p. 639, note J. HEYMANN ; *RTD civ.* 2011, p. 98, obs. J. HAUSER ; CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff,* aff. C-438/14, *RTD eur.*, 2016, p. 648, obs. E. PATAUT ; *RTD civ.*, 2016, p. 820, obs. J. HAUSER ; *Rev. Crit. DIP*, 2017, p. 278, note L. RASS-MASSON.
Dans le cadre de l'article 8 CEDH : CEDH, 6 juillet 2010, *Green et Farhat c./Malte. Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 665, note L. D'AVOUT.

simplifié pour y parvenir en amont. Les droits matériels peuvent demeurer différents, ils n'empêchent pas la création d'un système de conflit de lois simplifié par la concordance des compétences. La circulation est à la fois l'objectif et le moyen de faire accéder les droits à l'internationalité, quelle qu'en soit la teneur. Le droit local parvient ensuite à l'internationalité par l'extraterritorialité commandée par l'instrument à vocation transnationale.

1118. En définitive, comme le relève le professeur S. Corneloup, « l'interaction avec les autres ordres juridiques se fait essentiellement au moment où la situation ainsi constituée est appelée à être reconnue à l'étranger. Une telle articulation des ordres juridiques place les règles de reconnaissance au premier plan, qu'il s'agisse de la reconnaissance des jugements ou des situations privées »[1632].

Conclusion de la section :

1119. L'espace européen de coopération judiciaire présente des spécificités de fonctionnement en raison de sa construction de type fédéraliste. Cet espace est construit sur deux principes fondamentaux qui se nourrissent l'un l'autre, à savoir la confiance mutuelle et la reconnaissance mutuelle. Grâce à ces instruments, la coordination des ordres juridiques se développement sous l'angle de la coopération et la communauté de droit est approfondie.

1120. Par l'instauration des instruments de confiance mutuelle et de reconnaissance mutuelle, le législateur œuvre pour le décloisonnement des ordres juridiques. L'expérience de ces instruments, encadrée par l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de Justice de l'Union européenne, permet de fixer un principe général d'équivalence, de fongibilité entre les ordres juridiques qui se manifeste par l'affirmation d'une fongibilité juridictionnelle d'abord, et par la concrétisation d'une circulation des décisions et situations individuelles ensuite.

1121. C'est dans ce contexte que la concordance entre *forum* et *jus* trouve toutes les conditions de son déploiement. Puisque les ordres juridiques sont réputés fongibles, les arguments pragmatiques en faveur de cette concordance peuvent prospérer tout en préservant l'objectif cardinal d'harmonie des décisions. La localisation complète du litige

[1632] S. CORNELOUP, « Les liens entre *forum* et *ius*, réflexions sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op.cit.,* p. 474.

dans un ordre juridique n'empêche pas l'accès à l'internationalité grâce à la reconnaissance facilitée des décisions.

Conclusion du chapitre :

1122. Si la liaison entre *forum* et *jus* a pu apparaître, par le passé, comme la marque d'un nationalisme exacerbé, elle prend corps aujourd'hui dans un nouveau contexte normatif qui favorise la formation d'une culture juridique commune. Cette culture juridique commune s'illustre par la (re)formation d'une communauté de droits.

1123. La communauté de droits est le résultat du processus de rapprochement des droits réalisé, bien qu'encore inachevé, au sein des ordres juridiques régionaux. Cette communauté a une assise conflictuelle du fait de l'unification des règles de droit international privé et une assise matérielle du fait de l'harmonisation des droits et standards en Europe. Se construit ainsi empiriquement une communauté de droits, propice au développement de la concordance entre juge compétent et loi applicable.

1124. L'approfondissement de cette communauté de droit est ensuite marquée du sceau de la coopération européenne. Dans l'espace judiciaire européen, un décloisonnement des ordres juridiques est recherché et supporté normativement par les devoirs induits du principe de confiance mutuelle et de reconnaissance mutuelle des décisions. Ainsi, la (re)formation empirique d'une communauté de droits est corroborée par une communauté de devoirs entre États membres du fait de l'appartenance à un espace d'intégration et de coopération.

1125. Directement ou indirectement, ces différents facteurs favorisent la concordance entre juge compétent et loi applicable. Il s'agit d'une part de l'unité conflictuelle — permise notamment par l'approche unifiée et intégrée des règles de droit international privé — et d'autre part de l'affirmation d'une triple fongibilité matérielle, juridictionnelle et décisionnelle des ordres juridiques. Ces facteurs viennent ainsi accompagner la concordance des compétences en neutralisant l'effet de clocher traditionnellement reproché à l'application de la loi du for dès lors que son application respecte et diffuse l'essentiel des principes directeurs et fondamentaux partagés en Europe et que la décision a vocation à circuler aisément.

Conclusion du titre :

1126. Après avoir analysé et mis à jour la réalité et la diversité du phénomène de concordance des compétences juridictionnelle et législative, l'étude précédemment menée visait à rechercher les facteurs d'explication du phénomène de concordance pour en saisir une part de sa dimension ontologique. Une telle entreprise est délicate puisque ce phénomène s'appréhende à la croisée de nombreux mouvements de fond qui interagissent directement ou indirectement sur le phénomène de concordance.

1127. Tout d'abord, des raisons endogènes expliquent la tendance forte et fréquente à la concordance des compétences. Ainsi, la différence classiquement affirmée entre la règle de compétence juridictionnelle et la règle de compétence législative s'est révélée beaucoup plus poreuse qu'il n'y paraît. Les deux règles peuvent effectivement s'analyser toutes deux comme des règles d'intégration du litige dans l'ordre juridique. C'est sur cette base qu'il est possible de comprendre la nouvelle tendance à la concordance des compétences. Celle-ci s'explique par la recherche d'une intégration unitaire du litige dans l'ordre juridique. L'intégration juridictionnelle rejoint l'intégration matérielle et inversement. Le même degré d'intégration est alors à l'œuvre, ce qui explique que la compétence juridictionnelle concorde avec la compétence législative.

1128. Ensuite, et de manière plus indirecte, des raisons exogènes créent un contexte favorable au déploiement du phénomène de concordance des compétences. En effet, si à l'époque de Savigny, la liaison entre *forum* et *jus* n'était, selon lui, consacrée par aucune législation et devait être repoussée dans un contexte de « communauté de droit entre les différents peuples »[1633], le contexte de l'espace judiciaire européen réinvente la communauté de droit et favorise paradoxalement l'attitude inverse. Le rapprochement des droits, l'universalisation des règles de droit international privé et des valeurs ainsi que la coopération entre les États créent les conditions pour encourager le développement du phénomène. D'une part, au sein de l'espace européen, l'application de la loi du for n'est plus synonyme de nationalisme, car un socle commun de valeur ou de standard est partagé. D'autre part, la concordance entre *forum* et *jus* facilite la construction du droit international privé et la réalisation des objectifs du droit de l'Union européenne dans lequel elle se déploie, aidée en aval par la circulation facilitée des décisions de justice qui fournit un renouveau de l'harmonie internationale des solutions.

[1633] F.C. VON SAVIGNY, *op.cit.,* t. VIII, p. 30.

1129. Cette analyse offre à voir des liens renouvelés entre les règles de compétence et *in fine* des liens entre *forum* et *jus*. Or, si le phénomène est ainsi causé par de nombreux facteurs, il est lui-même causal, en ce sens qu'il implique de nombreuses conséquences sur la théorie générale du droit international. C'est ce qu'il faut désormais tenter de révéler pour saisir pleinement l'ontologie du phénomène.

TITRE 2 : LES IMPLICATIONS DU PHÉNOMÈNE DE CONCORDANCE

1130. La concordance des compétences s'inscrit dans un mouvement de restructuration de la règle de conflit de lois et de la règle de conflit de juridictions. Fort de ce constat, il est désormais intéressant de chercher les implications d'un tel phénomène. Il s'agit donc d'extraire des raisons qui peuvent expliquer le phénomène une réalité nouvelle des rapports entre les règles de compétence à l'aune des différents objectifs du droit international privé contemporain.

1131. Le rééquilibrage structurel des règles de compétence remet en question effectivement le rôle respectif tenu par la règle de compétence juridictionnelle et la règle de compétence législative dans la résolution du contentieux privé international. En ce sens, s'il est acquis que la règle de conflit de lois est revêtue d'une fonction régulatrice des intérêts et qu'elle poursuit la coordination des ordres juridiques, la nouvelle tendance à la concordance des compétences a permis de repenser la dimension fonctionnelle de la règle de compétence juridictionnelle. Il est dorénavant question d'en tirer des conséquences sur le rôle respectif que doit avoir chacune des règles dans la réponse aux questions de théorie générale auxquelles seule la règle de conflit de lois répond traditionnellement.

1132. Une fois ces implications dévoilées, il conviendra de s'interroger sur les perspectives d'avenir du phénomène de concordance. L'examen n'est pas aisé tant la tendance se laisse difficilement saisir et la matière reste sujette à des évolutions régulières et parfois animées par des vents contraires. Il sera par conséquent nécessaire de s'interroger sur le périmètre du phénomène de concordance pour saisir les opportunités futures et les limites du phénomène.

1133. Saisir toutes les implications de la concordance des compétences nécessite ainsi d'étudier dans un premier temps les implications contemporaines du phénomène de concordance, conséquence du rééquilibrage structurel précédemment étudié (CHAPITRE 1). Ensuite, il convient de s'interroger sur l'avenir de ce phénomène. La question posée sera celle des implications prospectives du phénomène de concordance (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1 : LES IMPLICATIONS CONTEMPORAINES DU PHÉNOMÈNE DE CONCORDANCE

1134. Le phénomène de concordance entraine des conséquences sur la vision des rapports entre les règles de compétence. Par l'étude de ce phénomène, on observe plus généralement un rééquilibrage fonctionnel des règles de compétence. Particulièrement, la fonction régulatrice du droit international privé est dévolue à la règle de compétence législative. Elle dépend des différents fondements qui lui sont accordés et de la méthodologie employée. La règle de compétence législative se voit ainsi tantôt dotée d'une nature privée en charge de réguler les intérêts privés, tantôt dotée d'un apparat plus publiciste lorsqu'elle entend défendre les intérêts publics. La diversité des objectifs et des méthodes de résolution du litige privé à caractère international offre à voir un assemblage méthodologique en quête perpétuelle d'équilibre et de perfectionnement.

1135. Or, nous avons vu que parmi les raisons qui ont favorisé la concordance des compétences, la fonction substantielle de la règle de compétence juridictionnelle ainsi que la volonté d'une intégration unitaire du litige dans un seul ordre juridique tendent à réévaluer le poids de la règle de compétence juridictionnelle dans le raisonnement de droit international privé. Le phénomène de concordance tend alors à redessiner l'aptitude de chacune des règles de compétence à exercer cette fonction régulatrice, de sorte que s'opère désormais un partage de cette fonction.

1136. Ensuite, la concordance tend à favoriser désormais un raisonnement en termes de « rattachement en bloc »[1634] à l'ordre juridique. L'analyse de la coordination des ordres juridiques qui est classiquement dévolue à la règle de conflit de lois doit être repensée à l'aune du rôle nouveau de la règle de compétence juridictionnelle. C'est ici la fonction coordinatrice qui doit être saisie à la lumière de notre phénomène.

1137. L'étude du partage de la fonction régulatrice (SECTION 1) sera suivie de celle du partage de la fonction coordinatrice (SECTION 2) des règles de compétence.

[1634] S. CORNELOUP, « Les liens entre *forum* et *ius*, réflexions sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op.cit.,* p. 474.

SECTION 1 : LE PARTAGE DE LA FONCTION RÉGULATRICE

1138. La fonction régulatrice est classiquement dévolue à la règle de conflit de lois, sans que la règle de conflit de juridictions ait un rôle important à jouer. Pourtant, le phénomène de concordance pose la question de ce monopole de la règle de compétence législative pour parvenir aux fins qui sont assignées à la matière. Désormais, la règle de compétence juridictionnelle dotée d'une structure conflictuelle beaucoup plus assumée ainsi que d'une fonction substantielle pourrait être également un instrument clé pour parvenir aux objectifs poursuivis.

1139. À ce titre, des auteurs ont déjà entrepris de rapprocher la règle de compétence juridictionnelle et la règle de compétence législative au point de souhaiter leur « fusion ». Cette approche que l'on pourrait qualifier d'approche unificatrice du conflit de juridictions et du conflit de lois a pris naissance aux États-Unis. Les théories unificatrices font de la règle de compétence juridictionnelle la clé de voute du raisonnement de droit international privé. Elles transfèrent la fonction régulatrice du droit international privé sur la seule règle de compétence juridictionnelle. Les propositions des auteurs américains étudiées visent effectivement à faire de la compétence juridictionnelle le régulateur de la discipline du fait de l'absorption du conflit de lois par le conflit de juridictions.

1140. Sans soutenir une telle position maximaliste, voire hypertrophiée, des rapports entre les règles de compétence, nous pensons que la tendance à la concordance des compétences doit toutefois permettre de repenser le rôle respectif des règles de conflit. Ainsi, octroyer une fonction régulatrice à la règle de compétence juridictionnelle, c'est lui reconnaître un rôle plus marqué dans la résolution du conflit de lois *lato sensu*. C'est donc lui faire assumer un rôle important dans la poursuite des objectifs traditionnellement dévolus à la règle de conflit de lois.

1141. Selon nous, les implications du phénomène de concordance ne sauraient jusqu'à l'absorption de la règle de compétence législative par la règle de compétence juridictionnelle (§1), mais doivent se caractériser par une complémentarité des règles de compétence (§2).

§1 : L'absorption de la règle de compétence législative par la règle de compétence juridictionnelle

1142. Une partie de la doctrine américaine des années 1960 a tenté de théoriser les liens de dépendance entre compétence juridictionnelle et compétence législative. L'on doit cette théorisation principalement à Ehrenzweig[1635]. Celui-ci entend réhabiliter le rôle de la *lex fori* [1636] dont l'application est ou doit être généralisée. Cette doctrine s'explique par une vision particulière du rôle du juge dans le processus normatif (A).

1143. En effet, l'importance des liens entre compétence juridictionnelle et compétence législative tient en premier lieu à un élément d'ordre général : la conception que se fait chaque système du rôle du juge[1637]. Les auteurs étudiés poussent à son paroxysme le lien qui unit le juge avec le fond du droit au point que l'exercice de la fonction juridictionnelle est vu comme le point de départ du raisonnement juridique (B).

A- L'application généralisée de la *lex fori*

1144. L'application généralisée de la *lex fori* est susceptible de recouvrir plusieurs acceptions. Pour l'étude de notre phénomène, c'est principalement la proposition d'Ehrenzweig qui sera l'objet de développements pertinents. Cet auteur a entrepris de théoriser les cas d'application de la *lex fori* dans son article « *The Lex Fori – Basic Rules in the Conflict of Law* »[1638]. Il a entendu réhabiliter le rôle de la *lex fori* dans la résolution du conflit de lois. Son œuvre est souvent mal connue par rapport à celle de B. Currie comme étant une doctrine prônant l'application généralisée de la loi du for alors qu'il s'agissait de souligner principalement l'importance de la place de la loi du for dans la résolution du conflit de lois sans en faire forcément une solution absolue.

[1635] Voir *supra* n°40.

[1636] A.A. EHRENZWEIG, « The Lex Fori – Basic Rules of Conflict of Laws », *op. cit* .; « Choice of Law: Current Doctrine and True Rule », *op. cit.* ; « À Proper Law in a Proper Forum: À Restatement of Lex Fori Approach », *op. cit.* ; « Savigny and the Lex Fori, Story and Jurisdiction: A Reply to Professor Briggs », *op. cit.* ; « Specific Principles of Private Transnational Law », *op. cit.,* p. 167 et s ; « La loi du forum compétent – L'harmonie ultime des règles de conflit de lois et de conflit de juridictions », *op. cit.,* p. 399.

[1637] En ce sens, « la conception que retient une tradition juridique donnée de la compétence juridictionnelle internationale et de ses rapports avec le conflit de lois est clairement tributaire de celle de la fonction du juge au sein du système juridique et de ses rapports avec le droit objectif ». BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. I, Partie générale, 4ème ed., Paris, PUF, 2017, n°181.

[1638] A.A. EHRENZWEIG, « The Lex Fori – Basic Rules of Conflict of Laws », *op.cit.*.

En langue française : A. A. EHRENZWEIG, « La loi du forum compétent – L'harmonie ultime des règles de conflit de lois et de conflit de juridictions », *op.cit.,* p. 399 et s.

1145. En effet, le rôle prépondérant de la loi du for pour Ehrenzweig est double. Si l'auteur va jusqu'à avancer une méthodologie apte à résoudre certains conflits de lois et donner la solution qui devrait être la plus légitime (2), il entend, avant tout, décrire et non prescrire, c'est-à-dire révéler ce qui est pour lui le rôle exact que revêt la loi du for dans le règlement du conflit de lois (1).

1- Le rôle prépondérant de la *lex fori* comme « *basic rule* »

1146. L'auteur, qui a été comparé à un « grand prophète de la *lex fori* »[1639], souhaite démontrer la différence entre le discours porté sur le droit international privé et la réalité cachée de ce même droit. « Il estime, en effet, que le droit international privé contemporain a perdu le fil de l'évolution historique ou, dans un autre sens, que l'histoire du droit international a été mal comprise par les spécialistes de cette branche »[1640].

1147. Ehrenzweig se positionne ainsi contre les dogmes et cherche à remettre en cause l'analyse faite jusqu'à lors du droit international privé. Pour ce faire, il entend redonner à la *lex fori* sa véritable place dans le règlement du conflit de lois[1641]. Ainsi, dans ce mouvement contestataire important aux États-Unis, il se distingue de l'analyse des auteurs qui ont remis en cause la règle de conflit de lois classique en préconisant le recours à d'autres méthodologies qui se fondent, elles, sur le contenu substantiel des lois[1642].

1148. La pensée de l'auteur autrichien s'est affinée au fil des années[1643] pour répondre à ses nombreux détracteurs tant il a souvent été mal compris[1644]. Dans un premier article[1645], la loi du for devient la règle générale de référence, le principe de tout règlement du problème causé par la présence d'un conflit de lois. Il démontre,

---

[1639] P. LALIVE, « Tendance et méthode en droit international privé », *RCADI*, 1977, t. 155, p. 192.
[1640] D. EVRIGENIS, « Tendances doctrinales actuelles en droit international privé », *RCADI*, 1966, t. 118, p. 369.
[1641] L'on retrouve ici une parenté avec Bartin ou Kahn qui ont mis en évidence l'importance du droit interne dans la réalisation du droit international privé. Voir *supra* n°837 et s.
[1642] Voir notamment : J. H. C. MORRIS, « The proper law of the tort », 64 *Harvard Law Review*, 1951, 881 (proper law) ; R. LEFLAR, « Choice-Influencing Considerations in Conflict Law », 41 *New York University Law Revue* 267 (1966) (better rule of law).
[1643] Cette évolution est parfois source de difficultés pour comprendre la position exacte de l'auteur autrichien. Comme le relève un auteur, « de publication en publication cette thèse a évolué de façon qu'il n'est pas très aisé pour le lecteur de s'en faire une idée certaine. Surtout le principe de prépondérance de la *lex fori*, centre de gravité du système d'Ehrenzweig, a eu ses flux et reflux, rendant ainsi l'ensemble de la construction plus ou moins fluide et ambigu ». D. EVRIGENIS, *op.cit.,* p. 371.
[1644]« À l'instar de plusieurs de ses contemporains, Ehrenzweig a été fréquemment la victime d'incompréhension de la part de ses lecteurs ». B. HANOTIAU, *Le droit international privé américain*, Paris, LGDJ, 1979, p. 119.
[1645] A.A. EHRENZWEIG, « The Lex Fori – Basic Rules of Conflict of Laws », *op.cit.*.

effectivement, qu'en dépit des différentes théories qui mettent en avant le rôle de la loi étrangère et le principe d'égalité entre la loi du for et la loi étrangère, la loi du for reste en réalité première. En cela, il se rapproche de Currie[1646] ce qui leur a valu la qualification d'« avocats de la loi du for »[1647].

1149. Contrairement à ce que les doctrines ou même les motivations des tribunaux laissent entendre, Ehrenzweig démontre quant à lui que le juge applique généralement sa propre loi, sauf lorsque les parties ont pu en décider autrement ou qu'il existe un élément d'extranéité conséquent[1648]. L'application de la loi étrangère se caractérise donc par son exceptionnalité. En outre, l'auteur autrichien entend relever que lorsque la loi étrangère est appliquée, c'est en réalité en s'ajoutant à la loi du for pour la compléter. Et, même lorsqu'une règle de conflit est appliquée, en réalité les catégories appartiennent au droit interne. Pour l'auteur, la plupart des règles de rattachement ne sont donc pas de vraies règles de conflit[1649].

1150. C'est dans ce contexte, en l'absence de ce qu'il considère comme des vraies règles de conflit, qu'Ehrenzweig estime ensuite que la loi du for a un rôle prépondérant à

[1646] « Like Currie, I have suggested that the law of the *forum* be treated as the starting point. Like Currie, I believe that we could thereby eliminate such pseudo problems as characterization, renvoi and public policy, which are now needed as correctives of overgeneralized formulas ». A.A. EHRENZWEIG, « Choice of Law: Current Doctrine and True Rule », *op.cit.,* spéc. p. 245.
Currie considère quant à lui que la loi du for est en réalité toujours applicable. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'elle doit être évincée par une loi étrangère. B. CURRIE, *Selected essays on the Conflict of Law*, *op.cit.,* p. 100 et s.

[1647] Comme le constate J.-L. HALPERIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, *op.cit.,* p. 182.

[1648] A.A. EHRENZWEIG, « The Lex Fori – Basic Rules of Conflict of Laws », *op.cit.,* p. 637: « Once a court has taken jurisdiction, it will usually apply its own law, unless the parties' own choice or an important foreign fact, such as foreign domicile, a foreign situs, or a foreign conduct, appears to require application of another law. Most judges and lawyers will agree with this simple proposition – and yet text books, class notes, the Restatement, and even much language of the courts, would have it otherwise: foreign domicile, foreign situs, foreign conduct and other foreign "contacts" are said a priori to require application of a foreign law, unless the court can be persuaded for special reasons to turn to its own law or to the law chose by the parties. This blatant discrepancy between the actual doing of the courts and "official" theory in law of conflict of laws has made an awesome mystery or an object of ridicule of this subject in the eyes of many ».
Voir également : A.A. EHRENZWEIG, « Choice of Law: Current Doctrine and True Rule », *op.cit.,* p. 251.

[1649] « In this country nearly all formulated conflicts rules are based on precedent rather than statute. Among those « rules » there are few that are « true » in the sense of stating and guiding the actual solution of specific « problems ». This is so for several reasons. In the first place, the conflicts categories used in most formulated rules have been borrowed from domestic law (contracts, torts, restitution), where they have been developed for different purposes. Secondly, at least nine tenths of those cases usually relied on as supporting these rules, fail to involve choices between conflicting laws. Thirdly, even the decisions of cases involving such choices are couched in over-generalized language borrowed from now defunct theory so that the result called for by the rule purportedly applied frequently had to be avoided by such devices as re-characterization, re-localization, renvoi, or public policy. Such cases can, therefore, consistently be explained, more often than not, only be reformulating the rule, in the light of specific problems, upon realignment of the truly material facts", A. A. EHRENZWEIG, « À Proper Law in a Proper Forum: À Restatement of Lex Fori Approach », *op.cit.,* p. 341.

jouer dans la résolution du conflit de lois. Une fois démontré le rôle « de base »[1650] que joue la loi du for dans la réglementation et la résolution du conflit de lois, il prône un recours généralisé à celle-ci dans un nombre important d'hypothèses.

2- Le recours prépondérant à la *lex fori* comme méthode

1151. Après en avoir fait le point de départ de toute règlementation du litige que celui-ci soit interne ou international, Ehrenzweig propose de généraliser le recours à la *lex fori* en droit international privé[1651].

1152. La particularité de la méthode d'Ehrenzweig est désormais de partir de la loi du for en tant que loi matérielle pour l'interpréter afin de savoir quel est le droit applicable aux situations litigieuses internationales. Il faut à présent rechercher si la loi du for ne définit pas elle-même son champ d'application. À partir de l'interprétation de la loi du for, plusieurs solutions peuvent apparaître. « Quand la loi du for est interprétée (constitutionnellement) comme s'appliquant à des faits étrangers, le tribunal appliquera cette loi sans égard à un intérêt ou une politique étrangère »[1652]. Ensuite, si l'interprétation de la loi ne permet pas de conclure à son application à des faits étrangers, l'auteur estime que le tribunal dispose de plusieurs alternatives. Il est possible, en observant les objectifs poursuivis par la loi du for, d'analyser si ces objectifs pourraient être respectés même en présence d'un litige international[1653]. En cas de difficulté ou de doute quant à l'interprétation, il convient de se tourner vers la loi du for[1654]. Il en est de même en cas de contrariété de la loi étrangère désignée applicable avec l'intérêt du for[1655]. L'application de la loi du for est donc prépondérante puisque l'application de la loi étrangère est réduite à

[1650] Tiré de l'expression « basic rules ».
[1651] Ce qui n'est pas forcément synonyme d'application comme nous allons l'observer.
[1652] Il s'agit dans cette hypothèse d'une « *rule of non-choice* ». A. A. EHRENZWEIG, « A Proper Law in a Proper Forum: À Restatement of Lex Fori Approach », *op.cit.,* p. 346.
[1653] Il s'agit d'une « *forum rule by non-choice* ». *Ibid*, p. 348.
[1654] Sur ce point, la doctrine d'Ehrenzweig se rapproche de celle de C. G. VON WÄCHTER qui considérait qu'en cas de doute sur la loi à appliquer, il fallait s'en remettre à la loi du tribunal saisi. Cette analogie a été développée et retracée plusieurs fois : J.-L. HALPERIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, *op.cit.,* p. 43 et s ; P. CARLIER, *op.cit.,* p. 526. Pour une analyse approfondie et comparée des deux doctrines : K. LIPSTEIN, « The general principles of private international law », *RCADI*, t. 135, spec. p. 144 et s.
Sur l'œuvre de Wächter en général : S. SYMEONIDES, « Private International Law : Idealism, Pragmatism, Eclecticism, General Course on Private International Law », *RCADI*, 2017, t. 384, spéc. p. 47 et s. ; R. MICHAELS, v° « Carl Georg von Wächter », in J. BASEDOW, G. RUHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO (dir.) *Encyclopaedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017.
[1655] A.A. EHRENZWEIG, « The Lex Fori – Basic Rules of Conflict of Laws », *op.cit.,* p. 637 et s. A. A. EHRENZWEIG, « A Proper Law in a Proper Forum: À Restatement of Lex Fori Approach », *op.cit.,* p. 346 et s.

peau de chagrin. La loi étrangère s'impose seulement pour des « raisons contraires impérieuses »[1656].

1153. Les critiques ont été nombreuses[1657]. Elles ont touché la méthode employée[1658] pour arriver à un tel résultat, mais concernent surtout l'excès de nationalisme ou le « chauvinisme juridique »[1659]. Ehrenzweig a même été accusé de construire une théorie fondée sur la « négation du droit international privé »[1660].

1154. L'auteur autrichien a répondu à ces critiques. D'une part, il a pu insister sur le fait qu'il entendait avant tout tirer des conclusions de ce que font les tribunaux et non énoncer quelle devrait être leur attitude[1661]. D'autre part, il a entendu circonscrire l'étendue de ses conclusions.

1155. Pour Ehrenzweig en effet, le recours à la loi du for comme méthode de réglementation du conflit de lois est subsidiaire, car elle n'intervient qu'en l'absence de règle de rattachement. C'est ce qui le distingue de la doctrine de Currie[1662]. L'auteur

---

[1656] A. A. EHRENZWEIG, « La loi du forum compétent – L'harmonie ultime des règles de conflit de lois et de conflit de juridictions », *op.cit.,* p. 401-402.

[1657] G. KEGEL, « The Crisis of Conflict of Laws », *op.cit.,* p. 208 ; H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *op.cit.,* p. 88 ; Y. LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, *op.cit.,* n°147 ; Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ?. Cours général de droit international privé », *op.cit.,* p. 274 et s.

[1658]: E. W. BRIGGS, « An Institutional Approach to Conflict of Laws : Law and Reason versus Professor Ehrenzweig », 12 *UCLA L. Rev.* 29(1964). L'auteur conclut : « On the basis of the critique of Ehrenzweig just concluded, this further conclusion is justified – Ehrenzweig has not considered the ultimate issues in conflicts for today – for the most part he has been « beating a dead horse ». », p. 77.
Voir également : P. LALIVE, « Tendance et méthode en droit international privé », *op.cit.,* p. 196 et s.

[1659] *Ibid*, p. 193.

[1660] D. EVRIGENIS, *op.cit.,* p. 369.

[1661] « *What I have tried to show is not*, as my critics are wont to assert, *what court ought to do, but what they have always done.* », A. A. EHRENZWEIG, « Specific Principles of Private Transnational Law », *op. cit.*, p. 215-216. (italique de l'auteur).

[1662] À cet effet, rappelons la doctrine de Currie. Pour l'auteur américain, afin de déterminer la loi applicable au litige à caractère international, il y a lieu de rechercher l'intérêt de chacun des États (concernés par le contentieux) à voir ses politiques législatives réalisées. Pour donner une réponse au conflit de lois et déterminer le champ d'application des lois, Currie adopte un positionnement personnaliste, c'est-à-dire, basé sur l'intérêt de l'État du domicile ou de la résidence de l'individu à voir sa loi appliquée. Cette méthode est susceptible de donner lieu à trois résultats possibles.
Dans un premier cas de figure, le juge peut constater l'existence d'un faux conflit de lois lorsqu'il apparaît qu'un seul État possède un intérêt à voir sa loi appliquée. La loi de cet État sera donc appliquée.
Dans une deuxième hypothèse, aucun des États concernés n'a véritablement d'intérêts « à défendre » de sorte qu'aucune loi n'a de vocation naturelle à s'appliquer prioritairement sur l'autre. Il s'agit là d'un cas de conflit négatif ou imprévu (*unprovided for-cases*) de lois ou encore d'un conflit dit inversé. En pareille hypothèse, Currie prône l'application de la loi du for.
Enfin, dans un dernier cas, au moins deux États ont un intérêt à voir leurs lois s'appliquer au point que chacun des États concernés par la situation pourrait prétendre à voir sa loi s'appliquer au litige. Il s'agit là pour Currie d'une hypothèse de vrai conflit de lois (*true conflict*). La solution de tels conflits se situe dans le recours à la *lex fori.* Lorsqu'il existe deux intérêts gouvernementaux appartenant chacun à des ordres juridiques différents, l'intérêt

précise à ce titre que sa théorie, contrairement à celle de Currie, est non-conflictuelle. Elle n'implique en effet pas de théorie générale du conflit de lois qui prônerait une application de la loi du for[1663]. Il s'agit donc, en quelque sorte, d'une méthode subsidiaire qui doit certes avoir une application assez généralisée, car les règles de rattachement sont rares selon Ehrenzweig, mais qui ne nie pas l'existence de règle de rattachement législative ou jurisprudentielle[1664].

1156. L'analyse d'Ehrenzweig peut être rapprochée de celle de H. G. Maier et T. R. McCoy qui prônent l'établissement d'une théorie unificatrice des deux corps de règles. Seule compte désormais le raisonnement porté sur la règle de compétence juridictionnelle. Celle-ci a absorbé la règle de compétence législative.

1157. Or, cette vision particulière est également tributaire d'une conception particulière du rôle du juge dans le processus normatif.

B- L'importance de la fonction juridictionnelle dans le raisonnement juridique

1158. L'appartenance d'Ehrenzweig[1665], de H. G. Maier et T. R. McCoy au courant du *legal realism* américain [1666] explique, en partie, le lien particulier que ces auteurs établissent entre le juge compétent et la loi applicable. Ces théories unificatrices du *forum* et du *jus* résultent du rapport plus global établi en amont entre le juge et les règles. Il existe une dépendance de l'expression de la juridicité à son application jurisprudentielle. Les théories réalistes sont effectivement le fruit d'une approche du droit « sensible à

---

gouvernemental du for doit prédominer sur l'intérêt public étranger, sauf s'il est possible de démontrer qu'il ne s'agit que d'un conflit apparent.

[1663] Comme il l'exprima clairement dans un de ses articles lorsqu'il considère la loi du for en tant que loi de base ou résiduelle est une théorie du non-choix par opposition à Currie : « I am introducing this phrase in response to the frequent assumption that my, or, for that matter, Currie's, « *lex fori* approach » purports to offer « a formula for choice of law » ». A. A. EHRENZWEIG, « A Proper Law in a Proper Forum: À Restatement of Lex Fori Approach », *op.cit.,* p. 344.

L'auteur précise d'ailleurs qu'en dehors des questions purement constitutionnelles, la notion d'intérêt gouvernemental comme un outil utile ou utilisable en matière de conflit de lois. En ce sens : A.A. EHRENZWEIG, « Choice of Law: Current Doctrine and True Rule », 49 *California Law Revue*, 240 (1961), spéc. p. 246.

[1664] Une fois cet éclaircissement effectué, cette position a tout de même été critiquée : « l'auteur nous conduit à un dualisme de méthode qui n'a pas de justification rationnelle ». D. EVRIGENIS, *op.cit.,* p. 372.

« À quel titre par exemple ces règles que l'auteur appelle "véritables" jouissent-elles d'un statut privilégié et échappent-elles ainsi à toute remise en question ? ». B. HANOTIAU, *Le droit international privé américain*, *op.cit.,* p. 128.

[1665] L'appartenance d'Ehrenzweig au courant réaliste n'est cependant pas clairement assumée et exprimée. Voir en ce sens : D. EVRIGENIS, *op.cit.,* p. 371 et s.

[1666] Dont les principaux acteurs ont été J. W. Bingham, W. W. Cook, F. S. Cohen, K. N. Llewellyn, ; Sur ce mouvement, F. MICHAUT, *L'Ecole de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain,* thèse dactyl. Paris X, 1985 ; A. LAJOIE*, Jugements de valeurs*, Paris, PUF, 1997, p. 121-127.

l'effectivité des règles appliquées plutôt qu'à celles qui sont posées »[1667]. Le rôle d'interprète du juge devient central[1668]. Il devient créateur.

1159. À partir de cette conception, si ce sont les juges qui créent le Droit par la reconnaissance contentieuse des droits, la détermination du juge est déjà une option de législation. Il s'ensuit que la règle de compétence juridictionnelle déterminée par le juge peut absorber la détermination de la règle substantielle à appliquer. Ce n'est là que la suite logique de ce présupposé théorique. La règle de compétence vient alors fixer indirectement la règle de conduite. Les auteurs américains se fondent ainsi sur une vision du rôle du juge émancipé, avec des pouvoirs discrétionnaires forts et une influence importante sur le fond du litige[1669]. L'accent est davantage mis sur le juge que sur la loi[1670].

1160. À l'inverse, les pays d'inspiration romano-germanique attachés au positivisme normativiste n'ont pas la même conception du rôle du juge et des règles de droit. La focale est mise sur « l'État législateur [1671]», tandis que le juge est considéré comme un destinataire de règles de décision précises qu'il doit appliquer[1672]. Se plaçant sur le terrain de la légitimité[1673] et invoquant la complétude du système normatif[1674], le rôle du juge est

---

[1667] R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, Paris, LGDJ, 2013, p. 70.

[1668] La vision de l'interprétation est elle-même spécifique. Les réalistes privilégient le « Grand Style d'interprétation » sur le « Style formel », « le premier faisant un large usage des principes alors que le second se limite à une application stricte de la règle ». Pour une présentation de ces théories et de cette approche de l'interprétation : F. MICHAUD, v° « États-Unis (Grands courants de la pensée juridique américaine) », S. RIALS, D ALLAND (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003.

[1669] Cette vision reprend les traits principaux de la doctrine réaliste américaine. Comme l'explique un auteur, « le modèle réaliste de raisonnement présente des caractères exactement symétriques – et inverses de ceux du modèle positiviste. Au caractère abstrait du raisonnement s'oppose son caractère figuratif. Le terreau du droit jurisprudentiel où les thèses de l'école réaliste ont prospéré a favorisé la conception d'un droit qui, comme l'est nécessaire le droit jurisprudentiel, est censé épouser exactement les contours du terrain — des réalités auxquelles il apporte ses solutions : figuration de la réalité par le droit — une figuration qui se fait par deux voies : celle de l'extension de la séquence normative : réintroduction dans le raisonnement juridique d'éléments subjectifs que le texte de la loi dans son abstraction et son objectivité, en avait expulsés ; et celle de la discrétion — du pouvoir discrétionnaire — reconnue au lecteur de la loi de faire varier les conséquences qu'il tire de sa lecture en fonction des considérations qui lui paraissent les plus appropriées au cas singulier qu'il a à résoudre. Passage d'un droit du Législateur à un droit des Juges ». G. TIMSIT, « La loi et ses doubles. Thématiques du raisonnement juridique », *Droits*, 2002/2, n° 36, p. 135 et s. Voir également, E. MILLARD, « Réalisme scandinave, réalisme américain », *Revues [Online]*, 2014, 24.

[1670] « D'où, en droit international privé, une montée en puissance du conflit de juridictions par rapport au conflit de lois ». Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ?. Cours général de droit international privé », *op.cit.,* p. 216.

[1671] A. SUPIOT, *Homo juridicus, essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, éditions du Seuil, 2005, p. 28.

[1672] Voir P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op.cit.,* p. 32 et s.

[1673] Ou plutôt de son absence de légitimité. Par exemple, « on ne voit guère quelle légitimité le juge pourrait invoquer pour décréter que la règle de tel État est meilleure que celle de tel autre. Ce jugement de valeur serait, par

ainsi cantonné à un rôle d'arbitre en charge de trancher le litige de droit privé[1675] et est réduit presque uniquement à « un rôle d'agent d'exécution de la loi »[1676]. C'est la figure célèbre du « juge-bouche de la loi »[1677]. Plus généralement, le juriste est considéré comme un simple « technicien des questions sociales »[1678]. Cette conception est dépendante d'une vision du processus normatif qui distingue clairement les missions des différentes institutions publiques en séparant l'élaboration et la mise en œuvre des droits. Au-delà de la seule place du juge, elle en dit également beaucoup sur le modèle démocratique de séparation des pouvoirs[1679].

1161. Pour autant, cette vision a présenté très vite ses limites puisque le juge doit ancrer sa décision dans le réel, dans le concret. « Principe d'action, la justice est aussi un *principe d'interprétation* auquel ne peuvent éviter de recourir tous ceux qui ont à connaître ou appliquer le Droit. Tout juge *rend la justice*, alors même qu'il serait réduit à n'être que la bouche qui prononce les paroles de la Loi »[1680]. La norme abstraite qu'est la loi doit subir

---

ailleurs, nécessairement subjectif et donc imprévisible pour les parties. Enfin reconnaître au juge un tel pouvoir susciterait naturellement dans l'esprit des parties une crainte d'arbitraire ». *Ibid*, p. 165.
Cette vision est parfois décrite comme une préférence de l'autorité sur la vérité : En ce sens, « loin d'être le résultat d'une croyance naïve dans les vertus cognitives d'un juge que les anglo-saxons, depuis Sir Edward Coke jusqu'à Ronald Dworkin, réputent doté d'une raison artificielle lui permettant d'atteindre la vérité et la réponse juste à l'occasion de chaque espèce, le dogme révolutionnaire du juge-bouche de la loi est au contraire le symptôme d'un profond scepticisme subjectiviste selon lequel toute décision humaine à caractère prescriptif est entachée d'irrationalité. A. VIALA, *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, 2ème ed, 2019, p. 79-80.

[1674] La complétude suppose effectivement « la distinction entre la création et l'application du droit, cette dernière étant conçue comme une activité qui implique seulement la connaissance de règles préexistantes, et non la création, au moyen de l'interprétation, de règles nouvelles » R. GUASTINI, v° « Complétude », in A.-J. ARNAUD (dir), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2ème ed., 2018.

[1675] « Le juge-arbitre, c'est le juge classique, celui qui, selon la définition canonique "tranche, par droit et sentence, des contentieux portant sur des droits subjectifs en appliquant la volonté de la loi dans l'espèce litigieuse". Tel l'arbitre sur le terrain, il siffle les fautes sans se préoccuper ni de la qualité de la partie, ni de son issue victorieuse. La loi informe et enferme son action et confère à son raisonnement un tour déductif, voire syllogistique. Saisi par les parties, qui, au civil au moins, conservent la maîtrise de l'instance en vertu du principe dispositif, le juge se confine dans une attitude plutôt passive et se montre un gardien prudent de la séparation des pouvoirs. Ce juge qui cultive la neutralité et borne son action aux frontières de la légalité est parfaitement accordé à l'idéologie de l'État libéral classique qui se représente comme cadre d'une vie sociale dont l'essentiel de l'initiative est laissée aux acteurs privés ». F. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », in *Le rôle du juge dans la cité. Acte du colloque du 12 octobre 2001*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 15. Voir également, F. OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in O. BOURETS (dir.), *La force du droit- Panorama des débats contemporains,* Paris, Ed. Esprit, 1991, p. 241 et s. ; S. GUINCHARD, « N'ayez pas peur ! », *Cahiers de la Justice*, 2013/3, p. 99.

[1676] A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens. (Étude de droit international privé comparé)*, *op.cit.,* p. 4.

[1677] MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, 1748, livre XI, chapitre VI. Cette figure est bien normative et non simplement descriptive.

[1678] En référence à la théorie kelsénienne : E. PICAVET, *Kelsen et Hart. La norme et la conduite.* Paris, PUF, coll. Philosophie, 2000, p. 10.

[1679]Voir notamment H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 239. L'auteur présente effectivement le risque pour la démocratie qu'emporterait un pouvoir important d'interprétation du juge.

[1680] A. SUPIOT, « Poïétique de la justice », in *Le droit malgré tout : Hommage à François Ost*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2018, p. 339, spec. p. 351-352.

le test du réel[1681], ce d'autant plus avec la diversité des ordres juridiques qui complexifie le réel[1682].

1162. La question de l'effectivité du droit, certes moins déterminante que dans les approches réalistes, reste centrale. Elle se présente comme « un objet d'indispensable inquiétude pour les juristes soucieux de convaincre qu'ils ne s'enferment pas dans "l'univers abstrait des règles" et sont attentifs à l'inscription de celles-ci dans les pratiques sociales »[1683]. Pour cela, le juge y occupe une place centrale. Il faut ajouter que dans l'espace régional européen, le juge national est reconnu comme le juge de droit commun du droit de l'Union européenne qui doit assurer l'effectivité de ce droit[1684], ce qui a produit un certain « effet émancipateur du juge national »[1685]. Il en est de même dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme de sorte que le juge national est le gardien de rationalités multiples.

1163. Prenant conscience de l'importance du juge au sein de l'ordre juridique et de son rôle croissant dans le développement du discours du droit, il a pu être remarqué que « longtemps cantonnés à l'interprétation rigoureuse du droit, les juges sont peut-être […] les agents les plus actifs de la mondialisation et, partant, les ingénieurs de sa transformation »[1686]. Sans se réclamer du courant réaliste, le juge peut, selon un nouveau modèle, servir également de relais entre la politique poursuivie par le législateur national et le litige de droit privé. Le rôle d'interprète du juge devient important. Fort d'un pouvoir d'interprétation et d'appréciation étendu visant à concilier l'énoncé normatif et la

---

[1681] En ce sens : « L'idée que l'application de la règle suffise à réaliser concrètement la justice est de plus en plus contestée dans les évolutions actuelles, au profit de l'affirmation selon laquelle l'équité ne doit être recherchée qu'au contact de la diversité des situations, de leur irréductible singularité », R. LIBCHABER, « Réflexion sur le désordre juridique français », in *Mélanges en l'honneur de André Decocq*, Paris, Litec, 2004, p. 407.

[1682] Voir à ce sujet le rapport de la Cour de cassation : « Le juge et la mondialisation dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *Étude annuelle 2017*, Documentation française, spec. p. 10 et s.

[1683] A. JEAMMAUD, « Le concept d'effectivité du droit », in P. AUVERGNON (dir.) *L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ?*, Actes du Séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale, COMPTRASEC, 2006, p. 34.

[1684] R. GRASS, « L'influence croissante du droit de l'Union européenne », *Cahiers de la Justice*, 2013/3, p. 47 ; Voir également : B. LOUVEL, Discours prononcé lors du colloque : « L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : question de souveraineté ? », 10 avril 2015. Disponible sur le site de la Cour de cassation.

[1685] M. ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen,* Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 42. Plus récemment, le développement d'une « protection juridictionnelle effective d'un droit substantiel » garantie par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'inscrit en sens. Voir S. CLAVEL, « Protection juridictionnelle effective et règle de droit international privé », *op.cit.*.

[1686] J. ALLARD, A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation, La nouvelle révolution du droit*, Paris, Ed. du Seuil, 2005, p. 6.

meilleure solution possible, le juge, dont la figure a été comparée à Hercule[1687], comble les lacunes de la loi. « S'il reste un homme de loi, celui-ci se double désormais d'un ingénieur social. Le voilà préoccupé de gérer au mieux les intérêts menacés en s'inspirant cette fois des politiques publiques que l'État social développe dans tous les secteurs de la vie sociale, économique et culturelle »[1688]. Le recours au standard plutôt qu'aux règles accompagne ce mouvement, car il laisse une latitude plus large au juge et vient marquer le passage de relais et la collaboration entre législateur et juge[1689].

1164. De surcroît, une troisième et dernière figure du juge peut apparaître lorsqu'il cesse d'être un simple organe en charge de trancher les litiges ou d'effectuer une liaison entre le législatif et le judiciaire, pour assumer une fonction d'impulsion[1690], de conciliation entre intérêts publics et intérêts privés[1691]. Le développement de la technique de la proportionnalité sous l'impulsion des droits fondamentaux ou des libertés de circulation permet l'essor de ce dernier modèle[1692] déplaçant le curseur de la loi au juge pour déterminer l'étendue des droits[1693]. Le principe de subsidiarité est également à ranger parmi les techniques qui illustrent cette dernière figure[1694].

[1687] Pour reprendre la métaphore de Dworkin (bien qu'établie dans un contexte de *common law*). R. DWORKIN, *L'empire du droit*, Paris, PUF, coll. Leviathan, 1995, traduction de : *Law's Empire*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 1986, spec, p. 239.

[1688] C'est ce que certains ont appelé la figure du « juge-entraineur ». F. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », *op. cit.,* p. 15-16.

[1689] « Ces standards suscitent un assouplissement marqué de la norme, qui n'est plus si directive entre les mains du juge. Fluctuante, elle se trouve à même d'évoluer à l'abri d'une lettre inchangée, moins au gré de la variété des juges qu'en fonction des transformations que l'époque impose à la société. En quoi le standard introduit un facteur de souplesse dans la règle de droit, que d'autres techniques ne réalisent pas un même degré. Surtout, elle aboutit à une collaboration entre législateur et juge, le premier faisant confiance au second, pour créer des normes adaptables, qui évolueront avec les circonstances sans aucune nécessité de les modifier ». R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, *op.cit.,* p. 340-341.

[1690] Pour ce faire, « le juge est obligé à être encore plus juge, à être meilleur, car il sait que son autorité ne sera puisée que dans le force de ses arguments. Il ne peut plus se réfugier derrière le pouvoir, il ne peut plus compter que sur sa seule force de persuasion intellectuelle. La mondialisation exaspère ainsi l'office du juge en le dépouillant de la tentation d'en faire un simple agent de l'exécutif ». A. GARAPON, « Le monde, un défi pour le juge du XXIème siècle », *Cahiers de la Justice*, 2013/3, p. 7. Voir également, B. BERNABE, « Redécouvrir l'office créateur du juge », *Cahiers de la Justice*, 2013/3, p. 27.

[1691] Selon une troisième figure : « le juge Hermès » qui préfère la pesée des intérêts. F. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », *op.cit.,* p. 17.

[1692] L'office du juge en ressort modifié. Celui-ci doit désormais opérer un « calcul de "bénéfices" et un calcul de "coûts" ». Voir : A. MARZAL-YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulations du droit de l'Union européenne*, Paris, LGDJ-Institut Universitaire Varenne, 2014, spec. p.45 et s.

[1693] « La prééminence du droit, de nos jours, repose davantage sur les recours que sur les textes : le droit au droit est un "droit au juge " plus encore qu'un droit à la loi ». P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, t. I, p. 49, spéc. p. 61.

[1694] En ce sens, « il ne s'agit plus de trancher à l'aide d'une loi ou de décider à l'aide d'un programme ou d'un plan s'imposant a priori, mais d'ajuster un ensemble virtuellement infini d'intérêts concurrents. Le jugement n'est plus ni déductif, ni inductif, mais comparatif et adaptatif, marqué par une loi générale de relativité dont les principes de

1165. En somme, la vision des auteurs américains repose sur des conceptions tranchées du rôle de la *lex fori* et du juge par rapport à ce qui est traditionnellement affirmé en droit continental et par suite en droit international privé européen. Cependant, dans un contexte de bouleversement normatif où les influences juridiques sont multiples, où la superposition des ordres juridiques est source de bouleversement de la mission du juge, tendent à se redessiner la liaison entre le droit et le fait, entre le juge et le législateur, et les rapports entre les juridictions d'espace différents. Il en ressort dès lors qu'un élément d'ordre général — relatif au rôle tenu par l'exercice de la fonction juridictionnelle dans l'expression du droit — exerce une influence sur la manière de concevoir ensuite le rôle de la compétence juridictionnelle. Ces considérations sont essentielles pour mesurer les implications du phénomène de concordance des compétences. Toutefois, sans s'aligner sur la conception des auteurs américains, il nous semble que le phénomène de concordance des compétences implique désormais de penser leur interaction par le biais de la complémentarité des règles de compétence et non en référence à une fusion-absorption d'une des règles par l'autre.

§2 : La complémentarité des règles de compétence

1166. Les théories unificatrices défendues par les auteurs américains ont pour conséquence de revêtir la règle de compétence juridictionnelle de la fonction régulatrice en droit international privé. Celle-ci remplit effectivement indirectement un rôle conflictuel dans le sens où elle va définir les rapports de droit qui peuvent être intégrés à l'ordre juridique selon les buts normalement poursuivis par la règle de conflit de lois.

1167. Nous avons déjà vu que parmi les raisons de la concordance des compétences figurent en bonne place les mutations structurelles qui affectent la règle de compétence juridictionnelle visant à lui conférer, notamment, une fonction localisatrice ainsi que la défense d'intérêts divers. Dépassant l'étude de la structure des règles et des fonctions de chacune des règles déjà entreprise, l'analyse vise ici à réévaluer le rôle respectif de chacune des règles dans l'exercice de cette fonction régulatrice. L'hypothèse est la suivante : le phénomène de concordance implique un rééquilibrage du rôle respectif des règles de compétence dans le but d'atteindre une plus grande effectivité des règles de droit international dans leur dessein régulateur.

---

proportionnalité et de subsidiarité, dont on sait l'importance aujourd'hui, constituent d'excellents révélateurs ». F. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », *op.cit.,* p. 17.

1168. Dans ce cadre, l'effectivité est entendue comme « l'instrument conceptuel d'évaluation [du] degré de réception [de la norme], le moyen de mesurer des "écarts" entre pratique et droit »[1695]. La notion d'effectivité sert ainsi à mesurer le « degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit »[1696]. Elle ne saurait se mesurer de manière binaire par le constat du respect ou de la violation de la norme. La notion d'effectivité se caractérise par le fait qu'elle est « susceptible de degrés »[1697]. En droit international privé, la multitude des ordres juridiques susceptibles de connaître d'une situation litigieuse accorde à cette question d'effectivité une place centrale. En effet, l'effectivité d'une règle exerce une influence directe sur « la capacité de la règle à orienter le comportement de ses destinataires »[1698].

1169. Dans cette optique, les deux règles de compétence peuvent se compléter sur deux aspects. Le premier concerne l'effectivité de l'application des règles de droit international privé (A). Ensuite, dès que les règles de compétence sortent de leur neutralité de façade pour contenir des objectifs divers, la question de la réalisation de ces objectifs se pose. Le partage de la fonction régulatrice s'effectue alors pour rendre effectifs ces objectifs (B).

A- La complémentarité au service de l'effectivité de l'application du droit international privé

1170. La saisine du juge a toujours eu une place à part dans le raisonnement de droit international privé contemporain en Europe, même lorsqu'il était affirmé que « seule la fonction de rendre la justice entre les parties au litige est en cause »[1699]. Si la scission entre *forum* et *jus* « prospère à partir de l'idée de fongibilité des tribunaux des divers États, en vertu de laquelle peu importe, pour le régime de fond du rapport de droit, le juge

---

1695 P. LASCOUMES, E. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et Société*, 1986, p. 127. Sur les divers usages de ce terme, J. BETAILLE, « Introduction : Le concept d'effectivité, proposition de définition », in S. BRIMO, C. PAUTI (dir.) *L'effectivité des droits, Regards en droit administratif*, Paris, Mare & Martin, 2019, p. 21.

1696 P. LASCOUMES, v° « Effectivité », in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème ed., Paris, LGDJ, 2018.

1697 J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'Année sociologique 1967-1968*, Presses Universitaires de France, p. 14.
Il est également possible de parler d'efficacité. Cependant, il existe une différence entre effectivité et efficacité en ce sens que l'effectivité implique l'existence de degré tandis que l'efficacité vise la totalité du résultat recherché. Sur ce concept : R. BETTINI, v° « Efficacité », in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème ed., Paris, LGDJ, 2018 ; P. LASCOUMES, E. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 146.

1698 F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaire Saint-Louis, 2002, spec. p. 329

1699 P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op.cit.,* p. 164.

compétent dès lors que ce juge applique "la bonne loi", le juge n'apparaissant que comme "la bouche qui prononce les paroles de la loi"»[1700], le juge a toujours eu ne serait-ce qu'un rôle d'identification et de protection des valeurs fondamentales. Cette intervention était cantonnée à un stade post-conflictuel, c'est-à-dire après l'application de la règle de conflit de juridictions lorsqu'il s'agissait de relever l'existence de loi de police, ou après l'application de la règle de conflit de lois par l'intermédiaire de l'exception d'ordre public international.

1171. De plus, depuis le dépassement de la vision publiciste du conflit de lois[1701], il est couramment affirmé que le juge est « le point de départ obligé du raisonnement de droit international privé »[1702]. Pour connaître la loi applicable, il convient toujours de fixer l'ordre juridique de référence, ce qui se réalise par l'intermédiaire de la saisine du juge[1703]. Cette vision juridictionnelle ou au moins virtuellement contentieuse du droit international privé est celle qui prévaut encore en droit positif. Et, même en présence d'une universalisation des règles de conflit de lois dans l'espace européen par l'unification du droit international privé européen, ce jeu de simulation du point d'ancrage juridictionnel est essentiel, car l'unification n'est pas totale.

1172. D'une part, certains domaines restent exclus du champ des règlements concernant le conflit de lois quand bien même ils seraient appréhendés par les instruments relatifs à la règle de compétence juridictionnelle. D'autre part, le rôle du juge dans l'application des lois de police et de l'exception d'ordre public international en fait toujours un point nodal de l'analyse. C'est le cas chaque fois que le juge se voit confié une

[1700] P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Localisation et globalisation en droit international privé. *Esprit* de *Savigny*, es-tu là ? », *op.cit.,* p. 1562.
[1701] Sur lequel, voir *supra* n°29.
[1702] P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op.cit.,* p. 111.
[1703] Ce constat n'est pas nouveau. « Il n'est pas possible […] de déduire un droit à partir d'une loi sans faire intervenir au moins un deuxième élément : le juge. Certes, rien n'interdit à l'observateur de prendre une loi quelconque comme base de raisonnement, et d'en déduire l'existence, ou l'inexistence, d'un certain droit. Mais il ne s'agira que d'un choix arbitraire, conduisant à une affirmation purement verbale, que pourra contredire un raisonnement fondé sur une autre loi. Si l'on veut décrire une réalité objective, il faut se placer du point de vue de l'ordre juridique dont le juge est saisi, et retenir comme majeure du syllogisme judiciaire la loi qu'appliquerait ce juge. Selon que l'on aura saisi tel juge, ou tel autre — et souvent deux ou plusieurs juges se reconnaissent compétents —, la loi appliquée ne sera pas la même. C'est évident dans un système où chaque juge appliquerait systématiquement sa propre loi ; cela reste vrai dans un système où existent des règles de conflit de lois, dès lors que ces règles ne sont pas universelles ». P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op.cit.,* p. 111.

norme permissive[1704]. Il en va de même de certaines problématiques telles que la résolution des questions préalables ou la détermination de l'office du juge.

1173. D'une manière générale, l'approche particulariste — qui perdure même dans un système comme celui de l'espace judiciaire européen vis-à-vis des États tiers ou dans les domaines non unifiés — fait toujours de la règle de compétence juridictionnelle une donnée centrale. C'est ici l'effectivité de l'application de la réglementation de droit international privé qui est en jeu. Sans règle de compétence juridictionnelle qui fixe le for de référence, la règle de compétence législative peut être éludée et dans cette hypothèse, la règle sera ineffective, car inapplicable.

1174. Placer l'analyse du droit sous le sceau de l'effectivité opère un déplacement de l'analyse vers le mécanisme juridictionnel, car le recours au juge est un moyen privilégié pour l'atteindre[1705]. Cette affirmation se vérifie d'autant plus en droit international privé où le phénomène de la frontière accentue les risques. Ce constat n'est pas nouveau, mais perdure même au sein de l'Union européenne.

1175. Le véritable rééquilibrage entre règle de compétence juridictionnelle et règle de compétence législative s'effectue cependant lorsqu'il s'agit de s'intéresser non plus seulement au seul déploiement du raisonnement de droit international privé, mais à sa pleine réalisation.

B- La complémentarité au service de l'effectivité des objectifs des règles de droit international privé

1176. Le paradigme conflictuel se caractérise par sa neutralité et la poursuite de la justice conflictuelle par la recherche de la localisation abstraite du rapport de droit. Mais, si tant est que ces prescriptions se soient déjà véritablement réalisées, le paradigme conflictuel souffre de nombreuses limites. Celles-ci disqualifient la règle de conflit de lois bilatérale en tant que seule détentrice de la fonction régulatrice des relations privées internationales parmi les différentes méthodes de résolution du conflit de lois, mais aussi

[1704] C'est le cas dans le cadre du conflit de lois. En matière de compétence juridictionnelle, la permissivité reste encore qualifiée, à juste titre, de résiduelle : en ce sens, C. COHEN, *Les normes permissives en droit international privé. Étude critique*, thèse dactyl., Paris II, 2015, spec. p. 172 et s.

[1705] Même s'il n'est pas le seul, car l'effectivité peut être atteinte par d'autres institutions publiques et reste également dépendante de facteurs non strictement juridiques et de la présence d'acteurs extérieurs.

comme seul instrument régulateur des relations privées internationales au détriment du conflit de juridictions.

1177. Ce mouvement, qui est souvent analysé comme étant cyclique[1706] ou encore symbolisant un mouvement de balancier[1707], exerce une influence importante sur la règle de compétence juridictionnelle. Cette dernière intervient pour assurer l'effectivité des effets recherchés par la méthode de résolution du conflit de lois choisie par le législateur. C'est ainsi une politique plus globale qui se réalise par l'intermédiaire des deux règles de compétence.

1178. Le constat du rééquilibrage de la part respective du conflit de juridictions et du conflit de lois sera analysé au sein du paradigme conflictuel (1) et au sein des méthodes concurrentes (2).

1- Le rééquilibrage des rapports entre règles de compétence au sein du paradigme conflictuel

1179. Évoquer les objectifs de la réglementation de droit international privé au sein du paradigme conflictuel peut apparaître *a priori* paradoxal, car il se caractérise par sa neutralité. Pourtant, le paradigme a toujours revendiqué la poursuite d'une justice de droit international privé dite justice conflictuelle, opposée à la justice matérielle.

1180. Dans sa pureté originelle, la règle de conflit de lois appartient à la première forme de justice. Cependant, dépassant l'analyse classique de la règle de conflit, mais restant fidèles à la structure savignienne de la règle, certaines règles présentent un caractère fonctionnel fort recherchant davantage la justice matérielle. La concordance des compétences se développant dans ces deux sphères, il conviendra alors d'analyser les rapports entre les règles sous l'angle de l'effectivité de la justice conflictuelle (a) puis à l'aune de la matérialisation du paradigme (b).

[1706] H. MUIR WATT, « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois ?) », *op.cit.,* p. 207 ; S. CORNELOUP, « Les liens entre *forum* et *ius*, réflexions sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op.cit.,* p. 475.
[1707] S. FRANCQ, « Unilatéralisme versus bilatéralisme : une opposition ontologique ou un débat dépassé ? Quelques considérations de droit européen sur un couple en crise perpétuelle », *op. cit.*, p. 49.

a- Règle bilatérale et justice conflictuelle

1181. La justice conflictuelle propre au paradigme conflictuel est aujourd'hui recherchée par la mise en œuvre du principe de proximité. Encore faut-il que cette mise en œuvre ne soit pas entachée de vice ou de contradiction. À cet égard, au sein de l'Union européenne, l'universalisation des règles de conflit de lois limite l'influence de la dimension juridictionnelle du litige dans les relations internes à l'Union européenne puisque les États membres sont liés par les mêmes instruments. Au sein de la communauté de droit, l'universalisation permet alors de réduire l'imprévisibilité du droit applicable, car le règlement du conflit de lois sera majoritairement identique. Par conséquent, dans les relations internes à l'Union européenne, la détermination d'un seul for de référence n'est pas absolument nécessaire[1708]. Le rôle de la règle de compétence juridictionnelle peut rester ancillaire à celui du conflit de lois sans créer de l'imprévisibilité et du désordre.

1182. Pourtant, comme nous l'avons exploré précédemment, la concordance des compétences peut être souhaitée pour des raisons pragmatiques de simplification du règlement du conflit de lois par application de la loi du for[1709] ou par une spécialisation recherchée de la règle de compétence juridictionnelle proche des éléments du litige. Dans ce cas, la localisation est donc désormais assumée de manière unitaire par les deux règles de compétence[1710]. Cette remarque est importante, car elle distingue fondamentalement notre hypothèse de concordance de l'hypothèse d'une application généralisée de la *lex fori* puisque le raisonnement conflictuel perdure[1711]. En ce sens, c'est la compétence de l'ordre juridique dans son entier qui est établie selon un lien de proximité entre l'ordre juridique et l'objet de la situation juridique litigieuse.

1183. La légitimité de la proximité comme instrument de régulation en droit international privé peut d'ailleurs trouver une force plus importante confrontée à

[1708] Cette affirmation est à tempérer lorsque les règles de droit international privé sont à géométrie variable en cas de coopération renforcée.

[1709] « La notion du juge " mieux placé " que l'on rencontre de plus en plus souvent dans les textes récents, peut au moins partiellement se rattacher à ces considérations pragmatiques, puisque le droit applicable peut être l'un des facteurs à prendre en compte dans cette appréciation ». S. CORNELOUP, « Les liens entre *forum* et *ius*, réflexions sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op.cit.,* p. 468.

[1710] Voir *supra* n°923 et s.

[1711] « C'est ce qui permet de comprendre que, lorsque le juge applique sa propre loi, il ne le fait pas nécessairement parce que c'est la *lex fori*, mais parce qu'il existe une identité des critères de rattachement découlant d'une même démarche de localisation de la situation ». S. CORNELOUP, « Les liens entre *forum* et *ius*, réflexions sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op.cit.,* p. 470.

l'observation de notre phénomène de concordance en s'accordant sur une définition de la proximité. En effet, la légitimité de la proximité comme fondement de la règle de compétence juridictionnelle s'accroît d'autant plus qu'elle trouve son pendant dans la recherche de la loi applicable. La proximité devient dès lors le fondement légitime de la compétence de l'ordre juridique entier dans ces hypothèses, ce qui oblige *a contrario* à tempérer cette présence de la proximité dans les règles de compétence juridictionnelle. C'est là le signe d'un affinement de l'objectif pour y voir non plus « des réalités très différentes les unes des autres, voire contradictoires »[1712], mais des réalités identiques du point de vue du juge et de la loi. Cela redonne plus de vigueur à ce fondement qui retrouve une certaine cohérence d'ensemble, car admettre à la fois que des liens très étroits, des liens étroits ou des liens simplement suffisants expriment la proximité, c'est en réalité affaiblir l'idée de proximité comme principe de solution, la vider de son sens[1713].

1184. De plus, si les avantages liés à la proximité énoncés en matière civile et commerciale par le professeur L. Usunier, peuvent être étendus à l'ensemble du droit international privé et particulièrement à la matière familiale où la proximité permet aujourd'hui, dans de nombreuses hypothèses, de faire concorder *forum* et *jus*, ces avantages se cumulent désormais à un meilleur traitement substantiel du litige par le juge, ce qui met les « considérations pratiques » au « premier plan ». « Éviter l'application d'un droit étranger présente des avantages pratiques non négligeables. Du point de vue de la juridiction, l'application de la loi du for simplifie le règlement du litige, ce qui permet le plus souvent également de réduire la durée des procédures et d'en augmenter ainsi l'efficacité. Par ailleurs, elle contribue à améliorer la qualité des jugements, en permettant au juge de statuer sur le fondement d'un droit qui lui est familier »[1714].

1185. Il en résulte que désormais la localisation affinée de la règle de conflit de lois se distingue de celle de la règle de conflit de juridictions seulement lorsque la situation ne présente pas de liens très étroits pour le for ou que celui-ci est compétent sur la base

[1712] C. KESSEDJIAN, « Le principe de proximité, Vingt ans après », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 507, spec. p. 508.
[1713] Un auteur a également critiqué la proximité du fait de la profusion d'objectifs poursuivis par celle-ci en fonction des approches retenues : internationaliste ou privatiste. « Un instrument qui sert des objectifs aussi divers risque immanquablement de perdre en cohérence. N'est-il pas dit que "nul ne peut servir deux maîtres" ? ». E. FARNOUX, *op.cit.,* t. I, p. 112.
[1714] S. CORNELOUP, « Les liens entre *forum* et *ius*, réflexions sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op.cit.,* p. 468.

d'autres règles de compétence qui reflètent des fondements autres[1715]. C'est donc qu'*a priori* l'ordre juridique du for n'est pas le plus à même, du point de vue de la proximité, de trancher le litige et que son intervention est alors dictée par d'autres considérations[1716].

1186. Le risque dans ces hypothèses de dissociation entre *forum* et *jus*, où le juge ne présente pas un lien de proximité étroit, est que la loi désignée par la règle de conflit de lois peut être matériellement très éloignée des conceptions du for : l'exception d'ordre public risque alors de l'évincer. Parfois, même en l'absence de contrariété à l'ordre public international, si la loi désignée par la règle de conflit ne parvient pas à l'objectif poursuivi par la réglementation du for, elle sera paralysée. C'est le cas du retour à la loi du for en matière de divorce si la loi désignée ne permet pas la dissolution du mariage[1717]. Dans ces cas, l'absence de proximité géographique pourrait entrainer une absence de proximité « substantielle »[1718] autrement dit en cas de défaut d'équivalence entre les lois. La règle de conflit de lois ne sera donc pas pleinement efficace et la loi finalement applicable sera celle du juge saisi, replongeant de ce fait du côté de la justice matérielle. La fonction localisatrice et substantielle retomberait de ce fait dans les mains du juge : la proximité sera écartée et pourtant une liaison entre *forum* et *jus* observée.

1187. Cette dernière remarque interroge la vocation du for à faire intervenir ses juridictions dans les hypothèses de non-concordance en invoquant le recours à la proximité lorsque cette compétence juridictionnelle n'est pas subsidiaire, mais intervient au même titre que les autres. Autrement dit, en cantonnant ainsi la proximité par une approche unitaire juridictionnelle et législative la proximité est un fondement cohérent pour fixer le rattachement à l'ordre juridique dans son entier. En dehors de ces hypothèses, et en l'absence d'autres intérêts légitimant la concordance des

---

[1715] C'est le cas lorsque la règle de compétence est en lien non avec l'objet du litige, mais avec l'une des parties en dehors des hypothèses qui seront évoquées en suivant de protection d'une partie où le for réserve une protection juridictionnelle et matérielle particulière ce qui atteste d'un intérêt particulier à fonder la compétence de l'ordre juridique. En effet, le fondement de la proximité n'est que subsidiaire par rapport aux autres intérêts substantiels qui fondent la concordance.
Ainsi, cette absence de proximité peut renvoyer par exemple, à la compétence juridictionnelle du domicile ou de la résidence du défendeur, au *forum actoris* en matière de divorce ou encore et à un stade ultime au *forum actoris* de l'article 14 du Code civil.

[1716] Voir *infra* n°1367 et s.

[1717] Dans l'hypothèse où le chef de compétence juridictionnelle n'est pas fondé sur une proximité avec la situation juridique, mais sur le lien avec l'une des parties seulement. Voir *supra* n°417 et s.

[1718] Selon l'expression du professeur B. ANCEL, « La loi applicable à défaut de choix », in A. BONOMI, E. CASHIN RITAINE *(*dir.*) Le nouveau règlement « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles,* Zürich, Schulthess, 2009, p. 77, spec. p. 88.

compétences[1719], un effort d'argumentation doit être demandé au for pour accepter de faire intervenir ses juridictions. Une telle argumentation peut prendre appui sur la recherche d'un lien raisonnable entre la juridiction et le litige à condition d'admettre que tout lien étroit ne relève plus de la proximité dans sa conception renouvelée.

1188. En somme, il faut retenir que la règle de conflit de lois peut être appliquée sans pour autant que le juge saisi soit en mesure d'en offrir une bonne application ou l'application la meilleure, la justice conflictuelle étant « globalement » préservée et le risque d'ineffectivité de l'objectif largement limité dans un espace d'équivalence substantielle des législations. La volonté de faire concorder *forum* et *jus* n'est que contingente. C'est seulement confronté aux limites de l'équivalence substantielle que le rapport entre les règles de compétence se modifie en faisant de la règle de compétence le point d'ancrage spatial et matériel de l'application de la loi du for. Cette montée en puissance de la règle de compétence juridictionnelle illustre dans ce cas les apories méthodologiques du bilatéralisme pour glisser vers la justice matérielle.

1189. Cette justice matérielle est parfois plus clairement recherchée, modifiant d'autant plus les rapports entre les règles de compétence.

b- Règle bilatérale et matérialisation

1190. Il est des cas où le caractère fonctionnel des rattachements bilatéralistes révèle l'existence d'objectifs substantiels variés portés par la règle de conflit de lois, qui se retrouvent également dans l'étude de la règle de compétence juridictionnelle. Ce faisant, la règle de compétence juridictionnelle participe activement à l'exercice de la fonction régulatrice du droit international privé et à la recherche de la justice matérielle. C'est tout l'ordre juridique qui met à disposition ses règles et ses organes à la recherche de l'effectivité de l'objectif visé.

1191. Le meilleur exemple reste celui des règles protectrices du consommateur où une protection procédurale s'ajoute à une protection substantielle. C'est également le cas en matière d'obligations alimentaires par exemple. Nous rejoignons ainsi les remarques du professeur B. Ancel à l'issue de la communication du professeur J.-B. Racine relative au *forum actoris* au Comité français de droit international privé. L'auteur exprimait alors son

[1719] Voir *supra* Titre 1, Partie 1.

interrogation sur la nécessité d'aller « plus loin dans l'analyse de [ce que vous avez appelé] la substantialisation de la compétence ; quand on accepte, [selon ce que vous avez montré, selon ce que vous suggérez], ces compétences en faveur du tribunal du demandeur, ce que l'on recherche, peut-être davantage que la protection du sujet individu par une compétence compensatoire, n'est-ce pas l'effectivité des règles, l'effectivité du droit substantiel ? Et c'est un développement assez naturel à partir du moment où on récuse, disons l'allégeance comme fondement des compétences, ou à partir du moment où on dépasse un *actor sequitur rei*, fondé sur l'équité procédurale. […] Et de manière plus spécifique, on a en plus cet objectif particulier que l'on veut obtenir un résultat substantiel, que le droit applicable au litige soit effectif. C'est plus, à mon avis, cette effectivité qui est recherchée que le confort ou le réconfort du plaideur »[1720]. Le meilleur moyen de s'assurer de la réalisation des objectifs de la règle de conflit de lois devient alors l'octroi d'une règle de compétence juridictionnelle qui puisse la mettre en œuvre ou qui en facilite la mise en œuvre. À défaut, la pleine effectivité de l'objectif visé est incertaine.

1192. Du point de vue de l'objectif de protection qui anime ces fors particuliers, il y a donc là une logique d'intégration de ces considérations substantielles de manière unitaire dans les deux corps de règles. La protection du droit d'action trouve ici un sens dans le prolongement de la protection au stade du droit substantiel[1721]. La faveur procédurale accordée au créancier pourrait effectivement être considérablement réduite si le juge devait appliquer un droit étranger. La difficulté de connaissance ou d'application de la loi étrangère et l'allongement de la durée du litige qui en résulte sont autant d'éléments qui viendraient amoindrir l'objectif de protection consacré. Les deux règles de compétence sont les deux faces du même objectif d'équité poursuivi par le législateur européen[1722].

[1720] Intervention lors des débats issus de la communication de : J.-B. RACINE, « Le *forum actoris* en droit international privé », *op.cit.,* p. 71. Voir également, F. POCAR, « La protection de la partie faible en droit international privé », *op.cit.,* p. 399 : « La solution du problème de compétence n'a donc pas un effet protecteur uniquement en tant qu'elle facilite l'accès à la justice, mais joue un rôle essentiel, bien qu'indirect, pour favoriser la solution de l'affaire d'après la loi la plus protectrice pour la partie faible. La solution du conflit de lois dépend ici dans une large mesure de la solution du conflit de juridictions ».

[1721] En ce sens : « Dès l'instant où le *forum actoris* repose sur un objectif de protection d'une catégorie de plaideurs, cette protection d'ordre juridictionnel rejoint la protection accordée par le droit substantiel. […] Le Règlement Bruxelles I *bis* et le Règlement Rome I se rejoignent ici, l'un accordant une protection sur le terrain de l'accès au juge, l'autre sur le terrain des droits substantiels via des règles spéciales de détermination du droit applicable ». J.-B. RACINE *op.cit.,* p. 31, n° 58.
voir également : E. FARNOUX, *op.cit.*, t. II, p. 611.

[1722] « Un cas caractéristique dans lequel il faut intervenir au nom de l'équité, afin de corriger les injustices d'une égalité abstraite et en même temps assurer un équilibre entre la sécurité juridique et la justice dans chaque cas individuel, elle celui de la partie faible, que ce soit l'employé ou le consommateur, souvent le cocontractant d'une banque ou d'une compagnie d'assurances ou de l'État, un créancier d'aliments ou la victime d'un délit […] » S.

Les deux règles de compétence s'avèrent ici complémentaires et se partagent la fonction régulatrice.

1193. Il existe ainsi un lien fonctionnel entre la règle de compétence juridictionnelle et la règle de compétence législative. Si pendant longtemps, le caractère fonctionnel de la règle de conflit de lois n'a été perçu qu'à travers le lien entre une qualification et un rattachement[1723], doit s'ajouter également le caractère fonctionnel de la règle de conflit de juridictions dans la poursuite de l'objectif de la règle de conflit de lois. Dans les hypothèses citées, il s'agit, par un rattachement bilatéraliste, de masquer une réalité statutiste, car la volonté est plus de s'assurer de l'application d'une législation particulière ou d'un standard particulier que de désigner simplement la bonne loi applicable. Cette volonté d'application d'une législation particulière explique et implique une réglementation idoine de la règle de compétence juridictionnelle.

1194. À l'instar de la protection en matière de parties faibles, ce qui est recherché en octroyant au juge une compétence exclusive, c'est l'effectivité de la loi désignée par la règle de conflit[1724]. Autrement dit, pour s'assurer de l'application de la loi désignée par la règle de conflit, le législateur s'est assuré de la bonne application de la règle de conflit de lois par le truchement de la règle de compétence juridictionnelle. Le raisonnement de conflit de lois perdure. Il est essentiel, mais se réalise également dès le stade de la règle de conflit de juridictions de sorte qu'en ces matières, c'est la détermination de la compétence juridictionnelle qui intervient comme clé de voute de la résolution du litige international.

1195. La préservation de l'intérêt prépondérant étatique passe donc par une gestion juridictionnelle et matérielle concertée de la matière litigieuse. Les deux règles de conflit sont ainsi guidées par les mêmes objectifs et les règles de compétence sont liées par une concordance nécessaire où l'une des règles est au service de l'autre[1725].

VRELLIS, « Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé ? À la recherche de la justice », *RCADI*, 2007, t. 328, p. 369.

[1723] AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit de lois », *op.cit.* ; B. AUDIT, « Flux et reflux de la crise des conflits de lois », *TCFDIP*, 1988, p. 59, spec. p. 74 ; B

[1724] *Contra* : « C'est dire que l'implication d'un intérêt étatique n'exerce pas la même influence sur la compétence internationale des juridictions que la protection de la partie faible. Tandis que les compétences protectrices de la partie faible préservent directement le droit d'action de la partie faible, en lui offrant un for accessible, les compétences fondées sur la protection des intérêts fondamentaux de l'État du for ne réalisent qu'indirectement les objectifs d'intérêt général qu'il poursuit, en assurant le rattachement de la situation à l'ordre juridictionnel dont le système de conflit de lois rattachera lui-même la situation à la loi du for ». L. USUNIER, *op.cit.,* p. 272.

[1725] Cette nécessité n'empêche cependant pas de s'interroger sur l'opportunité du régime drastique de l'exclusivité lorsque l'intérêt protégé peut être poursuivi autrement.

1196. Ainsi, les mêmes constats que ceux affectant la règle de conflit bilatérale « classique » peuvent affecter à leur tour la règle de compétence juridictionnelle. En somme, la découverte du caractère fonctionnel de la règle de conflit de lois et la variété des intérêts qu'elle a parfois à prendre en charge accentuent le rôle de la règle de compétence juridictionnelle. Plus généralement, ce rôle de la règle de compétence tend à être réévalué « par la prise de conscience des limites du paradigme conflictuel »[1726]. Cela participe encore plus de la nécessité de déplacer l'attention sur la dynamique juridictionnelle du droit international privé.

1197. L'étude des implications de la concordance des compétences sur le partage de l'exercice de la fonction régulatrice doit dorénavant être poursuivie au sein des méthodes concurrentes.

2- Le rééquilibrage des rapports entre règles de compétence au sein des méthodes concurrentes

1198. Les méthodes concurrentes à la méthode conflictuelle poursuivent des objectifs particuliers et différents. Le phénomène de concordance est plus ou moins marqué selon les méthodes envisagées et interroge les rapports entre les règles de compétence. Quel rapport doit entretenir la règle de compétence juridictionnelle avec la méthode sélectionnée pour désigner la règlementation applicable ?

1199. Plus les règles sortent de leur neutralité, plus la question de l'effectivité de leurs objectifs se pose. De ce fait, le traitement matériel justifiant une dérogation à la méthode conflictuelle a souvent besoin d'un relai juridictionnel pour être effectif. Cette affirmation sera vérifiée lorsque le législateur a choisi de recourir à l'autonomie des parties (a) puis aux lois de police (b) et enfin lorsque des droits fondamentaux sont en jeu (c).

a- Autonomie des parties et compétence juridictionnelle

1200. L'autonomie des parties en droit international privé est susceptible de degré selon qu'elle s'insère dans les règles de conflit de lois et/ou de juridictions, qu'elle s'apparente à un choix libre des individus ou à une option guidée par le législateur ou

[1726] Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ?. Cours général de droit international privé », *op.cit.,* p. 217. Et l'auteur de poursuivre : « d'où l'attention accrue portée au conflit de juridictions, puisque la solution donnée au conflit de lois pourra varier selon quel l'affaire aura été portée devant tel ou tel juge ». *Ibid.*

encore qu'elle se révèle de manière indirecte en matière de reconnaissance des situations légalement acquises à l'étranger[1727]. Elle est, à n'en pas douter, une modification profonde du paradigme conflictuel, reflet du libéralisme actuel du droit européen.

1201. Or, faire place au libéralisme dans les règles de droit international privé, c'est confier l'intégration du litige dans un ordre juridique aux parties et accepter le principe de la concurrence des législations. La volonté des parties vient fixer l'ordre juridique compétent et le résultat matériel souhaité. De manière générale, ce constat est celui d'un effacement progressif des règles de conflit comme outil d'encadrement strict des situations privées internationales pour devenir un outil accompagnant la volonté privée[1728]. Les règles de conflit viennent fixer le périmètre du choix, et ensuite les parties affinent et déterminent le choix définitif.

1202. Cela est corroboré par l'efficacité du choix lors de l'instance indirecte du fait de la circulation facilitée des décisions de justice. Cette facilité s'explique, car elle est en quelque sorte la suite (logique ?) de l'autonomie laissée aux parties. La privatisation du droit de la compétence juridictionnelle internationale directe s'accompagne d'une privatisation du droit de la compétence indirecte. Permettre aux parties de recourir à une clause d'élection de for, d'option de for, accompagnée ou non d'une clause de choix de loi, ou de recourir à une clause d'arbitrage implique que la reconnaissance et l'exécution de la future décision ne privent pas d'effet la faculté précédemment reconnue aux parties[1729]. Le régime de la circulation des jugements étrangers a pu, alors, basculer dans des considérations majoritairement d'ordre privé[1730], déplaçant d'ailleurs les enjeux au stade de la compétence directe.

[1727] Dans ces hypothèses, ce n'est d'ailleurs pas tant la règle de compétence juridictionnelle qui est en jeu que la règle de compétence des autorités à l'origine de la création de la situation, valant compétence de l'ordre juridique dans son entier. Voir *supra* n°1113 et s.

[1728] Généralement, ce constat est celui « du déplacement de l'autorité de la loi à l'autonomie individuelle » révélant l'expression d'un droit international néolibéral. Voir : P. KINSCH, « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », *op.cit.,* p. 377 ; P. KINSCH, « Le rôle du politique en droit international privé. Cours général de droit international privé », *RCADI*, 2019, t. 402, spec. p. 165 et s ; H. MUIR WATT, « Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme », in M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.) *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Paris, Dalloz, 2009, p. 77.

[1729] Sur ce point en matière d'arbitrabilité, voir C. COHEN, *op.cit.,* p. 118.

[1730] Du moins en droit français ou en droit de l'Union européenne. En effet, tant les difficultés de négociation que la version finale de la Convention de La Haye du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale attestent effectivement de la persistance des considérations d'intérêts publics en matière de compétence indirecte qui reflètent les forts enjeux publics et politiques inhérents au droit de la compétence directe.

1203. En effet, les choix de juridiction ou de législation ne seront efficaces que si le for reconnaît leur licéité. Il faut donc comprendre que la fonction localisatrice est laissée aux parties[1731] sous réserve d'acceptation du for au stade de l'instance directe. Si la licéité dépend de la loi du for, la saisine du for est déterminante et par voie de conséquence la détermination de la règle de compétence juridictionnelle. C'est donc la règle de compétence juridictionnelle qui intervient comme ultime régulatrice en rattachant la situation au for, for qui décide de la licéité de ces différents choix et donc de la possibilité de localiser le litige dans ce for ou de délocaliser le litige. La définition et le régime de la règle de compétence juridictionnelle viennent s'assurer de l'effectivité du principe d'autonomie régissant la matière ou au contraire remettre en cause son effectivité pour des raisons autres, à l'image de « la loi de pondération », selon laquelle plus un objectif se réalise, moins celui qu'il affronte s'applique et inversement[1732].

1204. Face à l'extension d'une zone de brouillage de l'ancrage territorial des litiges[1733] par la possibilité de délocaliser le règlement du litige, la règlementation de la compétence juridictionnelle est primordiale. Elle est le reflet de la part que l'on entend laisser aux parties, et de la force que le législateur entend donner à l'autorité de la loi étatique applicable à défaut de choix, confirmant ou évinçant son domaine d'intervention et son impérativité. La règle de compétence juridictionnelle est le gardien du temple de l'impérativité. En somme, la règle de compétence juridictionnelle joue alors un rôle stratégique essentiel pour les particuliers ou les entreprises qui souhaitent s'adonner à la compétition normative. Pour l'État, elle s'avère être le point d'ancrage territorial du respect de l'autorité de ses lois. C'est donc confrontée à l'autonomie des parties et à une vision privatisée des rapports internationaux que l'importance de la fonction substantielle de la règle de compétence juridictionnelle, souvent refoulée, ressort au grand jour. Bien évidemment, ce rôle est d'autant plus important que la disposition que le litige concerne une loi de police.

[1731] Voir *supra* n°975.

[1732] R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1993, trad. espagnole, Ernesto Garzon Valdès, p. 160, cité *in* V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in V. CHAMPEIL-DESPLATS, D. LOCHAK (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2008, p. 329.

[1733] A. SUPIOT, « L'inscription territoriale des lois », *Esprit*, novembre 2008, p. 151.

b- Loi de police et compétence juridictionnelle

1205. À l'inverse des hypothèses de concordance des compétences fondées sur le principe de souveraineté où l'intégration unitaire du litige résulte d'une approche coordonnée de la règle de compétence juridictionnelle et de la règle de compétence législative, la méthode des lois de police peut se retrouver « orpheline de juge »[1734]. En résulte la fragilité de la réalisation de la politique législative visée, qu'elle soit « purement étatique » ou étatique par effet de capillarité avec une politique législative posée par une directive européenne[1735] en cause dans le litige. En l'absence d'une généralisation de l'application des lois de police étrangères, l'application d'une loi dépend en très grande partie du for désigné. S'il y a ainsi une corrélation des compétences lorsque le for est saisi il est possible de contourner l'application de la loi de police par la délocalisation contentieuse du litige. Rappelons que par un raisonnement résolument formaliste qui se revendique de la stricte distinction entre les règles de compétence, il a été observé qu'un tel contournement avait pour corolaire la désactivation de l'impérativité de la loi de police sous le poids de la libéralisation de l'instance[1736]. L'accent mis uniquement sur la fonction procédurale de la règle de compétence juridictionnelle est un obstacle à la préservation des intérêts étatiques en jeu, alors qu'une telle possibilité est écartée en matière de protection du consommateur par exemple.

1206. Il y a certainement là une incohérence à mettre en avant un intérêt étatique dont la protection nécessite une méthodologie particulière sur le plan du conflit de lois, sans pour autant lui assurer une pleine effectivité sur le plan du conflit de juridictions[1737]. Nous pouvons constater avec le professeur S. Corneloup que « face à cette tendance très nette en faveur d'une unité des compétences judiciaire et législative pour des considérations tirées du contenu du droit matériel, la Cour de cassation s'inscrit

[1734] Note sous arrêt *Monster Cable*, *JCP G*, 19 novembre 2008, II-10187, L. D'AVOUT.
[1735] Sur la notion de loi de police européenne, voir *supra* n°302 et s.
[1736] Voir *supra* Section 2, Chapitre 2, Titre 1, Partie 1.
[1737] En ce sens : H. MUIR WATT, « Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme », *op.cit.,* p. 87. « Si le basculement vers une méthodologie fonctionnaliste semble bien de nature à assurer la sauvegarde des politiques économiques et sociales de l'État de la seule perspective du juge du for, il ne peut fournir une réponse satisfaisante à la dérive contemporaine de l'autonomie que si la dimension juridictionnelle de cette dernière est bien prise en compte. Dès lors en effet que les parties sont en mesure de choisir leur juge, et que celui-ci n'est pas celui dont la loi de police revendique son application, l'effectivité de cette loi de police n'est assurée que si sa méconnaissance empêche la circulation des décisions qui lui portent atteinte) quelle que soit la méthodologie qui en détermine l'applicabilité. Or, aujourd'hui tel n'est plus le cas ».
Voir également : E. FARNOUX, *op.cit.,* t. II, p. 693.

manifestement à contrecourant »[1738], et plus encore la réglementation européenne apparait lacunaire en la matière.

1207. Le constat d'une protection commune de l'intérêt étatique est dès lors nuancé. Soit les deux règles de compétence s'avèrent complémentaires et l'objectif matériel poursuivi est sûr d'être atteint, soit les deux règles restent strictement indépendantes et la réalisation de la finalité matérielle de la loi de police devient conditionnelle. Le choix est éminemment politique[1739].

1208. Une telle ambivalence, déjà regrettable en matière d'intérêt public du for, devrait encore moins être constatée lorsqu'il est question de valeurs fondamentales. C'est ce qu'il convient d'envisager désormais.

c- Droits fondamentaux et compétence juridictionnelle

1209. Les droits fondamentaux ne constituent pas une méthode de droit international privé. Par conséquent, la rencontre de la rationalité des droits de l'homme et de celle du droit international privé pose de manière différente, mais non moins intéressante, la question du partage de la fonction régulatrice entre la règle de compétence juridictionnelle et la règle de compétence législative puisqu'il est rare que la règle de conflit de lois ait intégré à son fonctionnement la dimension substantielle des droits de l'homme[1740].

1210. Le rôle respectif du conflit de juridictions et du conflit de lois dans la résolution du litige à caractère international mettant en jeu les droits de l'homme tend à se

---

[1738] S. CORNELOUP, « Les liens entre *forum* et *ius*, réflexions sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op.cit.,* p. 471.

[1739] Un auteur le résume parfaitement : « En tout cas, il faudrait éviter que l'option pour les solutions néolibérales (par exemple en matière d'interaction entre conflits de lois et de conflits de juridictions) soit présentée comme une option purement technique. Au contraire, que l'on soit favorable ou hostile à telle ou telle solution (ou à toutes ces solutions), c'est un choix d'ordre politique qui doit être fait chaque fois en ayant conscience des enjeux autres que de technique juridique. Ceci reste vrai alors même que le législateur laisse largement ce choix aux tribunaux, ce qui en fait des choix de politique jurisprudentielle qui seront des choix politiques de la jurisprudence ». P. KINSCH, « Le rôle du politique en droit international privé. Cours général de droit international privé », *op.cit.,* p. 186.
Également, un auteur relève que « la perte d'impérativité des lois de police n'est pas induite par *nécessité*, en considération du principe de séparation des conflits de juridictions et des conflits de lois […], mais qu'elle résulte d'un choix étatique consistant à faire prévaloir, par *opportunité*, la poursuite d'une politique libérale sur le respect de leurs lois de police ». B. ARCHINARD-GREIL, *op.cit.,* p. 9. Souligné par l'auteur.

[1740] Il semble cependant que le choix actuel du rattachement à la résidence habituelle permet de se conformer au principe de non-discrimination garanti tant par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme que l'article 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Voir en ce sens, J. BASEDOW, « Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne », *Rev. Crit, DIP*, 2010, p. 427. Voir *supra* n°1045.

redessiner puisqu'il s'agit de s'assurer de la réalisation d'un objectif d'ordre supérieur. La règle de compétence juridictionnelle semble revêtir une importance croissante pour parvenir à l'effectivité des droits de l'homme. En effet, en matière de droit de l'homme, l'effectivité est d'une part plus difficile à atteindre du fait de la spécificité du fonctionnement de ces droits[1741]. Si certains auteurs ont tendance à considérer que ces droits n'existent qu'à condition d'être effectifs — à défaut, ils ne sont que des directives, des prétentions universelles — le rôle du juge est primordial pour donner corps à ces droits[1742]. En assurant leur réalisation, il en permet l'existence. Indépendamment de cette vision, l'abstraction et l'énoncé généralisant des droits fondamentaux commandent un travail important d'interprétation de ceux-ci, auquel s'ajoute une mise en œuvre contextualisée faisant appel à des mécanismes reposant sur la mise en balance ou la proportionnalité réalisée par le juge.

1211. D'autre part, la rencontre entre les droits fondamentaux et le droit international privé impose un arbitrage entre les deux rationalités qui reçoit une orientation clé soit directement au stade de la compétence juridictionnelle, soit à un stade post-conflictuel, auquel cas le rôle du juge redevient central et indirectement celui de la règle de compétence juridictionnelle fixant l'ordre juridique de référence.

1212. Pourtant, le constat actuel est plus celui d'un embarras ou d'un tâtonnement du juge et du législateur quant à l'appréciation au stade de la compétence juridictionnelle des droits fondamentaux substantiels[1743] qui s'accompagne d'un traitement différencié des (différentes) valeurs en jeu. Plusieurs hypothèses de concordance des compétences ont pu être observées qui illustrent des manières diverses et inégales d'appréhender les valeurs fondamentales du for dans le règlement du litige à caractère international.

1213. En matière de divorce par exemple, s'il n'existe pas de droit fondamental consacré par la Convention européenne des droits de l'homme ou la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, le législateur européen semble consacrer

[1741] Ainsi qu'il a pu être relevé, « s'il existe une spécificité de la question de l'effectivité en matière de droits de l'homme, celle-ci tient moins à des caractéristiques originales qu'à une accentuation ou à une concentration de certains problèmes posés par l'effectivité du droit en général ». V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », *op.cit.,* spec. n°36.

[1742] Voir notamment, E. MILLARD, v° « Effectivité des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.) *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008.

[1743] Par opposition aux droits fondamentaux procéduraux.

l'institution du divorce comme un droit dont doivent bénéficier tous les plaideurs en Europe et en faire une valeur fondamentale.

1214. Dans cette hypothèse, la règle de compétence internationale ne semble pas poursuivre un intérêt particulier et pourrait être analysée selon son seul aspect procédural, n'entretenant pas de lien avec la loi applicable. Cette affirmation se vérifie en majorité, mais doit cependant être nuancée dans quelques hypothèses mineures qui révèlent le rôle essentiel des règles de compétence juridictionnelle dans l'accès au droit substantiel. En effet, le choix du législateur d'octroyer un large accès aux tribunaux des États membres n'est pas anodin. Cette large ouverture des fors en matière de désunion du couple s'ajoute à la faveur pour l'institution du divorce qui s'exprime tant par un rattachement à la *lex fori* en cas de lien distant avec le for[1744] que par le retour à la loi du for si la loi désignée ne connaît pas le divorce ou est contraire à l'égalité entre la femme et l'homme[1745]. L'analyse de l'utilisation de la loi du for tranche avec les arguments traditionnels d'application de la *lex fori*. En effet, il ne s'agit pas de prôner l'application de la loi du for selon des considérations pragmatiques ou encore nationalistes. « Il ne s'agit pas d'un esprit de clocher, mais plutôt d'une priorité accordée aux valeurs et politiques du for, qui peuvent notamment tenir aux exigences des droits fondamentaux »[1746].

1215. Le droit au divorce est donc très largement consacré dans l'Union européenne[1747] par le jeu des règles de compétence juridictionnelles et législatives. Cette faveur au divorce ne passe pas tant par une substantialisation de la règle de compétence juridictionnelle que par un accès très largement admis aux juges européens, alors même que la fondamentalité du divorce est loin de faire l'unanimité. La réalisation du droit intervient ici en amont de la proclamation de ce droit et tend à renverser l'ordre classique selon lequel l'existence du droit précède son effectivité. Ici, la règle de compétence juridictionnelle combinée à la règle de compétence législative permet de donner corps à un nouveau droit « européen », pourtant non proclamé.

1216. La question se pose également pour des droits fondamentaux consacrés cette fois-ci par les instruments européens et internationaux de protection des droits de

[1744] Voir supra n°741.
[1745] Article 10 du Règlement Rome III. Voir *supra* n°417.
[1746] S. CORNELOUP, « Les liens entre *forum* et *ius*, réflexions sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op.cit.,* p. 469.
[1747] Ou plutôt sur le territoire des États-parties à la coopération renforcée donnant lieu au Règlement Rome III.

l'homme. Cette difficulté de se saisir des droits fondamentaux dans un litige de droit international privé s'est fait jour dans l'arrêt *Moukarim* de la Cour de cassation française[1748] en matière d'esclavage domestique. Rappelons que la Cour de cassation avait tenu un raisonnement juridique surprenant en faisant jouer l'ordre public international à l'encontre des règles de conflit de juridictions et de conflit de lois françaises pour intégrer de manière unitaire le litige dans l'ordre juridique français et faire respecter les droits humains. En dépit des défauts du raisonnement juridique déjà évoqués[1749], cette décision montre bien la difficulté du juge à appréhender les droits fondamentaux et la nécessité d'envisager le litige dans son entièreté c'est-à-dire dans son aspect juridictionnel et matériel. À ce titre, le refus récent de la Cour européenne des droits de l'homme de consacrer un for du déni de justice en cas d'atteinte à un droit fondamental est très décevant et montre bien en creux que la question juridictionnelle est centrale pour faire respecter les valeurs fondamentales du for[1750].

1217. L'apport fonctionnel de la règle de compétence juridictionnelle aux objectifs de la réglementation de droit international privé est donc pressant et implique un rééquilibrage de la part respective du conflit de juridictions et du conflit de lois. À défaut, les droits fondamentaux énoncés risquent de n'être qu'une déclaration d'intention confrontée à l'internationalisation des situations litigieuses.

Conclusion de la section :

1218. Les auteurs américains étudiés ont fait émerger de l'analyse des relations entre compétence juridictionnelle et compétence législative une théorie unificatrice. La fusion des deux règles révèle une absorption des objectifs de la règle de conflit de lois par la règle de conflit de juridictions et non l'inverse. L'analyse historique révèle d'ailleurs que la doctrine d'Ehrenzweig et les propositions de Messieurs Maier et McCoy ont vu le jour aux États-Unis après la crise du conflit de lois et la remise en cause de la règle de conflit de lois rigide, abstraite.

1219. Aussi, il est intéressant d'observer en Europe que le raffinement, maintes fois exposé, des règles à travers leur diversification, leur spécialisation, leur flexibilisation et

[1748] Cass. Soc. 10 mai 2006, précité.
[1749] Voir supra n°439.
[1750] CEDH Grande chambre, 15 mars 2018, *Nait-Liman c./Suisse*, req. n°51357/07. Voir supra Partie 1, Titre 1, chapitre 3.

leur matérialisation sur le terrain du conflit de lois[1751] s'est également assorti d'un tel renouvellement des règles de compétence juridictionnelle[1752]. La voie choisie a été celle d'un affinement progressif des règles de compétence juridictionnelle. La concordance apparaît dès lors comme le reflet juridictionnel de la tendance à la spécialisation dans le champ des règles de conflit de lois.

1220. Au sein du paradigme conflictuel tout d'abord, les nombreuses contorsions et réévaluations fonctionnelles de la méthode tendent à accroitre le rôle de la règle de compétence juridictionnelle. En dehors du paradigme conflictuel ensuite, c'est-à-dire au sein des méthodes concurrentes, l'importance du conflit de juridictions tend également à opérer une importante progression du rôle de la règle de compétence juridictionnelle. Une telle tendance s'explique par la recherche d'une meilleure effectivité des différents objectifs visés.

1221. En cela, le constat se rapproche de celui opéré par les auteurs américains qui prônent une fusion des règles de compétence. Toutefois, il nous semble qu'à la différence de ces analyses, celle du phénomène de concordance doit s'appréhender sous le prisme de la complémentarité et non de l'identité. Une telle complémentarité tend à redessiner la part respective du conflit de juridictions et du conflit de lois dans la résolution du litige à caractère international. Désormais, les règles se partagent la fonction régulatrice du droit international privé reflétant des choix d'ordres technique et politique.

1222. Pour saisir l'ensemble des implications de la tendance à la concordance des compétences, il est cependant nécessaire de porter le regard non seulement sur des objectifs spécifiques divers, mais sur l'objectif plus global du droit international privé : la coordination des ordres juridiques. Le phénomène de concordance des compétences modifie-t-il également la recherche de la coordination des ordres juridiques ? Pour y répondre, il faut analyser la fonction coordinatrice du droit international privé à l'aune des apports respectifs des règles de compétence juridictionnelle et législative.

[1751] J. D. GONZALEZ CAMPOS, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *op.cit.*
[1752] Ce qui ressort de la diversité des liens entre *forum* et *jus* observés en première partie.

SECTION 2 : LE PARTAGE DE LA FONCTION COORDINATRICE

1223. La coordination des ordres juridiques est l'objet même du droit international privé. Rappelons qu'elle consiste à « "pouvoir faire vivre ensemble" des systèmes juridiques différents, parce que des relations se nouent entre des personnes, qui par elles-mêmes, leurs biens ou leurs actes relèvent de systèmes différents »[1753].

1224. Le phénomène de concordance des compétences pose inéluctablement un défi pour cet objectif de coordination, car le rattachement unitaire à l'ordre juridique entraine la compétence entière de l'ordre juridique risquant d'opérer une fermeture aux autres ordres juridiques. Nous avons toutefois observé qu'un aspect de la coordination des ordres juridiques est atteint par l'exportation facilitée des situations juridiques et des décisions, signe d'un renouveau de l'harmonie des solutions. Or, l'harmonie des solutions est un aspect central de la coordination, mais seulement un aspect parmi d'autres. En effet, si la circulation des jugements est largement garantie, il convient cependant d'assurer aussi dans la mesure du possible, la coordination des ordres juridiques au stade de l'instance directe[1754].

1225. Selon diverses approches, la règle de compétence juridictionnelle est ainsi dotée de l'ensemble de la fonction coordinatrice. Plus nuancé quant au rôle de la compétence juridictionnelle, notre phénomène laisse voir un rôle coordinateur important de la règle de compétence juridictionnelle sans toutefois faire reposer l'ensemble de ces considérations sur celle-ci. En effet, au stade de l'instance directe, la fonction coordinatrice du droit international privé est classiquement assurée par la mise en œuvre de la règle de compétence législative. La concordance des compétences a toutefois pour effet de transférer une partie des enjeux de la coordination sur la règle de compétence juridictionnelle de sorte que la fonction coordinatrice est désormais assumée par les deux règles de compétence.

[1753] H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op.cit.,* p. 16.
Sur la coordination des ordres juridiques : P. PICONE, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général », *op.cit.,* p. 13 ; P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op.cit.,* p. 9.

[1754] L'harmonie des solutions peut très bien être acquise alors qu'à l'origine l'ordre juridique compétent n'entretient que peu de liens et peu d'intérêts à connaître du litige. Dans ces hypothèses, l'exportation facilitée ne permet pas de pouvoir faire vivre ensemble de manière raisonnable tous les ordres juridiques susceptibles d'être intéressés par la situation.

1226. Pour saisir pleinement les implications du phénomène de concordance des compétences, l'étude des méthodes qui promeuvent la règle de compétence juridictionnelle en tant que seule règle coordinatrice (§1) précèdera celle du partage de la fonction coordinatrice en dotant la règle de compétence juridictionnelle d'un rôle important dans l'objectif de coordination des ordres juridiques (§2).

§1 : La règle de compétence juridictionnelle : seule règle coordinatrice

1227. Le phénomène de concordance des compétences offre une vision renouvelée de la structure du conflit de lois qui tend à s'opérer à l'aune de l'ordre juridique entièrement compétent. Dans une vision voisine de la nôtre, plusieurs auteurs ont pu prétendre parvenir à la coordination des ordres juridiques en cas de rattachement en bloc à l'ordre juridique par l'intermédiaire de la règle de compétence juridictionnelle.

1228. Les approches américaines précitées, tout d'abord, entendent parvenir à cette coordination en raison de la recherche d'une régulation stricte de la compétence juridictionnelle, valant régulation de tout l'ordre juridique. Cette régulation impose de contenir la compétence de l'ordre juridique dans une sphère substantiellement raisonnable [1755]. La coordination des ordres juridiques est donc envisagée par l'intermédiaire de la règle de compétence juridictionnelle. Cette coordination est cependant pensée par le for et pour le for en ce sens que l'ordre juridique étranger n'est pris en considération que selon les propres vues du for et que l'exportation des jugements n'est pas réellement pensée par ces auteurs.

1229. Or, nous avons vu que l'exportation des décisions fait l'objet de développements importants mettant l'accent sur les règles de reconnaissance. Ce constat oriente alors le regard sur une autre méthode de coordination qui se propose d'allier la désignation en bloc de l'ordre juridique, qui pourrait correspondre à notre phénomène de concordance des compétences, et l'exportation des situations juridiques qui correspond également à un enjeu central du droit international privé contemporain. Cette méthode

[1755] Analysant ces différentes méthodes, le professeur P. Picone s'inscrit en ce sens lorsqu'il considère que les méthodes d'application généralisée de la *lex fori* peuvent poursuivre la coordination des ordres juridiques lorsqu'ils sont accompagnés d'une approche juridictionnelle. « Cette appréciation devrait cependant changer si l'on tient compte du fait qu'à côté de l'approche traditionnelle, selon laquelle chaque ordre juridique est appelé à effectuer une répartition de compétence entre les lois des différents États, il est bien possible de reconnaître la légitimité et la pertinence d'approches de droit international privé différentes, selon lesquelles l'ordre juridique du for répartit et en quelque sorte distribue la compétence entre les mêmes ordres juridiques des différents États considérés en bloc, en vue de procéder à une coordination avec ordres ». P. PICONE, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général », *op.cit.,* p. 173.

est celle de la référence à l'ordre juridique compétent imaginée par l'auteur italien Paolo Picone.

1230. Ces méthodes qui présentent d'importantes similitudes avec le phénomène que nous étudions méritent d'être explorées pour pouvoir en établir les ressemblances et les dissemblances et rendre compte *in fine* du rôle de chacune des deux règles de compétence dans la coordination des ordres juridiques.

1231. L'observation portera dès lors sur la *jurisdictional approach* américaine (A) puis sur la méthode de référence à l'ordre juridique compétent (B).

A- La *jurisdictional approach*

1232. La *jurisdictional approach* [1756] est le versant coordinateur de l'application généralisée de la *lex fori*. En effet, la constatation naturelle ou première qui pourrait suivre la proposition de généraliser l'application de la loi du for est que celle-ci engendrerait un fort risque de *forum shopping* puisqu'il suffirait au demandeur de se déplacer dans le for qui l'avantage pour choisir la loi applicable. Cependant, ce risque-là est couvert par une meilleure gestion de la règle de compétence juridictionnelle qui vient fixer la compétence de l'ordre juridique dans son entier et s'assurer de la coordination des ordres juridiques. En cela, la méthode repose sur une place centrale du conflit de juridictions (1) qui rend nécessaire le recours à un exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle (2).

1- La place centrale du conflit de juridictions

1233. Ehrenzweig est conscient des risques relatifs au recours généralisé à la *lex fori*. En effet, il remarque que si chaque tribunal doit appliquer sa loi, il y aurait autant de lois applicables à un litige que de tribunaux compétents pour le trancher. Le principal « problème sérieux »[1757] est donc celui du *forum shopping* et du manque de sécurité juridique. Ainsi, « si la *lex fori* doit s'appliquer à moins d'être évincée par quelque

[1756] Pour une présentation des différentes approches de la *jurisdictional approach* : R. DE NOVA, « Adoption in Comparative Private International law », *RCADI,* 1961-III, t. 104, p. 75. Voir également : R. GRAVERSON, « Comparative Aspects of the General Principles of Private International Law », *RCADI,* 1963-II, spéc. p. 19 et s. P. PICONE, « Les méthodes de coordination entre ordre juridiques en droit international privé. Cours général », *op.cit.,* p. 143 et s.

[1757] A. A. EHRENZWEIG, « Specific Principles of Private Transnational Law », *op.cit.,* p. 216.

impérieuse raison, la détermination de la loi compétente semble tomber à la merci du plaignant, qui peut se ménager le for le plus favorable »[1758].

1234. L'auteur cible ainsi certaines règles de compétence juridictionnelles qui rendent intolérable le *forum shopping*. Il cite des exemples de règles de compétence juridictionnelle exorbitantes telles que les articles 14 et 15 du Code civil français et la « *transient jurisdiction* » américaine. Si le juge est saisi sur un de ces fondements, il appliquerait une loi imprévisible pour les parties[1759]. La question du conflit de lois ne doit donc pas être isolée du conflit de juridictions, d'autant plus lorsqu'il s'agit d'appliquer la loi du for.

1235. L'auteur considère alors qu'un des points essentiels de sa théorie est la considération nouvelle que le législateur ou le juge doit désormais donner à la compétence juridictionnelle. « S'il est quelque vérité dans ma thèse, le conflit de juridictions devient le problème central de tout le droit des conflits »[1760]. L'auteur prône alors une « *jurisdictional approach* » [1761] maîtrisée. Selon Ehrenzweig, un meilleur choix de juridiction favoriserait un for approprié de sorte que le tribunal puisse appliquer correctement et légitimement sa propre règle. L'auteur autrichien prend exemple sur certaines conventions de La Haye qui attestent de cette tendance croissante à adopter une approche juridictionnelle[1762]. Grâce à cette approche, le *forum shopping* serait considérablement réduit et sa théorie opératoire.

1236. Comme le résume ainsi l'auteur, « la primauté de la *lex fori* rend impérieusement nécessaire de ne reconnaître juridiction qu'aux cours qui, vu leurs rapports avec les parties et la cause, peuvent appliquer leur droit sans aller à l'encontre des prévisions légitimes de l'une ou l'autre partie »[1763]. Il en résulte que la règle de conflit de juridictions doit prendre à son compte le raisonnement conflictuel en définissant quelles sont les situations juridiques litigieuses qui peuvent être soumises à l'ordre juridique. L'exercice de la compétence devient dès lors la clé pour assurer la coordination des ordres juridiques.

[1758] A. A. EHRENZWEIG, « La loi du forum compétent – L'harmonie ultime des règles de conflit de lois et de conflit de juridictions *op.cit.,* p. 404.
[1759] A. A. EHRENZWEIG, « Specific Principles of Private Transnational Law », *op.cit.,* p. 216.
[1760] A. A. EHRENZWEIG, « La loi du forum compétent – L'harmonie ultime des règles de conflit de lois et de conflit de juridictions », *op.cit.,* p. 404
[1761] Dont la paternité de l'expression est attribuée à R. DE NOVA, « Adoption in Comparative Private International law », *op.cit.,* p. 75.
[1762] A. A. EHRENZWEIG, « Specific Principles of Private Transnational Law », *op.cit.,* p. 216
[1763] A. A. EHRENZWEIG, « La loi du forum compétent – L'harmonie ultime des règles de conflit de lois et de conflit de juridictions », *op.cit.,* p. 406.

2- La coordination par la régulation de la compétence juridictionnelle

1237. Il est désormais acquis que la règle de compétence juridictionnelle revêt une place centrale dans la résolution du contentieux. Tout l'enjeu de la coordination des ordres juridiques repose désormais sur elle. Pour parvenir à cette coordination, Ehrenzweig prône alors la suppression des règles de compétence exorbitante et le recours au *forum non conveniens*[1764] (a). Les autres auteurs américains partisans d'une approche unificatrice du conflit de juridictions et du conflit de lois proposent une vision très restrictive des chefs de compétence juridictionnelle (b).

a- Le recours au *forum non conveniens*

1238. D'origine écossaise[1765], la doctrine du *forum non conveniens* révèle le pouvoir modérateur du juge propre aux systèmes de compétence anglo-saxons[1766] et constitue une pierre angulaire du régime facultatif de la compétence juridictionnelle internationale. En effet, il ne suffit pas à la différence des pays romano-germaniques de constater que l'un des chefs de compétence du for se réalise pour que les plaideurs aient un accès aux tribunaux[1767]. « Le juge saisi peut refuser d'exercer la compétence qui lui est conférée par

[1764] A. A. EHRENZWEIG, « À Proper Law in a Proper Forum: À Restatement of Lex Fori Approach », *op.cit.,* p. 351.
[1765] *Macadam v. Macadam* (1873) 11 M. 860. Même s'il reste difficile de dater de manière exacte l'apparition du *forum non conveniens*, cette première jurisprudence est l'achèvement d'une évolution de longue durée où les tribunaux écossais ont d'abord créé une exception de *forum non competens* avant de consacrer celle du *forum non conveniens*. Voir notamment : A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens. (Étude de droit international privé comparé)*, *op.cit.,* pp. 95-106 ; C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *op.cit.,* n° 27. Pour le droit anglais, l'arrêt de référence est : The House of Lords, in *Spiliada Maritime Corporation v Cansulex Ltd* [1987] AC 460, particularly at 476. Pour le droit américain, voir : *Gulf Oil Corp v. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947).
[1766] Pour une étude historique et comparée de la notion voir : B. SCHNEIDER, « Le forum conveniens et le forum non conveniens (en droit écossais, anglais et américain) », *RIDC.*, 1975, vol. 27, n°3, p. 601-642 ; C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *op.cit.*.
[1767] Il faut cependant remarquer que pendant de très nombreuses années, la conception de la compétence a d'abord été proche de celle des pays romano-germaniques dans l'Histoire de ces pays. À titre d'exemple, les États-Unis avaient, pendant longtemps, une conception rigide de la compétence juridictionnelle. La Cour Suprême des États-Unis a ainsi pu affirmer que « *We have no more right to decline the exercise of jurisdiction which is given, than to usurp that which is not given. The one or the other would be treason to the Constitution* ». *Cohens v/ Virginia*, 6 Wheat. 264 (1821). Par la suite, c'est la célèbre décision *International Shoe Co. V. State of Washington*, 326 U.S. 310 (1945) rendue par la Cour Suprême des États-Unis qui pose le principe d'un exercice raisonnable de la compétence du juge : « *Due process requires only that in order to subject a defendant to a judgment in personam, if he be not present within the territory of the forum, he have certain minimum contacts with it such that the maintenance of the suit does no offend "traditional notions of fair play and substantial justice"* ». Pour une vision contemporaine et comparatiste de l'exception de *forum non conveniens*, voir le rapport rédigé par le professeur FAWCETT au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé : J.J FAWCETT (dir.), *Declining Jurisdiction in Private International Law, Report to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995 ; S. GUILLEMARD, A. PRUJINER, F. SABOURIN, « Les difficultés de l'introduction du *forum non conveniens* en droit québécois », *Les Cahiers de droit*, 1995, vol. 36, n°4, pp. 913-951.

la loi lorsqu'il est démontré, *in casu*, qu'il existe un for mieux placé au regard des intérêts de toutes les parties et d'une bonne administration de la justice »[1768].

1239. Le raisonnement en matière de compétence juridictionnelle se décompose en deux temps. Dans ces systèmes, la première question relative au titre de compétence est examinée d'office. Une fois la compétence du juge acquise, il est possible, sous forme d'exception, et dans un second temps, de remettre en cause le caractère raisonnable de l'exercice de cette compétence. Une fois l'exception soulevée, il appartient au juge d'en apprécier l'opportunité pour prononcer son dessaisissement.

1240. Trois pratiques du *forum non conveniens* ont pu émerger. Une première est « restrictive » en ce sens qu'il faut que le juge saisi estime qu'il n'est clairement pas approprié pour connaître de la cause pour qu'il se déclare *non conveniens* alors même qu'un for mieux placé peut être compétent[1769]. Une seconde dite libérale permet au juge de se dessaisir lorsqu'il estime qu'un for étranger est plus approprié pour trancher le litige[1770]. Enfin, une dernière forme subjective du *forum non conveniens* consiste pour le juge à refuser de trancher le litige en cas d'« exploitation abusive des règles de compétence internationale »[1771].

1241. Pour ce faire, un certain nombre d'éléments doivent être appréciés par le juge et varient selon les différents pays. Le point commun entre les différentes pratiques se fixe autour de l'analyse des liens qu'entretient le litige avec le for. Ensuite, si l'on prend l'exemple des États-Unis à travers deux arrêts fondateurs, l'arrêt *Gulf Oil Corp v. Gilbert* rendu en 1947 puis l'arrêt *Piper Aircraft v. Reyno* de 1981[1772], la Cour suprême affirme qu'il faut analyser les intérêts privés et publics[1773] en présence. Concernant les intérêts privés, elle tient notamment compte des moyens de preuves qui existent dans les ordres juridiques concernés par la situation internationale ou de l'intervention de témoins dans la

[1768] A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens. (Étude de droit international privé comparé)*, *op.cit.,* p. 1, n° 1.
[1769] C'est le cas du droit australien : A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens. (Étude de droit international privé comparé)*, *op.cit.,* p. 187 et s. L. USUNIER, *op.cit.,* p. 381 et s.
[1770] Lorsque l'exception de *forum non conveniens* aboutit, le juge considère alors qu'il n'est pas le plus approprié pour trancher le litige et qu'un autre tribunal est *forum conveniens*, autrement dit plus approprié pour connaître du litige. C'est l'exemple du droit anglais. Voir : L. USUNIER, *op.cit.,* p. 122 et s.
[1771] Qui était historiquement la première. Voir notamment : A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens. (Étude de droit international privé comparé)*, *op.cit.,* pp. 152-153 ; Voir : L. USUNIER, *op.cit.,* p. 119.
[1772] *Piper Aircraft v. Reyno*, 454 U.S. 235 (1981).
[1773] Cette considération des intérêts publics ne fait pas l'unanimité dans les pays de *common law*. Voir à ce sujet : L. USUNIER, *op.cit.,* p. 126.

procédure[1774]. Ensuite, le juge prend également en considération l'intérêt de l'État par la recherche de la loi matérielle qui doit être appliquée au litige. L'application de la *lex fori* est ainsi un indice tendant à affirmer que le for est *conveniens* tandis que l'application d'une loi étrangère est un argument permettant au juge de se déclarer *non convenient*. Puis, le juge examine le coût du procès pour l'État et l'engorgement éventuel des tribunaux[1775], l'existence d'une possibilité de contradiction de décisions si la cause devait être également entendue ailleurs. Enfin, le juge tient compte du lieu de résidence du défendeur.

1242. Afin d'apprécier au mieux l'opportunité de l'exercice de la compétence, le juge doit analyser tous les éléments en jeu et ne peut en sélectionner certains sous peine de transformer l'exercice discrétionnaire de sa compétence en un exercice arbitraire de sa compétence. Il effectue alors une mise en balance des différents intérêts en cause.

1243. Au moment où Ehrenzweig s'exprime, la pratique du *forum non conveniens* est timide aux États-Unis et n'a pas subi toutes les évolutions qui vont lui fixer un régime juridique plus stable. L'auteur s'inscrit donc parmi les premiers auteurs à avoir pointé l'utilité d'approfondir cette forme de régulation de la règle de compétence juridictionnelle. Seulement, l'utilisation du *forum non conveniens* que prône l'auteur est spécifique, car elle prend une dimension substantielle forte et assure la fonction coordinatrice des ordres juridiques.

1244. Parmi toutes les pratiques précédemment évoquées, la particularité du recours à la théorie du *forum non conveniens* par Ehrenzweig est la dimension uniquement substantielle qu'il entend donner à l'instrument. En effet, l'instrument du *forum non conveniens* devrait être utilisé selon lui en considération des objectifs gouvernant la détermination de la loi applicable. La régulation de compétence juridictionnelle pourrait se rapprocher en quelque sorte d'une vision conflictuelle. Autrement dit, le raisonnement de conflit de lois doit être effectué au stade de l'exercice de la compétence juridictionnelle. Le juge compétent serait par conséquent à chaque fois le juge le plus approprié pour trancher le litige du point de vue matériel et non pas uniquement du point de vue procédural qui se contente de déterminer un juge selon des exigences de commodité.

[1774] *Arrêt Piper Aircraft* précité : « *with respect to the question of relative ease of access to source of proof, the private interest point in both directions* ».

[1775] Arrêt *Piper Aircraft* précité : « *The American interest in this accident is simply not sufficient to justify the enormous commitment of judicial time and resources that would inevitably be required if the case were to be tried here* ».

1245. La fonction substantielle de la règle de compétence juridictionnelle se confond, chez Ehrenzweig, avec la fonction substantielle de la règle de conflit de lois. Le cœur de la proposition de l'auteur se résume donc en ces termes : « *A Proper Law in A Proper Forum* »[1776]. Une fois déterminé le juge le plus approprié, rien n'empêche désormais d'appliquer la loi du for. Le conflit de lois est absorbé par le conflit de juridictions au moyen d'une régulation judicieuse et substantiellement orientée de la règle de compétence juridictionnelle. L'on retrouve une vision proche chez Messieurs H. G. Maier et T. R. McCoy qui prônent une régulation stricte des chefs de compétence juridictionnelles.

b- La régulation stricte des chefs de compétence juridictionnelle

1246. Si Ehrenzweig fait du *forum non conveniens* l'outil régulateur par excellence, ces deux auteurs américains se fondent sur la jurisprudence *International Shoe* de la Cour Suprême américaine[1777] pour déterminer des chefs de compétence internationale[1778] aptes à remplir la fonction substantielle attribuée classiquement au conflit de lois. Depuis cette décision, il est admis que les tribunaux américains peuvent se déclarer compétents lorsqu'il existe des contacts minimums entre le litige et le for, tant que cette compétence est conforme à la *Due Process Clause* contenue dans le 14ème amendement de la Constitution des États-Unis [1779]. L'établissement de la compétence juridictionnelle nécessite toujours un contrôle concret du lien raisonnable avec le for[1780]. La proposition de ces auteurs se fonde sur trois propositions fondamentales.

1247. Tout d'abord, la règle de compétence spécifique (*specific jurisdiction*), utile pour trancher le seul litige se présentant devant les tribunaux américains, devrait être

[1776] A. A. EHRENZWEIG, « A Proper Law in a Proper Forum: À Restatement of Lex Fori Approach », *op.cit.*. Que l'on retrouve également sous la formule suivante: « Lex Propria in Foro Proprio » : A. A. EHRENZWEIG, E. JAYME, *Private international Law, A Comparative Treatise on American International Conflicts Law, Including the Law of Admiralty*, Volume One, 1967, Sijthoff, Leyden, Oceana publications, NY, p. 107.

[1777] *International Shoe Co. V. State of Washington*, 326 U.S. 310 (1945). Voir également pour une précision de l'arrêt *International Shoe* : *World-Wide Volkswagen Corp v. Woodson*, 444 U.S. 286 [1980].

[1778] Qu'il convient de distinguer de la compétence d'attribution nécessaire pour trancher le litige qui pose souvent des difficultés pour établir la compétence des juridictions fédérales. Voir en ce sens : A. MIRANDES, *La compétence inter-étatique et internationale des tribunaux en droit des États-Unis*, Paris, Economica, 2002.

[1779] Depuis les États se sont dotés des *long-arm statutes* pour définir les conditions selon lesquelles les tribunaux peuvent se déclarer compétents en l'absence de la présence du défendeur sur le territoire américain, ce qui n'empêche pas le défendeur de tenter de remettre en cause cette compétence sur le fondement du *Due Process*. A. MIRANDES, *op.cit.,* p. 73 et s.

[1780] L'importance de ce contrôle s'est particulièrement illustrée depuis dans le cas de la compétence fondée sur le *doing business*. En effet, pour pouvoir attraire une entreprise, il faut pouvoir, en plus de l'existence de contacts avec le for, démontrer que la société soit « *at home* » dans l'État du for. Voir l'évolution de la jurisprudence : *Goodyear Dunlop Tires Operations SA, vs Brown*, 564 U.S. 915 (2011) ; *Daimler A. G. vs Bauman*, 571 U.S. 117 (2014).

déterminée de la même manière que la règle de conflit de lois et faire fi des argumentations relatives à la commodité du for pour les plaideurs[1781]. Ensuite, les règles de compétence générale (*general jurisdiction*), c'est-à-dire les règles fondées sur le lien entre l'une des parties et le litige pour connaître de tout litige, devraient être supprimées[1782]. Enfin, une fois qu'il est admis que le for est bien fondé à se reconnaître compétent, il devient inutile, voire absurde de poser la question de la loi applicable, car décider que le juge est compétent c'est également décider que sa loi est légitimement applicable. Le raisonnement de conflit de lois deviendrait redondant, exception faite des exigences liées au contexte fédéral[1783].

1248. L'on retrouve la parenté avec la pensée d'Ehrenzweig lorsqu'il affirme que « la détermination de ce *forum legis* (*litigantium et causae*) coïncidera généralement avec celle du *forum conveniens*, qui prend progressivement forme en droit américain. Cette technique finira par réaliser une œuvre d'envergure : l'harmonisation des règles de conflits de lois et de juridictions, non seulement à l'intérêt de groupements régionaux d'états, mais à travers le monde civilisé tout entier »[1784].

1249. En définitive, ces différentes théories sont particulièrement intéressantes, car elles mettent en avant le caractère fonctionnel de la règle de compétence juridictionnelle dans la recherche de la coordination des ordres juridiques. Même si la tendance à la concordance entre *forum* et *jus* observée n'est pas une perspective absorbante dans le sens où chaque règle conserve son fonctionnement propre et des objectifs parfois contradictoires, ces approches ont le mérite de faire ressortir l'importance de la

[1781] The legitimacy of « specific jurisdiction », should be determined solely by what have heretofore been thought of as choice of law considerations. Relative convenience of the forum for the parties should recede as a criterion for determining the constitutionality of jurisdiction ». H. G. MAIER, T. R. MCCOY, *op.cit.,* p. 256.

[1782] « A court may no longer exercise jurisdiction solely because the defendant, corporate or individual, is « present » within the forum. Put another way, if the forum does not have a sufficient relationship to the parties and the cause of action to make it not unfair for the forum to determine the policies that will inform the decision in the case, the forum's exercise of jurisdiction should be found to violate due process. The constitutionally of any exercise of « general jurisdiction » should not be presumed solely on grounds that the defendant is « present » within the jurisdiction. ». *Loc. cit.*

[1783] « Once the forum's exercise of jurisdiction has been found to be constitutionally legitimate, to ask a special set of constitutional questions concerning the constitutionality of a forum's decision to « apply its own law » in a conflicts case is logically redundant and analytically nonsensical. Deciding that the forum's exercise of judicial jurisdiction is constitutional also decides that it is constitutional for the forum to determine the result in the case. Since the forum's choice to « apply its own law » or « apply foreign law » is nothing but an ordinary exercise of the common law decision making process (or response to a legislative command), the only applicable constitutional restraints on this « choice » should be the usual constitutional restraints applicable to any instance of law making by any forum – the due process, equal protection, contracts, and commerce clauses, or pre-emption by federal supremacy ». *Ibid*, p. 257.

[1784] A. A. EHRENZWEIG, « La loi du forum compétent – L'harmonie ultime des règles de conflit de lois et de conflit de juridictions », *op.cit.,* p. 406.

détermination des règles de compétence juridictionnelle dans la coordination des ordres juridictionnels et législatifs. Une dimension semble cependant absente : celle de l'exportation de la situation. Pour parfaire cette coordination, encore faut-il, en effet, que la décision émise par le for soit susceptible de circuler à l'étranger. Les règles de reconnaissance acquièrent de ce fait une portée spécifique pour achever la coordination entreprise à l'instance directe. Il existe une complémentarité entre cette approche et la reconnaissance. L'importance de la reconnaissance a été particulièrement bien saisie par une méthode concurrente : la méthode de référence à l'ordre juridique compétent.

B- La méthode de référence à l'ordre juridique compétent

1250. Cette méthode de coordination des ordres juridiques théorisée par le Professeur P. Picone vise à atteindre l'harmonie internationale des solutions. Pour l'auteur italien, il ne s'agit donc plus d'envisager le conflit de lois en termes de conflits de règles substantielles seulement, mais d'avoir une approche à la fois globalisante et concrète des éléments en conflits. Il démontre l'existence de conflits entre ordres juridiques en opérant une distinction entre la loi et l'ordre juridique[1785]. Ainsi, un conflit d'ordres juridiques apparaît lorsqu'une situation juridique[1786] créée ou à créer dans un ordre juridique n'est pas susceptible d'être réceptionnée dans le ou les ordres juridiques dans lequel ou lesquels elle a vocation à circuler[1787].

1251. Il faut dorénavant résoudre « non pas les conflits entre les *lois matérielles* d'États différents, mais ceux qui existent entre ces États et leurs *ordres juridiques* respectifs, considérés en bloc, dans leur fonctionnement global »[1788]. Face à l'existence d'un tel conflit, il faut désormais démêler des conflits entre les ordres juridiques impliqués en

[1785] « Tout ordre juridique, entendu (nécessairement) en tant que système normatif unitaire et " global ", ne s'épuise sûrement pas aux limites de la législation interne, mais il comprend aussi les " évaluations " qu'on peut tirer de lois étrangères auxquelles il renvoie et qu'il fait valoir en concret ». P. PICONE, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général », *op.cit.,* p. 120.

[1786] « Nous nous réfèrerons aux seules hypothèses où les situations juridiques en cause trouvent leur propre source dans un acte de "concrétisation" de règles matérielles (jugement, acte de juridiction gracieuse, etc.) venant d'un organe public, respectivement, de l'État du for (situations juridiques *formellement nationales*) ou d'un État étranger (situations juridiques *formellement étrangères*) ». (Italique de l'auteur). *Ibid*, p. 124, n°37.

[1787] Précisément, le conflit d'ordres juridiques se révèle lorsqu' « une situation juridique déterminée, qu'il faut créer ou qui existe déjà dans le cadre d'un ordre juridique donné, quelle que soit la source d'où elle découle (règles abstraites et générales, jugement, acte administratif, etc.), n'a pas la possibilité de " se dérouler " (ou, plus techniquement d'être reconnue et admise à produire ses effets) à l'intérieur de cet ordre ou ces ordres juridiques, où par sa nature ou son contenu elle est nécessairement ou très vraisemblablement destinée à " se localiser " ». *Ibid*, p. 271.

[1788] *Loc. cit.* (Italique de l'auteur).

recherchant un et un seul ordre juridique de référence, parmi les ordres juridiques en conflit afin de parvenir à la coordination des ordres juridiques.

1252. Pour Picone, afin de déterminer l'ordre juridique de référence, il est nécessaire de déterminer la compétence de l'ordre juridique qui sera à même de valider la situation juridique d'un point de vue concret[1789]. Pour répondre à cet objectif, deux situations doivent être distinguées selon qu'il s'agit de constituer la situation juridique dans l'ordre juridique du for ou bien d'en recevoir les effets[1790].

1253. Dans le premier cas, afin d'éviter que la situation créée devienne boiteuse, c'est-à-dire ne puisse pas s'exporter à l'étranger faute de reconnaissance par le ou les ordres juridiques étrangers concernés, le for est invité à être attentif à « toutes les techniques de droit international privé utilisées par cet ordre juridique, et surtout aux procédés de reconnaissance des jugements étrangers, et non pas seulement (comme il arrive avec le mécanisme du renvoi) aux règles de conflit étrangères »[1791]. Pour Picone, la reconnaissance de la situation juridique dans l'ordre juridique étranger devient un préalable à la compétence juridictionnelle du for. Cette affirmation pose des difficultés, car elle suppose de connaître les règles de reconnaissance étrangères.

1254. Dans le second cas, pour reconnaître les effets d'une situation juridique créée à l'étranger, Picone va prôner l'application de la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en lieu et place de la méthode traditionnelle de reconnaissance des jugements. Selon lui, « les situations juridiques étrangères sont (…) reconnues dans le for à la seule condition de produire concrètement leurs effets à l'intérieur de l'ordre juridique étranger pris comme référence et sans plus procéder à aucun contrôle autonome ni de la loi qui a été appliquée à ces situations, ni de la compétence internationale de l'organe (de l'État étranger ou d'un État tiers) qui les aurait, par hypothèse, créées [1792]».

[1789] Comme l'indique le professeur Mayer, la méthode de P. Picone permet de tenir compte de « l'ensemble des normes et d'organes susceptibles d'émettre, sur chaque situation juridique individuelle, un point de vue concret ». P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op.cit.,* p. 264, n°248.

[1790] La méthode peut être « utilisée en vue de la constitution dans le for de situations juridiques déterminées, ou bien en vue de la reconnaissance dans le for de situations juridiques existantes ou acquises à l'étranger ». P. PICONE, « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *op.cit.,* p. 124, n°37.

[1791] P. PICONE, « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *op.cit.,* p. 124, n°37. Pour illustrer sa méthode, l'auteur évoque le désormais célèbre ancien article 606 b n°1 du ZPO allemand qui fait dépendre la compétence du juge allemand en matière matrimoniale de la possibilité de la reconnaissance de la situation à l'étranger d'après le droit national du mari.

[1792] P. PICONE, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général », *op.cit.,* p. 131.

1255. L'apport considérable de Picone est de faire de la règle de compétence juridictionnelle une règle fonctionnelle et un instrument de réalisation de sa méthode. Avec Picone, la règle de compétence juridictionnelle fait donc partie intégrante de la recherche de la coordination des ordres juridiques[1793]. Cette analyse du conflit en termes d'ordre juridique est particulièrement pertinente à l'aune de notre phénomène qui démontre une tendance à un rattachement en bloc à l'ordre juridique. Le phénomène de concordance des compétences tend pareillement à la désignation d'un ordre juridique globalement compétent dont le point de vue pourra s'exporter facilement. En cela, le phénomène de concordance pourrait présenter des similitudes importantes avec la méthode de coordination prônée par l'auteur italien.

1256. Il perdure cependant des différences importantes. Tout d'abord, l'auteur adopte un positionnement localisateur et proximiste puisqu'il considère que cette méthode a vocation à être employée lorsque la situation présente des liens plus étroits avec un ordre juridique étranger. Elle devrait s'appliquer dès lors que la situation à créer présente des liens très nombreux, voire prépondérants avec des ordres juridiques étrangers. « Les règles de référence à l'ordre juridique compétent servent en principe à l'appréciation de situations juridiques que le for considère comme "localisées" ou aptes à "se dérouler" à titre principal dans le cadre d'un ordre juridique étranger »[1794]. Or, dans nos diverses hypothèses de concordance, d'une part l'analyse n'est que partiellement proximiste puisque la compétence de l'ordre juridique dans son ensemble s'explique également par des objectifs plus matériels et non seulement conflictuels.

1257. D'autre part, il ne faut pas oublier que le rattachement en bloc issu du phénomène de concordance n'est que le résultat de différentes méthodes à l'œuvre et non l'objet d'une méthode unitaire. La règle de compétence juridictionnelle ne peut pas être

---

[1793] Que la méthode soit appliquée d'une manière rigide ou flexible : « Dans la plupart des exemples qu'on peut trouver sur le plan strictement positif, les règles unitaires de renvoi à l'ordre juridique étranger compétent doivent être construites, comme on l'a vu en rattachant entre elles des dispositions à première vue autonomes, dans lesquelles le législateur a déjà déterminé d'une certaine façon aussi bien la compétence internationale " conditionnée " des tribunaux internes que (par le biais d'une règle de conflit) le choix de la loi applicable. Ces règles peuvent donc être qualifiées de règles de renvoi à l'ordre juridique compétent à "contenu rigide" ou "lié".
Cette rigidité de départ n'exclut cependant pas que les deux éléments indiqués restent, l'un et l'autre conditionnés dans leur opérativité au point de vue de l'ordre ou des ordres étrangers objet de référence, étant donné que ce sont ces derniers qui décident *in concreto* si, en vue de la reconnaissance, la compétence internationale des tribunaux du for doit ou non être considérée légitime, et la loi qu'ils appliquent appropriée du point de vue strictement de conflit ». P. PICONE, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général », *op.cit.*,, t. 276, p. 128-129.

[1794] P. PICONE, « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *op.cit.,* p. 325, n°25.

détentrice de toute la fonction coordinatrice, mais doit y prendre sa part. Sans être la seule règle coordinatrice, elle est alors une règle coordinatrice.

§2 : La règle de compétence juridictionnelle : une règle coordinatrice

1258. Le rattachement en bloc à l'ordre juridique induit du phénomène de concordance semble accorder un rôle nouveau à la règle de compétence juridictionnelle dans la coordination des ordres juridiques à l'image de ce qu'ont évoqué les auteurs américains. Toutefois, leurs approches pêchent, notamment, par une absence de prise en compte suffisante de l'objectif d'harmonie des solutions. À l'inverse, la théorie piconnienne qui fait de cet objectif une donnée cardinale pêche à son tour par une analyse encore trop largement fondée sur l'idée de proximité et qui est, de ce fait, trop peu centrée sur la dimension substantielle du conflit de lois. Les implications de la concordance relatives à la fonction coordinatrice de la règle de compétence juridictionnelle doivent au contraire pouvoir combiner ces deux aspects.

1259. La mise en évidence de la fonction coordinatrice de la règle de compétence juridictionnelle doit être expliquée par les nouveaux enjeux structurels de la coordination (A) et par les enjeux substantiels de la coordination (B).

A- Les enjeux structurels de la coordination

1260. Le phénomène de concordance des compétences donne une importance particulière aux règles de reconnaissance. Si la situation est tranchée par l'ordre juridique entièrement compétent, sa vocation internationale dépendra de sa future circulation[1795]. La reconnaissance devient dès lors un impératif de coordination des ordres juridiques. La coordination s'obtient par l'efficacité du point de vue concret de l'ordre juridique étranger[1796]. Les conditions d'ouverture des règles de reconnaissance deviennent primordiales. La reconnaissance des décisions de justice tend d'ailleurs à être une

[1795] L'on retrouve cette considération chez De Boer. Celui-ci évoque le risque de non-circulation des jugements tout en considération que ce risque est lié à une vision surannée du contrôle de la loi appliquée : « Some authors have expressed their concern that facultative choice of law may induce foreign authorities not to recognize and enforce a decision in which the choice-of-law issue has been disregarded in favour of the application of forum law. This fear may not be unfounded in some instances, since there are still jurisdictions where recognition of certain types of decisions depends on the outcome of a choice-of-law test. […] However, this kind of inconvenience does not result from facultative choice of law but from a rather old-fashioned view on recognition ». T. M. DE BOER, *op. cit.*, p. 373.
Cependant, l'auteur néerlandais considère que la coordination des ordres juridiques n'est pas un réel objectif du droit international privé contemporain, ce qui nous semble être partiellement une erreur.

[1796] P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op.cit.,* p. 301 et s.

composante du droit fondamental à un procès équitable[1797]. Face à la diminution voire la suppression de certains moyens de contrôle de la régularité internationale des jugements, l'ordre public international a vocation à devenir l'ultime clé[1798] pour décider de la prétention à l'internationalité de la situation juridique[1799].

1261. Or, au sein de l'Union européenne, l'existence de la concordance des compétences s'accompagne d'une faveur déterminante à la reconnaissance lors de l'instance indirecte[1800]. La structure de la coordination s'en trouve modifiée. En effet, si la décision de justice a vocation à circuler facilement, les enjeux se déplacent au stade de l'instance directe. En cas de concordance des compétences, le souci de coordination des ordres juridiques repose donc en amont sur la détermination de la compétence juridictionnelle.

1262. Ainsi, dans un espace de circulation facilitée des situations juridiques, l'harmonie des solutions, idéal de la théorie piconnienne, est d'ores et déjà quasi atteint puisque la situation pourra produire ses pleins effets dans l'ordre juridique étranger où elle a vocation à s'épanouir. La perspective est donc inversée. Si la situation a vocation à s'exporter facilement, la question de la compétence juridictionnelle reste cependant centrale sur le plan de la coordination des ordres juridiques, car elle vient fixer l'ordre juridique compétent et le point de vue global qui régira la situation dans une hypothèse de concordance[1801].

[1797] CEDH, 29 avril 2008, *McDonald c./France*, req. n°18648/04, *Rev. Crit. DIP*, 2008, p. 830, note P. KINSCH.

[1798] Pour une analyse de l'ordre public international comme « ultime joker » au stade de la reconnaissance : H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes de droit international privé (Des formes juridiques de l'inter-altérité) », *op.cit.,* p. 299 et s.

Ce qui est d'ailleurs de nature à faire revêtir à l'ordre public international un rôle plus important qu'il en avait auparavant. Dès l'arrêt *Simitch*, des auteurs établissaient une telle possibilité. « Puisqu'en effet la compétence indirecte est désormais admise alors même que les juges du for auraient pu connaître du litige au fond, les raisons qui justifiaient l'atténuation systématique des exigences de l'ordre public en présence d'un jugement étranger disparaissent ; le prononcé de ce dernier ne signifie plus que la situation litigieuse était en dehors de la sphère d'intérêts de l'ordre juridique du for ». B. ANCEL, H. MUIR WATT, « Des vérifications auxquelles le juge est tenu pour accorder l'exequatur », *Rev. Crit. DIP*, 2007, p. 420, spec. n°19.

[1799] Une autre hypothèse est celle de la reconnaissance conditionnée au respect du point de vue concret de l'ordre juridique prépondérant. Un tel exemple se retrouve dans la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for à l'article 9. Sur le fondement de cet article, le juge requis de l'exécution peut s'opposer à l'exécution si la clause d'élection de for est non valable selon les règles de droit international privé du juge élu, sauf si celui-ci a constaté sa validité. Il s'agit bien ici d'une prise en compte du point de vue concret de l'ordre juridique élu pour permettre la reconnaissance, ce qui rappelle la méthode piconnienne.

[1800] Voir *supra* Section 2, Chapitre 2, Titre 1, Partie 2.

[1801] Ces implications sont également présentes lorsqu'il s'agit de s'intéresser à la reconnaissance des situations juridiques. Dans cette hypothèse, la détermination de la compétence de l'autorité de l'État d'origine s'avère fondamentale. Ensuite, la règle ou la méthode de reconnaissance devient centrale pour assurer la continuité de la situation individuelle.

1263. La volonté d'aboutir à une libre circulation des décisions commande alors une approche raisonnable[1802] de la compétence juridictionnelle[1803]. « La notion de "raisonnable" est la clé d'une coordination harmonieuse : l'harmonie des solutions aura d'autant plus de chances d'être atteinte que les divers ordres juridiques, d'une part, ne retiendront leur compétence que sur des bases raisonnables, et d'autre part, seront prêts à accueillir libéralement les décisions émanant d'ordres juridiques étrangers raisonnablement compétents, et seulement elles »[1804]. La recherche du « raisonnable » pour définir les règles de compétence juridictionnelle est associée à un esprit de collaboration du législateur destiné à limiter la sphère d'intervention de ses juridictions pour préserver celle des juridictions étrangères. De ce fait, ayant conscience de l'existence de la concurrence internationale des juridictions, les ordres juridiques ont le choix d'opter pour des stratégies individualistes établies sur le modèle de la défiance ou au contraire d'adopter un postulat collaboratif plutôt fondé sur le modèle de la confiance qu'elle soit l'œuvre d'une action unilatérale ou multilatérale.

1264. Cette dernière option est celle qui prévaut en majorité dans l'Union européenne depuis la Convention de Bruxelles de 1968 où les critères de compétence choisis expriment un lien « raisonnable »[1805], « significatif »[1806] entre le litige et le for, assurant la coordination des ordres juridictionnels étatiques[1807]. La coordination des ordres juridiques au stade de la compétence juridictionnelle est largement garantie par l'universalisation des règles de compétence, sans pour autant que la prise en compte des ordres juridiques étatiques tiers ne soit réellement démontrée. Cette dimension

---

[1802] Pour une étude approfondie de la notion de raisonnable, L. USUNIER, *op.cit.*

[1803] L'on retrouve cette vision de la compétence juridictionnelle dans le considérant 6 du Règlement Bruxelles I *bis* où reconnaissance et compétence directe sont interdépendantes : « *Pour atteindre l'objectif de la libre circulation des décisions en matière civile et commerciale, il est nécessaire et approprié que les règles relatives à la compétence judiciaire, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions soient déterminées par un instrument juridique de l'Union contraignant et directement applicable* ».

[1804] P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op.cit.,* p. 276.

[1805] Sur cette notion de raisonnable en matière de compétence juridictionnelle : L. USUNIER, *op.cit.,* p. 34 et s. ; D. P. FERNANDEZ ARROYO, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *op.cit.,* p. 42 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n°328.

[1806] D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. I, Partie générale, 4ème ed., Paris, PUF, 2017, n°55-2.

[1807] Comme l'indique le professeur P. Mayer, « Le souci de coordination est au premier plan lorsque l'on élabore les règles de compétence internationale par voie conventionnelle, comme l'ont fait, par exemple, les États membres de la Communauté européenne dans la Convention de Bruxelles […] Dans un tel cadre, sans aller jusqu'à une véritable répartition des compétences, dont le nombre élevé des critères retenus exclut l'idée, on a nécessairement en vue, lorsque l'on décide de ne pas retenir un certain critère de compétence – par exemple, celui tiré de la nationalité de l'une des parties, ou du domicile du demandeur, ou du *doing business* sur le territoire –, que le litige pourra être jugé par un autre État, ayant des liens plus significatifs avec lui – par exemple, l'État du domicile du défendeur ». P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op.cit.,* p. 120.

coordinatrice reste donc décisive vis-à-vis des États tiers, la compétence retenue par les juridictions européennes ne doit pas sembler exorbitante[1808].

1265. L'on sait par ailleurs à quel point il est difficile d'atteindre cette coordination par une action multilatérale. L'échec du Projet de convention mondiale en matière de compétence juridictionnelle internationale et d'effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale préparée sous l'égide de la Conférence de La Haye en atteste[1809], même s'il est tout à fait envisageable, comme le réclame un certain nombre d'auteurs, que ces travaux servent à des codifications de droit national, voire de droit régional[1810] ou renaissent dans le cadre d'instruments de *soft law*[1811].

1266. Cet impératif de coordination apparaît également lorsque la situation a vocation à s'exporter dans un ordre juridique tiers, la concordance des compétences nécessite de penser à l'exportation de la future décision[1812]. Le succès de l'espace européen ne doit pas masquer la nature unilatérale des règles de conflit de juridictions qui est manifeste à l'égard des pays tiers. Cet objectif de coordination des ordres juridiques doit donc être poursuivi dans les relations transfrontières impliquant un ordre juridique

---

[1808] Pour un détail de ces implications dans la perspective des États tiers. K. TAKAHASHI, « Review of the Brussels I Regulation: A Comment from the Perspective of Non-Member States (Third States) », *Journ. PIL*, 2012, p. 1.

[1809] Sur les différentes difficultés, voir notamment, C. KESSEDJIAN, « Vers une Convention à vocation mondiale en matière de compétence juridictionnelle internationale et d'effets des jugements étrangers », *Revue de droit uniforme*, vol. 2, Issue 4, Décembre 1997, p. 675-697. « Observations sur l'avant-projet de Convention, adopté par la Commission spéciale le 30 octobre 1999, et sur le Rapport explicatif de PETER NYGH et FAUSTO POCAR », *Document préliminaire n° 14 d'avril 2001*. Consultable en ligne sur : [https://assets.hcch.net/docs/3e9441e5-7978-4b57-bee2-4c14d29f36f8.pdf] ; *Résumé des résultats des discussions de la Commission II de la première Partie de la Conférence diplomatique (6-22 juin 2001)*, p. 13.
Voir également, A. T. VON MEHREN, « La rédaction d'une convention universellement acceptable sur la compétence judiciaire internationale et les effets des jugements : Le projet de la Conférence de La Haye peut-il aboutir ? », *Rev. Crit. DIP*, 2001, p. 85 et s., spéc. p. 89 ; H. GAUDEMET-TALLON, « De quelques raisons de la difficulté d'une entente au niveau mondial sur les règles de compétence judiciaire internationale directe », *Essays in Honour of ARTHUR T. VON MEHREN*, Ardsley, New-York, Transnational Publishers, 2002, p. 55.

[1810] Voir en ce sens, D. P. FERNANDEZ ARROYO, « Compétence dans les relations privées internationales », *op.cit.,* p. 219, n°193 ; L.J. SILBERMAN et A.F. LOWENFELD, « The Hague Judgments Convention – and Perhaps Beyond », *Essays in Honour of ARTHUR T. VON MEHREN*, Ardsley, New-York, Transnational Publishers, 2002 ; W. E. O'BRIAN, « The Hague Convention on Jurisdiction and Judgments : The Wey Forward », *Modern Law Review*, vol. 66, 2003, p. 491.

[1811] En ce sens, l'universalité, et par la même la coordination des ordres juridiques serait recherchée sans pour autant passer par le cadre d'un instrument contraignant. C'est l'effort engagé par l'American Law Institute et l'Institut international pour l'unification du droit privé qui ont élaboré des principes de procédure civile transnationale. L'utilité de cette harmonisation par l'intermédiaire de la *soft law* est parfois très vivement critiquée. Voir en ce sens, D. P. FERNANDEZ ARROYO, « Compétence dans les relations privées internationales », *op.cit.,* p. 178, n°159 ; F. FERRAND, « Les "Principes" relatifs à la procédure civile transnationale sont-ils autosuffisants ? – De la nécessité ou de les assortir de "Règles" dans le projet ALI/UNIDROIT », *Revue de droit uniforme*, 2001, pp. 995-1013.

[1812] Sans que cette considération doive l'emporter systématiquement. L'harmonie des solutions ou la coordination des ordres juridiques ne saurait être qu'un idéal qui ne correspond pas toujours à la physionomie et aux enjeux du contentieux.

d'un État membre et un ordre juridique d'un État tiers. Or, à défaut d'universalisation des règles de compétence, il s'agit d'opérer un changement de perspective. La seconde voie est la voie unilatérale. Plutôt que d'universaliser la règle de droit, il faut envisager l'universalisation du point de vue concret de l'ordre juridique[1813].

1267. L'on retrouve ici l'intérêt de la méthode piconnienne d'envisager une réglementation globale du rapport de droit[1814]. Dans cette hypothèse, la règle de compétence juridictionnelle a un rôle clé à jouer[1815]. Effectivement, « s'il apparaît divinatoire de vouloir tenir compte de l'efficacité de la décision à intervenir, il n'est pas exclu au contraire que ce souci inspire le "législateur" dans le choix des critères »[1816]. Dans cette optique, il n'est pas à exclure que la nouvelle Convention de La Haye du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale contenant des règles de compétence indirecte préfigure en réalité une tentative prochaine de parvenir à une convention portant sur les règles de compétence juridictionnelle directe.

1268. L'étude mériterait également d'être envisagée sous une perspective pluraliste où le besoin de faire vivre ensemble des systèmes normatifs hétérogènes se fait sentir. Ainsi, chaque ordre juridique possédant sa rationalité propre pourra faire vivre sa production normative avec les autres ordres juridiques dans la sphère globale par le biais des normes de reconnaissance[1817]. Cette perspective pluraliste commande pareillement des

---

[1813] L'on retrouve déjà un exemple d'un tel impératif en droit international privé européen des successions. L'article 12 du Règlement Successions instaure la possibilité d'une limitation de la procédure en cas d'immeuble situé dans un ordre juridique tiers qui prévoit une règle de compétence juridictionnelle exclusive. « *Lorsque la masse successorale comprend des biens situés dans un État tiers, la juridiction saisie pour statuer sur la succession peut, à la demande d'une des parties, décider de ne pas statuer sur l'un ou plusieurs de ces biens si l'on peut s'attendre à ce que la décision qu'elle rendrait sur les biens en question ne soit pas reconnue ou, le cas échant, ne soit pas déclarée exécutoire dans ledit État tiers* ». Article 12 du Règlement Successions.

[1814] Pour une illustration de la méthode : L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, *op.cit.,* p. 307 et s ; B. ARCHINARD-GREIL, *op.cit.* ; Voir également : D. P. FERNANDEZ ARROYO, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *op.cit.*, p. 65 et s.
Pour une étude des différentes méthodes d'universalisation du point de vue concret : J. SAGOT-DUVAUROUX, *Aspects fonctionnels de l'universalisation : Étude de droit international privé*, ANRT, 2009.

[1815] B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité », *op.cit.,* p. 378 : « Le souci que la justice soit effective incite également à tenir compte des perspectives d'exécution de la décision dans l'adoption d'une règle de compétence ».

[1816] P. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, *op.cit.,* p. 601. L'auteur considère également que « les règles de compétence directe influent, in parte qua, sur l'efficacité de la décision hors des frontières, et ceci, abstraction faite de la méthode qu'utilise le juge requis du contrôle ou de l'exequatur, pour contrôler la compétence du juge qui a rendu la décision. *Ibid*, p. 593.

[1817] En ce sens, « une telle articulation des ordres juridiques place les règles de reconnaissance au premier plan, qu'il s'agisse de la reconnaissance des jugements ou des situations privées […]. Elle fait également penser à la théorie des collisions de régimes d'A. Fischer-Lescano et G. Teubner, puisque l'enjeu aujourd'hui n'est pas seulement d'assurer une articulation entre les ordres juridiques étatiques, mais d'intégrer dans le raisonnement également la réalité de la

« méthodes recognitives » prêtes à se développer sur le modèle du « perspectivisme et de l'ajustement »[1818]. Il s'agit là en réalité des deux faces de la collaboration et de la coordination, car « s'intégrer dans le monde et intégrer le monde se rejoignent »[1819]. Dans une telle perspective, cette analyse est développée en matière d'arbitrage par exemple où la licéité des clauses compromissoire, leur autonomie matérielle et juridique, même en présence d'une loi de police pourrait être analysée comme une volonté de coordonner l'ordre juridique étatique avec l'ordre juridique arbitral[1820] tandis que l'enjeu se reporte ensuite lors de la reconnaissance de la sentence[1821].

1269. Or, à la différence de la méthode piconniene qui reste encore largement proximiste, les enjeux de la coordination des ordres juridiques se démultiplient à l'aune de la montée en puissance des considérations substantielles.

B- Les enjeux substantiels de la coordination

1270. Le phénomène de concordance donne à voir une perception renouvelée de la règle de compétence juridictionnelle, beaucoup plus politique[1822] dans le sens où elle cesse d'être un instrument purement technique pour prendre en compte des intérêts divers. Cette gestion de la concurrence des objectifs a entrainé l'usage de méthodes diverses de résolution de conflits de lois pour l'efficacité desquelles la règle de compétence juridictionnelle a un rôle important à jouer. Sur le plan de l'objectif de coordination des ordres juridiques, cette prise en compte de la multiplicité d'intérêts à l'œuvre en droit

---

fragmentation de l'ordre juridique mondial à la fois en de multiples ordres juridiques étatiques et en des ordres sectoriels, souvent non étatiques, possédant chacun ses propres normes et son propre mode de règlement des différends (par ex. l'ordre juridique de l'OMC, l'ordre juridique du sport, ou encore un ordre juridique religieux). Dans l'impossibilité de recourir à une articulation fondée sur le principe hiérarchique, faute de hiérarchie entre les fragments, les ordres autonomes requirent une forme plus souple de mise en relation et de reconnaissance mutuelle ». S. CORNELOUP, « Les liens entre *forum* et *ius*, réflexions sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op.cit.,* p. 474.,G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels, Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, Paris, Classiques Garnier, 2016.

[1818] H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes de droit international privé (Des formes juridiques de l'inter-altérité) », *op.cit.,* p. 269 et s.

[1819] A. GARAPON, « Le monde, un défi pour le juge du XXIème siècle », *Cahiers de la Justice*, 2013/3, p. 7.

[1820] Sur la vision de l'arbitrage comme un ordre juridique autonome : J.-B. RACINE, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 2005, p. 305. Voir à ce sujet le rapport de la Cour de cassation : « Le juge et la mondialisation dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *Étude annuelle 2017*, Documentation française, spec. p. 175 et s. Cass. 1ère Civ. 8 juillet 2015, *Ryanair*, n°13-25.846. *JDI*, 2016, p. 568, note P. DE VAREILLES-SOMMIERES ; *RTD com.*, 2016, p. 71, note E. LOQUIN.

[1821] Sur cette thématique, J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, LGDJ, 1999.; C. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, *op.cit.* ; L. G. RADICATI DI BROZOLO, « Arbitrage commercial international et lois de police : considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international », *RCADI*, 2005, t. 315, p. 1, spec. p. 461 et s.

[1822] Sur une définition similaire du « politique ». P. KINSCH, « Le rôle du politique en droit international privé. Cours général de droit international privé », *op.cit.,* p. 29.

international privé est également de nature à rendre difficile la réalisation de l'objectif. La volonté de faire vivre ensemble des systèmes juridiques se complexifie dès que la vision du conflit de lois n'est plus unique et neutre. La coordination devient plus difficile, car devant gérer des objectifs nombreux et parfois contradictoires. Une complexification de la coordination des ordres juridiques existe lorsque les différences axiologiques sont fortes. La coordination des ordres juridiques se retrouve de ce fait confrontée à la fois à la montée en puissance de l'*interest analysis* et l'essor d'une « *Wertungsjurisprudenz* »[1823] tout en conservant les traits du modèle classique.

1271. Dans ce contexte, la règle de compétence juridictionnelle est amenée à exercer une fonction coordinatrice étant chronologiquement première par rapport à la règle de conflit de lois. Cette fonction coordinatrice est d'autant plus importante que la détermination de la compétence juridictionnelle entraine la compétence des règles de compétence législative et plus encore en cas de concordance entre *forum* et *jus,* car elle est le point d'entrée de la situation juridique sous l'égide de la réglementation du for. Cette réflexion est décisive lorsque la situation est susceptible de se rattacher à un ordre juridique tiers[1824]. En effet, comme nous l'avons vu, le particularisme — qui perdure lorsque les règles de conflit de lois ne sont pas unifiées, mais plus encore lorsqu'il s'agit d'envisager les relations externes à l'Union européenne — oblige à repenser la dimension juridictionnelle du litige à l'aune des relations avec les États tiers. Dans ces situations, la concordance des compétences expose à un risque de conflit de systèmes[1825] ou un risque de conflit de valeurs auquel peut s'ajouter en amont un conflit de compétences[1826]. C'est la marque de l'absence de fongibilité des ordres juridictionnels qui se reflète particulièrement aux confins de l'ordre juridique de l'Union européenne. L'universalité des ordres juridiques dans leurs composantes juridictionnelles et matérielles postulée en droit international privé de l'Union européenne se retrouve exposée ici à sa réalité

[1823] Selon le terme employé par Monsieur Vrellis pour interroger le passage de la jurisprudence des intérêts à la jurisprudence des valeurs. Il s'agit désormais de savoir « si tel ou tel intérêt est digne de protection ; si et dans quelle mesure le fonctionnement et les diverses solutions actuelles des conflits de lois peuvent être justifiés au niveau non pas des intérêts, mais des valeurs ; et si l'on peut proposer certaines solutions qui seraient "meilleurs", précisément parce qu'elles seraient conformes au respect des valeurs ». S. VRELLIS, « Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé ? À la recherche de la justice », *RCADI*, t. 328, 2007, p. 192.

[1824] En droit international privé de l'Union européenne, la coordination est largement assurée par l'universalisation des règles de compétence et la coopération judiciaire.

[1825] Sur l'influence du conflit de systèmes sur la compétence juridictionnelle, voir notamment : A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens. (Étude de droit international privé comparé)*, *op.cit.,* p. 852 ; A. BUCHER, « Le for de raisonnement », in *E. Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz,* Martinus Nijhoff, 1996, p. 41 ; G. A. L. DROZ, « Regards sur le droit international privé comparé », *RCADI*, 1991-IV, t. 229.

[1826] Dont l'une des figures les plus marquées serait le conflit d'exclusivités.

particulariste. Or, c'est bien dans ces hypothèses que la coordination des ordres juridiques est la plus impérieuse, mais également la plus difficile.

1272. Le lien d'effectivité établi entre les règles de compétence rejaillit inéluctablement sur la recherche de la coordination des ordres juridiques en faisant de la règle de compétence un instrument clé de la coordination. De cette montée en puissance des intérêts et des valeurs et de leurs potentielles collisions découle une vue de la détermination de la compétence juridictionnelle qui revêt un aspect plus politique que la seule question de sa délimitation spatiale. Elle ressort dans bon nombre d'hypothèses de concordance des compétences lorsque la règle de compétence juridictionnelle se veut être le relais des objectifs portés par l'ordre juridique.

1273. L'analyse est proche ici des auteurs américains qui ont entrepris de faire de la règle de compétence juridictionnelle la seule détentrice de la fonction coordinatrice. Sans prendre le pas de cette vision maximaliste absorbante du conflit de lois, dont nous avons vu qu'elle ne correspond pas à la tendance à la concordance des compétences étudiée, la règle de compétence juridictionnelle a un rôle important à jouer.

1274. Or, à l'image de la résolution du conflit de lois où la coordination des ordres juridiques a été largement pensée à l'aune de la localisation spatiale du rapport de droit pour constater ensuite le besoin d'une coordination qui prend en considération les objectifs substantiels à l'œuvre en droit international privé, la règle de compétence juridictionnelle exerce une fonction coordinatrice qui doit prendre en compte cette dimension substantielle. La question de la compétence juridictionnelle ne peut pas être pensée uniquement sur un modèle binaire d'ouverture ou de fermeture de l'ordre juridique reposant sur des seuls liens de localisation. Cette fonction coordinatrice nécessite des choix du législateur. Ces choix révèlent toutes leurs nuances dès que les règles de compétence juridictionnelle ne prennent plus l'apparence de règles répartitrices, à l'image des règlements européens, mais sont confrontées à des ordres juridictionnels étrangers[1827]. Pourtant, la fonction coordinatrice de la compétence juridictionnelle reste encore lacunaire dans certaines situations. La prohibition de principe du *forum non*

[1827] Nous partageons ainsi l'affirmation suivante élargie au contexte de l'ordre juridique de l'Union européenne : « de ce point de vue, la "compétence" de l'organisation juridictionnelle étatique est directement dictée par la conception de justice ayant cours dans la société pour les besoins de laquelle l'organisation juridictionnelle a été mise en place ». E. FARNOUX, *op.cit.,* t. I, p. 11.

conveniens[1828], l'absence d'effet réflexe des compétences exclusives[1829], le retour aux règles ordinaires de compétence ou la coexistence des règles européennes et internes[1830] sont autant d'exemples qui font encore de la règle de compétence juridictionnelle l'angle mort de la coordination des ordres juridiques.

1275. Le choix d'exercer la compétence devient alors capital et démontre la volonté de l'ordre juridique de s'engager ou non dans la règlementation du rapport de droit[1831]. Ce choix impose également de trancher entre la volonté de coordination des ordres juridiques et la recherche de la justice matérielle lorsque des logiques différentes sont à l'œuvre et peuvent apparaître inconciliables.

1276. La lecture du premier arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme rendu sur l'affaire *Nait-Liman* illustre cette difficulté. Dans cet arrêt, pour refuser de consacrer une compétence civile universelle, la Cour de Strasbourg se place sur le terrain de la souveraineté et évoque le risque de « *provoquer des immiscions indésirables d'un pays dans les affaires internes d'un autre* »[1832]. L'exemple constitue ici évidemment un cas limite, mais il illustre un cas dans lequel la fonction coordinatrice de la compétence juridictionnelle, entendue comme la recherche de l'harmonie des solutions, l'a emporté sur la recherche de la justice matérielle. La coordination ne peut être pensée sans un effort de conciliation des différentes rationalités qui innervent le droit international privé. Mais, la coordination des ordres juridiques ne doit rester qu'un idéal. Autrement dit, si la coordination des ordres juridiques doit désormais être repensée à l'aune de la justice matérielle, cette justice

---

[1828] CJCE, 1er mars 2005, *Owusu c/Jackson*, C-281/02. *Rev. Crit. DIP*, 2005, p. 698, note C. CHALAS ; *JDI*, 2005, p. 1177, note G. CUNIBERTI ET M. WINKLER.
Dans cette espèce, le ressortissant britannique, M. Owusu, domicilié au Royaume-Uni, est victime d'un accident en Jamaïque. La victime souhaite engager la responsabilité civile de plusieurs défendeurs, tous domiciliés en Jamaïque, excepté un seul, le défendeur au principal, qui a son domicile au Royaume-Uni. Très nombreux sont les éléments de l'espèce qui se rattachent au territoire jamaïcain. Face au risque de décisions inconciliables se pose la question de la possibilité d'avoir recours à la technique de *forum non conveniens* en faveur d'un État tiers. Le défendeur domicilié en Angleterre invoque cette possibilité. La Cour d'appel anglaise pose, à titre préjudiciel à la Cour de Justice, la question de la compatibilité de l'instrument anglo-saxon avec la Convention. Elle prend le soin de préciser que le conflit de juridictions oppose un État membre à un État tiers et que la réponse à la question ne remettrait pas en cause l'économie globale de l'instrument conventionnel.
[1829] Voir *supra* n°147 et s.
[1830] Sur ce point, voir notamment : L. GILLIES, « Creation of Subsidiary Jurisdiction Rules in the Recast of Brussels I : Back to the Drawing Board ? », *Journ. PIL*, 2012, p. 489 ; B. HESS, « The Brussels I Regulation : Recent Case Law of the Court of Justice and The Commission's Proposed Recast », *Common Market Review*, 2012, p. 1073.
[1831] Le juge serait également un acteur clé de la gouvernance mondiale : « la globalisation des contentieux voit s'épanouir le rôle du juge et en fait un acteur essentiel de l'équilibre des pouvoirs — ou de ce qui est parfois dénommé la *gouvernance* — dans l'espace mondial. L'exercice de la compétence en devient ainsi un enjeu politique ou économique, même dans le contexte de litiges opposant des personnes privées ». D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. I, Partie générale, 4ème ed., Paris, PUF, 2017, n° 118.
[1832] CEDH, 21 juin 2016, *Nait-Liman c./Suisse*, req. n°51357/07 précité, §107.

matérielle doit justifier une mise en retrait de l'objectif de coordination. Dans ces deux aspects, la règle de compétence juridictionnelle a un rôle important à jouer.

1277. De surcroît, cette nécessaire conciliation a d'autant plus de chance de s'opérer qu'elle se complète par des règles formelles de coopération entre juridictions ou autorités[1833] ou des réseaux informels de dialogue des juges[1834].

Conclusion de la section :

1278. L'une des modifications les plus importantes du droit international privé concerne, en sus de la concordance des compétences, la montée en puissance de l'impératif de reconnaissance. À ce titre, l'intégration unitaire du litige dans l'ordre juridique ainsi que le renouveau de l'harmonie internationale des solutions rappellent inévitablement la pensée de Picone. Face aux nouveaux enjeux structurels de la coordination des ordres juridiques induits du phénomène de concordance, le poids des règles de reconnaissance ressort grandi en même temps qu'il justifie une attention particulière à la détermination de la règle de compétence juridictionnelle.

1279. Mais, le biais essentiellement proximiste de l'auteur ne permet pas de tirer toutes les conclusions sur le rôle véritable des règles de compétence dans le partage de la fonction coordinatrice. Désormais, les nombreux enjeux substantiels qui parcourent la matière impliquent une vision renouvelée de la coordination dans laquelle la règle de compétence juridictionnelle a un rôle clé à jouer à côté de la règle de compétence législative. Conscient de ces considérations substantielles, les auteurs américains étudiés font de la règle de compétence juridictionnelle non seulement un instrument, mais également le seul instrument coordinateur des ordres juridiques.

[1833] P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op.cit.,* p. 300 et s.

[1834] Comme il a pu être écrit, « naguère assignés à résidence sur un territoire national, les juges entretiennent désormais entre eux, par-delà les frontières, des relations de plus en plus soutenues et confiantes. Ces relations peuvent prendre des formes très diverses : citation de jugements étrangers dans des décisions de portée nationale, échange d'arguments, formations continues, dialogues entre juridictions, création d'associations transnationales, de clubs ou de syndicats de juges, capitalisations informelles de jurisprudences, etc. » J. ALLARD, A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation – la nouvelle révolution du droit*, *op.cit.,* p. 6-7. Voir également, M.-L. NIBOYET, « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *JDI*, 2006, p. 937 ; J.-L. WESTBROOK, « International judicial negotiation », *Texas International Law Journal*, 2003, p. 567 ; D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. I, Partie générale, 4ème ed., Paris, PUF, 2017, n° 157 ; C. KESSEDJIAN, « Le dialogue des juges dans le contentieux privé international », in *Le droit international collaboratif*, Pedone, 2016, p. 100 ; L. D'AVOUT, « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », in E. PATAUT, S. BOLLEE, L. CADIET, E. JEULAND (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, Paris, IRJS, 2013.

1280. L'analyse contemporaine de la concordance des compétences emprunte en réalité aux deux modèles. D'une part, la coordination des ordres juridiques doit prendre en considération des objectifs substantiels en considération desquels la règle de compétence juridictionnelle a un rôle fonctionnel fort à jouer. La règle de compétence peut effectivement penser tant la coordination spatiale que matérielle des ordres juridiques tout en recherchant la conciliation des différentes rationalités à l'œuvre. D'autre part, la concordance des compétences nécessite une approche de la coordination qui prend en compte une dimension structurelle particulière. Il s'agit d'intégrer le poids nouveau des règles de reconnaissance qui implique de transférer un grand nombre des enjeux sur la règle de compétence juridictionnelle directe.

Conclusion du chapitre :

1281. Il ressort de ces différentes analyses que la recherche d'ordre par la poursuite d'objectifs variés sur le terrain du conflit de lois ne peut se contenter du désordre sur le terrain du conflit de juridictions. À quoi sert-il de fixer les règles du jeu, en privilégiant une certaine issue, sans savoir si le maître du jeu est en mesure de les faire respecter ? Le développement de la réglementation de la règle de compétence juridictionnelle est le reflet de ces évolutions. La volonté de protection d'un intérêt étatique ou d'un intérêt privé particulier a mis en lumière des liens de concordance entre les compétences où la protection juridictionnelle a servi de relai aux objectifs posés par le législateur national et européen. De même, le choix de faciliter la résolution du litige en privilégiant l'application de la loi du for a entrainé l'ajustement de la règle de compétence juridictionnelle. Cette règle est donc la voie de concrétisation du caractère fonctionnel des règles de droit international privé et des objectifs poursuivis par le législateur. L'évolution est donc celle d'une extension de la fonction régulatrice de la règle de compétence législative à la règle de compétence juridictionnelle.

1282. Mais, à la différence de ce que laissent penser les approches américaines étudiées, le rapport entre les compétences est plus celui d'une complémentarité que celui de l'absorption d'une des deux règles par l'autre. En effet, la règle de conflit de lois peut exister indépendamment de la règle de conflit de juridictions. Seules son efficacité et son effectivité sont en partie dans la dépendance du juge saisi[1835]. Cette précision est importante, car il ne faut pas confondre l'existence et l'effectivité ou l'efficacité de la règle de droit. De la sorte, il n'est pas vrai que la détermination de la loi applicable[1836] est aujourd'hui dans la seule dépendance du conflit de juridictions. Il n'y a pas une fusion des règles de compétence au point de pouvoir envisager une théorie unificatrice. La concordance des compétences n'est donc pas synonyme d'absorption d'une règle de compétence par l'autre. La concordance n'est pas égale à la fusion des règles de compétence. Il est en revanche exact d'énoncer que l'efficacité de la règle de droit, ici, la règle de conflit de lois et par voie de conséquence de la loi désignée comme étant applicable se retrouvent dans bon nombre d'hypothèses guidées par la règle de conflit de

[1835] En ce sens, « spécialisation, concrétisation, flexibilisation des règles de conflit obligent –, que le règlement du conflit de lois varie considérablement d'un ordre juridique à un autre, en sorte que la solution du litige est désormais dans la dépendance étroite du juge saisi », Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ?. Cours général de droit international privé », *op.cit.,* p. 275-276.
[1836] Sauf hypothèse d'application de la *lex fori.* Voir supra Section 2, Chapitre 2, Titre 2, Partie 2.

juridictions. Il s'agit dès lors d'un rééquilibrage de la part respective du conflit de juridictions et du conflit de lois.

1283. Ce rééquilibrage se poursuit ensuite lorsque l'on analyse les implications du phénomène de concordance à l'aune de l'objectif considéré comme l'objet du droit international privé : la coordination des ordres juridiques. Du fait, notamment, du phénomène de concordance, cette coordination est renouvelée à la fois dans ses enjeux et sa structure. En conséquence, la règle de compétence juridictionnelle directe se voit dotée d'une fonction coordinatrice décisive.

1284. Fort du constat du rééquilibrage de la part respective du conflit de juridictions et du conflit de lois, ainsi que de la démonstration du transfert de l'enjeu de coordination des ordres juridiques sur les épaules de la compétence juridictionnelle, l'on retrouve ici la nécessité d'envisager le litige international à travers son aspect juridictionnel. En cela, le mouvement à l'œuvre en droit international privé européen se rapproche des analyses américaines en ce qu'il fait de la dynamique juridictionnelle un aspect central de la règlementation de droit international privé. Pour autant, la tendance actuelle ne s'inscrit pas dans la vision maximaliste et grossissante des auteurs américains. Pourrait-elle l'être à l'avenir ? Les implications prospectives du phénomène de concordance doivent être interrogées.

CHAPITRE 2 : LES IMPLICATIONS PROSPECTIVES DU PHÉNOMÈNE DE CONCORDANCE

1285. Fort du constat de la fonction régulatrice et coordinatrice de la règle de compétence juridictionnelle, la généralisation du phénomène de concordance pourrait entrainer une autodiscipline de l'ordre juridique qui ferait intervenir ses tribunaux seulement lorsque cela est indiqué du point de vue conflictuel. Dans une certaine mesure, chaque ordre juridique devrait « règlementer l'activité de son ordre juridictionnel de telle manière qu'il soit susceptible de s'intégrer harmonieusement dans l'ensemble qu'il forme avec ceux des autres États, pourvu que ces derniers conçoivent également leurs justices comme autant de rouages destinés à s'engrener les uns dans les autres »[1837].

1286. Cette volonté de limiter la sphère d'influence de l'ordre juridique et d'assurer le meilleur traitement de la situation pourrait ainsi être entreprise par une généralisation de la concordance des compétences à l'image de ce que prônent les analyses des auteurs américains étudiées. Il ne s'agit plus désormais de placer la focale de l'analyse sur le résultat — la concordance des compétences juridictionnelle et législative — mais cette fois-ci, de faire de la concordance des compétences une méthode à part entière de réglementation du droit des conflits de lois. La méthode n'est plus inductive, mais déductive. La concordance devient un principe de résolution du litige de droit international privé dont on doit assurer la réalisation dans chaque catégorie de litige.

1287. Face à la diversité des liens entre *forum* et *jus* qui donne naissance au phénomène de concordance, la question de la généralisation se pose. Elle n'est certainement pas unique ou unitaire en ce sens où la réponse s'imposerait par elle-même. Une réponse positive et catégorique reviendrait à remettre en cause les constructions législatives, jurisprudentielles et doctrinales au risque de se couper des réalités du droit international privé pour basculer dans un esprit de faiseur de système. Cependant, une réponse négative ne doit pas être non plus envisagée sans avoir exploré et questionné les implications d'une telle construction.

[1837] S. BOLLEE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyses économiques des conflits de juridictions) », in *L'efficacité économique en droit*, Paris, Economica, 2010, p. 122.

1288. Dans une optique moins maximaliste, l'affirmation de la généralisation de la concordance des compétences doit céder la place à l'étude de l'extension de son domaine dans des hypothèses circonstanciées. Dans ce cas, la concordance ne saurait être un principe général du droit international privé, mais son aspect fonctionnel doit permettre de combler des besoins contemporains du droit international privé.

1289. La généralisation de la concordance des compétences doit alors être abordée en faisant ressortir les avantages et les inconvénients d'un tel système (SECTION 1) pour ensuite envisager l'extension du domaine de la concordance (SECTION 2).

SECTION 1 : LA GÉNÉRALISATION DE LA CONCORDANCE

1290. Prenant pour exemple les théories américaines, il convient de s'interroger sur la possibilité de généraliser la concordance des compétences. Pour cela, il faut savoir non seulement si le droit positif, tel qu'envisagé jusqu'à présent, peut subir une telle transformation et s'il est véritablement nécessaire d'y parvenir. Autrement dit, la question de la généralisation pose en filigrane la question de la théorisation de la matière à l'aune de ce principe de concordance.

1291. Cela commande alors de revenir sur la nécessité de la généralisation afin d'en comprendre les implications techniques et théoriques pour en saisir pleinement les enjeux (§1). Une fois les différents enjeux présentés, l'opportunité de cette concordance doit pouvoir être évaluée (§2).

§1 : Les enjeux de la généralisation de la concordance

1292. Envisager la généralisation de la concordance nécessite de s'interroger sur la méthode à adopter pour y parvenir en identifiant un principe cardinal qui justifierait de modifier le droit positif.

1293. En raison du rapprochement du phénomène de concordance avec les analyses des auteurs américains, il convient de s'interroger sur les instruments méthodologiques développés par ces derniers pour y parvenir. Nous avons déjà constaté précédemment que la concordance des compétences impliquerait l'intervention des tribunaux, seulement lorsque cela est indiqué du point de vue conflictuel[1838], en optant pour une régulation de la compétence juridictionnelle qu'il faudra approfondir ici et confronter au contexte du droit international privé européen.

1294. Une fois cette question méthodologique appréhendée, encore faut-il identifier quels objectifs doivent être privilégiés pour poursuivre la généralisation de la concordance des compétences. Il est nécessaire dans une optique téléologique de comprendre pourquoi la régulation de la compétence juridictionnelle doit avoir comme fil directeur la règle de compétence législative.

[1838] Voir *supra* n°1227 et s.

1295. La généralisation de la concordance présente ainsi des enjeux méthodologiques (A) et téléologiques (B) qui méritent d'être approfondis.

A- Les enjeux méthodologiques

1296. Pour les auteurs américains étudiés, la forte dimension juridictionnelle du droit international privé justifie une régulation de la compétence juridictionnelle pour parvenir à la concordance des compétences. La dimension juridictionnelle du droit international privé crée effectivement un aléa juridique qui explique que des limites soient posées à la règle de compétence juridictionnelle. C'est pourquoi « la règle de compétence internationale doit éviter de désigner le juge d'un État sans lien sérieux avec le litige »[1839]. Il devient dès lors nécessaire de réguler la compétence juridictionnelle[1840].

1297. Cette nécessité de limiter la compétence juridictionnelle se retrouve en droit international privé européen contemporain. Il a d'ailleurs été proposé de fournir une vue d'ensemble de la compétence juridictionnelle[1841] autour de la « recherche des limites raisonnables de la compétence internationale des juridictions »[1842]. « Dès lors que le fait pour le juge d'un État donné de retenir sa compétence a une incidence, serait-elle limitée, sur les règles applicables au rapport de droit litigieux, la règle de compétence judiciaire internationale risque en effet de déjouer les attentes des parties si elle désigne une juridiction dont la compétence était imprévisible pour celles-ci lors de la naissance de leur relation, tout comme la règle de conflit peut déjouer leurs attentes si elle désigne la loi d'un État dont les parties ne pouvaient raisonnablement prévoir l'application lors de la naissance de la situation ».

1298. Or, selon les auteurs américains évoqués, les liens entre *forum* et *jus* justifient une régulation stricte et substantiellement orientée des règles de compétence spécifique.

[1839] L. USUNIER, « Observations sur la nature des règles de compétence judiciaire internationale », *op.cit.,* 1529-1530. Autrement dit, « l'on s'accorde aujourd'hui globalement pour considérer que le choix de for a une influence décisive sur la solution des litiges privés internationaux et que la compétence internationale des juridictions doit en conséquence être soigneusement délimitée » L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *op.cit.,* p. 3.

[1840] Cette considération a également été mise en avant par le professeur V. Heuzé qui s'est intéressé au problème particulier de la règle de compétence juridictionnelle optionnelle en matière contractuelle. Selon l'auteur, « s'il est finalement de peu d'importance, en droit interne, que l'on étende le domaine de la règle de compétence territoriale bien au-delà de ce que postule sa raison d'être, il en va très différemment pour ce qui concerne la compétence internationale ». V. HEUZE, « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *Rev. Crit. DIP*, 2000, p. 595, spec. p. 632, n°48.

[1841] L. USUNIER, *op.cit.*

[1842] *Ibid*, p. 32.

Avant de confronter ces modalités régulatrices au modèle européen (2), il est nécessaire de revenir sur la méthode de la régulation de la compétence juridictionnelle (1).

1- La régulation de la compétence juridictionnelle

1299. Selon le professeur L. Usunier, la notion de régulation s'entend comme « la recherche d'un équilibre entre les exigences disparates qui gouvernent un phénomène complexe. Elle assure plus exactement l'articulation d'actions et d'intérêt homogènes (les intérêts des divers acteurs d'un marché, des membres d'une société…) en établissant un équilibre entre les différentes exigences assurant la protection de ces intérêts »[1843]. La notion polysémique de régulation[1844] doit servir, dans son sens juridique[1845], à mettre « l'accent sur l'action plutôt que sur le seul résultat »[1846] autrement dit elle doit permettre de s'intéresser à la méthode plutôt qu'à la seule solution par l'utilisation d'une « logique téléologique ».

1300. Appliquée à la règle de compétence juridictionnelle, il a été démontré que l'évolution contemporaine du droit de la compétence juridictionnelle pouvait s'analyser par le prisme de la régulation guidée sur la recherche du raisonnable[1847]. « La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé consiste […] à trouver un équilibre entre les multiples considérations qui doivent guider le règlement des litiges privés internationaux afin de protéger les intérêts divergents qu'ils mettent en cause (intérêt de chacune des parties, mais aussi des États présentant un lien avec le litige) : exigence d'équité et d'économie procédurale, garantir tant l'accessibilité du juge saisi aux

[1843] *Ibid*, p. 95-96, n° 101.
[1844] Sur les différentes acceptions du terme « régulation » : A. JEAMMAUD, « Normes juridiques et action : rôle du droit dans la régulation », in M. MIAILLE (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'harmattan, coll. Logiques juridiques, 1995, p. 95.
[1845] Même dans son sens juridique, le terme de régulation n'est pas sans équivoque. « Il convient de relever d'emblée les équivoques que recèle ce concept de régulation : la régulation n'est pas seulement en effet un paradigme scientifique, dont la place dans le champ des sciences sociales est allée en s'élargissant ; c'est encore une représentation idéologique, qui évoque une conception nouvelle du rôle de l'État et des conditions de maintien de la cohésion sociale. Sans doute, la cloison entre le monde des paradigmes scientifiques et l'univers des représentations idéologiques n'est-elle jamais étanche : les paradigmes scientifiques sont toujours construits à partir des représentations sociales dominantes, qui limitent l'univers du "pensable", du "dicible" ; et les constructions scientifiques agissent en retour sur la réalité sociale en modifiant les perceptions. Néanmoins, en mêlant aspects cognitifs et normatifs, cette double dimension crée en l'espèce un phénomène de brouillage : le recours au paradigme de la régulation dans le champ scientifique est désormais indissociable d'une problématique postulant l'obsolescence des formes traditionnelles d'action publique, voire le déclin d'un État devenu "creux", et, à l'inverse, le paradigme scientifique est utilisé comme argument d'autorité dans le débat politique en légitimant l'avènement d'un "État" régulateur ». J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *Droit et Société*, 2001/3, p. 827, spec. p. 828
[1846] L. USUNIER, *op.cit.*, p. 14.
[1847] L. USUNIER, *op.cit.,* 2008.

deux parties que, du point de vue des États, la bonne administration de la justice ; prévisibilité du contrôle exercé par l'ordre juridique du for sur le litige, garantissant le respect des prévisions des parties ; maintien de la permanence et la généralité de l'autorité de l'ordre juridique du for dans la sphère internationale : courtoisie internationale envers les États étrangers impliqués dans le litige »[1848]. Cette régulation entraine une redéfinition des chefs de compétence légitimes aptes à se déployer en droit international privé qui passe notamment par une réduction des fors exorbitants. Une telle volonté d'adopter une conception plus raisonnée des chefs de compétence se retrouve dans les approches américaines étudiées et également dans le droit positif européen.

1301. Dans ce contexte, envisager la généralisation de la concordance des compétences nécessite une régulation stricte des règles de compétence juridictionnelle. La conception stricte de la régulation tend à renouer avec la recherche de l'ordre juridique « naturel » du litige à caractère international. L'on voit apparaître ici immédiatement la difficulté de sélectionner un juge naturel parmi tous ceux intéressés par la situation juridique internationale[1849]. Calquant la régulation de la compétence juridictionnelle sur la détermination de la règle de compétence législative, ce problème rejoint la difficulté d'assigner à un rapport de droit une loi particulière dans une vision bilatéraliste du conflit de lois ou de fixer les limites de l'application de la loi selon une conception unilatéraliste du conflit. Envisager une approche unificatrice des compétences juridictionnelle et législative nécessite alors d'adopter pour chaque catégorie de litige le rattachement le plus approprié pour faire intervenir les tribunaux et loi de l'ordre juridique étatique. Un même rattachement viendrait établir le critère du raisonnable pour déterminer les chefs de compétence juridictionnelle légitimes et fixer la compétence législative. Dit autrement, le juge compétent sera celui qui entretient les liens substantiels les plus importants avec le litige.

1302. Avant d'analyser la faisabilité d'une telle généralisation de la concordance, il reste à analyser la forme que prendrait cette régulation stricte de la compétence

[1848] *Ibid*, p. 95-96, n° 101.

[1849] C'est ce qui explique selon certains auteurs l'échec de la théorie d'Ehrenzweig qui pèche par excès d'ambition : « on remarquera que si la théorie d'Ehrenzweig a échoué, c'est surtout en raison de son caractère trop ambitieux : la recherche de l'ordre juridique " idéal " où se fondraient la compétence judiciaire et la compétence législative est vouée à l'échec en raison de la nature même des rapports internationaux, qui comportent des rattachements diversifiés et complexes avec plusieurs ordres juridiques ». A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens. (Étude de droit international privé comparé)*, *op.cit.,* p. 857.

juridictionnelle. Les auteurs américains oscillent entre régulation rigide ou flexible. Cette question doit être posée dans le contexte de l'espace judiciaire européen.

2- Les modalités de la régulation

1303. Comme il a été précédemment étudié, Ehrenzweig se positionnait en faveur de la doctrine du *forum non conveniens* pour pouvoir faire concorder *forum* et *jus* tandis que Messieurs H. G. Maier et T. R. McCoy exprimaient leur volonté de se fonder sur une compétence concrète établie au cas par cas pour chaque litige. Dans les deux hypothèses, même s'il faut distinguer le titre de compétence de son exercice, c'est-à-dire son établissement de son régime, les auteurs prônent une approche flexible et concrète de la compétence juridictionnelle.

1304. Une telle approche n'est pourtant pas à retenir en droit européen. Comme le relève le professeur L. Usunier, « c'est en matière de régime de la compétence internationale des juridictions que les divergences entre droits de tradition civiliste et droits de *common law* sont les plus manifestes »[1850]. Le législateur européen retient, par principe[1851], une approche rigide de la régulation de la compétence juridictionnelle et a reçu l'appui de la Cour de Justice de l'Union européenne dans les arrêts *Owusu*[1852] et *Custom Made*[1853].

1305. Dans le premier arrêt, elle prohibe le recours au *forum non conveniens*. Elle considère que la Convention de Bruxelles « *s'oppose à ce qu'une juridiction d'un État contractant décline la compétence qu'elle tire de l'article 2 de ladite convention au motif qu'une juridiction d'un État non contractant serait un for plus approprié pour connaître du litige en cause, même si la question de la compétence d'une juridiction d'un autre État non contractant ne se pose pas ou que ce litige n'a aucun autre lien de rattachement avec un autre État contractant* ». Invoquant l'esprit du texte et la

[1850] L. USUNIER, *op.cit.,* p. 117, n° 139.

[1851] Par exception, une régulation flexible est parfois permise par le législateur européen à l'article 15 du Règlement Bruxelles II *bis* par exemple. Voir en ce sens, B. ANCEL, H. MUIR WATT, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le Règlement Bruxelles II *bis* », *Rev. Crit. DIP*, 2005, p. 569.
De même, la limitation de procédure prévue à l'article 12 du Règlement Successions permet de limiter l'exercice de la compétence juridictionnelle, ce qui entraine une vision plus flexible de la compétence juridictionnelle. En outre, le pouvoir laissé au juge de faire jouer le *forum legis* en matière successorale relève également des exceptions à la vision rigide de la compétence juridictionnelle. Voir *supra* n°682 et s.
Enfin, le régime de la litispendance concernant un conflit de compétences entre une juridiction d'un État membre et une juridiction d'un État tiers réintroduit une part de flexibilité aux règles de compétence rigides.

[1852] CJCE, 1er mars 2005, *Owusu c/Jackson*, C-281/02. *Rev. Crit. DIP*, 2005, p. 698, note C. CHALAS ; *JDI*, 2005, p. 1177, note G. CUNIBERTI et M. WINKLER.

[1853] CJCE, 29 juin 1994, *Custom Made*, aff. C-288/92. *Rev. Crit. DIP*, 1994, p. 698, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI*, 1995, p. 461, obs. A. HUET.

sécurité juridique, la Cour de Justice rejette la possibilité d'un exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle[1854]. Par cette décision, le for du domicile du défendeur en ressort renforcé et par là même la possibilité d'une dissociation du *forum* et du *jus*, et l'on pressent alors que la faveur à la compétence générale est un obstacle à la généralisation de la concordance.

1306. Dans le second arrêt, la Cour de Justice de l'Union européenne se prononce sur la compétence optionnelle en matière contractuelle. Elle considère en l'espèce que la règle de compétence juridictionnelle est suffisamment précise et claire et ne saurait subir de dérogation même si la désignation du juge qui en découle ne présente pas de liens significatifs avec le litige sous peine de « *compromettre la prévisibilité du for compétent* »[1855]. Elle interdit toute possibilité d'invoquer le *forum non conveniens*[1856].

1307. La divergence dans l'approche de la régulation selon les systèmes n'est cependant pas un obstacle dirimant pour envisager un rapprochement de la tendance à la concordance avec les analyses américaines. Certes, les modalités de régulation des deux règles de compétence diffèrent dans les deux systèmes. Une approche flexible et concrète s'oppose à une approche rigide et abstraite. Mais, ces différences ne forment pas un obstacle à l'étude de la généralisation de la concordance des compétences. Le procédé régulatoire peut bien être différent, ce qui importe finalement est l'objectif poursuivi par la régulation. Peu importe à ce stade que la recherche du raisonnable soit menée abstraitement ou concrètement[1857]. Le seul vrai problème que l'on retrouve reste toujours

---

[1854] Arrêt *Owusu* précité, point 38 : « *le respect du principe de la sécurité juridique qui constitue l'un des objectifs de la Convention de Bruxelles ne serait pas pleinement garanti s'il fallait permettre à une juridiction compétente au titre de ladite convention de faire application de l'exception du* forum non conveniens ».

[1855] Arrêt *Custom Made* précité, point 15.

[1856] La solution a été par la suite réaffirmée. CJCE, 28 septembre 1999, *Groupe Concorde e.a. c./Capitaine commandant le navire Suhadiwarno Panjan*, *Rev. Crit. DIP*, 2000, p. 253, note B. ANCEL ; *JDI*, 2000, p. 547, obs. J.-M. BISCHOFF : CJCE, 19 février 2002, *Besix c./Wasserreiningungsbau Alfred Kretzschmar GmbH*, aff. C-256/00, *Rev. Crit. DIP*, 2002, p. 577, note H. GAUDEMET-TALLON.

[1857] « Cette équivalence est due au fait qu'en elles-mêmes, les méthodes de régulation de la compétence juridictionnelle sont neutres et dépourvues de conséquence directe sur l'étendue de la compétence internationale des juridictions du for. Il ne suffit en effet pas de connaître la méthode de régulation de la compétence juridictionnelle employée dans un droit pour savoir s'il impose des limites raisonnables à la compétence internationale des juridictions. […] Certes, la méthode abstraite de régulation de la compétence juridictionnelle est moins naturellement susceptible d'imposer des limites raisonnables à la compétence internationale des juridictions que la méthode concrète, dans la mesure où elle n'autorise pas le juge désigné par une règle de compétence à vérifier, au regard des circonstances particulières de l'affaire dont il est saisi, que sa compétence est bien raisonnable. Il faut cependant se garder d'en déduire que cette méthode est incapable de parvenir à un tel objectif. Pour ce faire, les règles rigides des droits adoptant la méthode abstraite de régulation de la compétence juridictionnelle doivent simplement reposer sur des critères de rattachement plus solides que les règles facultatives des droits adoptant la méthode concrète de régulation de la compétence juridictionnelle, puisqu'ils doivent garantir en toute hypothèse que la compétence du juge désigné sera raisonnable ». L. USUNIER, *op.cit.,* p. 145-146.

celui de son contenu et de son importance parmi les finalités de la régulation de la règle de compétence envisagée. Autrement dit, chaque méthode de régulation peut parvenir à une concordance entre *forum* et *jus*. Seule diffère la modalité pour y parvenir. Encore faut-il s'accorder sur le but de la régulation et donc de la concordance.

B- Les enjeux téléologiques

1308. Dans les théories unificatrices des compétences, si tout choix de juge est un choix de loi, l'alignement du *forum* et du *jus* pose un problème évident de sécurité juridique pour les justiciables, notamment pour le défendeur à l'instance qui verra le droit applicable à sa situation juridique dépendre du tribunal saisi par le demandeur.

1309. Selon Ehrenzweig, il s'agit même du seul « problème sérieux »[1858]. La régulation de la compétence juridictionnelle a donc pour but d'assurer la sécurité juridique et de pallier l'imprévisibilité inhérente à la dimension juridictionnelle du droit international privé. Il faut dès lors comprendre l'incidence de cet objectif en droit européen sur la généralisation du phénomène.

1310. L'exigence de sécurité juridique ou de prévisibilité pourrait-elle alors être un pont permettant de rallier l'analyse du phénomène de concordance constaté en droit international privé européen aux approches unificatrices américaines ? Pour y répondre, il faut d'abord revenir sur ce qu'on entend par sécurité juridique ou prévisibilité (1) avant de confronter les propositions des auteurs américains au droit positif (2).

1- Les acceptions de la sécurité juridique

1311. La sécurité juridique ou la prévisibilité font l'objet d'approches diverses et parfois contradictoires par les différents acteurs juridiques. La prévisibilité du droit qui est issue de l'objectif plus général de sécurité juridique[1859] se laisse difficilement saisir. Cet objectif de prévisibilité du droit fait partie des notions qui permettent de justifier un grand

---

[1858] A. A. EHRENZWEIG, « Specific Principles of Private Transnational Law », *op.cit.,* p. 216.

[1859] Sécurité juridique et prévisibilité sont souvent associées. Ce n'est que parce que le droit est prévisible qu'il peut être affirmé que l'objectif de sécurité juridique est rempli. Voir en ce sens : G.-P. ROMANO, « Sécurité juridique et CJCE », in A. BONOMI, E. CASHIN RITAINE, G.-P. ROMANO (dir.) *La convention de Lugano : passé, présent et devenir, Actes de la 19ème Journée de droit international privé du 16 mars 2007 à Lausanne*, Zürich, Schulthess, 2007, p. 165, spec. p. 168. Nous les tiendrons pourtant ici pour synonymes.
De manière plus générale, le concept de sécurité juridique semble se rattacher à l'idée d'accessibilité et d'intelligibilité du droit à destination des justiciables. T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Paris, Defrénois, 2009, spec. p. 18 et s.

nombre de règles de droit et de décisions sans qu'il puisse constituer un outil de description du droit positif totalement opératoire. Cette notion de prévisibilité a pourtant une place de choix en droit international privé[1860]. En effet, le droit international privé fortement touché par l'existence d'un aléa juridique constitué par l'extranéité a érigé la sécurité juridique en objectif cardinal de la matière. La prévisibilité apparaît alors comme un fondement de l'élaboration des règles de conflit et comme un idéal vers lequel il faut tendre. Or, en cette matière, nombreux sont les auteurs qui ont pu révéler les contradictions induites par des usages contraires du concept de sécurité juridique[1861].

1312. Plusieurs formes de sécurité juridique peuvent être mobilisées. Une première approche vise à distinguer la « sécurité juridique substantielle préjudiciaire »[1862] qui touche à la substance des droits et la « sécurité juridique procédurale » qui fixe les règles guidant le procès[1863] ainsi que la « sécurité juridique substantielle postjudiciaire »[1864] qui vient fixer et concrétiser la situation juridique des parties, sans que toutefois les frontières soient

[1860] Pour quelques-unes des études y faisant référence : P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op.cit.,* p. 29 ; W. WENGLER, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. Crit. DIP*, 1990, p. 657 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », *op.cit.,* p. 299 et s. ; G.-P. ROMANO, « Le principe de sécurité juridique à l'épreuve des arrêts Gasser et Owusu », *Cahier de droit européen*, 2008, n°1, p. 175-210 ; B. REMY, « De la profusion à la confusion : réflexions sur les justifications des clauses d'élection de for », *JDI*, 2011, n°1, p. 175 ; B. REMY, « Des notions de prévisibilité en matière de conflit de lois – Qui de l'œuf ? Qui de la poule ? », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, p. 791 ; C. COHEN, *op.cit.,* p. 290 et s. ; Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ?. Cours général de droit international privé », *op.cit.* ; E. FARNOUX, *op.cit.,* t. I, p. 240 et s.

[1861] Le professeur E. Farnoux se propose de faire une synthèse de cette contradiction. Selon lui, « la sécurité juridique est invoquée à la fois i) en faveur d'une règle rigide, quel que soit son contenu (c'est-à-dire contre la clause d'exception/en faveur d'une stricte application de la règle de compétence ou de priorité) et ii) en faveur d'une règle donnant une grande latitude au juge (pour désigner la loi qui entretient le plus de liens avec le contrat/pour ne pas appliquer la règle de priorité ou de compétence), mais cette fois-ci avec un contenu déterminé, le respect des attentes légitimes des parties par le biais de proximité de loi désignée ou du juge compétent ou du respect du choix des parties ». E. FARNOUX, *op.cit.,* t. I, p. 244, n° 218.
Parmi les auteurs qui ont soulevé une telle contradiction : B. REMY, « Des notions de prévisibilité en matière de conflit de lois – Qui de l'œuf ? Qui de la poule ? », *op.cit.,* p. 791.

[1862] Mais il faut encore distinguer selon que la situation juridique est simplement potentielle ou actuelle. Dans la première hypothèse, « ce que la sécurité juridique requiert d'abord est qu'il soit permis aux justiciables de prévoir le contenu des relations auxquelles ils sont susceptibles de donner naissance à l'avenir. C'est par référence à ce climat de prospection que le terme de " prévisibilité " prend toute sa signification ».
Si la situation est actuelle cette fois-ci, « il s'agit pour les individus, désormais parties à la relation juridique, d'en découvrir la teneur telle que leurs actes ou faits l'ont façonnée au passé. L'heure est moins à la prospection qu'à la rétrospection. Si elles désirent mettre en œuvre spontanément les relations juridiques qu'elles ont nouées, les parties doivent évidemment en connaître la teneur : il est impossible pour elles d'exercer un droit ou de s'acquitter d'une obligation si elles ignorent qu'ils existent ou quelle en est la nature ou la portée ». G.-P. ROMANO, « Le principe de sécurité juridique à l'épreuve des arrêts Gasser et Owusu », *op.cit.,* spec. p. 179 et p. 180-181.

[1863] *Ibid*, p. 182.

[1864] *Ibid,* p. 183 : « En fixant enfin avec précision les droits et les obligations substantiels, les normes individuelles et concrètes que la décision consacre rétablissent pour les parties la sécurité que ne leur ont pas dispensée les règles abstraites. À nouvelle substantielle, une telle sécurité n'aura ici été que postjudiciaire ».

étanches entre ces différentes formes de sécurité juridique[1865]. La principale distinction est ici temporelle.

1313. Plus récemment, il est proposé de distinguer la sécurité juridique substantielle et pré-normative de la sécurité juridique formelle et post-normative en reprenant les travaux des professeurs B. Rémy[1866] et A. Marzal-Yetano[1867]. Selon cette vision, la sécurité juridique est formelle « parce qu'elle est avant tout une exigence de qualité de la règle de droit qui concerne sa forme et non son contenu »[1868]. Cette conception de la sécurité juridique est celle qui prévaut généralement dans les systèmes d'inspiration romano-germanique[1869]. La prévisibilité est ensuite post-normative « parce qu'elle suppose que les parties aient connaissance de la règle »[1870]. Comme le souligne le professeur B. Rémy, il convient de distinguer selon que les prévisions des parties interviennent avant la règle de droit ou bien après[1871].

1314. Cette forme de prévisibilité formelle et post-normative transcende les trois formes de sécurité juridique évoquées précédemment et ne sert qu'en présence d'une règle clairement établie sans qu'elle soit de nature à justifier ou expliquer un choix quelconque du législateur. Tant qu'une règle existe et est lisible, elle répond à l'objectif de sécurité juridique. L'on retrouve cette forme de prévisibilité dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne dans les arrêts *Owusu*[1872] ou *Custom Made*[1873] par

---

[1865] L'auteur remarque particulièrement le lien entre la sécurité juridique préjudiciaire et postjudiciaire, l'une et l'autre s'influençant mutuellement se renforçant ou se suppléant.

[1866] B. REMY, « Des notions de prévisibilité en matière de conflit de lois – Qui de l'œuf ? Qui de la poule ? », *op.cit.,* p. 791.

[1867] A. MARZAL-YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulations du droit de l'Union européenne op.cit.*.

[1868] E. FARNOUX, *op.cit.,* t. I, p. 246, n° 220.

[1869] A. MARZAL-YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulations du droit de l'Union européenne, op.cit.,* n° 714.

[1870] E. FARNOUX, *op.cit.,* t. I, p. 247.

[1871] « Dans une première acception de la prévisibilité, la règle de droit est chronologiquement première et les prévisions des justiciables sont secondes. La prévisibilité ainsi entendue suppose que les justiciables, dès lors qu'ils ont entrepris de prendre connaissance de la règle de droit, soient en mesure de déterminer avec un degré satisfaisant de certitude quelle est leur situation juridique ou quels comportements il leur est demandé d'adopter pour satisfaire aux exigences de l'ordre juridique. […] il est possible de désigner le phénomène auquel il est ici fait référence de prévisibilité "*post-normative*".

Dans la seconde acception de la prévisibilité, les prévisions des justiciables sont premières et la règle de droit est seconde. La prévisibilité ainsi entendue suppose que, lors de l'élaboration des règles de conflit de lois, leur auteur se demande quelles sont les prévisions que les justiciables sont susceptibles d'avoir formées quant à l'objet de la règle qu'il s'apprête à édicter. […] Il est question ici d'une prévisibilité que l'on peut qualifier d'"*ante-normative*"». B. REMY, « Des notions de prévisibilité en matière de conflit de lois – Qui de l'œuf ? Qui de la poule ? », *op.cit.,* p. 792-793.

[1872] CJCE, 1er mars 2005, *Owusu c/Jackson*, C-281/02. *Rev. Crit. DIP*, 2005, p. 698, note C. CHALAS ; *JDI*, 2005, p. 1177, note G. CUNIBERTI ET M. WINKLER.

[1873] CJCE, 29 juin 1994, *Custom Made*, aff. C-288/92. *Rev. Crit. DIP*, 1994, p. 698, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI*, 1995, p. 461, obs. A. HUET.

exemple en faisant valoir son incompatibilité avec l'objectif de sécurité juridique[1874]. Dans ces hypothèses, il s'agit donc bien d'une sécurité juridique formelle et post-normative, car il suffit qu'une règle existe et qu'elle puisse être lisible pour le demandeur.

1315. La sécurité juridique retenue peut ensuite être « pré-normative »[1875] ou « ante-normative »[1876] lorsque les prévisions des parties ont servi à l'élaboration de la règle de droit. La sécurité juridique a ainsi un contenu composé des prévisions des parties. Elle est alors qualifiée de substantielle. En droit international privé, cette prévisibilité touche au fondement de la règle de rattachement[1877]. Les prévisions prises en considération sont les prévisions abstraites des parties, car il ne s'agit pas de retenir n'importe quelle attente subjective d'une ou des parties[1878]. Dans le même temps, la trop grande abstraction des prévisions des parties ne devrait pas permettre de désigner un rattachement approprié et prévisible pour chaque type de litige. Elle peut donc se retrouver également en matière de compétence juridictionnelle puisqu'elle vise le fondement du rattachement. Il convient dès lors de mesurer l'influence de ces deux acceptions de la sécurité juridique sur l'hypothèse de généralisation de la concordance.

2- Confrontation à l'hypothèse de généralisation de la concordance

1316. La référence à la sécurité juridique formelle est à elle seule incapable d'entrainer un appel à la généralisation de la concordance des compétences puisqu'elle implique uniquement que deux règles existent et soient lisibles, indépendamment du résultat de

[1874] Il convient d'ailleurs de remarquer que dans le premier arrêt, cette référence à la sécurité juridique dans le but de protéger le défendeur à l'action peut étonner puisqu'en l'espèce, c'est le défendeur qui souhaitait le dessaisissement des tribunaux anglais.

[1875] La prévisibilité prénormative implique que « si elle concerne les attentes des parties, ce ne sont pas ces attentes que les parties se sont créées à la lecture de la règle de droit (et qui découlent de cette dernière), mais celles qu'elles se sont intuitivement créées par la simple conscience qu'elles ont de leur situation et de leurs activités. […] Ensuite, antérieures l'intervention du législateur (dans l'esprit des parties, c'est-à-dire que la prévision existe dans leurs esprits avant qu'elles n'aient connaissance de l'existence d'une règle de droit et de son contenu), ces prévisions peuvent (doivent) le guider lorsqu'il édicte une règle, et guider l'interprète de cette norme lorsqu'il lui est laissé une latitude suffisante ». E. FARNOUX, *op.cit.,* t. I, p. 253-254.

[1876] Selon la terminologie du professeur B. Rémy.

[1877] Ainsi, la règle de conflit de lois par exemple est prévisible si le rattachement lui-même est prévisible et « sa valeur ne dérive pas de ce qu'il correspond aux prévisions des parties ; c'est au contraire parce qu'il est raisonnable que les parties ont pu songer à lui ». P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, *op.cit.,* p. 157.

[1878] « Ce ne sont pas les attentes des parties en tant que telles qui sont prises en compétence (ce qui aurait pour effet de dissoudre la règle de compétence dans l'infinie diversité des cas particuliers), mais l'intérêt de l'ordre juridique à adopter des règles qui soient raisonnables pour ne pas surprendre les parties ». E. FARNOUX, *op.cit.,* t. I, p. 255.

leur application[1879]. D'ailleurs, dans cette dernière hypothèse, lorsqu'est en jeu l'article 7§1 du Règlement Bruxelles I *bis*, l'exigence de sécurité juridique visée, purement formelle, est de nature à expliquer la dissociation des compétences, car la règle de conflit de lois ne saurait se contenter d'un lien non significatif avec la situation juridique pour désigner la loi applicable tandis que la sécurité juridique visée par la Cour de Justice pour déterminer le rattachement juridictionnel est formelle et tolère une absence de liens particulièrement étroits entre la cause de la demande et le for.

1317. Face à l'absence d'incidence de la sécurité juridique formelle sur la question de la généralisation de la concordance des compétences, il faut alors se tourner vers la sécurité substantielle. Si celle-ci intervient au stade de l'élaboration de la règle de conflit, elle est susceptible d'intervenir de manière similaire que ce soit en matière de juge compétent ou de loi applicable. Comment expliquer *a priori* que les attentes des parties diffèrent s'il s'agit d'envisager l'aspect juridictionnel du litige ou de son aspect matériel ? D'ailleurs, comme l'exprime un auteur, « le recours aux prévisions pré-normatives des parties pour fonder la compétence exige, pour préserver l'organisation *a priori* de la compétence, tout en donnant une valeur véritable aux prévisions raisonnables des parties, une certaine spécialisation en sous-catégories »[1880].

1318. Il devient dès lors possible de dresser un parallèle entre la règle de conflit de juridictions et la règle de conflit de lois dans la prise en considération de la prévisibilité. Sur le plan de la loi applicable, le modèle type et la structure de la règle de conflit restent la règle de conflit de lois savignienne. Il est affirmé que celle-ci présente tous les atouts pour répondre au besoin de sécurité juridique[1881]. « Elle ne saurait constituer un bon instrument de prévisibilité que si le critère de rattachement est un critère légitime, induit par le bon sens et qui ne viendrait pas surprendre les attentes des parties »[1882]. La prévisibilité, étant souvent associée à la présence de liens étroits entre la situation

[1879] Dans le même sens : « la sécurité juridique ne saurait par principe être régulée, puisqu'elle présuppose une certaine forme du droit et non pas son contenu ». A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation de droit de l'Union européenne*, *op.cit.,* p. 178, n°459.
[1880] E. FARNOUX, *op.cit.,* t. I, p. 255.
[1881] Voir notamment : « Le choix de la structure de la règle de conflit est conditionné par l'aptitude qui en résulte pour celle-ci d'assurer au mieux le respect des légitimes expectatives des intéressés quant à la solution qui doit être donnée au litige ». V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux, Étude critique des méthodes*, *op.cit.,* p. 105.
[1882] C. COHEN, *op.cit.,* p. 346.

juridique et la loi applicable[1883], qu'il s'agisse de liens géographiques ou substantiels, a également entrainé une spécialisation des règles de conflit de lois[1884].

1319. Cette sécurité juridique substantielle pourrait donc jouer un rôle pour rapprocher le phénomène de concordance décrit des approches américaines. En effet, l'approche américaine unificatrice fait appel à la sécurité juridique substantielle et prénormative. Pour cela, il faut établir des règles de rattachement qui intègrent la sécurité juridique et éviter que les prévisions des parties ne soient remises en cause par le contrôle normatif effectué par le for. En somme, il faut que l'intervention de l'ordre juridique dans son ensemble soit raisonnable pour les parties et en particulier pour le défendeur qui doit pouvoir raisonnablement imaginer que l'ordre juridique exerce un contrôle normatif plein sur la situation juridique litigieuse.

1320. Or en droit international privé européen, si les considérations de sécurité juridique intègrent autant les règles de compétence juridictionnelle que les règles de compétence législative, ce n'est pas toujours la même sécurité juridique qui est invoquée pour justifier les rattachements juridictionnels comme en témoigne la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne[1885]. De surcroît, le législateur européen se contente parfois d'une prévisibilité moins stricte en raison des autres objectifs pris en considération dans la régulation de la compétence juridictionnelle. La recherche du raisonnable transcende l'objectif de sécurité juridique. Cet objectif est donc présent, mais subit la concurrence d'autres objectifs mis en avant par le législateur et la jurisprudence, car la régulation de la compétence juridictionnelle répond d'objectifs divers. Il en résulte que l'objectif de sécurité juridique ne peut en l'état du droit positif être qu'à géométrie

---

[1883] « La sécurité juridique : en désignant l'ordre juridique dont les liens sont les plus significatifs avec la situation envisagée, on soumet celle-ci à la loi qui correspond le plus vraisemblablement aux prévisions des parties et éventuellement des tiers, en sorte que règles de conduite et règles de décision coïncident ». Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *op.cit.,* p. 221.

[1884] L'on retrouve par exemple dans le considérant 37 du Règlement Successions l'affirmation selon laquelle « *la règle principale devrait assurer que la succession est régie par une loi prévisible avec laquelle elle présente des liens étroits* ».

[1885] Un auteur indique d'ailleurs relativement à la matière civile et commerciale que « dans cette perspective, les règlements semblent écarter le principe d'une coïncidence entre forum et jus en tant que fondement de la cohérence du système, et affirmer par contre le principe de l'identité de la loi applicable en présence d'une pluralité de fors compétents pour la même situation juridique. Dans cette optique, visant à assurer la sécurité juridique tout en maintenant une pluralité de fors concurrents à la disposition du demandeur, la cohérence du système doit être mesurée d'après la capacité des règles de conflit de lois à exclure que la recherche de la loi applicable fasse partie des considérations qui motivent le demandeur à se livrer au *forum shopping*, en ne lui laissant que la prise en compte de considérations de nature procédurale à cet effet ». F. POCAR, « Quelques réflexions sur le choix des sous-catégories et des éléments de rattachement dans les textes de référence », in M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLET-PERUZETTO (dir.) *La matière civile et commerciale, socle européen de droit international privé ?*, Paris, Dalloz, 2009, p. 69, spec. p. 72.

variable en fonction de l'objet sur lequel il se fixe (règle de compétence juridictionnelle ou règle de compétence législative) et des objectifs de chacune des règles, c'est-à-dire en fonction des fondements définis comme légitimes pour chacune des règles[1886].

1321. En conséquence, si un parallèle peut être dressé entre la régulation à l'œuvre en matière de compétence juridictionnelle et la régulation à l'œuvre en matière de conflit de lois à travers le prisme de la sécurité juridique, une différence traditionnelle perdure. L'équilibre entre divers intérêts en jeu dans le litige à caractère international est recherché différemment pour élaborer la règle de conflit de juridictions et la règle de conflit de lois, car il est postulé que les intérêts en jeu ne sont pas toujours identiques et que la pesée des intérêts ne se réalisera pas nécessairement dans le même sens en raison de la différence de fonctions assignées traditionnellement aux deux règles de compétence[1887].

1322. En somme, la sécurité juridique justifie l'approche unificatrice du droit international privé dans la doctrine américaine tandis qu'elle justifie au contraire la dissociation de la compétence juridictionnelle et de la compétence législative en droit international privé européen. En d'autres termes, pour les tenants de la thèse unificatrice du droit international privé, c'est en se fondant sur l'objectif de sécurité juridique substantiellement orienté qu'est prônée une approche unifiée du règlement du conflit de lois. À l'inverse, en Europe, l'objectif de sécurité juridique empêche une analyse concrète de la compétence juridictionnelle et ne semble pas toujours requérir la même intensité selon l'objet sur lequel il se déploie, c'est-à-dire pour notre étude, selon qu'il s'applique aux règles de compétence juridictionnelle ou aux règles de compétence législative, ce qui continue de justifier la dissociation du *forum* et du *jus*[1888]. Tel qu'interprété en droit positif,

---

[1886] L'on peut ainsi affirmer avec le professeur L. Usunier que ce principe est *a priori* impuissant à limiter la compétence internationale des juridictions : « La valeur juridique très modérément contraignante du principe de sécurité juridique est ainsi intimement liée à son contenu, lui-même fortement indéterminé. À première vue, le principe de sécurité juridique semble à la fois interdire au demandeur d'attraire le défendeur devant un juge dont la compétence est imprévisible du fait de la faiblesse de ses liens avec le litige et s'opposer à ce que le défendeur n'invoque une clause d'exception permettant au juge de décliner sa compétence en raison de la faiblesse de ses liens avec le litige. Cette indétermination est commune à bien des principes généraux du droit, objectifs à valeur constitutionnelle et autres droits fondamentaux. Leur généralité les rend si malléables que leur mise en œuvre conduit à des résultats, sinon contradictoires, du moins extrêmement variables d'une espèce à l'autre. Le problème ne doit toutefois pas être exagéré, s'agissant de la recherche d'un principe susceptible de justifier la nécessité d'imposer des limites raisonnables à la compétence internationale des juridictions, car la plasticité du standard du raisonnable pourrait sans doute lui permettre de synthétiser les exigences apparemment contradictoires du principe de sécurité juridique ». L. USUNIER, *op.cit.,* p. 72.

[1887] Sur cette différence fonctionnelle des deux règles de compétence et son atténuation. Voir *supra* Section 1, Chapitre 1, Titre 1, Partie 2.

[1888] « Dans la mesure où l'incidence de la compétence des juridictions d'un État sur le contrôle normatif que celui-ci exercera sur le rapport de droit est plus limitée que celle de l'applicabilité de sa loi au fond du rapport, il suffit cependant que les règles de compétence internationale garantissent l'existence d'un lien significatif entre le rapport

cet objectif de sécurité juridique est par conséquent inapte, à lui seul, à entrainer une généralisation de la concordance des compétences contrairement à ce qu'énonçaient les auteurs américains. Pourrait-il en être autrement ? L'opportunité de la généralisation doit désormais être abordée.

§2 : L'opportunité de la généralisation de la concordance

1323. Envisager l'opportunité de la généralisation de la concordance des compétences par une régulation stricte de la compétence doit permettre dans une perspective plus prospective de s'interroger sur ses avantages et ses inconvénients. Or, cette généralisation implique une modification des règles de compétence juridictionnelle. La généralisation de la concordance des compétences impose une mise à l'épreuve de la compétence juridictionnelle générale (A) ainsi qu'une approche unitaire des compétences spécifiques (B).

A- Régulation et compétence juridictionnelle générale

1324. La généralisation de la concordance des compétences remet en cause l'existence de la compétence générale, c'est-à-dire l'idée d'une compétence juridictionnelle fondée sur un lien entre les parties ou l'une d'elles et le for pour connaître de tout litige[1889], car elle favoriserait l'insécurité juridique.

1325. Parmi les compétences fondées sur le lien entre l'une des parties et le for, le for du domicile du défendeur semble constituer l'un des fondements les plus acquis du droit international privé contemporain[1890]. Or, selon Messieurs H. G. Maier et T. R. McCoy,

---

litigieux et l'État du for, alors que les règles de conflit de lois doivent en principe désigner la loi de l'État ayant les liens prépondérants avec le rapport en cause. Cela va de pair avec le fait que l'on puisse s'accommoder de la compétence internationale des juridictions de plusieurs États pour connaître d'un même différend, alors qu'un rapport de droit donné ne peut être régi que par la loi d'un seul État, du moins pour chacune des questions que soulève ce rapport ». L. USUNIER, « Observations sur la nature des règles de compétence judiciaire internationale », *op.cit.,* p. 1530.

[1889] Sur la typologie des compétences en droit américain. Voir : A. T. VON MEHREN, « Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law. A Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common and Civil Law Systems », *RCADI*, 2002, t. 295, p. 9; A. T. VON MEHREN, D. T. TRAUTMANN, « Jurisdiction to Adjudicate: a Suggested Analysis », *Harvard Law Review*, 1965, 1966, p. 1121, spec. p. 1136: « American practice for the most part is to exercise power to adjudicate any kind of controversy when jurisdiction is based on relationships, direct or indirect, between the forum and the person or persons whose legal rights are to be affected ». Pour une présentation des différentes sortes de compétence : L. USUNIER, *op.cit.,* p.181; E. FARNOUX, *op.cit.,* t. I, p. 32 et s.

[1890] Pour une critique des autres chefs de compétence fondés sur les liens entre une partie et le for ; en particulier l'exemple des privilèges de juridiction français, voir : D. P. FERNANDEZ ARROYO, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *op.cit.* ; L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *op.cit.,* p. 107, n° 122 ; C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence*

« ironiquement, cette construction doctrinale qui a été développée pour protéger les défendeurs contre l'injustice dans les affaires de conflit de lois est elle-même la source de l'injustice fondamentale et généralisée pour les défendeurs. Comme les avocats des plaignants du *forum-shopping* le savent bien, du moins intuitivement, cette construction conceptuelle encourage précisément le mal qu'elle s'est employé à combattre »[1891].

1326. Si l'évolution du droit américain de la compétence générale s'est faite dans le sens d'un attachement à la compétence fondée sur le domicile du défendeur[1892], en droit international privé européen, une telle tendance est également perceptible. En effet, la « valeur de principe »[1893] reconnue à la compétence du domicile du défendeur est encore largement de mise jusqu'à en faire un critère d'applicabilité du Règlement Bruxelles I *bis*[1894]. Il est même parfois fait mention de la « fondamentalisation de l'article 4 »[1895] pour attester de l'importance de ce chef de compétence dans l'économie du Règlement Bruxelles I *bis*, d'autant plus devant le caractère impératif de celui-ci réaffirmé dans l'arrêt *Owusu*[1896]. Bien que subissant des exceptions importantes en droit positif[1897], la compétence juridictionnelle fondée sur le domicile du défendeur est fermement ancrée et

---

juridictionnelle en droit international privé, *op.cit.,* T. II, p. 385, n°423 et s. ; E. PATAUT, *op.cit.,* p. 295, spéc. p. 324, n° 471 ; G. A. L. DROZ, « Réflexions pour une réforme des articles 14 et 15 du Code civil français », *op. cit.* ; H. GAUDEMET-TALLON, « Nationalisme et compétence judiciaire : Déclin ou renouveau », *TCFDIP*, 1987-1988, p. 171. *Contra*, P. COURBE note sous arrêt 1ere Civ. 17 juillet 1980, *JCP* 1982, II. Tout en faisant des articles 14 et 15 du Code civil, l'expression de la souveraineté, ce dernier auteur réhabilite ces privilèges.
Un autre exemple est celui constitué par la règle de compétence anglaise fondée sur la présence physique du défendeur sur le territoire anglais. Voir en ce sens. L. USUNIER, *op.cit.,* p. 102, n° 114 et s.

[1891] H. G. MAIER, T. R. MCCOY, *op.cit.,* p. 251.

[1892] Avec toutefois des évolutions jurisprudentielles en matière de sociétés étrangères. Voir en ce sens : E. FARNOUX, *op.cit.,* t. II, p. 394, n°350 ; G. BERGER-WALLISER, « Reconciling Transnational Jurisdiction : A Comparative Approach to Personal Jurisdiction over Foreign Corporate Defendants in US Courts », (2018) *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 5, n°5, p. 1243.

[1893] D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. I, Partie générale, 4ème ed., Paris, PUF, 2017, n° 131.

[1894] Un auteur a mis en lumière le fait que le choix de faire du domicile du défendeur un critère d'applicabilité « résulte d'un choix et non d'une nécessité ». Il pourrait tout à fait en être autrement. « Le règlement portant sur le conflit de juridictions pourrait recevoir une portée universelle du point de vue des situations visées (si pas du point de vue de la désignation effectuée). Dans ce cas, le règlement vise toute situation qui se présente devant les juridictions d'un État membre et lorsqu'il ne confère compétence à aucune d'entre elles, le litige ne peut être introduit en Europe. Toute situation étant ainsi visée, le règlement possède un domaine universel au premier sens du terme. Si elle pose des problèmes particuliers, cette approche est parfaitement possible ». S. FRANCQ, « Les champs d'application (matériel et spatial) dans les textes de référence — De la cohérence terminologique à la cohérence systémique — En passant par la théorie générale… », *op.cit.,* p. 35, spec. 40. Pour une critique du domicile du défendeur en tant que critère d'applicabilité : E. PATAUT, « Table ronde sur les innovations du règlement Bruxelles I refondu. Le domaine spatial des règles de compétence », *TCFDIP*, 2012-2014, p. 51, spec. p. 52 ; F. CORNETTE, « La nécessaire modification ou suppression de l'article 7-1 du règlement Bruxelles I *bis* relatif au for contractuel dans un futur règlement Bruxelles I *ter* ? », in E. GUINCHARD (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 335, spec. p. 338 et s.

[1895] D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. I, Partie générale, 4ème ed., Paris, PUF, 2017, n°125.

[1896] Arrêt *Owusu c/Jackson* précité.

[1897] Il est régulièrement proposé en doctrine d'aller plus loin dans les dérogations reconnues au *forum rei* ou dans son assouplissement : Voir notamment : J.J. FAWCETT (dir.), *Declining Jurisdiction in Private International Law*, *op. cit.* ; E. FARNOUX, *op.cit.,* t. II.

emporte amplement la faveur de la doctrine[1898]. Si ce chef de compétence n'est plus aujourd'hui considéré comme permettant de désigner le juge naturel, s'étant débarrassé de ses habits originellement publicistes[1899], il est perçu comme revêtant de nombreux et divers apparats : for de proximité[1900], chef de compétence fondé sur « le principe de protection juridictionnelle »[1901] ou encore for de commodité eu égard à l'exécution future du jugement[1902].

1327. Pourtant, il y a bien une modification de la rationalité du chef de compétence générale fondé sur le domicile du défendeur. Dès lors que celui-ci est associé à des options de compétence[1903] ou qu'il est compris dans une liste de chefs de compétence non hiérarchisés[1904], il cesse d'intervenir comme le chef de compétence juridictionnelle au service de la protection du défendeur — contre le risque d'un procès international — pour devenir une option de compétence entre les mains du demandeur. Ce constat est certes pondéré par l'interprétation plus ou moins large des règles de compétence optionnelles. Mais, plus le for optionnel sera ouvert, plus le fondement du *forum rei* sera altéré.

[1898] À tel point qu'il a pu être relevé que la « règle "actor sequitur forum rei " qui protège efficacement le défendeur a […] des allures de manifeste : on ne dérange pas impunément l'ordre des choses ». P. THERY, *op.cit.,* p. 580, n°597.

[1899] J. HUDAULT, « Sens et portée de la compétence du juge naturel dans l'ancien droit français », *Rev. Crit. DIP*, 1972, p. 27 ; L'existence d'une aptitude naturelle à juger a déjà été interrogée : H. GAUDEMET-TALLON, « L'introuvable "juge naturel" », in *Mélanges en l'honneur de Jean Gaudemet,* Paris, PUF, 1999, p. 591.

[1900] Telle est la vision du législateur européen : « *Il doit y avoir un lien entre les procédures relevant du présent règlement et le territoire des États membres. Des règles communes en matière de compétence devraient donc s'appliquer en principe lorsque le défendeur est domicilié dans un État membre* ». Considérant 13 du Règlement Bruxelles I *bis*.
Cette vision est partagée également par la doctrine : L. USUNIER, *op.cit.,* p. 174.

[1901] M. FALLON, « Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 241, spec. p. 243. Du même auteur, « La compétence internationale selon le droit judiciaire européen : émergence d'une compétence judiciaire européenne », in G. LEVAL, M. STORME, *Le droit processuel et judiciaire européen*, Bruxelles, La Charte, 2003, p. 46.
Pour une présentation des différentes manifestations du principe de protection juridictionnelle (bien que critique) : E. FARNOUX, *op.cit.,* t. II, p. 391 et s. L'auteur démontre particulièrement que « la place occupée dans les systèmes de compétence interne et internationale par le *forum rei* révèle l'influence historique indéniable de l'adage selon lequel il ne faut pas troubler ce qui est paisible ». p. 393, n° 347.

[1902] « En pratique, les hypothèses dans lesquelles les États attribuent "compétence" internationale directe à leurs tribunaux coïncident très largement avec celles où des actes de contrainte sont susceptibles d'être accomplis sur le territoire. Le critère de "compétence" le plus répandu, c'est-à-dire le domicile du défendeur, se justifie non seulement par le souci de commodité du défendeur, mais aussi par la facilité qu'aura le demandeur d'obtenir sur place l'exécution forcée du jugement (le défendeur ayant en général des biens dans le pays de son domicile, ou pouvant y être soumis à un acte de coercition sur sa personne) », P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op.cit.,* p. 549, n°82.
« Si le demandeur veut saisir le juge du domicile du défendeur, il n'y a aucune raison de le priver de cette possibilité, puisqu'elle ne saurait porter préjudicie au défendeur et qu'elle offre une réelle commodité d'exécution au demandeur en lui évitant, à la différence du *forum actoris*, d'avoir à demander l'*exequatur* de la décision si le défendeur n'exécute pas spontanément l'éventuelle condamnation ». L. USUNIER, *op.cit.,* p. 187.

[1903] Dans le système du Règlement Bruxelles I *bis*.

[1904] À l'instar du Règlement Bruxelles II *bis* ou du Règlement Aliments.

1328. En matière contractuelle par exemple, la volonté de lutter contre l'éclatement des compétences implique, selon la Cour, que l'interprétation de la notion de matière contractuelle ne soit pas trop restrictive. La juridiction européenne l'affirme explicitement lorsqu'elle considère qu'« *une multiplication des chefs de compétence pour un même type de litige n'est pas de nature à favoriser la sécurité juridique et l'efficacité de la protection juridictionnelle sur l'ensemble des territoires formant la Communauté* »[1905]. En visant la lutte contre la multiplication des chefs de compétence, la Cour lutte en réalité ici contre l'éclatement des compétences. Pour éviter la dilution des demandes pour un « *même type de litige* » devant plusieurs fors compétents, il convient, autant que faire se peut, d'éviter un éclatement des fors compétents pour connaître des différentes actions d'un même litige en retenant une qualification large qui touche le plus d'aspects de la situation litigieuse[1906]. Cette jurisprudence permet de conférer une vraie place aux compétences spécifiques tandis que le défendeur a intérêt à ce que l'option conférée soit la plus stricte possible et le chef de compétence du domicile du défendeur peut donc être écarté par le demandeur en faveur d'un for mieux placé. Il n'est plus question ici d'assurer une protection procédurale du défendeur.

1329. Mais, peu de temps après, la Cour de Justice de l'Union européenne a affirmé dans l'arrêt *Kalfelis* l'impossibilité d'une concentration du contentieux devant un seul for lorsqu'il existe plusieurs demandes de « types différents »[1907] puisque la connexité n'est

---

[1905] CJCE, 22 mars 1983, *Martin Perters Bauunternehmung GmbH c. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, aff C-34/82. *Rev. Crit. DIP*, 1983, p. 663, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI*, 1983, p. 834, obs. A. HUET.

[1906] Cette volonté de ne pas trop restreindre le for contractuel est corroborée par des jurisprudences récentes qui tendent à intégrer la problématique du tiers dans le for du contrat. Dans les conclusions précédant l'arrêt *Flighright* du 7 mars 2018 l'Avocat général M. Bobek en avait clairement explicité le sens. « *D'abord et surtout, le libellé de l'article […] 7, paragraphe 1, sous a) du règlement n°1215/2012 est plutôt ouvert et dispose qu'une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attraite dans un autre État membre " en matière contractuelle ". Ce libellé, également présent dans les autres versions linguistiques, se réfère clairement à la " matière contractuelle " et non pas à une " partie à un contrat ". Ainsi, il me semble que la règle de compétence prévue à l'article […] 7, paragraphe 1, sous a) du règlement n°1215/2012 repose sur la cause de l'action et non pas sur l'identité des parties* ». Conclusions de l'Avocat général M. Bobek présentées le 19 octobre 2017, aff. jointes C-274-16, C-447/17, C-448/16.

Cette argumentation a été suivie par la Cour. CJUE, 7 mars 2018, *Flightright GmbH c./Air Nostrum, Lineas Aéreas del Mediterraneo SA et a.,* aff. jointes C-274-16, C-447/17, C-448/16. *D.*, 2018, p. 1934, obs. S. BOLLEE ; *RTD com.*, 2018, p. 518, obs. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST. La solution a été reprise dans un arrêt postérieur relatif à une action paulienne exercée par un tiers : CJUE, 4 octobre 2018, *Feniks Sp. z o. o. c./ Azteca Products & Services SL*, aff. C-337/17. *D.*, 2019, p. 516, note F. JAULT-SESEKE ; *AJ Contrat*, 2018, p. 537, obs. C. NOURISSAT.

[1907] En l'espèce, la Cour affirme que le for compétent pour une demande délictuelle ne l'est pas pour statuer sur la demande tendant à l'enrichissement sans cause ou à une demande concernant un aspect contractuel. CJCE, 27 septembre 1988, *Kalfelis c./Schröder e.a.*, aff. C-189/87, *D.*, 1989, p. 254, note B. AUDIT ; *Rev. Crit. DIP*, 1989, p. 117, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI*, 1989, p. 457, note A. HUET.

pas un chef de compétence sous l'empire du règlement européen[1908], contenant ainsi la compétence juridictionnelle optionnelle[1909].

1330. La compétence générale tend également à être remise en cause dans des espèces où la situation litigieuse est « quasi-interne »[1910] et entre dans le cadre des options de compétence. L'exercice de la compétence ne doit pas être trop restreint ou comporter trop de contraintes pour le demandeur. C'est ce que semble rappeler la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt *Arlewin c/Suède* du 1er mars 2016 où était en cause le jeu des options de compétence en matière délictuelle[1911]. En l'espèce, les tribunaux suédois avaient refusé d'exercer leur compétence alors que le requérant était de nationalité suédoise, résidait en Suède et l'objet du litige, en l'occurrence une diffamation transfrontière, pouvait être localisé entre la Suède et le Royaume-Uni. En vertu du droit de l'Union européenne, une option de compétence permettait au demandeur d'attraire le défendeur devant les tribunaux des deux ordres juridiques. Le choix avait été effectué en faveur des tribunaux suédois. Mais, se fondant sur des dispositions nationales et invoquant le principe d'autonomie procédurale, la Suède invita les parties à mieux se pourvoir au Royaume-Uni.

1331. La Cour de Strasbourg, saisie du litige, reconnait que le droit d'accès à un tribunal peut être soumis à des restrictions, notamment en raison de l'extranéité du litige, mais affirme qu'en l'espèce presque tous les éléments de rattachement présentent un lien avec la Suède. Selon la Cour, le refus des juridictions suédoises d'exercer leur compétence n'était ni raisonnable ni commode[1912]. Dès lors, les juridictions suédoises devaient fournir au requérant un accès effectif à un tribunal sur le fondement de l'article 6§1, indépendamment du fait qu'une autre juridiction d'un État membre de l'Union européenne était compétente, ce qui entraine la condamnation de l'État-partie. Les

---

1908 Voir auparavant en dehors du cas des options, CJCE, 24 juin 1981, *Elefanten Shuh*, aff. C-150/80, *Rev. Crit. DIP*, 1982, p. 143, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI*, 1981, p. 903, obs. A. HUET.

1909 Un même esprit est à l'œuvre lorsqu'est invoqué le principe de mosaïque. Même si ce principe de mosaïque tel que mis en œuvre par la Cour de Justice de l'Union européenne peut être vu comme le point d'équilibre entre la protection du demandeur et la protection du défendeur. En ce sens, E. FARNOUX, *op.cit.,* t. II, p. 442 et s.

1910 D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. I, Partie générale, 4ème ed., Paris, PUF, 2017, n°139-1.

1911 CEDH, 1er mars 2016, *Arlewin c./Suède*, req. n° 22302/10. *Rev. Crit. DIP*, 2016. 560, note F. MARCHADIER.

1912 « *In these circumstances, the Court considers that the Swedish State had an obligation, under Article 6, to provide the applicant with an effective access to court. Instituting defamation proceedings before the British courts could not be said to have been a reasonable and practicable alternative for the applicant in this particular case, and the Swedish State therefore cannot escape responsibility under Article 6 with reference to this alternative. Instead, by bringing his case before the Swedish courts, the applicant tried the only viable option for an effective examination of his defamation claim. In the Court's view, the legal limitations on that access were too far-reaching and cannot in the circumstances of the case, be considered proportionate* ». CEDH, 1er mars 2016, *Arlewin c/Suède*, req. n° 22302/10, § 73.

arguments relatifs à la protection du défendeur subissent ainsi la concurrence de la protection juridictionnelle du demandeur et la proximité du litige avec l'ordre juridique suédois devient centrale. Le sentiment de flou s'accentue quant au rôle de la compétence juridictionnelle générale et à son aptitude à garantir la protection juridictionnelle du défendeur où à être reconnue comme un for de proximité.

1332. Dans d'autres matières également, la Cour de Justice favorise parfois l'éclatement des compétences comme elle l'a affirmé en matière d'obligations alimentaires lorsque la concentration des compétences aurait pour conséquence de priver le créancier d'aliments du bénéfice potentiel que celui-ci pourrait retirer de l'application de la loi du for[1913]. Les considérations de fond justifient ici la concordance des compétences au risque d'un éclatement du contentieux et au détriment du défendeur.

1333. Enfin, les arguments liés à l'exécution future du jugement pour le demandeur justifiant la règle de compétence générale subissent également la concurrence d'autres objectifs dans les litiges intra-européens en raison de la faveur à la circulation des décisions de justice[1914]. Peu importe que le jugement soit rendu au domicile du défendeur, il est désormais possible de faire exécuter plus rapidement et facilement le jugement dans l'État du domicile du défendeur. Le chef de compétence qui sert de clé de voute au Règlement Bruxelles I *bis* perd un peu plus de son aptitude naturelle[1915] à connaître du

[1913] CJUE, 5 septembre 2019, *R. c./P.*, aff. C-468/18*, Gaz. Pal.,* janvier 2020, p. 81, note N. ASSUIED ; *RJPF*, 2019, p. 33, note S. GODECHOT-PATRIS ; *Revue Europe*, 2019, p. 53, note L. IDOT. Voir *supra* n°767 et s.

[1914] En dehors d'un système de circulation facilitée des décisions, la règle de compétence générale fondée sur le domicile du défendeur présente des avantages pour le demandeur qui pourra plus facilement faire exécuter le jugement au siège effectif de la personne. « Il faut lui reconnaître la qualité de seul critère général de compétence dont la légitimité, en matière internationale, n'est pas sujette à caution, parce qu'il assure à la fois la protection du défendeur pour des raisons obvies, mais aussi celle du demandeur par les commodités d'exécution qu'il procure au cas où il gagnerait son procès. Cela justifie, selon nous, que sauf exception circonstanciée, il soit toujours retenu comme critère de compétence directe des juridictions françaises » P. THERY, *op.cit.,* p. 603. (Souligné par l'auteur).

[1915] Pour une remise en cause récente : E. FARNOUX, *op.cit.,* t. II. Voir également les réflexions du professeur S. Bollée à l'issue de la communication du professeur J.-B. Racine au Comité français de droit international privé : « je voudrais souligner que les mérites que l'on prête au for du défendeur n'existent en fait qu'autant qu'on prête à ce chef de compétence un caractère exclusif. La raison d'être essentiellement de la compétence du juge du défendeur, c'est qu'effectivement, jusqu'à preuve du contraire, il n'y a rien à reprocher au défendeur en quelque sorte ; ce n'est pas lui qui rompt le *statu quo* et donc il n'a pas à se déplacer – de la même manière au fond que, par exemple, il n'a pas à assumer la charge de la preuve. Si l'on ne donne compétence qu'au juge du domicile du défendeur, il me semble qu'on reste tout à fait dans cet esprit-là, en garantissant au défendeur qu'au tracas du procès ne s'ajoute pas le tracas du déplacement à l'étranger. En revanche, si on dit que le for du défendeur c'est un for auquel on ajoute d'autres fors, par exemple celui de demandeur, cela change complètement les choses parce qu'il n'y a plus aucune garantie pour le défendeur de ne pas subir le dérangement que j'évoquais. En fait, on donne juste une chance de plus au demandeur de pouvoir saisir un juge qui pourrait lui être plus favorable qu'un autre » in : J.-B. RACINE, « Le *forum actoris* en droit international privé », *op.cit.*. Voir également, C.-A. ARRUE MONTENEGRO, *op.cit.,* p. 17, n°31 ; Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *op.cit.,* p. 277-278.

litige[1916] au profit d'un *forum shopping* clairement assumé. Face à un tel risque, il a pu être proposé de réinstaurer l'autorité du chef de compétence en lui conférant le caractère de règle de compétence juridictionnelle exclusive[1917]. Or, cette dernière proposition ne saurait être retenue, car il perdure tout de même des hypothèses nombreuses dans lesquelles le domicile du défendeur n'entretient d'une part que peu de liens avec le litige et d'autre part ne présente pas les caractères de commodité permettant d'assurer un accès à la justice pour le demandeur[1918].

1334. Cette faveur au chef de compétence juridictionnelle du domicile du défendeur en droit positif et en doctrine n'est dès lors pas de nature à entrainer une généralisation du phénomène de concordance. Pourtant, les dérogations apportées à ce chef de compétence ou la création de chefs de compétence juridictionnelle alternatifs questionnent sa place centrale. Il a perdu son caractère de protection juridictionnelle du défendeur pour devenir un simple avantage[1919].

1335. Le Règlement Successions offre un exemple de réglementation de droit international privé qui se passe de cette référence au domicile du défendeur pour consacrer une concordance de principe entre les compétences. Il en est de même des

[1916] Pour certains, il aurait même perdu tout son sens : « De ce point de vue, les systèmes de compétence étudiés offraient apparemment une réponse simple : le principe de protection juridictionnelle du défendeur, exprimé dans la locution latine *actor sequitur forum rei*. Et pourtant, tout en affirmant ce principe avec force, les systèmes de compétence ont montré une telle tolérance aux exceptions qu'il s'en trouvait vidé de son sens. Une explication s'est imposée pour ce paradoxe apparent : les systèmes de compétence se sont révélés, au plan de la justice procédurale, habités de forces contraires, certaines favorables aux défendeurs et d'autres aux demandeurs. E. FARNOUX, *op.cit.,* t. II, p. 861.

[1917] À l'exception de quelques règles de compétence juridictionnelle exclusives justifiées matériellement et des règles protectrices des parties faibles : « L'idéal, qui semble avoir été perdu de vue, serait que seul le critère le plus fort soit universellement retenu, de sorte que le demandeur ne bénéficie d'aucune possibilité de choix. Sauf dans des matières particulières (droits réels immobiliers, validité d'un brevet,…), ou pour des personnes particulières (salariés, consommateurs…), ce critère devrait être celui du domicile du défendeur ; il ne défavorise pas le demandeur, car il lui évite, s'il veut poursuivre l'exécution forcée du jugement, d'avoir à en obtenir l'exequatur (ou toute autre décision similaire) dans un autre pays ». P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op.cit.,* p. 279.

[1918] En ce sens : « l'existence de liens étroits entre le juge du for et le défendeur ne garantit évidemment pas la commodité et la prévisibilité de la compétence de ce juge à l'égard du demandeur. C'est la raison pour laquelle il ne fait pas faire de la compétence du juge du domicile une compétence exclusive ». L. USUNIER, *op.cit.,* p. 187.

[1919] Nous rejoignons ici l'affirmation selon laquelle il faut : « nuancer la portée du fondement traditionnel de la règle *actor sequitur* : il s'agit moins d'une règle de compétence qui vise à protéger le défendeur en lui garantissant de pouvoir se défendre chez lui — cette garantie n'existe pas — que d'une règle de compétence qui, lorsqu'elle est choisie par le demandeur, *est censée ne pas incommoder ni porter préjudice au défendeur*. On passe ainsi de l'idée d'une protection pour le défendeur à celle d'un *avantage* ou d'une *faveur* pour cette partie qui, lorsqu'elle est assignée chez elle, reçoit le bénéfice de se défendre dans un for facilement accessible, dans une langue et selon des règles de procédure qui lui sont familières. » A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens. (Étude de droit international privé comparé)*, *op.cit.,* p. 674. (italique de l'auteur).

derniers règlements européens en droit patrimonial de la famille[1920]. Cette réglementation fait écho à la volonté des auteurs américains d'admettre une régulation stricte de la *specific jurisdiction*. Il convient d'en étudier la faisabilité et la pertinence.

B- Régulation et compétences juridictionnelles spécifiques

1336. Selon Messieurs H. G. Maier et T. R. McCoy, le test de compétence effectué lors de la détermination de la *specific jurisdiction* pour trancher le seul litige en cause devrait être établi uniquement en contemplation de considérations relatives au choix de loi applicable. L'objectif de commodité des parties « devrait disparaître comme critère pour déterminer la constitutionnalité de la compétence »[1921].

1337. La commodité étant mise de côté, la règle de compétence législative peut être absorbée par la règle de compétence juridictionnelle. Pour ce faire, les modalités de désignation de la règle de conflit de lois sont reportées sur la règle de compétence juridictionnelle qui permettra de déterminer si l'ordre juridique est autorisé ou non à trancher le différend à caractère international. Deux possibilités en résultent donc. Soit l'ordre juridique possède un intérêt, entendu de manière large, à connaître du litige et il sera entièrement compétent. Soit « c'est la relevance du point de vue abstrait d'un ordre juridique étranger qui conduit le juge à se déclarer incompétent »[1922], limitant ainsi le risque de *forum shopping*.

1338. La question qui se pose désormais est celle de la généralisation de cette concordance à toutes les hypothèses de compétence spécifique, ou, dit autrement, à toutes les hypothèses où la réglementation de la compétence juridictionnelle vise la matière litigieuse et non l'une des parties au litige. Il ne s'agit pas ici de se prononcer sur l'existence d'un *forum legis* car, nous avons constaté que l'analyse du phénomène de concordance n'est pas égale à la fusion des compétences[1923], mais de prévoir pour chaque rattachement sur le plan du conflit de lois un même rattachement en matière de conflit de juridictions. La spécialisation de la règle de conflit de lois emporterait la spécialisation poussée de la règle de conflit de juridictions par une approche moniste du rattachement. Le for compétent serait ainsi le *forum causae*.

[1920] Comme le relève particulièrement L. USUNIER, « Libre, mobile, divers : le couple au miroir du droit international privé de l'Union européenne », *RTD civ.*, 2016, p. 806.
[1921] H. G. MAIER, T. R. MCCOY, *op.cit.,* p. 256.
[1922] P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op.cit.,* p. 125.
[1923] Voir *supra* Section 1, Chapitre 1, Titre 2, Partie 2.

1339. Or, cette généralisation de l'analyse moniste du rattachement n'apparaît que comme le parachèvement ultime du phénomène de concordance des compétences. En effet, si les règles de compétences se complètent jusqu'à prôner une généralisation de la concordance, il est nécessaire d'assurer au mieux la cohérence des deux corps de règles par une cohérence de l'ensemble législatif. Cette approche moniste nécessite ainsi, au préalable, une approche unitaire des deux ordres de compétence dans un même instrument (1). Ensuite, et à condition de déterminer le rattachement adéquat à la matière visée, l'approche moniste du rattachement à l'ordre juridique pourrait présenter des avantages certains (1). Pourtant, il faut se contraindre à admettre qu'une telle approche n'est pas généralisable et que la concordance ne saurait être qu'une simple ligne directrice (2).

1- La nécessité d'une approche législative unitaire des deux ordres de compétence

1340. La nécessité d'une approche législative unitaire des deux ordres de compétence découle directement des implications contemporaines de notre phénomène[1924] : l'absence d'étanchéité entre les deux corps de règles nécessite le choix d'instruments traitant de manière globale la problématique du conflit de juridictions, du conflit de lois et de la circulation des décisions. Pour s'assurer de la complémentarité des règles de compétences juridictionnelles et législatives et du respect de leurs fonctions respectives, les instruments traitant distinctement de chacune des problématiques mériteraient d'être refondus en un seul et même instrument de droit international privé pour chaque matière. Cette approche législative unitaire est un enjeu important pour une potentielle codification du droit international privé européen[1925]. Elle devient un enjeu clé lorsqu'il s'agit d'analyser la généralisation de la concordance des compétences. En effet, pour étudier ensuite les bienfaits et les inconvénients de la généralisation de la concordance, il faut au préalable penser les rapports entre règles de compétence pour chaque matière.

[1924] Voir *supra* Chapitre 8.

[1925] M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PEROZZETTO (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Paris, Dalloz, 2009 M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PEROZZETTO (dir.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, Berne, Peter Lang, 2011 ; P. LAGARDE, « Embryon de règlement portant Code européen de droit international privé », *RabelsZ*, 2011, vol. 75, p. 673 ; X. KRAMER (dir.) *Un cadre européen pour le droit international privé : lacunes actuelles et perspectives futures*, PE, 462.487, 2012, spec. p. 107 ; B. BALLESTER (dir.), *Rapport sur le coût de la non-Europe. Un code européen de droit international privé*, PE, 504, 468, 2013 ; Sur cette codification, voir également les travaux du Groupe européen de droit international privé, particulièrement : Compte rendu des travaux du GEDIP lors de la réunion à Anvers, 21 er 23 septembre 2018 ; Compte-rendu des travaux du GEDIP lors de la vingt-neuvième réunion à Katowice, 13-15 septembre 2019.

1341. Ainsi, quelque soit la solution retenue *in fine*, c'est-à-dire, dans notre hypothèse, assurer la pleine réalisation de la concordance ou au contraire préserver la dissociation des compétences, les règles de compétences doivent pouvoir être pensées en contemplation l'une de l'autre. Si les règlements traitant séparément de la problématique du conflit de juridictions et du conflit de lois prévoient des interactions entre les textes (notamment par l'intermédiaire des préambules[1926]), les études sur la codification du droit international privé prennent acte de ce besoin d'avoir un traitement d'ensemble du litige à caractère international. C'est ce qui est envisagé comme un objectif de long terme en matière civile et commerciale[1927]. La matière civile et commerciale devrait être alors traitée de manière unique dans un règlement rassemblant les Règlements Bruxelles I *bis*, Rome I et Rome II. De même, il serait judicieux à l'avenir que le traitement de la désunion du couple en droit international privé se fasse dans un seul et même instrument. C'était notamment le choix retenu par le Groupe européen de droit international privé dans les projets de refonte du Règlement Bruxelles II. Ce choix a été réaffirmé depuis malgré l'adoption du Règlement Bruxelles II *ter*[1928] et nous y souscrivons. Cette solution n'est d'ailleurs pas nouvelle comme en atteste la première Convention de La Haye sur le sujet dès 1902[1929].

1342. En somme, il faut donc comprendre qu'au-delà de la stricte question de la liaison finale entre *forum* et *jus*, les liens entre les deux ordres de compétences sont tels qu'ils doivent amener le législateur à penser le litige à travers sa dimension juridictionnelle et matérielle pour mener à bien les objectifs propres à chaque matière dans un même instrument. Faire le choix de la concordance des compétences par une approche moniste des rattachements pousse, dans un second temps, à son paroxysme cette approche unitaire. La question posée est désormais celle de la concordance des compétences comme principe de réglementation du litige. Nous verrons alors que si l'approche législative unitaire se justifie par la complémentarité des règles de compétences,

[1926] Voir *supra* n° 583.

[1927] « […] L'objectif sur le long terme est d'avoir un règlement unique en matière civile et commerciale qui engloberait les règles de conflit de lois et de juridictions toutes matières confondues ». Compte-rendu des travaux du GEDIP lors de la vingt-neuvième réunion à Katowice, 13-15 septembre 2019, p. 42.

[1928] « Il est relevé que ce projet reste pertinent, en raison des ambitions limitées de la refonte à propos du divorce. En effet, le règlement Bruxelles IIter ne touche pas aux règles de compétence et n'intègre pas la détermination de la loi applicable au divorce. A l'inverse, le projet du Groupe adopte une approche intégrée de la compétence internationale (actuellement insatisfaisante), de la loi applicable et de la reconnaissance et l'exécution des divorces européens et d'Etats tiers. Ainsi ces réflexions pourront servir dans un futur plus ou moins proche lorsqu'il y aura une nouvelle réflexion, au niveau européen quant à la modification des instruments en matière de divorce ». Compte-rendu des travaux du GEDIP lors de la vingt-neuvième réunion à Katowice, 13-15 septembre 2019, p. 2.

[1929] Convention de La Haye du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois et de juridictions en matière de divorce et de séparations de corps. (Article 1 et article 5.1).

l'approche moniste du rattachement qui mène à la concordance des compétences n'est pas si évidente et nécessaire. Il convient d'en analyser désormais les avantages avant de se contraindre à admettre que la concordance des compétences ne doit demeurer qu'une ligne directrice et non une solution absolue.

2- Les avantages de l'analyse moniste du rattachement

1343. Une fois cette approche unitaire du conflit de juridictions et du conflit de lois effectué, la question qui se pose est celle de la recherche de cohérence lorsqu'il s'agit d'envisager la généralisation de la concordance des compétences juridictionnelle et législative. L'on poursuit ici effectivement l'objectif de cohérence interprétative « horizontale »[1930] entre les instruments européens, particulièrement recherché par les règlements européens et prôné au sein même du droit primaire de l'Union européenne[1931]. Cette cohérence trouve une assise et un écho importants dans l'œuvre interprétative de la Cour de Justice de l'Union européenne comme nous avons souvent pu l'observer dans les hypothèses de concordance suggérée des compétences[1932]. Bien entendu, l'on retrouve cette cohérence dans les règlements qui offrent une approche unitaire des règles de compétence. Mais, nous avons constaté que cette recherche de cohérence irrigue également les Règlements Bruxelles I *bis*, Rome I et Rome II[1933], et les Règlements Bruxelles II *bis* ou *ter* et Rome III, ce qui serait alors nécessaire de poursuivre[1934].

1344. Pour ce faire, retenir la concordance des compétences comme principe de solution implique de ne pas considérer le seul résultat, mais de placer l'analyse en amont

---

1930 Selon l'expression d'E. B. CRAWFORD et J. M. CARRUTHERS. La cohérence horizontale signifie la cohérence d'interprétation entre les différents instruments européens tandis que la cohérence verticale renvoie à la cohérence d'interprétation entre les Conventions (de Rome et Bruxelles) et les règlements postérieurs : E. B. CRAWFORD, J. M. CARRUTHERS, « Connection and Coherence Between and Among European Instruments in the Private International Law of Obligations », *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, n°1, p. 1, spec. p. 8 et s.

1931 Ainsi, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit à son article 7 que « *l'Union veille à la cohérence entre ces différentes politiques et actions, en tenant compte de l'ensemble de ses objectifs et en se conformant au principe d'attribution des compétences* ».

1932 Voir supra, Titre 2, Partie 1.

1933 En ce sens, S. FRANCQ, « Les champs d'application (matériel et spatial) dans les textes de référence – De la cohérence terminologique à la cohérence systémique – En passant par la théorie générale… », *op.cit.,* p. 35 ; A. DICKINSON, E. LEIN, *The Brussels I Regulation Recast*, 2015, *op. cit.*, spec. section 1. 75 ; M. SZPUNAR, « Droit international privé de l'Union : cohérence des champs d'application et/ou des solutions ?, *Rev. Crit. DIP*, 2018, p. 573 voir *supra* n°603 et s.

1934 En ce sens, « Un alignement des critères qui expriment le rattachement principal avec un pays déterminé serait souhaitable dans une perspective d'harmonisation du droit international privé dans le cadre de l'Union européenne », F. POCAR, « Quelques réflexions sur le choix des sous-catégories et des éléments de rattachement dans les textes de référence », *op.cit.,* p. 69, spec. p. 76.

sur le procédé pour y parvenir. En d'autres termes, il s'agit non seulement de viser une unité du résultat (la concordance), mais également et surtout une unité dans le procédé de rattachement juridictionnel et législatif pour y parvenir. L'entreprise de localisation deviendrait donc unitaire. En ce sens, il s'agit d'aller plus loin que la question de la qualification moniste des matières litigieuses[1935] pour y consacrer dans un second temps une approche moniste du rattachement. L'analyse peut être menée dans deux domaines, celui du statut personnel et celui de la matière civile et commerciale. L'étude de la désunion européenne sera prise pour exemple dans le premier cas (a). Celle de la matière contractuelle sera l'objet du second exemple (b).

a- Les avantages de l'analyse moniste du rattachement en matière de désunion européenne

1345. Le droit de la désunion est un exemple intéressant pour envisager les avantages d'une analyse moniste des rattachements. En effet, comme il a déjà été démontré, l'articulation des règles de conflit, contenues dans deux instruments différents, mène souvent à la concordance des compétences juridictionnelle et législative, notamment par un fréquent parallélisme des compétences qui se noue autour du critère de la résidence habituelle[1936].

1346. Il convient tout d'abord de revenir sur une différence importante dans le traitement des deux ordres de compétences. Il s'agit de la place faite à l'autonomie des parties dans les instruments européens. Ainsi, le Règlement Rome III fait du choix de loi la règle de principe du règlement tandis que le Règlement Bruxelles II *bis* ne permet pas aux époux de conclure une clause de choix de for. L'article 5 du Règlement Rome III permet effectivement aux parties de choisir la loi de la résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention, la loi de leur dernière résidence habituelle si l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention ou la loi de nationalité de l'un des époux ou encore la loi du for. Face à cette possibilité de choisir le droit applicable, l'absence de possibilité du choix de for apparaît désormais comme une curiosité. Elle se transforme en lacune dans l'objectif de prévisibilité poursuivi par la clause de choix de loi lorsque le choix est celui de la loi du for, car couplé à une offre très large de juridictions, elle rend totalement imprévisible le droit applicable et encourage une course au juge.

[1935] Sur laquelle : voir *supra* n°956 et s.
[1936] Voir *supra* n°517.

1347. La concordance des compétences par une analyse moniste des rattachements mériterait dès lors d'être poursuivie pour parachever l'objectif de prévision qui guide le règlement du conflit de lois. Les choix contenus à l'article 5 du Règlement Rome III, hormis naturellement la loi du for, pourraient trouver leur pendant dans le choix offert en tant qu'*optio fori* au couple. Ce choix étant déjà limité au milieu de vie sociale ou à l'identité culturelle du couple[1937], il pourrait être transposé pour le choix de for. L'on retrouve peu ou prou cette proposition dans les travaux du Groupe européen de droit international privé [1938] . Cet approfondissement de la concordance des compétences présente évidemment des avantages en termes de simplification et de prévision du droit applicable.

1348. S'agissant, désormais, des règles objectives de compétence, la fréquente liaison entre *forum* et *jus* est le résultat d'un triple parallélisme des règles de compétences à savoir un parallélisme des champs d'application des deux instruments européens[1939], celui du chef de compétence et du critère de rattachement et enfin celui parallélisme de la définition du rattachement retenu. Mais, ce parallélisme reste tout de même incertain puisque le règlement du conflit de lois s'effectue en cascade tandis que celui du conflit de juridictions est laissé dans les mains de la partie demanderesse qui aura un choix non hiérarchisé et varié de juridictions. Serait-il alors possible d'aller plus loin que ce que prévoient ces deux règlements en offrant également un règlement en cascade de la compétence juridictionnelle à défaut de choix réalisé par les parties ?

1349. La consécration de la concordance des compétences en cette matière pourrait intervenir facilement en ce sens que l'analyse moniste des rattachements est déjà présente dans l'esprit des textes, ce qui n'échappe pas au juge européen ou aux avocats généraux lorsqu'il s'agit de garantir la cohérence interprétative entre les Règlements Bruxelles II *bis* et Rome III[1940]. Seul le régime de la compétence juridictionnelle serait alors à modifier pour opérer de manière similaire au conflit de lois. Cette concordance se justifie d'autant plus que la pluralité de fors compétents est source de *forum shopping*, fortement dénoncé en raison des liens parfois ténus qui permettent de saisir un juge européen et qui perdure

[1937] S. CORNELOUP, N. JOUBERT, « Autonomie de la volonté et divorce : le règlement Rome III », *op. cit.,* p. 184, n°11.
[1938] Le groupe de travail propose la création d'un article relatif à la prorogation volontaire de compétence. En vertu de cet article, « *les époux peuvent convenir que le tribunal de la résidence habituelle de l'un d'eux, ou de la nationalité de l'un d'eux, sera exclusivement compétent pour connaître de leur divorce. Un tel choix peut avoir lieu à tout moment* ». Projet de réforme du Règlement Bruxelles II *ter* du GEDIP énoncé lors de la vingt-neuvième réunion à Katowice, 13-15 septembre 2019.
[1939] CJUE, 20 décembre 2017, *Sahyouni*, aff. C-372-16. *Rev. Crit. DIP*, 2018, p. 899, note P. HAMMJE ; *JDI*, 2018, p. 1449, note M. WILDERSPIN ; *Procédures*, 2018, p. 14, note C. NOURISSAT.
[1940] Voir *supra* n°515.

pourtant en dépit des refontes successives du Règlement Bruxelles II. Elle permettrait alors de privilégier un lien de proximité important entre les parties et le for, reflet du milieu de vie du couple.

1350. S'inspirant des critères dégagés à l'article 8 du Règlement Rome III relatif à la loi applicable à défaut de choix de loi, la compétence juridictionnelle pourrait donc désormais se résoudre de la manière suivante :

> « Sont compétentes pour statuer sur une demande relative au divorce ou à la séparation de corps des époux, les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel se trouve, à la date de saisine :
>
> - a) la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut
>
> - b) la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que cette résidence n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et que l'un des époux réside encore dans cet État au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut,
>
> - c) de la nationalité des deux époux au moment de la saisine de la juridiction. »

1351. Une telle disposition permettrait ainsi d'assurer une concordance des compétences en s'assurant que l'ordre juridique qui traite le litige soit un litige proche du milieu de vie du couple. Elle simplifierait le travail du juge par l'application de sa propre loi. Les difficultés procédurales encore présentes en raison des divergences nationales et de l'imbrication du fond et de la procédure en la matière pourraient également être éludées. Les parties auraient également une facilité de résolution du litige par un accès plus facilité au droit et une réduction du temps et du coût de la procédure.

1352. Pourtant, l'on perçoit immédiatement des difficultés quant à l'approche exclusive d'une telle concordance. En effet, une telle analyse moniste des rattachements présenterait le mérite de réduire le *forum shopping* actuellement critiquable. Mais, immédiatement, elle pourrait produire l'effet inverse tout aussi préjudiciable : une restriction trop importante de l'accès au juge et par suite de l'accès au divorce. Si la concordance peut être recherchée, car présentant des avantages certains, nous verrons

toutefois qu'elle ne doit pas être absolue. Avant d'aborder les inconvénients d'une telle généralisation, les avantages de l'analyse moniste doivent désormais être étudiés en matière contractuelle où le for du contrat offre un terrain propice à une telle discussion.

b- Les avantages de l'analyse moniste du rattachement en matière contractuelle

1353. La question de l'analyse moniste du rattachement se pose avec acuité en matière contractuelle lorsqu'il s'agit de déterminer et de réguler la compétence juridictionnelle optionnelle offerte par le Règlement Bruxelles I *bis*. En matière contractuelle, le souci de prévisibilité est central puisque le contrat est en lui-même un instrument de prévision. Il faut donc pouvoir trouver une règle de compétence alliant le souci de proximité et de bonne administration de la justice qui allie le choix d'avoir recours à des règles de compétence optionnelle et la considération des attentes légitimes des parties[1941]. Se pourrait-il donc que les critères de rattachement posés à l'article 4 du Règlement Rome I puissent servir de guide à la détermination du *forum contractus* ? Quelles en seraient les vertus ?

1354. Le premier argument est celui de la simplification de la détermination de la règle de compétence juridictionnelle pour les parties et le juge et la mise en cohérence avec les justifications des compétences spécifiques énoncées. À partir du moment où le législateur européen a permis au demandeur de déroger au *forum rei* en faveur d'un for fondé sur le principe de proximité et la bonne administration de la justice[1942] « en ce sens que la saisine d'un juge plus proche des faits litigieux facilite notamment les mesures d'instruction et la recherche des preuves »[1943], il devient nécessaire que la détermination pratique de la compétence juridictionnelle respecte ces exigences. Surtout, le besoin de prévisibilité pour le défendeur[1944], et d'ailleurs, plus généralement en matière contractuelle pour les deux parties est une donnée clé. Or, comme le démontre l'arrêt *Custom Made*[1945], les objectifs de proximité et de prévisibilité sont loin d'être atteints dans un nombre

[1941] Cette nécessité de trouver une règle raisonnable de compétence juridictionnelle en matière contractuelle se justifie d'autant plus que comme le rappelle un auteur, « en dépit de ces difficultés, qui ont conduit certains à s'interroger sur la pertinence du maintien des règles de compétence particulières à la matière contractuelle, les ordres juridiques n'ont jusqu'ici jamais renoncé au *forum contractus* ». L. USUNIER, *op.cit.,* p. 199.

[1942] « *Le for du domicile du défendeur devrait être complété par d'autres fors autorisés en raison du lien étroit entre la juridiction et le litige ou en vue de faciliter la bonne administration de la justice* ». Considérant 16 du Règlement Bruxelles I *bis*.

[1943] D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. II, Partie spéciale, 4ème ed., Paris, PUF, 2017, n°880.

[1944] Rappelons en effet que le considérant 16 du Règlement Bruxelles I *bis* prévoit que « *l'existence d'un lien étroit devrait garantir la sécurité juridique et éviter la possibilité que le défendeur soit attrait devant une juridiction d'un État membre qu'il ne pouvait pas raisonnablement prévoir* ».

[1945] CJCE, 29 juin 1994, *Custom Made,* aff. C-288/92, précité.

important d'hypothèses sur le fondement initial de la Convention de Bruxelles[1946], lorsqu'en application de la jurisprudence *De Bloos-Tessili*[1947] l'obligation litigieuse qui sert de base à la demande est notamment relative à une obligation monétaire concernant une dette portable[1948]. Dans cette dernière hypothèse, le for peut entretenir des liens très faibles avec le litige[1949]. Certains n'ont pas manqué de relever que « cette règle pourrait apparaître contraire au droit fondamental d'accès à un tribunal […] si le demandeur ne dispose pas des moyens financiers suffisants pour saisir plusieurs juridictions ou encore si les différentes juridictions saisies rendent des décisions inconciliables dont certaines se révèlent alors impossibles à exécuter »[1950].

1355. Dès lors, le procédé de localisation qui irrigue cette règle de compétence pourrait recevoir une nouvelle application en calquant la recherche de la localisation sur le modèle de la règle de conflit de lois dépendant non de l'obligation litigieuse, mais du type de contrat concerné permettant de rallier ces différentes justifications à la dérogation au *forum rei*.

1356. La nouvelle formulation de l'article 7§1 du Règlement Bruxelles I *bis*[1951] — qui s'oriente sur le lieu d'exécution de la prestation caractéristique délaissant partiellement le

---

[1946] Le même constat a été dressé pour la Convention de Lugano qui reprend les mêmes critères que le Règlement Bruxelles I *bis*. Ainsi, « considéré sous l'angle de l'exigence de prévisibilité et de sécurité juridique, l'article 5§1er ne se montre pas à la hauteur des attentes placées en lui ». E. LEIN, « La convention de Lugano : passé, présent et devenir », in *Actes de la 19ème journée de droit international privé du 16 mars 2007 à Lausanne*, Zürich, Schulthess, 2007, p. 41, spec. p. 62.

[1947] CJCE, 6 octobre 1976, *De Bloos*, aff. C-14/76 ; CJCE, 6 octobre 1976, *Tessili,* aff. C-12/76, *Rev. Crit. DIP*, 1977, p. 751 note P. GOTHOT, D. HOLLEAUX ; *JDI*, 1977, p. 719, obs. J.-M. BISCHOFF ; *D.*, 1977, p. 616, note G. A. L. DROZ ; CJCE, 28 septembre 1999, *Groupe Concorde*, aff. C-440/97. *Rev. Crit. DIP*, 2000, p. 253, note B. ANCEL ; *JDI*, 2000, p. 547, note F. LECLERC.

[1948] Sur ces difficultés : G. A. L. DROZ, « *Delendum est forum contractus* ? (vingt ans après les arrêts de *Bloos* et *Tessili* interprétant l'article 5. 1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968) », *D.*, 1997, p. 351 ; H. MUIR WATT, « Peut-on sauver le for européen du contrat ? », *Rev. Gén. Proc.*, 1998, p. 371 ; V. HEUZE, « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *op.cit.*, p. 595 ; F. CORNETTE, « La nécessaire modification ou suppression de l'article 7-1 du règlement Bruxelles I *bis* relatif au for contractuel dans un futur règlement Bruxelles I *ter* ? », in E. GUINCHARD (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 335.

[1949] À cela s'ajoute, la difficulté d'utilisation de la règle lorsque les lieux d'exécution sont multiples et différents, même lorsque la Cour de Justice a pu prescrire de faire référence au lieu d'exécution de l'obligation principale CJCE, 15 janvier 1987, *Shenavai C./Krescher*, aff. C-266/85. *Rev. Crit. DIP*, 1987, p. 798, note. G. A. L. DROZ ; *JDI*, 1987, p. 465, obs. J.-M. BISCHOFF, A. HUET, car il est possible d'avoir deux obligations similaires pour lesquelles il est difficile d'identifier l'obligation principale : CJCE, 5 octobre 1999, *Leathertex c./Bodetex*, aff. C-420/97. *Rev. Crit. DIP*, 2000, p. 76, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI*, 2000, p. 540, obs. F. LECLERC. Il se peut également que le lieu d'exécution ne soit pas identifiable. Dans ce cas, la Cour de Justice a bien dû se contraindre à ne pas faire jouer la règle. CJCE, 19 février 2002, *Besix c./Wasserreiningungsbau Alfred Kretzschmar GmbH*, aff. C-256/00, *Rev. Crit. DIP*, 2002, p. 577, note H. GAUDEMET-TALLON.

[1950] F. CORNETTE, *op.cit.,* p. 348.

[1951] « *Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attraite dans un autre État membre :*
1)a) en matière contractuelle, devant la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande ;

lieu d'exécution de l'obligation litigieuse — apparue lors de l'adoption du Règlement Bruxelles I à l'article 5§1[1952], présente le mérite d'améliorer la situation par rapport à l'objectif poursuivi par la règle de compétence juridictionnelle[1953] et d'offrir une telle précision pour deux types de contrats particuliers. Comme le relève un auteur, « le lieu d'exécution de la prestation caractéristique, s'il ne correspond pas toujours au centre de gravité du litige, correspond en revanche normalement au centre de gravité du contrat. La compétence en découlant devrait par conséquent être prévisible pour les parties. Le juge ainsi désigné ne devrait en outre pas être incapable de trancher le litige de manière expédiente, ne serait-ce que parce que la loi applicable au contrat sera souvent la loi du for »[1954].

1357. Cette solution est de nature à coïncider régulièrement avec les critères de rattachement en matière de conflit de lois sans qu'il s'agisse là d'une concordance[1955]. Mais, la simplification opérée mériterait de se parfaire en adoptant une approche moniste du chef de rattachement et du critère de rattachement, c'est-à-dire en consacrant une hypothèse de concordance[1956]. De même, les autres critères adoptés dans l'article 4 du Règlement Rome I pour une approche spécifique contrat par contrat pourraient être

---

b) aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est :
- pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées,
- pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis.
c) le point a) s'applique si le point b) ne s'applique pas ». Article 7§1 du Règlement Bruxelles I *bis*.

1952 A. MITTMANN, « Compétence internationale en matière contractuelle. Quelques éclaircissements récents dans l'obscurité de l'article 5.1 du règlement Bruxelles I », *D.*, 2011, p. 834.

1953 Voir en ce sens, C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *op.cit.,* T. II, n° 505 ; A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens. (Étude de droit international privé comparé)*, *op.cit.,* p. 688 (bien que plus nuancé).

1954 L. USUNIER, *op.cit.,* p. 201. Il s'agit cependant d'une simple coïncidence et non d'une concordance, car le Règlement Rome I prévoit comme rattachement de principe le lieu de l'établissement de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique et non son lieu d'exécution.

1955 Certains auteurs ont critiqué cette discordance : « Thus, in a sale of goods case where there is no party choice of court and no party choice of law, litigation will proceed, harlequin-style, in the " buyer's forum", applying the "seller's law" ». E. B. CRAWFORD, J. M. CARRUTHERS, *op.cit.,* p. 9.

1956 En ce sens : « on peut donc dire de façon plus synthétique que pour la vente et les contrats de services, le for compétent est celui du lieu d'exécution de la prestation caractéristique. Il y a là, *a priori*, une simplification importante – même si la solution n'est pas totalement alignée sur celle de la Convention de Rome ou du Règlement Rome I, car, selon ces textes, le rattachement du contrat à défaut de choix des parties est présumé être le lieu de l'établissement de la partie qui fournit la prestation caractéristique (précisément définie dans le Règlement Rome I pour la vente et la prestation de services), et non le lieu d'exécution de celle-ci ». D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé,* T. II, Partie spéciale, 4ème ed., Paris, PUF, 2017, n°889.
De même, il a pu être relevé qu' « au regard de la jurisprudence *Tessili*, ces deux textes ont l'immense mérite de faire que la loi retenue pour déterminer le lieu de l'exécution de l'obligation litigieuse sera identique dans tous les États de l'Union européenne. Toutefois, de l'application simultanée des textes européens sur la compétence judiciaire et de la convention de Rome ou du règlement Rome I ne découlera pas nécessairement la coïncidence entre compétence judiciaire et compétence législative […]. H. GAUDEMET-TALLON, M.-E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe Règlements 44/2001 et 1215/2012 Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso éditions, 6ème éd., 2018, p. 296.

retenus en matière de compétence juridictionnelle. Ce choix unitaire offrirait aux parties une simplicité d'utilisation des règles de droit international privé en évitant d'être confronté à des rationalités différentes selon qu'il s'agit d'envisager la règle de compétence juridictionnelle ou la règle de compétence législative.

1358. La concordance des compétences vient garantir ensuite la meilleure effectivité de la règle de conflit de lois et *in fine* du droit applicable[1957]. Dans le même temps, elle est un gain d'efficacité procédurale, car elle limite les coûts de procédure. De ce point de vue, la concordance du critère de rattachement et du chef de compétence est souvent souhaitable si l'on se place sur le terrain de l'économie procédurale. L'on peut retrouver ici l'argument selon lequel le service public de la justice doit pouvoir offrir un fonctionnement efficace sans pour autant que son fonctionnement emporte des conséquences néfastes en termes de coûts financiers. La meilleure effectivité de la règle et la simplification de la procédure doivent pouvoir être mises en perspective avec le coût qu'elles engendrent, sans que cette considération en devienne un argument central. Ainsi, dans une telle hypothèse, l'effectivité de la règle de la compétence législative s'allie à l'efficience de la règle[1958].

1359. Il y a toutefois un risque de s'éloigner ici du tribunal proche des éléments de preuve et le dernier argument énoncé en faveur de la concordance risque de s'effondrer. Il serait donc possible de remettre en cause ces avantages en invoquant des inconvénients tenant à la difficulté pour le juge de récolter des preuves. Mais, ces considérations ne doivent cependant pas être déterminantes à coup sûr et la balance pourrait pencher en faveur des avantages de la concordance plutôt qu'en faveur de considérations procédurales dans un but d'assurer la sécurité juridique[1959], ce d'autant plus lorsque la coopération administrative et judiciaire peut prendre le relai de l'efficacité probatoire[1960].

[1957] Voir *supra* n°1166 et s.

[1958] Étant entendu que l'efficience de la règle revêt ici une fonction descriptive et non une fonction normative. Voir, H. MUIR WATT, « "*Law and Economics*" : quel apport pour le droit international privé ? », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 685.

[1959] L'on retrouve bel et bien une telle situation lorsque les parties ont choisi la juridiction compétente dans une clause attributive de juridiction. L'absence de concordance des compétences résiste difficilement à ces considérations procédurales dès lors qu'il est possible pour les parties d'opérer un choix illimité de for qui pourrait ne pas remplir ces exigences de bonne administration de la justice. Certes, dans cette dernière hypothèse, le choix est un choix concerté, mais l'on voit que bien que ces considérations de bonne administration de la justice souffrent de la concurrence d'autres intérêts et peuvent s'effacer devant le besoin de prévisibilité et de sécurité juridique.

[1960] C'est ce qui est permis par le Règlement (CE) n°1206/2001 du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine civil et commercial. Sur lequel, N. MEYER-FABRE, « L'obtention des preuves à l'étranger », *TCFDIP*, 2002-2004, p. 199 ; D. LEBEAU, M.-L. NIBOYET, « Regards croisés du

En effet, devant les difficultés de trouver une localisation adéquate remplissant les objectifs assignés à la règle de compétence juridictionnelle en matière contractuelle, ne faudrait-il pas plutôt que de rechercher par à-coups législatifs et jurisprudentiels la meilleure localisation, consacrer une solution moins satisfaisante sur le plan technique et théorique, mais qui s'avère *in fine* plus praticable, à l'instar de l'évolution qui a eu lieu en matière de conflit de lois[1961] ?

1360. Une analyse moniste des rattachements permettrait ainsi de résorber les inconvénients tenants aux difficultés d'application de l'option juridictionnelle et des incertitudes qui en découlent sans pour autant aller jusqu'à prôner sa suppression. De plus, il ne faut pas oublier que les parties ont toujours la possibilité de se prévaloir de l'application des articles 25 et 26 du Règlement Bruxelles I *bis* pour échapper à l'article 4 du Règlement Bruxelles I *bis* et de sécuriser en amont leur relation contentieuse.

1361. Ce n'est qu'à défaut que la concordance des compétences par un choix unitaire du rattachement pourrait intervenir et présenter l'avantage de simplifier et d'accélérer la résolution du contentieux et redonne une vision unitaire et cohérente de la localisation proximiste. Une telle approche de la concordance n'empêcherait pas au demeurant une dissociation des compétences lorsqu'est en jeu la clause d'exception. Les différences d'objectifs entre les compétences seraient réintroduites au stade du régime de chacune des règles[1962].

1362. Une telle concordance ne devrait pas désavantager le défendeur. Si le défendeur cesse de bénéficier de la protection juridictionnelle octroyée par le *forum rei*, il doit pouvoir savoir devant quel autre tribunal il pourrait être attrait. La nouvelle approche moniste des rattachements satisfait le besoin de prévisibilité, car elle enserre la règle de compétence spécifique dans des limites facilement identifiables pour les deux parties.

1363. Mais, des questions importantes demeurent. Une première question concerne l'exclusivité de cette approche, à l'image des approches américaines. En effet, si

---

processualiste et de l'internationaliste sur le règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves civiles à l'étranger », *Gaz. Pal.*, février 2003, p. 6.

[1961] Analysant l'évolution entre le texte de la Convention de Rome et celui du Règlement Rome I, il a pu être affirmé que « les modifications réalisées à ce sujet ont essentiellement pour objet de renforcer la sécurité juridique et la prévisibilité des solutions. C'est ainsi que s'explique tout d'abord la suppression de la référence au principe de proximité naguère exprimé à titre préliminaire […] ». D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, T. II, Partie spéciale, 4ème ed., Paris, PUF, 2017, n° 903.

[1962] Voir *infra* n°1373.

l'existence d'un *forum causae* qui concorde avec la compétence législative présente des avantages, ces avantages doivent subir le test de la concurrence des juridictions. Dans un espace unifié, l'exclusivité du *forum causae* présenterait indéniablement le mérite de lutter drastiquement contre le *forum shopping* en offrant une répartition des compétences entre États-parties à l'espace de coopération. Mais qu'en est-il dès lors de l'accès à la justice ?

1364. Ensuite, une deuxième question est relative à la mise en œuvre du rattachement commun. En acceptant une telle concordance des compétences, le régime de chacune des règles doit-il être similaire ? Les dérogations qui touchent la règle de compétence législative doivent-elles se répercuter sur l'exercice de la compétence juridictionnelle ?

1365. Enfin, des interrogations apparaissent pour certaines situations. Que faire des situations juridiques dont le temps et la géographie offrent des ancrages matériels et territoriaux divers ou encore lorsque le litige donne à trancher plusieurs facettes d'une même situation juridique ? Comment garantir l'unité de la situation juridique face à la spécialisation des catégories de rattachement et donc à l'éclatement potentiel du contentieux entre plusieurs ordres juridiques ?

1366. L'on pressent ici le fait que la concordance des compétences ne pourrait pas être absolue et que tout au plus, elle ne saurait demeurer qu'une simple ligne directrice.

3- La concordance comme simple ligne directrice

1367. Définir la concordance comme la méthode de régulation du droit international privé revient à faire prévaloir la fonction substantielle de la règle de compétence juridictionnelle sur sa fonction procédurale. En résulte une négation de la dualité fonctionnelle de la règle de compétence juridictionnelle, car la fonction procédurale de la règle de compétence juridictionnelle est masquée par sa fonction substantielle. La fusion des deux règles irait jusqu'à l'identité.

1368. N'y a-t-il pas là un risque d'opter pour une vision réductrice du droit international privé ? Comme il a déjà été démontré, la règle de compétence juridictionnelle doit être régulée, car elle entretient un lien important avec le fond du litige en raison de sa fonction substantielle. Mais, une fois sa fonction substantielle admise et reconnue à sa juste valeur, il convient de ne pas se laisser emporter dans un excès inverse pour nier une composante essentielle de la règle de compétence juridictionnelle. Les

enjeux liés à la commodité de la saisine du juge imposent de garantir l'exercice de la fonction procédurale de la règle de compétence[1963], même s'il n'est plus possible d'affirmer aujourd'hui que la règle de compétence ne sert que des considérations procédurales.

1369. Le raisonnement ne devrait donc pas être exclusif. Le risque est grand tout d'abord pour le demandeur qui pourrait se voir privé d'un for commode, voire même privé de for si le rattachement choisi ne permet pas de rattacher le litige à l'ordre juridique concerné. Déjà par le passé, le professeur G. Droz avait évoqué l'importance des droits de la demande dans le droit de la compétence juridictionnelle. Il convient en effet de retenir des règles de compétence juridictionnelle qui ne sont pas dirimantes pour entamer un procès[1964] et qui n'entrainent pas le risque de déni de justice. La fondamentalisation du droit d'accès à un juge en fait une considération primordiale. En résulte une part inévitable de *forum shopping* qui démontre que la réglementation du droit international privé s'effectue toujours à l'aune de la concurrence internationale des juridictions[1965].

1370. Ensuite, du point de vue du défendeur, la seule concordance des compétences pourrait entrainer des coûts importants alors même qu'il n'a pas pris l'initiative du procès. L'on retrouve la nécessité de protéger, de favoriser ou au moins de ne pas défavoriser le défendeur pour ne pas entraver le droit à un procès équitable.

1371. De surcroît, la multiplication des demandes susceptibles d'être intentées pour une même action rendrait la solution éminemment plus compliquée en pratique au risque d'un éclatement important des compétences et de la prolifération de décisions contradictoires. Les règles de conflit de lois sont effectivement susceptibles de donner des

[1963] « Une abstention systématique au profit du juge dont la loi est applicable, comme cela s'est pratiqué autrefois, est un procédé de coordination totalement condamnable, car la principale considération qui doit commander le choix du juge est la commodité de sa saisine pour les parties. On ne doit pas renvoyer deux parties domiciliées aujourd'hui dans un pays à plaider dans un pays étranger sous prétexte qu'à l'époque de la naissance de leur relation elles étaient domiciliées dans ce pays et que c'est la loi de celui-ci qui est applicable ». P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op.cit.,* p. 123.

[1964] G. DROZ, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *TCFDIP*, 1994-1996, p. 97 et s.

[1965] « Il est nécessaire de prendre pleinement conscience de l'espèce d'imbroglio auquel conduit le présent état de choses. En pratique, le caractère unilatéral des règles de compétence judiciaire ainsi que le fait que les États entendent assez largement la compétence de leurs tribunaux débouchent fréquemment sur une situation de concurrence entre les juridictions de plusieurs pays. Il en résulte qu'il existe le plus souvent pour un même litige plusieurs tribunaux, appartenant à des ordres juridiques différents potentiellement compétents pour en connaître ». Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ?. Cours général de droit international privé », *op.cit.,* p. 277. Voir également : S. BOLLEE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyses économiques des conflits de juridictions) », *op.cit.*.

réponses à des demandes multiples qui doivent, au besoin, pouvoir être traitées devant un même juge.

1372. En cela, nous pouvons affirmer avec le professeur P. Théry que « la thèse d'Ehrenzweig crée un déséquilibre préjudiciable aux parties elles-mêmes, quand son inspiration était au contraire de tenir compte de leur intérêt dans la détermination de la loi »[1966]. Au sein de la règle de compétence juridictionnelle, doit donc être préservée la fonction procédurale de la règle de compétence juridictionnelle qui ne doit pas être éclipsée par la fonction substantielle[1967].

1373. En outre, un problème se pose quant à la mise en œuvre du rattachement. Ce problème soulève la question du régime des règles de compétence. Comment conserver la concordance entre les compétences alors même que, sur le terrain du conflit de lois, la règle doute d'elle-même[1968] ? En présence d'une clause d'exception par exemple, le juge pourtant compétent doit-il décliner sa compétence en faveur de l'ordre juridique dont la loi est finalement applicable, car présentant les liens les plus étroits ? Une telle solution impliquerait de revenir sur l'interdiction du *forum non conveniens*. La concordance absolue des compétences nécessiterait de renoncer à un règlement abstrait de la compétence auquel le législateur européen est pourtant attaché. Mais, il convient de ne pas oublier que « la déconnexion entre la compétence du juge et l'applicabilité de la loi est un progrès majeur du droit international privé »[1969], sauf à admettre l'existence utopique d'un ordre juridique naturel et idéal. En raison des divergences d'enjeux qui persistent entre les deux catégories de règles, la concordance des compétences pourrait alors être affirmée sans que sa mise en œuvre soit absolue. La concordance des critères de rattachement n'empêche pas une différence de régime, de sorte que l'unité du raisonnement puisse parfois céder la place à une inévitable dissociation entre *forum* et *jus*.

[1966] P. THERY, *op.cit.,* p. 530, n°551.

[1967] En ce sens, « il faut éviter que l'application aveugle de la *lex fori* ne désorganise une situation dont les éléments essentiels ont déjà été réglés selon une autre loi. On le voit, il y a des *fora propria* qui ne sont pas des *fora legis propriae*, car il existe une différence entre les raisons qui conduisent à saisir un juge et celles qui conduisent à sélectionner une loi pour régir la substance de la cause. L'objectif procédural qui gouverne la compétence judiciaire et l'objectif de fond qui gouverne le conflit de lois ne concordent pas nécessairement. Calquer la solution de l'un sur celle de l'autre, c'est risquer de méconnaître un de ces deux objectifs. » Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ?. Cours général de droit international privé », *op.cit.,* p. 275.

[1968] Pour reprendre l'expression du professeur H. Muir Watt, « la règle méthodologiquement correcte est celle qui doute de la justesse de la désignation qu'elle opère ». H. MUIR WATT, « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois ?) », *op.cit.,* p. 210.

[1969] P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op.cit.,* p. 225.

1374. Ensuite, dans certains domaines, la concordance des compétences ne semble pas adaptée à la physionomie de la situation juridique lorsqu'il s'agit, par exemple, de se prononcer sur l'étendue des effets passés d'une situation juridique[1970]. Rappelons que c'est ce qui explique la rupture entre *forum* et *jus* dans les règlements plus récents en matière de régimes matrimoniaux et effets patrimoniaux des partenariats enregistrés[1971].

1375. Enfin, dans d'autres domaines, l'intérêt de la concordance comme méthode unique de règlement du litige à caractère international achoppe à l'endroit même où elle prétend offrir un terrain d'expression privilégié, c'est-à-dire sur le terrain substantiel. L'approche unitaire des compétences spécifiques pourrait effectivement, dans certaines hypothèses, aller à l'encontre de la politique poursuivie par le législateur dans la réglementation de droit international privé. En matière de divorce par exemple, l'accès à un for européen garantit la possibilité de divorcer en Europe[1972]. Dans cet exemple, c'est la large compétence juridictionnelle offerte par l'ordre juridique européen — aussi discutable soit-elle — qui assure la réalisation d'un droit au divorce en Europe. Cette large compétence implique une multitude de juridictions potentiellement compétentes. En cette hypothèse, la concordance des compétences est une possibilité parmi d'autres pour poursuivre le résultat souhaité par le législateur européen.

1376. C'est ce qui explique que, si les projets de réforme du Règlement Bruxelles II *bis* et *ter* se positionnent un peu plus en faveur de la concordance des compétences en réduisant l'offre juridictionnelle, la concordance n'est pas absolue dans le but de préserver l'accès à la justice et la réalisation du droit au divorce. En effet, pour assurer ce droit, des critères généraux de compétence plus larges que les rattachements connus en matière de

---

[1970] Une telle question a été posée en matière familiale : « Notamment lorsqu'il s'agit de déterminer la validité ou les effets passés de la situation, il ne semble pas du tout exclu qu'un sort important soit réservé à l'application d'un droit étranger. Mais où l'on voit déjà un des risques de la méthode : en cas de changement, peut-il y avoir double compétence, donc absence d'unité ? et comment aménager le changement de la substance des droits lorsqu'il y a changement du critère de compétence ? » L. RASS-MASSON, *op.cit.,* p. 546.
Ou encore : « Une des raisons majeures de cette impossibilité de ne s'en tenir qu'à des règles de compétence internationale semble résider dans le caractère nécessairement évolutif des éléments de rattachement fondant les chefs de compétence. En ce que ces derniers reposent toujours sur le lieu d'intégration principale des intéressés, et que, par définition, ce lieu est fluctuant dans le cadre des relations familiales internationales, les chefs de compétence unique ne peuvent garantir la stabilité des relations des familiales dans le temps ». *loc cit.*

[1971] Règlement (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés : Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.
Par le recours à l'autonomie des parties et au *forum legis*, les instruments prévoient cependant des moyens de rétablir l'unité entre *forum* et *jus*.

[1972] Voir *supra* n°742.

conflit de lois perdurent[1973] et l'accès au prétoire des citoyens européens est largement promu. Le Groupe européen de droit international privé propose également d'adopter une règle de compétence résiduelle qui se distingue du privilège de nationalité en ajoutant une condition de résidence. De ce fait, « le compromis permet d'éviter une compétence concurrente jugée non idéale, tout en permettant aux citoyens européens d'agir dans l'Union, pour autant qu'ils aient l'intention de s'y installer. Si tel ne devait pas être le cas, ces citoyens disposeront encore du for de nécessité »[1974]. On saisit ici pleinement la distinction entre ce for résiduel et le for de nécessité, en ce sens que la fonction première du for résiduel sert à garantir au citoyen la réalisation du droit au divorce par l'octroi d'une compétence juridictionnelle tandis que le for de nécessité a pour fonction principale de garantir l'accès au juge. Quels que soient les objectifs défendus, la concordance ne saurait donc être un principe absolu.

1377. Plus encore, le principe de faveur au créancier ou la protection de la partie faible, si elle entraine une concordance fréquente des compétences, peut recevoir une protection différente sur le terrain juridictionnel et législatif. De même, la garantie des droits fondamentaux à l'image de ceux qui étaient au cœur de la jurisprudence *Moukarim* ne justifie pas systématiquement la concordance des compétences. Ainsi, si la substantialisation de la règle de compétence est une nécessité afin de faire respecter les droits fondamentaux en offrant un for de protection à la victime de violations, l'application de la loi du for n'est pas toujours utile et pertinente pour atteindre l'objectif poursuivi. L'analyse pourrait être déclinée dans chaque matière en observant les objectifs spéciaux qui la gouvernent.

[1973] Voir en ce sens le dernier projet de réforme envisagé par le Groupe européen de droit international privé datant de septembre 2019 :
Article 4. Compétence générale.
« *Sont compétentes pour statuer sur une demande relative au divorce ou à la séparation de corps des époux, les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel se trouve, à la date de la saisine :*
1. *En cas de demande conjointe, la résidence habituelle de l'un ou de l'autre époux.*
2. *Dans les autres,*
a)La résidence habituelle des époux, ou à défaut,
b) la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y réside encore, ou à défaut,
c) la résidence habituelle du défendeur ou, à défaut,
d) la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins une année immédiatement avant l'introduction de la demande [ou s'il possède la nationalité d'un État membre] ».
Projet de réforme du Règlement Bruxelles II *ter* du GEDIP énoncé lors de la vingt-neuvième réunion à Katowice, 13-15 septembre 2019.

[1974] Compte-rendu des travaux du GEDIP lors de la vingt-neuvième réunion à Katowice, 13-15 septembre 2019, p. 4.

1378. L'on perçoit ici toute la différence entre constater la concordance des compétences comme le résultat d'une réglementation de droit international privé et consacrer la concordance en tant que méthode unique de règlementation. Elle reste un choix du législateur en fonction des objectifs propres à chacune des branches du droit international privé (conflit de lois ou conflit de juridictions), mais aussi à chacune des matières qu'il régit. Il s'agit là d'une différence de perspective fondamentale entre l'approche européenne et l'approche américaine. D'ailleurs, comme l'indique l'Avocat général M. Szpunar, « même dans le cadre du règlement sur les successions, il s'agit non pas d'une solution qui doit être respectée dans chaque cas de figure, mais uniquement d'un postulat de concordance »[1975]. Le constat est alors proche du désordre[1976]. Mais, le postulat de concordance ne saurait gommer les différences ontologiques entre les deux règles qui perdurent[1977].

Conclusion de la section :

1379. L'étude menée visait à établir la possibilité et l'opportunité d'une généralisation de la concordance des compétences à l'image de ce que prônaient les auteurs américains étudiés. Pour ce faire, nous avons mis à l'épreuve la possibilité de parvenir à faire de la concordance des compétences le principe de résolution du litige de droit international privé dont on devrait assurer la réalisation dans chaque catégorie de litige.

[1975] M. SZPUNAR, « Droit international privé de l'Union : cohérence des champs d'application et/ou des solutions ? », *op. cit.*, p. 573.
De même, en matière civile et commerciale, Madame M. Minois qui s'est prononcée en faveur d'une analyse moniste de la qualification ne va pas jusqu'à admettre une telle recommandation en matière de rattachement. « Effectivement, le rattachement illustre les différents impératifs attachés à la règle à appliquer. À ce titre, il est concevable qu'un même rattachement puisse faire l'objet d'une interprétation divergente selon la branche du droit international privé visée ».
M. MINOIS, *op. cit.*, p. 273, n°390. Dans le même sens : « il est certes indéniable que les deux types de règles traduisent des préoccupations différentes, mais ce sont précisément les règles elles-mêmes qui doivent porter la marque de cette différence et non, en amont les qualifications. Ainsi, il est courant que, dans une même situation, le critère de rattachement employé en matière de compétence juridictionnelle ne coïncide pas avec celui qui est utilisé par la règle de conflit de lois. C'est au demeurant sur ce postulat que repose le droit international privé. Mais rien n'impose que, de son côté, la catégorie de rattachement, i.e. la qualification, varie ». T. AZZI, « Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire », *op. cit.*, p. 1621, n°15.
[1976] « On perçoit dès lors combien cet état des choses éloigne plus qu'il ne rapproche de l'idéal d'une société internationale harmonieuse que le droit international privé se fixait traditionnellement pour objectif ». Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ?. Cours général de droit international privé », *op. cit.*, p. 278.
[1977] Au sortir de l'arrêt *Kainz* où la Cour de Justice de l'Union européenne exprime les limites à la cohérence des Règlements Bruxelles I et Rome I (voir *supra* n°614), le professeur S. Bollée en appelle à cette prudence. Pour l'auteur, « ce rejet d'un alignement mécanique au niveau de l'interprétation des divers règlements mérite d'être salué : si souhaitable soit-elle, l'élaboration d'une théorie d'ensemble du droit international privé européen doit se faire avec prudence, sans dogmatisme et dans le respect des différences qui peuvent séparer, du point de vue de leur logique comme de leur finalité, les règles de conflit de lois et de conflit de juridictions ». S. BOLLEE, *D.*, 2014, p. 1976.

1380. Chez les auteurs américains, la dimension juridictionnelle du droit international privé et les considérations de sécurité juridique ont pu justifier d'opter pour une régulation de la compétence juridictionnelle. Toutefois, tant l'étude de la méthode de la régulation que celle de la sécurité juridique ont donné lieu au constat de divergences importantes entre le droit positif et les analyses proposées.

1381. Ensuite, l'opportunité de parvenir à un tel principe de solution a permis de mettre à jour les avantages de la poursuite de la direction déjà engagée en droit international privé. Tout d'abord, en raison des liens entre les deux ordres de compétences, il est nécessaire de penser de manière unitaire les règles de compétence. Autrement dit, il faut pouvoir offrir une réglementation du litige à caractère international qui allie l'aspect juridictionnel et l'aspect matériel du litige. La création d'instruments regroupant le conflit de juridictions et le conflit de lois doit être privilégiée poursuivie.

1382. Ensuite, la poursuite de la concordance par une réglementation moniste des rattachements présente des avantages en matière contractuelle et de désunion notamment. Mais, à y regarder de plus près, de nombreuses questions restent en suspens et les remèdes risquent d'être pires que les maux actuels. S'il est possible de s'engager vers une concordance des compétences juridictionnelle et législative plus poussée, sa généralisation n'est pas souhaitable. Il convient par conséquent de faire preuve de prudence devant toute tentative de théorisation du droit international privé européen à l'aune d'un principe nouveau de concordance. Cette concordance maintes fois révélée démontre bien que la dissociation entre *forum* et *jus* n'est pas une vérité fondamentale du droit international privé européen. Cependant, en l'état du droit positif, souhaiter l'exact inverse constitue tout autant une chimère.

1383. La concordance doit donc désormais être considérée dans son aspect fonctionnel et non recherchée comme un principe de solution absolu.

SECTION 2 : L'EXTENSION DU DOMAINE DE LA CONCORDANCE

1384. Si, pour les raisons que nous avons indiquées, la généralisation de la concordance ne devrait pas aboutir, l'extension du domaine de la concordance peut permettre, lui, de répondre à des besoins précis. Il s'agit de penser la compétence juridictionnelle en contemplation de la compétence législative pour asseoir l'autorité et l'efficacité de cette dernière. La concordance devrait donc avoir une visée fonctionnelle. L'on songe ici particulièrement à la poursuite de l'intérêt porté par les lois de police.

1385. Comme il a déjà été relevé, l'existence d'un intérêt public prépondérant à sauvegarder justifie la mise à l'écart du rapport de droit de la justice conflictuelle et une dérogation au paradigme conflictuel[1978]. Pourtant, en dépit d'un tel enjeu, la montée en puissance de l'intérêt privé semble privilégiée, et l'ordre juridique évincé impuissant à imposer son autorité. Le risque, déjà étudié, est alors de consacrer des lois de police, vidées de leur sens, inefficaces ou à géométrie variable[1979].

1386. Plusieurs pistes sont pourtant envisageables pour garantir le respect de cet intérêt protégé. De nombreux instruments peuvent effectivement être mobilisés. Il perdure cependant une incertitude ou une inefficacité dans leur mise en œuvre concrète (§1). La réinstauration d'une concordance des compétences par une analyse fonctionnelle de la compétence juridictionnelle apparaît à cet égard comme le remède le plus efficace au contournement des lois de police. (§2).

§1 : Les remèdes incertains au contournement d'une loi de police

1387. L'objectif poursuivi est d'éviter que par la seule délocalisation du litige, les individus aient entre leurs mains le pouvoir d'éluder les dispositions internationalement impératives. Il ne s'agit en réalité que de rééquilibrer les rapports entre l'intérêt public prépondérant lésé et les intérêts privés privilégiés. Pour ce faire, les remèdes à l'altération de la corrélation entre les compétences juridictionnelles et législatives peuvent être de plusieurs ordres. Le point commun entre tous les remèdes présentés est qu'en dépit de leur potentiel apport au contournement des lois police, leur mise en œuvre semble inapte à offrir une réelle efficacité à ces lois.

[1978] Voir supra Titre 1, Partie 1.
[1979] Voir *supra* n°317 et s.

1388. Un premier remède[1980] est spécifique au comportement particulier des plaideurs qui abusent de leurs droits pour contourner la concordance normalement imposée par l'ordre juridique. Devant l'impossibilité de recourir à la notion de fraude à la loi, il s'agit d'étudier la théorie de l'abus de droit (A).

1389. Une seconde proposition tend à être mobilisée indépendamment de ce comportement. La délocalisation du litige peut en ce cas être involontaire ou volontaire sans pour autant chercher uniquement à déjouer l'application d'une disposition impérative. Il convient donc d'étudier les moyens dont dispose l'ordre juridique saisi élu ou étranger pour s'assurer de l'efficacité des lois de police évincées. Parmi eux seront étudiés les moyens juridictionnels d'œuvrer pour le respect des intérêts publics étrangers (B) ainsi que les moyens législatifs(C).

A- La lutte contre l'évincement d'une loi de police par la sanction de l'abus de droit

1390. Avant d'analyser l'apport de la notion d'abus pour rétablir l'autorité de la loi de police, il convient de rappeler brièvement que la notion de fraude au sens du droit international privé est inopérante, car elle suppose la modification artificielle d'un critère de rattachement[1981]. Or, soit les parties ont eu recours à une clause attributive de juridiction, auquel cas il ne peut y avoir de modification artificielle du rattachement, car elles exercent simplement leur droit de choisir le for compétent[1982] et la détermination de l'intention frauduleuse est difficile à rapporter[1983]. Soit, aucun choix n'est effectué et la

[1980] Nous choisirons ici les remèdes qui peuvent irriguer l'ensemble des matières étudiées. D'autres palliatifs propres à la matière civile et commerciale existent. Voir, C. REYDELLET, *op. cit.*, p. 289 et s.

[1981] Voir *supra* n°355 et s. En ce sens, L. USUNIER, « Le règlement Bruxelles I *bis* et la théorie de l'abus de droit », in E. GUINCHARD (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 449 et s. ; C. REYDELLET, *op. cit.*, p. 298 et s. ; *Contra* : S. CLAVEL, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 265.

[1982] Une telle incompatibilité entre la notion de fraude et la faculté offerte aux parties de conclure une clause attributive de juridiction a été mise en lumière par la Cour de cassation : « eu égard à la clause attributive de compétence librement acceptée par les parties, aucune fraude ne pouvait résulter de la saisine par la société américaine de la juridiction expressément désignée comme compétente ». Cass. 1ère Civ. 14 octobre 2009, *In Zone Brands,* n° 08-16.369 et n°08-16.549. *RTD civ.*, 2010, p. 372, note P. THERY ; *D.*, 2010, p. 177, note S. BOLLEE ; *Rev. Crit. DIP*, 2010, p. 158, note H. MUIR WATT.
La seule fraude possible résiderait ainsi dans une fraude à l'internationalité. Cette question est intéressante, car l'internationalité artificielle du litige peut permettre aux parties d'évincer une loi normalement applicable, mais l'on ne se situe pas ici exactement sur le même plan, car il ne s'agit pas forcément d'une loi de police. De plus, cette question semble spécifique à la matière contractuelle alors que notre propos a vocation à englober diverses matières. Sur l'état de cette question en matière contractuelle : C. REYDELLET, *op. cit.*, p. 303 et s.

[1983] En ce sens, « Que faut-il penser alors de la modification de la compétence qui résulte de l'utilisation d'une clause attributive de juridiction ? À notre sens, il n'est pas possible, en droit judiciaire européen, de considérer qu'il s'agit d'une " *manœuvre* " au sens précité, du moins dans les matières où les textes applicables reconnaissent le

partie demanderesse profite seulement de la concurrence internationale des juridictions pour choisir celle qui lui sera la plus avantageuse. Dans les deux situations qui rendent possible l'échec de l'application de la loi de police, aucune fraude ne saurait être qualifiée. Seule la théorie de l'abus mérite donc d'être mobilisée.

1391. Mais, *a priori*, le droit international privé ne laisse pas ou peu de place à la théorie de l'abus de droit. Il convient de présenter l'intérêt de la théorie (1) avant de démontrer, cependant, son inadaptation à notre phénomène (2).

1- Le recours à l'abus de droit

1392. En droit international privé, la théorie de l'abus de droit a été mobilisée notamment par Monsieur A. Nuyts[1984]. Elle vise à sanctionner l'usage abusif d'un droit en matière de compétence juridictionnelle. L'on retrouve également une telle volonté de fixer des limites aux parties dans l'étude du *forum shopping* lorsque celui-ci est identifié à du « *forum shopping malus* »[1985]. Monsieur A. Nuyts part d'ailleurs de la notion de *forum shopping*[1986] pour extraire ensuite une analyse de l'abus de droit censée contrer les effets pervers de ce phénomène. Il relève que la théorie de l'abus de droit, fondée en droit privé interne sur le principe de bonne foi et largement répandue, peut également se retrouver en droit de l'Union européenne dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne[1987]. Mais, avant de constater un abus de droit, il faut identifier au préalable les

principe de l'efficacité des clauses attributives de juridiction. Ainsi, la faculté donnée aux parties par l'article 23 du règlement "Bruxelles I" de proroger la compétence du tribunal de n'importe quel État membre exclut nécessairement, à notre avis, que ce choix de for, pour autant que les conditions de validité de la clause prévues par le texte soient remplies, puisse être considéré comme une "manœuvre frauduleuse" même si le choix est dicté par la volonté d'échapper à la réglementation de police d'un État membre. […] Les parties ne font qu'utiliser une faculté inhérente à la règle de compétence qui est mise à leur disposition, sans altérer un élément localisateur objectif du procès. C'est le principe même de liberté des parties quant au choix du tribunal consacré par le droit communautaire qui fait obstacle, ici, à la qualification de fraude ». A. NUYTS, « *Forum Shopping* et abus du *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, p. 745, spec. p. 766-767.

1984 *Ibid*, p. 745.

1985 P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Le *forum shopping* devant les juridictions françaises », *TCFDIP*, 1998-2000, p. 49. Voir également S. CLAVEL, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 255 et s. *Contra* : F. FERRARI, « *Forum shopping* : Pour une définition ample dénuée de jugement de valeurs », *Rev. Crit. DIP*, 2016, p. 85.

1986 Selon l'auteur, « il faut reconnaître la licéité de principe de la pratique du *forum shopping* dans le domaine des litiges internationaux ». A. NUYTS, « *Forum Shopping* et abus du *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p. 745, spec. p. 755. Notons d'ailleurs que pour l'auteur le *forum shopping* peut également l'œuvre des deux parties et non seulement du défendeur.

1987 CJCE, 2 mai 1996, *Brennet AG c./Vittorio Paletta*, aff. C-206/94, *Revue Europe,* 1996, p. 10, comm. n° 280, J.-L. CARPENTIER ; CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland,* aff. C-110/99, *Revue Europe*, 2001, p. 14, Comm. n°52, D. SIMON. La doctrine s'accorde également sur ce point. Voir : R. N. IONESCU, *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012. A. RIGAUX, D. SIMON, « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », in *Mélanges Guy Isaac*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 557.

droits subjectifs susceptibles de faire l'objet d'un usage abusif. Selon Monsieur A. Nuyts, ils sont de trois ordres.

1393. Le premier droit concerné en matière de compétence juridictionnelle est le droit de saisir un tribunal internationalement compétent[1988]. Il s'agit là du droit d'agir en justice « dans le but précis de permettre aux plaideurs d'obtenir la reconnaissance de leurs droits et faire trancher leurs contestations »[1989]. Dès lors, la saisine d'un tribunal par une des parties à des fins étrangères à cet objectif est constitutive d'un abus de droit. Ensuite, le deuxième droit susceptible d'abus est celui de « bloquer le procès engagé en second lieu »[1990]. C'est le cas en situation d'exploitation des règles de litispendance. Enfin, le dernier droit subjectif concerné est celui du droit d'option de compétence qui repose sur « le droit de comparer entre elles les offres de compétence »[1991] afin de permettre au demandeur de bénéficier du meilleur accès à la justice possible[1992]. Dans les trois cas, il ne s'agit pas de contrôler le droit d'action en justice ou d'option, mais de contrôler leur exercice. Il reste désormais à savoir selon quels critères l'abus peut être établi[1993].

1394. Selon l'auteur, deux situations pourraient permettre de caractériser l'existence d'un abus de droit. La première situation est celle « du détournement de la finalité du droit »[1994]. La seconde situation d'abus de droit réside dans l'exercice disproportionné du

---

[1988] En droit interne français, la notion d'abus de droit est consacrée aux articles 31-1 et 103 du Code de procédure civile.

[1989] A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens. (Étude de droit international privé comparé)*, *op. cit.*, p. 760.

[1990] *Ibid,* p. 762.

Dans son article, l'auteur cite l'affaire Tatry jugée par la Cour de Justice où elle refuse de relever l'existence d'un abus de procédure alors que l'exercice de l'action dénégatoire de responsabilité avait pour but de paralyser le procès, jouant sur les règles de litispendance. A. NUYTS, « *Forum Shopping* et abus du forum *shopping* dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p. 745, spec. p. 757-758. À noter qu'une telle solution perdure depuis sa consécration dans l'arrêt CJUE, 25 octobre 2012, *Folien Fischer AG c./Ritrama SpA*, aff. C-133/11, précité.

[1991] A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens. (Étude de droit international privé comparé)*, *op. cit.,* p. 759.

[1992] Monsieur A. Nuyts souligne que « si le droit d'option de compétence a pour objectif de renforcer l'accès du demandeur à la justice, on soulignera, par contraste, qu'il ne trouve certainement *pas* une justification additionnelle dans celui de conférer à cette partie un avantage, qu'il soit de nature procédurale ou substantielle, sur son adversaire. Le *forum shopping* est peut-être la *conséquence* de la concurrence des compétences dans l'ordre international, mais il ne constitue pas, en soi, un objectif poursuivi par la matière ». *Ibid*, p. 765 (italiques de l'auteur).

[1993] Il s'agit là d'une question classique, source de difficultés récurrentes quelles que soient les matières envisagées. Traditionnellement, deux conceptions s'opposent. Convient-il de définir l'abus de droit « de manière objective, comme un détournement de la fonction sociale du droit, ou de manière subjective, comme l'usage fautif d'un droit par son titulaire » ? L. USUNIER, « Le règlement Bruxelles I *bis* et la théorie de l'abus de droit », *op. cit.*, p. 449, spec. p. 471.

[1994] Dans ce cas, il y a abus de droit lorsque l'usage d'un droit se fait « dans le but d'obtenir, au détriment (d'autres parties), des avantages illégitimes et manifestement étrangers à l'objectif de ladite disposition ». L'auteur se fonde sur deux jurisprudences de la Cour de Justice. CJCE *Kefalas*, 12 mai 1998, aff. C-367/96 point 28. Également, CJCE, 23 mars 2000, *Diamantis*, aff. C-373/97.

droit[1995]. L'abus est constitué lorsque « *parmi les voies de recours disponibles pour remédier à une situation intervenue en violation (du droit de l'Union) le demandeur a choisi celle qui cause un préjudice tellement grave aux intérêts légitimes d'autrui qu'elle s'avère manifestement disproportionnée* »[1996].

1395. Pour que l'abus de droit soit constitué dans la première hypothèse, il faut que l'individu ait agi exclusivement ou principalement dans une finalité autre que celle du droit en cause, ce qui ne représente qu'une infime minorité de cas. Il convient dès lors de se rapporter au second critère exposé par l'auteur, celui de la proportionnalité. L'auteur préconise l'adoption d'un test de proportionnalité se fondant sur la jurisprudence *Diamantis* de la Cour de Justice de l'Union européenne. En vertu de cet arrêt, l'abus en droit communautaire est constitué lorsque « *parmi les voies de recours disponibles …(le titulaire du droit) a choisi celle qui cause un préjudice tellement grave aux intérêts légitimes d'autrui qu'elle s'avère manifestement disproportionnée* »[1997]. La disproportion s'analyse grâce à un raisonnement en plusieurs étapes. Il faut d'abord établir d'un point de vue objectif quels sont les avantages légitimes que peut tirer le demandeur du droit subjectif[1998]. Peu importe ici les raisons subjectives, c'est-à-dire l'intention du plaideur. En revanche, ces avantages sont évalués en fonction d'un standard de comportement de l'homme normalement diligent. Les avantages légitimes doivent être appréciés vis-à-vis de l'accessibilité du for. Les standards pris en compte sont ceux de la proximité du tribunal avec le litige, du coût de la procédure ou encore de la durée potentielle du procès. Il faut ensuite « mesurer les inconvénients pour le défendeur qui seraient consécutifs à l'obligation de se défendre devant un tribunal éloigné »[1999]. Enfin, il convient d'effectuer une comparaison entre les avantages légitimes du demandeur et les intérêts lésés du défendeur. En somme, « ce qui est sanctionné ici, c'est l'exercice du droit d'option de compétence de manière égoïste, sans tenir compte des intérêts légitimes du défendeur à l'action »[2000].

1396. Après avoir posé les critères de l'abus de droit, il y a lieu de s'intéresser à sa sanction. La sanction de l'abus de droit peut être multiple. En sus de l'octroi de

---

1995 A. NUYTS, « *Forum Shopping* et abus du forum *shopping* dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p. 745, spec. p. 780 et s.
1996 CJCE, 23 mars 2000, *Diamantis*, aff. C-373/97, point 43. *RTD com.,* 2000, p. 777, obs. M. LUBY.
1997 CJCE, 23 mars 2000, *Diamantis*, aff. C-373/97, point 43.
1998 « Il suffit d'évaluer le degré d'effectivité de l'accès au juge pour le demandeur, compte tenu des éléments objectifs de la situation, tels que la proximité du tribunal pour le demandeur, le coût de la procédure ou les chances d'obtenir un jugement rapidement ». A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens. (Étude de droit international privé comparé)*, *op. cit.*, p. 767.
1999 *Loc cit.*
2000 *Ibid*, p. 771.

dommages et intérêts, il peut être sanctionné par « la perte du bénéfice du droit abusivement invoqué »[2001]. Ramenée à la matière juridictionnelle en situation internationale, lorsque l'abus concerne le droit d'agir en justice, la perte du bénéfice du droit implique en réalité l'opposition par le tribunal saisi d'une fin de non-recevoir. Ensuite, si l'abus concerne le droit d'option, selon Monsieur A. Nuyts, « la seule sanction envisageable sera *le refus par le tribunal choisi abusivement d'exercer sa compétence* »[2002].

1397. Il convient dès lors d'observer si la transposition de cette théorie à notre problématique de délocalisation du contentieux en présence d'une loi de police présente un réel intérêt. On s'apercevra alors qu'elle n'est pas pleinement adaptée à l'objectif poursuivi.

2- L'inadaptation de la théorie de l'abus de droit au contournement des lois de police

1398. L'hypothèse de contournement des lois de police se présente majoritairement en présence d'une clause attributive de juridiction. Or, en présence d'une telle clause, la théorie de l'abus de droit semble inadaptée. La possibilité de conclure une clause attributive de juridiction est en théorie susceptible d'abus. Mais, c'est dans la caractérisation et la preuve de l'abus que l'utilité de la théorie semble fragile.

1399. En effet, la possibilité de conclure des clauses attributives de juridiction octroie aux parties un droit : celui de choisir la juridiction qui tranchera leur différend futur. Cette clause doit permettre aux parties le meilleur accès possible à la justice tout en luttant contre le *forum shopping* effectué par le seul demandeur. L'abus pourra par conséquent être constitué lorsque le droit de conclure une clause attributive de juridiction est détourné de son but et sert à saisir un « mauvais » for étranger en matière d'accès à la justice[2003]. Mais, le détournement de la finalité du droit, est en la matière quasiment, voire presque totalement, inopérant. En effet, il faut se demander quelle est la finalité du droit de

[2001] *Ibid*, p. 774. C'est ce qui ressort également de la jurisprudence de la Cour de Justice qui considère que « *les juridictions nationales peuvent […], en se fondant sur des éléments objectifs, tenir compte du comportement abusif de l'intéressé pour lui refuser, le cas échéant, le bénéfice de la disposition de droit communautaire invoquée* ». CJCE, 23 mars 2000, *Diamantis*, aff. C-373/97, point 34.

[2002] A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens. (Étude de droit international privé comparé)*, *op. cit.*, p. 774. En somme, cette réserve de l'abus de droit constitue pour l'auteur d'une forme subjective de *forum non conveniens* qui permet aux tribunaux de décliner leur compétence lorsque le comportement du demandeur est abusif. Voir également en ce sens, L. USUNIER, « Le règlement Bruxelles I *bis* et la théorie de l'abus de droit », *op. cit.*, p. 449, spec. p. 475.

[2003] C'est également ce qu'avait remarqué Monsieur A. Nuyts : « à notre avis, rien ne justifie *a priori* de ne pas faire application dans ce domaine du correctif général que constitue la théorie de l'abus de droit, puisque cette dernière théorie reçoit dans la jurisprudence de la Cour de justice un champ d'application large ». A. NUYTS, « *Forum Shopping* et abus du forum *shopping* dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p. 785.

conclure une clause attributive de juridiction. Celle-ci est de sécuriser la relation contentieuse en prévoyant le tribunal compétent en cas de litige. Le recours à la technique contractuelle permet de remédier à l'aléa juridique causé par l'internationalité de la situation. Or, sauf hypothèse d'école, la mise en œuvre de la clause attributive de juridiction permettra de réaliser la finalité visée par le droit. Ce premier critère de l'abus de droit n'est donc pas efficace et transposable à notre hypothèse[2004].

1400. Qu'en est-il du second critère : la proportionnalité ? L'auteur belge relève lui-même qu'un tel test ne serait pas concluant en cas de clause attributive de juridiction puisque « ce n'est que si l'un des plaideurs rencontrait des difficultés quant à l'accès au for inconnues au moment de la conclusion de la clause, et que ces difficultés avaient pour effet de lui causer un préjudice disproportionné par rapport à l'avantage obtenu par l'autre partie, que l'on pourrait reprocher le cas échéant à cette dernière partie d'invoquer de manière abusive la clause attributive »[2005]. Dès lors, puisque les parties ont précédemment convenu du choix du tribunal, une telle disproportion est également très rare. Mais, l'on pourrait cependant envisager de modifier les éléments pris en compte pour effectuer le test de proportionnalité. « Lorsque l'autorité de contrôle apprécie l'abus d'option et notamment qu'elle évalue la disproportion entre les intérêts respectifs des plaideurs, elle doit donc procéder à une évaluation d'ensemble de l'intérêt du demandeur, du préjudice subi par le défendeur, des attentes et des intérêts légitimes de chacune des parties ainsi que de l'équilibre entre leurs droits respectifs »[2006]. Ramené à notre hypothèse, le test permettrait de revenir sur des situations de déséquilibres contractuels, qui bien souvent préexistent en réalité à la signature de la clause attributive, se répercutent au moment du choix de la juridiction compétente et se concrétisent lors de la mise en œuvre de la clause[2007]. La question rejoint ici une question connexe, en matière civile et commerciale, qui se pose en amont de l'appréhension des clauses attributives de juridictions par l'intermédiaire du droit des clauses abusives[2008]. Or, cette question est ici

[2004] En ce sens également : C. REYDELLET, *op. cit.*, p. 311.
[2005] A. NUYTS, « Forum shopping et abus de forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p. 785.
[2006] E. CORNUT, « *Forum shopping* et abus du choix de for en droit international privé », *JDI*, 2007, 1, doct. 2, n° 35.
[2007] Cette configuration avait déjà été relevée : « Il n'est pas impossible que la partie qui occupe une position dominante dans les relations contractuelles impose cette clause à l'autre partie ; il y aura abus si l'avantage que le demandeur retire de cette clause est disproportionné par rapport au préjudice qu'elle cause au défendeur ». H. GAUDEMET-TALLON, « De l'abus de droit en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : les relations privées internationales*, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, p. 383, spec. p. 388.
[2008] Sur cette question : C. REYDELLET, *op. cit.*, p. 335 et s.

une question de validité substantielle de la clause attributive de juridiction[2009]. L'on s'éloigne donc fortement de la problématique des lois de police qui entretient un lien avec l'aspect juridictionnel de la clause, c'est-à-dire avec sa licéité. Ainsi, si *in fine* la remise en cause de la clause pourrait profiter à l'ordre juridique dont la disposition de police risque d'être évincée, elle n'est qu'un effet secondaire et ne saurait être un remède pleinement efficace, car ne visant pas expressément cette difficulté.

1401. Il reste encore la potentielle remise en cause de la conformité de la clause aux droits fondamentaux lorsque celle-ci entraine une restriction trop importante à l'accès au juge, même si cette voie n'est pas encore exploitée.

1402. Par conséquent, quoi qu'il en soit de l'efficacité de ces divers mécanismes sur la clause attributive, il ne faut pas perdre de vue le but de notre entreprise, à savoir l'application de la loi de police dans le litige. À ce titre, deux problèmes semblent se poser qui sont non spécifiques à la clause attributive. Tout d'abord, l'abus de droit permet de protéger une personne précise. Or, lorsqu'il y a lieu de s'attaquer à la volonté des parties de contourner la législation internationalement impérative, c'est l'ordre juridique qu'il s'agit de protéger. Il ne s'agit pas de garantir le respect de l'intérêt privé, mais celui de l'intérêt public. Il est vrai que le défendeur peut avoir un intérêt particulier à voir la loi de police s'appliquer et par conséquent à voir se maintenir la corrélation entre compétence législative et compétence juridictionnelle. Pour autant, même si les intérêts de l'ordre juridique et du plaideur peuvent se rejoindre, l'ordre juridique ne saurait faire reposer entièrement sa lutte contre le détournement des lois de police sur l'existence d'un intérêt privé convergent et sur la diligence du plaideur. Ensuite et surtout, comme l'exprime un auteur, « il apparaît difficilement envisageable […] qu'un abus de procédure soit sanctionné par un juge autre que celui dont la saisine est abusive »[2010].

1403. En définitive, cette théorie de l'abus de droit, même adaptée à la clause attributive, nous semble en grande partie impuissante à régler le problème du contournement des lois de police par la délocalisation du litige. Il convient dès lors de rechercher d'autres solutions.

[2009] Même s'il y a parfois des confusions entre licéité et validité. Pour un exemple : CA Paris, 12 février 2016, Facebook, n°15/08624. *RTD Civ.*, 2016, p. 310, note L. USUNIER.

[2010] L. USUNIER, « Le règlement Bruxelles I *bis* et la théorie de l'abus de droit », *op. cit.*, p. 449, spec. p. 478.

B- La lutte contre l'évincement d'une loi de police par le recours au *forum non conveniens*

1404. L'existence d'une loi de police étrangère applicable au litige peut amener le juge saisi et compétent à se poser la question de l'opportunité de sa compétence alors qu'est en jeu un intérêt prépondérant d'un for étranger. Deux hypothèses doivent alors être distinguées.

1405. La première hypothèse est celle où une loi de police étrangère applicable est assortie d'une règle de compétence impérative ou exclusive[2011]. Dans cette première situation, l'ordre juridique étranger évincé a pourtant entendu monopoliser le litige. La décision rendue par le juge saisi ne sera pas susceptible de reconnaissance dans le for évincé. Cette situation doit amener le juge à se prononcer sur l'opportunité de sa compétence[2012].

1406. La seconde situation est celle où une loi de police étrangère est applicable sans pour autant que l'ordre juridique se soit doté d'une règle de compétence juridictionnelle permettant de garantir son application. Dans cette seconde hypothèse, l'ordre juridique dont la loi de police est applicable n'a pas revendiqué la monopolisation du litige. Pour autant, son intérêt public reste en jeu. En effet, si le juge saisi accepte de trancher le litige, il peut participer, malgré lui, du processus de contournement des dispositions internationalement impératives étrangères de sorte que l'interrogation du juge quant à sa propre compétence doit se poser. Parmi les méthodes aptes à interroger le juge sur sa propre compétence, l'exception de *forum non conveniens* est *a priori* la plus à même à relever le défi alors même que sa finalité originelle ne s'inscrit pas dans cette optique[2013]. Si la considération de la loi applicable a toujours eu une place particulière dans la doctrine du *forum non conveniens*, ce sont généralement des arguments tenant à la bonne administration de la justice qui justifient une considération spécifique et non les valeurs contenues par

[2011] Dans ce dernier cas, cette problématique rejoint celle de l'effet réflexe des compétences exclusives. Sur lequel, voir *supra* n°147 et s.
Sur l'effet réflexe et le besoin de concourir à la réalisation des objectifs des fors étrangers. L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *op. cit.*, p. 322 et s.

[2012] Même si des liens existent entre le juge saisi et le litige, ou si le juge est élu par les parties, l'existence d'un intérêt public prépondérant du for étranger qui présente des liens étroits avec le litige et le risque de situation boiteuse qui découle du régime des règles de compétence justifie de s'interroger sur la pertinence pour le juge de se reconnaître compétent.

[2013] Le droit anglais est souvent cité en exemple pour illustrer le refus de prendre en compte les intérêts publics dans le fonctionnement de l'exception de *forum de non conveniens*. *Lubbe v. Cape plc* [2000] 1 WLR 1545 (HL), p. 1566.
Pour une présentation de l'état de ce mécanisme en droit anglais et américain dans l'optique d'une prise en considération des intérêts publics. B. ARCHINARD-GREIL, *op. cit.*, p. 588-589.

cette loi. Cela s'explique une fois encore par l'importance de la dissociation entre *forum* et *jus*, qui, si elle n'est pas souhaitée au plan pragmatique au point d'affirmer un déclinatoire de compétence, reste conceptuellement marquée. La présence d'une loi de police se situe pourtant dans cette concordance plus conceptuelle entre *forum* et *jus*[2014]. L'on retrouve d'ailleurs ici les analyses développées par Ehrenzweig[2015].

1407. Le recours au *forum non conveniens* doit ici être orienté vers le droit substantiel et non seulement être envisagé comme un instrument de justice procédurale. Il n'est pas question ici de se positionner sur le titre de compétence du juge, mais sur l'exercice de sa compétence [2016] avec ou sans sursis à statuer[2017]. Certes, sa mise en œuvre est, par principe, défendue par le droit de l'Union européenne[2018] attaché au principe de sécurité juridique[2019], malgré sa progression en droit international privé européen de la famille. Il n'en demeure pas moins que son étude reste intéressante, au moins de *lege lata*, pour les cas où le droit international privé européen ne trouve pas à s'appliquer.

1408. Mais, avant d'étudier la possibilité de refuser l'exercice de sa compétence, il y a lieu de savoir si le juge saisi peut être habilité par son ordre juridique à appliquer la disposition étrangère que ce soit au titre de la règle de conflit de lois ou de celui des lois de police étrangères. Si le for peut appliquer la disposition internationalement impérative étrangère, il est en mesure de concourir à la sauvegarde de l'intérêt public étranger sans se dessaisir face à une loi de police. Cette habilitation compense la rupture du lien entre

---

[2014] L'on comprend dès lors l'interrogation que suscite l'utilisation d'un tel instrument pour parvenir à cette fin : « Dans la mesure où la dissociation des compétences judiciaire et législative est présentée par la doctrine comme un principe fondamental du droit international privé moderne, la prise en compte de ce facteur suscite logiquement l'hésitation. […] S'ensuit-il que la loi applicable ne doive pas être prise en compte par le juge lorsqu'il s'interroge sur le caractère particulièrement inapproprié de sa compétence et l'existence d'un autre tribunal compétent clairement plus approprié ? ». C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *op. cit.*, T. II, p. 619.

[2015] Voir *supra* n°1243 et s.

[2016] De plus, « en l'absence de véritable *incompétence* du for, celui-ci pourrait simplement surseoir à statuer en restant saisi de l'action pendant un temps déterminé, tout en suspendant néanmoins son traitement. Ce mode de dessaisissement pourrait alors constituer le fondement d'une vérification réalisée, au cas concret, de la possibilité *effective* de résoudre le litige dans l'ordre juridique étranger et de son *opportunité*, tout en laissant la possibilité d'une reprise d'instance ». B. ARCHINARD-GREIL, *op. cit.,* p. 487-488.

[2017] L'exception de *forum non conveniens* diffère dans ses effets selon qu'il « oblige » le juge à rejeter l'action ou qu'il évoque un « *stay of proceedings* », permettant au demandeur de ressaisir la justice lorsqu'il existe des motifs appropriés pour le faire. Pour exemple, *Mohammed v./ Bank of Kuwait and the Middle East KSC*, [1996] 1 W. L. R. 1483, « *the court, in its discretion, can lift the stay if suitable grounds are shown* ».

[2018] CJCE, 1er mars 2005, *Owusu c/Jackson*, C-281/02 précité.

[2019] Sur cette prohibition de principe du *forum non conveniens* et son lien avec la sécurité juridique : voir *supra* n°1303 et s.

forum et *jus* en présence d'une loi de police et la compétence du juge ne devrait pas être remise en cause[2020].

1409. Toutefois, quand bien même le juge serait habilité à appliquer la loi de police étrangère, encore faut-il que la loi de police à appliquer ne soit pas trop complexe à mettre en œuvre. En raison de leur complexité, certaines catégories de lois de police doivent en effet être mises en œuvre seulement par le juge de l'ordre juridique dont elles émanent[2021]. Dans ces cas, la concordance entre *forum* et *jus* est alors nécessaire à leur effectivité. C'est notamment le cas en présence de lois de police qui nécessitent lors de leur application ou leur sanction l'intervention d'un organe public et qui sont aussi nommées lois de police « administratives »[2022].

1410. L'opportunité de mettre en œuvre l'exception de *forum non conveniens* repose donc, dans notre hypothèse, soit sur l'impossibilité pour le juge saisi d'appliquer la loi de police étrangère en raison d'un défaut d'habilitation, soit sur le fait qu'une loi de police est trop complexe à mettre en œuvre et que la compétence du juge « fausserait l'application de la loi (de police) étrangère compétente »[2023], d'autant plus lorsque la compétence du juge n'est pas évidente[2024]. Dans cette dernière hypothèse, le recours à l'exception de *forum non conveniens* se rapprocherait ici de son acception restrictive australienne[2025] selon laquelle le juge refuse d'exercer sa compétence lorsque le for étranger est le plus approprié pour trancher le litige, mais de surcroît lorsque le juge du for n'est pas le mieux placé[2026]. Cette

---

[2020] L'on peut alors adopter une attitude de défiance contre tout dessaisissement du juge au profit de l'ordre juridique dont la loi est applicable. « Le pouvoir du juge sur l'exercice de sa compétence ne doit pas être envisagé comme le moyen d'assurer le parallélisme des compétences judiciaire et législative ». C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *op. cit.,* T. II, p. 619.

[2021] Un exemple de cette catégorie de lois de police a pu être fourni en matière d'assistance éducative. En présence de telles dispositions, « diverses considérations rendent préférable un refus de compétence. Tout d'abord, ce sont les organes de la résidence du mineur qui sont les mieux placés pour prendre les mesures qui leur paraissent utiles. Ensuite, les organes tiendront à mettre eux-mêmes en œuvre la loi qui protège leur société. Enfin, la mesure d'assistance envisagée implique souvent l'intervention d'un service public étranger ». P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.,* n° 316.

[2022] A. NUYTS, « L'application des lois de police dans l'espace », *op. cit.,* spéc. p. 42, n° 5.

[2023] B. AUDIT, note sous Cass. Soc., 6 février 1986, *D.*, 1986, p. 266.

[2024] C'est le cas par exemple lorsque le juge élu par les parties ne présente pas de lien étroit avec le litige ou lorsque le demandeur saisit un juge sur le fondement d'une compétence exorbitante.

[2025] Pour une présentation de la « version » australienne du *forum non conveniens*. L. USUNIER, *op. cit.,* p. 381 et s.

[2026] « La version australienne du *forum non conveniens* est d'autant plus restrictive que, pour se dessaisir, le juge du for ne doit pas simplement être moins approprié que le juge étranger pour trancher le litige, mais clairement inapproprié. Cela implique d'abord que le juge australien n'ait pas de lien significatif avec le litige, ce qui exclut normalement son dessaisissement lorsque l'Australie est le lieu du domicile du défendeur ou de survenance des faits à l'origine du litige ou encore lorsque la loi australienne est applicable. La saisine du juge australien doit ensuite imposer au défendeur des inconvénients assez graves pour qu'il subisse une véritable injustice ». *Ibid,* p. 382.
Toutefois, nous remarquons que l'accent mis sur le défendeur dans cette version du *forum non conveniens* pour effectuer une mise en balance des intérêts de chacune des parties dévie ici l'objectif de protection du droit matériel

considération ne devrait cependant pas se faire en seule considération des parties et du lien qu'entretient le for avec le litige[2027], mais en considération de la possibilité et l'opportunité d'appliquer la loi de police.

1411. L'exception de *forum non conveniens* interviendrait alors comme instrument de droit matériel permettant une autorégulation de la compétence juridictionnelle[2028]. Elle serait un moyen de prêter main-forte à l'ordre juridique étranger dans la préservation de ses intérêts publics prépondérants[2029]. En ce sens, l'exception de *forum non conveniens* tendrait de manière unilatérale à garantir une meilleure coordination des ordres juridiques[2030] en intervenant comme un instrument de justice matérielle en faveur du for étranger[2031], venant également pallier les excès de l'autonomie des parties dans un contexte international.

1412. Il s'agirait en réalité d'une clause spéciale de *forum non conveniens*, spécialement orientée. L'on peut dresser un parallèle ici avec l'article 15 du Règlement Bruxelles II *bis*[2032] qui permet le dessaisissement du juge en prenant en considération l'intérêt supérieur de l'enfant. Le pouvoir d'initiative du juge et le dialogue interjuridictionnel sont particulièrement remarquables. Dans un espace de coopération, un tel mécanisme serait également opportun en matière de loi de police.

étranger, qui certes pourra servir à fixer la prétention du défendeur, mais doit pouvoir obtenir une protection indépendante de lui.

[2027] Le for peut effectivement présenter des liens étroits avec le litige, mais ne pas être le plus approprié pour appliquer la loi de police évincée qui présente également un lien étroit avec le litige.

[2028] L'on retrouve ici la recherche du raisonnable qui oblige à mettre en balance des intérêts divers. La mise en balance des intérêts propres au mécanisme du *forum non conveniens* pourrait par conséquent être adaptée en tenant compte des intérêts du for étranger à voir ses lois de police appliquées, des intérêts du for saisi à trancher le litige, et de l'intérêt des personnes privées en termes de sécurité juridique, notamment lorsqu'elles ont conclu une clause attributive de juridiction. Le for devrait également tenir compte des moyens de protection de l'intérêt public étranger dont il dispose, à savoir la possibilité d'appliquer la politique législative étrangère. Enfin, il pourrait être pris en considération le risque de non-reconnaissance de la décision rendue dans le for évincé dans les situations où la non-application de la loi de police entrainerait également une atteinte à l'ordre public international du for étranger.

[2029] En ce sens, R. FENTIMAN, « Foreign Law and the Forum Non Conveniens », in *Essays in Honour of Arthur T. von Mehren*, New York, Transnational Publishers, 2002, spéc. p. 275.

[2030] En ce sens, B. ARCHINARD-GREIL, *op. cit.,* p. 445 et s. ; B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme de lois de police en droit international privé*, *op. cit.,* n°748 ; P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.,* p. 207 ; L. D'AVOUT, « Les lois de police », *op. cit.,* p. 120.

[2031] En ce sens, le *forum non conveniens* interviendrait ici comme un « véritable procédé de réglementation, imprimant la marque de la puissance étatique dans les rapports privés internationaux ». H. MUIR WATT, préface de C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000.

[2032] Article 15 du Règlement Bruxelles II *bis*.

1413. En dehors d'une telle coopération, des difficultés perdurent. Quelle attitude devrait avoir le juge en cas conflit de compétences juridictionnelles exclusives ?[2033] Que faire, de même, en cas de conflit de lois de police ? Que faire, ensuite, lorsqu'à l'inverse l'exercice discrétionnaire du juge risque de déboucher sur un conflit négatif de compétence[2034] ? L'avantage de cet instrument discrétionnaire qui permet une approche concrète du litige dépend par conséquent de l'attitude du juge étranger et risque de ne pas aboutir à l'objectif poursuivi[2035]. Son refus de reconnaissance en droit positif ou ses déclinaisons timides commandent de rechercher d'autres modes de concrétisation de l'objectif poursuivi par la loi de police.

C- La lutte contre l'évincement d'une loi de police par l'application des lois de police étrangères

1414. Afin d'éviter que les parties puissent aisément contourner l'application de la loi de police de l'ordre juridique qui présente le plus de liens avec le litige, une solution réside dans la possibilité pour le juge étranger saisi d'appliquer les lois de police étrangères. Si une telle possibilité était généralisée, la concordance entre compétence juridictionnelle et loi de police serait moins nécessaire. En effet, la concordance se justifie lorsque l'intérêt de l'ordre juridique dans le litige est tellement important qu'il ne permet pas l'action d'un ordre juridique étranger ou que l'ordre juridique étranger est impuissant à donner son concours à la préservation de l'intérêt public du for. Or tel n'est pas le cas lorsque le juge est en mesure d'appliquer des lois de police étrangères. Il y a donc lieu d'envisager une extension du champ d'application des lois de police étrangères aux autres dispositions

---

[2033] Lorsque l'exclusivité est le résultat de la volonté des parties ou d'une compétence d'ordre public. Sur l'opportunité de faire prévaloir le « for choisi » ou le « for approprié ». C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *op. cit.,* T. I, p. 248 et s.

[2034] Dont un exemple caractéristique est offert en France par la jurisprudence *West Carribean*. Cass. 1ère civ, 7 décembre 2011, *West Carribean*, n°10-30.919. *D*., 2012, p. 254, note. P. DELEBECQUE ; *D*., 2012, p. 1228, obs. F. JAULT-SESEKE ; *Rev. Crit. DIP*, note A. MAITREPIERRE ; *RTD civ*., 2012, p. 367 ; obs. P. THERY ; *JCP G*, 2012, p. 241, note L. D'AVOUT.

Des difficultés supplémentaires peuvent être perçues dans la jurisprudence américaine où l'intérêt public étranger a pu être instrumentalisé pour servir de justification au refus des juridictions américaines de trancher le litige. *Bhophal, In re. Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal*, India, 634 F. Sup. 842 (S.D.N.Y. 1986). Alors que l'État indien avait fait part aux juridictions américaines de l'impossibilité de mener à bien la résolution du litige en Inde, les juridictions américaines ont tout de même retenu l'exception de *forum non conveniens*. « *The Indian interest in creating standards of care, enforcing them or even extending them, and of protecting its citizens from ill-use is significantly stronger than the local interest in deterring multinationals from exporting allegedly dangerous technology* ».

De telles difficultés ont pu également être perçues en droit québécois où l'introduction du *forum non conveniens* est plus récente. Voir notamment : J. TALPIS, S. L. KATH, « The Exceptional as Commonplace in Quebec Forum Non Conveniens Law : Cambior, a Case in Point », (2000), 34 *Revue juridique Thémis*, p. 761.

[2035] Sur ces difficultés voir, C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *op. cit.,* T. II, p.585 et s.

impératives présentant des liens significatifs avec le for, ce qui permettrait de dépasser dans une grande mesure le contournement des lois de police.

1415. La possibilité d'appliquer une loi de police étrangère n'a rien de théoriquement impossible. Elle implique l'adoption d'une méthode unilatéraliste fondée sur la volonté d'application des lois[2036] en vue de rendre efficace la législation étrangère[2037]. Désormais, dans un système de relativisation de la technique de rattachement, la remise en cause du choix opéré par la règle de conflit ne doit pas étonner, d'autant plus lorsque cette remise en cause est commandée par des intérêts supérieurs.

1416. Cet unilatéralisme atteste toutefois l'impossibilité d'opter pour la bilatéralisation des lois de police. La règle de conflit bilatérale n'est en effet *a priori* pas adaptée pour cela[2038]. Son support méthodologique n'est pas compatible avec l'objectif poursuivi par la loi de police. De surcroît, admettre la bilatéralisation des lois de police risque d'aboutir à des solutions inopportunes et de faire tourner à vide la règle de conflit bilatérale en désignant des lois qui ne revendiquent pas une telle compétence alors même que le procédé est censé être dérogatoire et spécialement justifié[2039].

1417. Tout au plus, le résultat de la règle de conflit bilatérale peut coïncider avec la loi de police, mais cela relèvera du hasard, sauf à démontrer l'universalisation de la nécessité et de la volonté de poursuivre l'objectif. Dans ce dernier cas, la figure de la règle bilatérale n'est pas à exclure, même si elle est désormais fonctionnellement animée et orientée. Elle est devenue régulatoire. La question de la détermination de la compétence juridictionnelle n'en reste pas moins importante pour assurer l'effectivité de l'objectif promu, même si la concordance présente une importance moindre. L'on voit ici que ce qui importe est plus le contenu de la loi de police que son support méthodologique. En

---

[2036] Telle que conceptualisée par Quadri. Sur cette méthode, P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *op. cit.,* p. 228.

[2037] En ce sens, « la question de la réception et l'application de la norme étrangère interventionniste impliquent toujours la mise en œuvre d'une méthode unilatérale de reconnaissance d'efficacité ». L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, *op. cit.,* p. 726.

[2038] En ce sens, « la règle de conflit de lois ne désigne pas les lois qui se trouvent être aussi de police avec la même autorité et la même impérativité qu'elle met à désigner les lois étrangères de pur droit privé, parce que celles-ci sont les seules à faire partie de la communauté de droit sur laquelle la règle de conflit de lois a été construite ». P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *op. cit.,* p. 228, spec. p. 230.

[2039] « À quoi peut en effet servir d'appliquer une loi étrangère au titre de la loi de police quand, pour l'État qui l'a faite, elle ne l'est pas, ou l'est, mais vise d'autres faits que ceux auxquels on l'applique ? L'organisation de cet État ne s'en trouvera pas renforcée, ni mieux assurée, et les parties ne verront pas leur solution mieux établie ni plus durablement ». *Ibid*, p. 234.

Voir également, Y. LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, *op. cit.*, p. 231.

effet, c'est bien l'objectif poursuivi par la loi de police qui mérite d'être promu, indépendamment de la méthode poursuivie. Mais, en l'absence des hypothèses où la politique législative a pu être universalisée pour devenir une politique législative européenne et s'épanouir sous une structure bilatérale, l'application des lois de police étrangère reste possible en adoptant une vision unilatéraliste.

1418. L'application des lois de police étrangères relève donc d'une analyse en termes d'opportunité. Rappelons à cet égard que le refus d'application des lois de police étrangères peut même s'avérer très pénalisant pour les parties[2040], lorsqu'est en jeu un embargo par exemple[2041] (bien que dans ce dernier cas, le rattachement méthodologique est parfois discuté[2042]). En découlent des conséquences néfastes pour les parties, une absence d'harmonie internationale des solutions, des intérêts publics étrangers niés. Un argument supplémentaire en faveur de l'application des lois de police s'ajoute dans l'espace européen en raison de la coopération entre les États membres[2043]. Le contexte coopératif devrait logiquement être un terreau fertile sur lequel l'entraide entre les ordres juridiques pourrait prospérer, d'autant plus lorsque la promotion de l'intérêt public étranger rejoint la promotion de l'intérêt collectif unioniste, à l'image des faits de l'affaire *Nikiforidis*[2044]. Dans un tel cas, l'application des lois de police étrangère devrait pouvoir être appuyée par l'application du principe de coopération loyale, au fondement du droit

[2040] Comme le relève le professeur S. Bollée, « les personnes privées elles-mêmes seraient exposées à des dangers non négligeables si les règles de droit international privé prescrivaient au juge saisi de se montrer systématiquement indifférent aux prétentions des lois de police en vigueur à l'étranger. Pareille approche exposerait en effet les sujets de droit à des conflits de devoirs juridiques récurrents, liés aux divergences entre les points de vue entretenus par les ordres juridiques étatiques sur leur situation contractuelle : typiquement, le for aveugle à la volonté d'application d'une loi de police étrangère exigerait du débiteur l'exécution du contrat, alors même que celle-ci pourrait exposer l'intéressé à des sanctions dans l'État auteur de ladite loi de police ». S. BOLLEE, « La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 203, spec. p. 204.

[2041] Concernant une loi ghanéenne d'embargo : Cour d'appel de Poitiers sur renvoi, 2ème chambre, 29 novembre 2011, n° 747 R. G. :10/03500, *SA Viol Frères c./Société de droit danois AP Moller Maersk A. S. et société Philippe Faudever et Compagnie. RTD com.* 2012, p. 217, obs. P. DELEBECQUE ; *DMF*, 2012, n° 738, note O. CACHARD. Cass. com. 16 mars 2010, *JCP G*, 2010, p. 530 note D. BUREAU, L. D'AVOUT ; *D.*, 2010, p. 2323, obs. S. BOLLEE ; *JDI*, 2011, p. 2, note A. MARCHAND ; *DMF*, 2010, n°714, note S. SANA-CHAILLE DE NERE. Concernant la loi américaine d'embargo à l'encontre de l'Iran : CA Paris, 25 février 2015, *D*, 2015, p. 1260, M. WINKLER, A. LACOMBE ; D. 2015, p. 2035, obs. L. D'AVOUT.

[2042] Ces lois peuvent être vues par une partie de la doctrine comme des lois de droit public ou encore perçues sous l'angle du conflit de juridictions du fait de leur nature décisionnelle. Voir en ce sens, P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.,* p. 349 ; P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *op. cit.,* p. 277.

Pour une vision indifférente de la distinction méthodologique : F. RIGAUX, « Droit économique et conflit de souveraineté », *RabelsZ.* 52, 1988, p. 105 ou plus nuancée, S. BOLLEE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Paris, Economica, 2004, n°474. Pour une appréhension de ces lois transcendant ces distinctions conceptuelles, L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, *op. cit.,* p. 719 et s.

[2043] Voir *supra* n°297 et Section 2, Chapitre 2, Titre 2, Partie.

[2044] CJUE, 18 octobre 2016, *Nikiforidis*, arrêt précité.

de l'Union européenne. Un tel appui du droit primaire de l'Union européenne au droit international privé de l'Union européenne a d'ailleurs été évoqué lors des discussions tenant à élaborer un Code européen de droit international privé tout en soulignant l'impossibilité d'en fixer une règle rigide et générale[2045].

1419. Cette possibilité d'appliquer les lois de police étrangères est notamment connue depuis un certain nombre d'années du droit anglais[2046], au prix parfois de certaines contorsions juridiques. Un exemple tiré de la jurisprudence anglaise et illustré par le professeur P. de Vareilles Sommière illustre parfaitement cette situation. Dans l'affaire *Regazzoni v. KC Sethia*[2047], les juridictions anglaises se fondent sur l'ordre public anglais et le principe de *comity* pour refuser de faire produire des effets à un contrat dont l'exécution devait se réaliser en Angleterre lorsque cette exécution heurte une loi de police d'un pays étranger « ami »[2048]. Les juges anglais ont eu recours à des subterfuges[2049], car ils n'étaient pas clairement habilités à appliquer les lois de police étrangères en dehors de celles du lieu d'exécution du contrat[2050].

[2045] « Quant aux principes généraux du droit de l'Union […], ils ont vocation à guider l'interprétation des principes généraux de droit international privé européen. Mais il n'est pas nécessaire d'aller au-delà de ce qui figure déjà dans les traités. La concrétisation de ces principes n'est pas un exercice évident. Par exemple, si on prend le principe de la coopération loyale entre États membres dans la poursuite et la réalisation des buts de l'Union, c'est un principe indispensable qui est resté trop longtemps lettre morte. Dans l'arrêt *Nikiforidis*, la Cour de Justice n'a pas cerné l'importance de ce principe général dans le cadre concret de l'application des lois de police d'un autre État membre. Tout en précisant qu'il est presque impossible de formuler cela dans une règle de droit international privé, le rapporteur indique que cela ne change rien au fait que – dans le cadre d'un exercice de codification – il faudra trouver un moyen de faire comprendre que les principes du droit de l'Union peuvent guider l'interprétation des règles, même classiques, de droit international privé ». Compte-rendu des travaux du GEDIP lors de la vingt-neuvième réunion à Katowice, 13-15 septembre 2019, p. 42

[2046] *Ralli Brothers v. Compañia Navirea Sota y Aznar* [1920] 2 K.B. (King's Bench Division) 287, *per* Scrutton L.J., spec. p. 304 : « *Where a contract requires an act to be done in a foreign country, it is, in the absence of very special circumstances, an implied term of the continuing validity of such a provision that the act to be done in the foreign country shall not be illegal by the law of that country* ».

[2047] *Regazzoni v. K.C. Sethia* (1944) Ltd, [1958], AC 301. Reproduit à *JDI*, 1961, p. 1141. Dans cette affaire, un contrat d'exportation portant sur des toiles de jute venant d'Inde devait s'exécutait en Angleterre alors que les règles matérielles indiennes prohibaient une telle exportation.

[2048] « *Held, that the contract was unenforceable since an English court will not enforce a contract, or award damages for its breach, if its performance would involve doing an act in a foreign and friendly State which violates the law of that State. This principle is based on public policy and international comity* ». Jurisprudence précitée.

[2049] Comme il a été remarqué, une telle solution revient à consacrer un résultat paradoxal : « S'il s'agit de dire que la loi anglaise privant d'efficacité en Angleterre un contrat violant la loi prohibitive d'un *friendly foreign state* est une loi de police, cela revient à créer une loi de police du for pour rendre efficace la loi de police étrangère ne remplissant pas les conditions posées par la jurisprudence à cette fin ; on peut trouver la solution byzantine…S'il s'agit d'affirmer que l'ordre public anglais (tel que protégé aujourd'hui par l'article 21 du Règlement Rome I) s'oppose à ce qu'un contrat mette en danger les relations entre l'Angleterre et un *friendly foreign state*, cela revient à faire jouer l'exception d'ordre public contre la loi du for applicable au contrat, alors que cet outil est au départ réservé à l'éviction de la loi étrangère ; on sombre alors dans le contre nature… » P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.,* p. 207, spéc. n°66.

[2050] L'esprit d'une telle solution était déjà présent dans deux affaires précédentes. *Kahler v. Midland Bank Ltd.* [1950] A. C. 24 ; *Zivnostenka Banka v./Frankman*, [1950] A.C. 57. Reproduit à *JDI*, 1950, p. 657 et s.

1420. En droit de l'Union européenne, cette faculté d'appliquer des lois de police étrangères existe en matière contractuelle conformément à l'article 9 § 3 du Règlement Rome I[2051] alors même que d'autres lois peuvent entretenir des liens étroits avec le litige. Mais, les autres règlements restent muets sur une telle possibilité. Le besoin d'étendre le champ d'application des lois de police étrangères se fait donc ici pleinement ressentir d'autant plus lorsque le contournement des lois de police est facilité par le libéralisme du droit positif.

1421. Il reste toutefois à combattre l'argument se fondant sur la nécessité d'une prévisibilité des solutions. Celui-ci est logiquement invoqué pour faire prévaloir les intérêts privés, mais l'application des lois de police étrangères se justifie par une prévalence de l'intérêt public étranger[2052] qui n'a, au demeurant, vocation qu'à demeurer exceptionnelle. L'extension du champ d'application des lois de police ne doit pas s'analyser comme une obligation rigide du juge, mais comme une faculté offerte à celui-ci. Cela revient à admettre, après une analyse concrète des intérêts en présence, des liens de proximité entre la loi étrangère et le litige, la supériorité hiérarchique de l'intérêt public sur l'intérêt privé lorsque cela est nécessaire. Une telle affirmation ne nous semble pas déraisonnable[2053].

1422. En outre, l'application de la loi de police doit pouvoir être pensée au regard du contenu de la loi. Autrement dit, ce n'est pas tant la loi en tant que telle qui doit être respectée que son contenu. Il se peut que la loi désignée par la règle de conflit aboutisse au même résultat que celui recherché par la loi de police. Un tel contrôle de l'équivalence permettrait de sauvegarder l'efficacité de la clause attributive de juridiction tout en s'assurant du respect des intérêts publics en cause dans le litige.

1423. L'extension du champ d'application des lois de police peut dès lors être souhaitée sans glisser dans une démarche qui ruinerait l'objectif de sécurité juridique. Cependant, il est vrai que face aux incertitudes de leur mise en œuvre, la protection des

---

[2051] Voir *supra* n°290 et s.

[2052] Sur cette question voir, A. MARS, *La prévalence des intérêts : contribution à l'étude du droit international privé dans un contexte néolibéral*, thèse dactyl., Bordeaux, 2017.

[2053] Un auteur résume très bien cette affirmation : « If a foreign country has a strong interest in the application of its law, and if this would not conflict with interest of the forum, it seems reasonable that the foreign law should be applied ». T. C. HARTLEY, « The Modern Approach to Private International Law: International Litigation and Transactions From a Common Law Perspective », Cambridge University Press, 2009, 235, cité par S. FRANCQ, F. JAULT-SESEKE, « Les lois de police une approche de droit comparé », in S. CORNELOUP, N. JOUBERT, *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Paris, Litec, 2011, spéc. p. 392.

lois de police en cas de contournement délibéré par une ou les deux parties, ou en cas de contournement fortuit, doit être pensée par un instrument plus sûr. C'est en ce sens qu'il nous semble que l'extension du domaine de la concordance des compétences juridictionnelle et législative présente des mérites. Cela oblige à penser l'existence d'une compétence juridictionnelle fondée sur l'applicabilité de la loi de police.

§2 : La compétence juridictionnelle fondée sur l'applicabilité de la loi de police

1424. L'existence d'une loi de police qui préempte l'application de la règle de conflit de lois et empêche l'application de la loi étrangère au nom de la sauvegarde d'un intérêt public semble justifier qu'une règle de compétence juridictionnelle garantisse son application. Pour certains, « le caractère d'ordre public attaché à certaines règles substantielles appelle l'intervention du juge national seul disposé à se faire le gardien de ces principes »[2054].

1425. Si une telle compétence est parfois rejetée par la doctrine[2055], nombreux sont les auteurs qui ont relevé la nécessité d'une telle complémentarité dans le régime des deux règles de compétence, notamment à l'issue de l'arrêt *Monster Cable*[2056]. Cet appel à la concordance des compétences s'intensifie effectivement à l'époque contemporaine par le constat d'un contournement facilité des lois de police à l'instance directe et confirmé à l'instance indirecte[2057]. Mais, les débats sont plus vifs dès qu'il s'agit de s'aventurer sur le choix du régime de cette règle de compétence. Les positions sont ici plus divisées.

1426. Une fois énoncée l'opportunité d'une telle compétence (A), il faudra donc déterminer le régime de la compétence fondée sur l'application d'une loi de police (B).

[2054] P. HEBRAUD, *op. cit.,* p. 236. Voir également D. HOLLEAUX, *op. cit.,* p. 352, n° 382. Dans le même sens, « Il paraît naturel de voir dans la compétence des lois de police d'un pays, un indice sérieux en faveur de l'impérativité de la compétence de ses juridictions ». Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ?. Cours général de droit international privé », *op. cit.,* p. 510, n° 328.

[2055] A. SINAY-CYTERMANN, *L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale*, *op. cit*., spec. n°169 et s. ; P. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, thèse dactyl., Paris-X-Nanterre, 2000, spec. n°239 et s. L. RADICATI DI BROZOLO, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des lois d'application semi-nécessaires ? » *op. cit.*.

[2056] Voir les notes sous l'arrêt : *supra* n°328.

[2057] Voir *supra* Section 2, Chapitre 2, Titre 1, Partie 1.

A- L'opportunité de la compétence juridictionnelle fondée sur l'applicabilité d'une loi de police.

1427. L'idée d'une compétence fondée sur l'applicabilité d'une loi de police a été développée par Niboyet[2058]. De manière plus contemporaine, c'est l'idée développée par le professeur Y. Lequette[2059], poursuivie par le professeur E. Pataut[2060], qui trouve écho dans des études récentes[2061]. Dans sa thèse de doctorat, le professeur E. Pataut propose l'existence d'une compétence juridictionnelle fondée sur l'applicabilité des lois de police. Pour ce faire, il va surmonter deux séries d'obstacles. La première a trait à la remise en cause du fondement du droit international privé induite par une telle proposition. La seconde est liée au régime de la règle de compétence juridictionnelle qu'implique une telle solution.

1428. Tout d'abord, « il est difficilement concevable que l'État puisse considérer que son intérêt est si directement engagé qu'il faut écarter la mise en œuvre de la règle de conflit classique sans pour autant assortir une telle règle d'un chef de compétence juridictionnelle ouvrant à ses tribunaux la possibilité de mettre en œuvre la loi qualifiée de police »[2062].

1429. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que les auteurs qui affirment l'indépendance entre *forum* et *jus* comme fondement du droit international privé contemporain expliquent dans le même temps qu'en présence d'une règle de droit public où l'intérêt de l'État est directement engagé, « on ne concevrait pas une telle dualité : les questions qui intéressent l'État français doivent être jugées par ses tribunaux et selon sa propre loi »[2063]. Certes, l'affirmation concerne les règles de droit public. Pour autant, en raison de la définition des lois de police, une analogie de raisonnement est possible.

[2058] Selon cet auteur, il faut savoir « où se localise l'intérêt de police » pour ensuite désigner le juge compétent, puisque selon lui seul l'État qui a édicté la loi de police devrait accepter de l'appliquer. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, Paris, Sirey, 1949, p. 445-448, n° 1834 et s. ; Il convient toutefois de préciser que la doctrine de Niboyet s'explique dans un contexte d'incompétence des juridictions françaises pour connaître des litiges entre étrangers.
L'on retrouve des considérations similaires chez Fragistas. N. FRAGISTAS, « La compétence internationale en droit privé », *op. cit.,* p. 175.

[2059] Y. LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, *op. cit.,* p. 258 et s.

[2060] E. PATAUT, *op. cit.*

[2061] E. PATAUT, *op. cit.* ; E. FARNOUX, *op. cit.,* t. II, p. 660 et s. ; B. ARCHINARD-GREIL, *op. cit.,* p. 318 et s. ; C. REYDELLET, *op. cit.*

[2062] E. PATAUT, *op. cit.,* p. 179. L'auteur reprend et poursuit la thèse développée par Y. Lequette, Y. LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, *op. cit.,* p. 258.

[2063] H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international*, Paris, LGDJ, 8ème ed. n°668. L'on retrouve une même idée chez Holleaux : D. HOLLEAUX, *op. cit.,* p. 352 et s.

Effectivement, en matière de lois de police c'est toujours l'intérêt étatique qui « est au premier plan »[2064].

1430. C'est ce qu'entend montrer le professeur E. Pataut. Il démontre qu'une loi de police est la marque de la manifestation de la souveraineté de l'État, de la présence de l'intérêt public dans le litige transfrontière[2065]. Dès lors, en présence d'une loi de police, les deux corps de règles de compétence sont les deux faces d'une même pièce qui doivent garantir le respect de l'intérêt public. La concordance des compétences sert à assurer le respect de l'objectif poursuivi par la loi de police. Non seulement il pourrait donc tout à fait être envisageable de créer une compétence juridictionnelle fondée sur l'intérêt de l'État, mais en outre elle s'avèrerait souhaitable. Selon l'expression heureuse du professeur E. Farnoux, il s'agit de créer une « compétence-relai »[2066]. La compétence juridictionnelle intervient en relai de l'applicabilité de la loi de police pour lui assurer une pleine application.

1431. L'intérêt public délimité à l'existence d'une loi de police permet d'éviter les écueils d'une compétence fondée sur l'ordre public « en général » dont le périmètre est difficile à circonscrire[2067]. Tout au plus est-il possible de craindre une expansion des lois de police.[2068] Il est vrai que si l'on retient extensivement la notion de loi de police cela remet en cause la compétence générale de l'ordre juridique permise désormais par la

[2064] « L'intérêt général ne résulte plus de la conciliation des intérêts particuliers ; il est au premier plan. Ce que veut l'État, ce n'est plus simplement qu'un litige reçoive une solution, c'est la réalisation d'une certaine politique. Or, fréquemment l'obtention de ce résultat nécessite l'intervention d'un organe administratif ou judiciaire destiné à mettre en œuvre les lois de police. En une telle hypothèse, l'intérêt étatique qui s'est manifesté par le recours à la méthode des lois de police devrait également influer sur le règlement de la compétence judiciaire. Celle-ci n'est plus uniquement guidée par le souci de satisfaire les intérêts privés et la bonne administration de la justice, mais par un intérêt autrement plus impérieux, celui de l'État ». Et l'auteur de poursuivre, « cet intérêt requiert que le juge se reconnaisse compétent dans tous les cas où son intervention est nécessaire à l'application des lois de police françaises. Ceci est une question de bon sens ; comment concevoir dans l'hypothèse où l'intérêt français est engagé au point qu'une loi de police française est applicable que le juge français soit incompétent et que le soin de la mise en œuvre de cette loi soit abandonné à un juge étranger ? ». Y. LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, *op. cit.,* p. 259.

[2065] Nous avons pu confirmer cette thèse dans l'étude du droit positif. Voir *supra* n°269 et s.

[2066] E. FARNOUX, *op. cit.,* t. II, p. 661.

[2067] En ce sens, « cette constatation correspond exactement à la question de la compétence fondée sur les lois de police, qui devient ainsi un chef de compétence beaucoup moins effrayant que la compétence fondée sur la notion d'ordre public, dont le caractère vague et propice à une extension presque illimitée a pu rebuter la doctrine. Ramenée à de plus modestes dimensions, la compétence fondée sur l'application d'une loi de police permet donc de mettre en œuvre le rattachement de souveraineté exprimé dans une règle unilatérale française ». E. PATAUT, *op. cit.,* p. 180-181.

[2068] « Il reste pourtant difficile d'affirmer que le juge du for doit être compétent dès lors qu'une loi de police du for est applicable, indépendamment de ses liens avec le litige, car on voit mal comment un litige sans lien avec l'État du for pourrait mettre en cause ses intérêts fondamentaux ». L. USUNIER, *op. cit.,* p. 288.

compétence juridictionnelle concordante[2069]. Mais, en réalité, la seule critique pouvant être adressée au risque d'expansion du phénomène des lois de police concerne les lois de police elles-mêmes[2070] et non le fait qu'elles soient assorties d'une règle de compétence juridictionnelle.

1432. En somme, la compétence juridictionnelle fondée sur l'applicabilité de la loi de police s'avère nécessaire pour la préservation des lois de police, malgré les décisions en sens contraire rendues par la Cour de cassation française notamment[2071].

1433. Une fois le fondement de la compétence explicité, il reste cependant à déterminer le régime de celle-ci.

B- Le régime de la compétence juridictionnelle fondée sur la loi de police

1434. Le régime d'exclusivité a fait l'objet de développements importants parmi les auteurs ayant pensé la compétence juridictionnelle fondée sur la loi de police[2072]. L'on sait que l'exclusivité et l'impérativité de la compétence juridictionnelle doivent être distinguées, même si une même règle peut être dotée de ces deux attributs.

1435. Il convient donc d'analyser la pertinence du régime de l'impérativité de la règle de compétence juridictionnelle (1) puis celle du régime d'exclusivité (2).

[2069] Le professeur E. Pataut l'avait déjà relevé : « Une telle solution supposerait toutefois que la définition de la notion de la loi de police retenue soit suffisamment restrictive pour ne pas inclure toute politique législative qui sort d'une stricte neutralité ». L'auteur va même plus loin en indiquant que « par un renversement de perspective, on pourrait même penser que ne devraient mériter la qualification de loi de police que les lois qui exigent, pour leur mise en œuvre, une compétence juridictionnelle concomitante. La proposition est évidemment provocante, mais elle vise à montrer que, pour parvenir à une définition satisfaisante et opératoire des lois de police, sans doute serait-il préférable de penser simultanément le rattachement conflictuel et le rattachement juridictionnel ». Tout en préconisant la reconnaissance d'une compétence fondée sur l'intérêt de l'État et la loi de police » E. PATAUT, *op. cit.,* p. 233.

[2070] Comme le relève le professeur L. Usunier, « l'applicabilité d'une loi dont la compétence repose sur la protection d'un intérêt étatique fondamental ne peut dès lors justifier à elle seule la compétence du juge du for qu'à condition que la loi en question délimite elle-même son champ d'application en fonction de la localisation du litige, de manière à garantir l'existence de liens réels entre le for et le litige ». L. USUNIER, *op. cit.,* p. 289. Voir également, E. FARNOUX, *op. cit.,* t. II, p. 668.

[2071] Sur l'évolution depuis l'arrêt *Bloch* jusqu'aux arrêts *Monster Cable, Lauterbach* et *Aston Martin*, voir *supra* n°326.

[2072] En ce sens, D. HOLLEAUX, *op. cit.,* p. 355 ; Y. LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, *op. cit.,* p. 261-262 ; E. PATAUT, *op. cit.,* p. 181 et s.

1- L'impérativité de la règle de compétence juridictionnelle

1436. L'impérativité de la compétence permet de rendre le for dont la loi de police est applicable toujours disponible. L'impérativité juridictionnelle serait ainsi au service de l'impérativité législative[2073].

1437. Pourrait en dépendre également l'illicéité de la clause attributive de juridiction lorsque celle-ci est liée à l'existence d'une compétence juridictionnelle impérative[2074]. Pourtant d'autres voies sont mobilisables sur la seule question de la clause attributive comme en attestent des exemples issus de pays différents.

1438. Au préalable, rappelons comme il a déjà été remarqué que dans le contexte précis de la Convention de La Haye de 2005 relative aux accords d'élection de for, l'interprétation de l'article 6 pourrait permettre d'intégrer le contrôle des lois de police dans le contrôle plus large de « *l'ordre public de l'État du tribunal saisi* » pour faire échec à l'efficacité de la clause attributive. Mais, nous avons vu qu'une telle interprétation est sujette à débat[2075].

1439. Confrontée à ce problème de l'efficacité de la clause attributive de juridiction en présence d'une loi de police applicable, la jurisprudence allemande a pu se positionner en faveur d'une approche nuancée en privilégiant une mise à l'écart circonstanciée de la clause. En effet, dans un arrêt du 5 septembre 2012, le *Bundesgerichtshof* a refusé de faire produire effet à une clause d'élection qui désignait les juridictions de Virginie aux motifs que la loi désignée par le juge élu ne prévoyait pas la même protection que la loi de transposition de la directive de 1986 sur les agents commerciaux[2076]. Précisons que dans

[2073] Cette concordance n'est au demeurant pas étrangère au droit français. L'on en trouve un exemple à l'article R. 1412-5 du Code du travail issu de la transposition de l'article 6 de la directive n°96/71 relative au détachement de travailleurs effectué dans la cadre d'une prestation de service. Voir en ce sens, E. PATAUT, « Commentaire du décret n°2000-462 du 29 mai 2000 », *Rev. Crit. DIP*, 2000, p. 520.

[2074] Comme en droit commun français. Cass. 1ère Civ. 17 décembre 1985, *Compagnie de signaux et d'entreprises électriques*. Arrêt précité.

[2075] Voir *supra* n°338.

[2076] « *Les dispositions précitées de la directive n'interdisent pas de refuser de donner effet à l'accord élisant les juridictions des États tiers, lorsque la loi choisie par les parties, ici selon l'appréciation non contestée de la Cour d'appel le droit de l'État de Virginie, n'octroie pas d'indemnité de fin de contrat à l'agent commercial et qu'il apparaît que le tribunal de l'État tiers ne fera pas application des dispositions impératives européennes et nationales et rejettera la demande d'indemnité.*

La mise à l'écart de la clause d'élection de for, permet d'assurer sur le terrain de la compétence juridictionnelle le respect du caractère impératif des articles 17 et 18 de la directive 86/653/CEE, énoncé par la décision de la CJCE du 9 novembre 2000 – C-381/98, en faveur de l'agent commercial, dont la protection est l'une des finalités des dispositions en cause. L'effet utile des dispositions de la directive est ainsi renforcé ». Cour de Justice fédérale allemande, 5 septembre 2012. *Rev. Crit. DIP*, 2013, p. 890, note F. JAULT-SESEKE.

cette affaire était en jeu la directive 86/653/CEE précédemment qualifiée de loi de police par la Cour de Justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Ingmar*.

1440. Pour évaluer la nécessité de sa compétence, le juge décida d'examiner la protection offerte par la loi qu'appliquerait le juge étranger élu. Il ne s'agit pas ici de subordonner l'efficacité de la clause attributive de juridiction à la seule application de la loi de police évincée par le for étranger, comme en droit belge par exemple[2077], mais de la conditionner à l'existence d'une protection équivalente offerte par le juge étranger. Dès lors, si le for étranger met en œuvre la même protection, la clause attributive peut produire pleinement ses effets[2078].

1441. Rien n'empêche donc le juge étranger d'être saisi et de trancher le litige en respectant à la fois les attentes légitimes des parties et l'intérêt fondamental du for. Une telle position implique l'avènement d'une licéité conditionnée de la clause attributive de juridiction et suppose d'anticiper la décision qui serait prise. Elle trouve écho en doctrine[2079]. Elle est peut-être difficile à mettre en œuvre[2080], même si une telle solution existe en matière de litispendance extra-européenne. Le problème réside surtout dans le peu de chance, en l'état actuel[2081], de voir le juge étranger appliquer les lois de police, même au sein de l'Union européenne[2082].

1442. En somme, face à tant d'incertitude, alors même que la solution est séduisante[2083], retenir une compétence impérative fondée sur l'applicabilité de la loi de police devrait également et nécessairement paralyser la clause attributive de juridiction[2084], au moins lorsque le litige est amené à être tranché par un État tiers à l'Union européenne.

2077 Voir *supra* n°339 et s.

2078 Une position analogue est également celle des États-Unis. Voir notamment : Cour fédérale d'appel des États-Unis, 7ème circuit, (3F.3d, 156), 1993*, Bonny v. Society of Llyod's*. Dans cette affaire, le juge américain a accepté de faire produire des effets à une clause attributive de juridiction en faveur des tribunaux britanniques alors même qu'une réglementation impérative américaine était applicable, car le droit anglais qu'aurait appliqué la juridiction prévoyait en substance la même protection que la loi américaine. Sur cette affaire, H. MUIR WATT, « L'affaire Llyod's : globalisation des marchés et contentieux contractuels », *Rev. Crit. DIP*, 2002, p. 509 et s.

2079 M.- N. JOBARD-BACHELIER, « L'impérativité active des règles de droit dans l'ordre international », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, p. 345.

2080 P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.,* n° 77 ; B. ARCHINARD-GREIL, *op. cit.,* p. 336 et s.

2081 J.-B. RACINE, « Droit économique et lois de police », *op. cit.,* p. 61, spec. p. 76 ; C. REYDELLET, *op. cit.,* p. 293-294.

2082 Voir *supra* n°300.

2083 En ce sens, E. FARNOUX, *op. cit.,* t. II, p. 729.

2084 Dans le même sens, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.,* n° 77 ; B. ARCHINARD-GREIL, *op. cit.,* p. 342 et s.

1443. Il reste alors à déterminer le sort de la compétence juridictionnelle lorsque le for évincé n'a pas été saisi. Cette compétence juridictionnelle fondée sur l'applicabilité des lois de police doit-elle être dotée de l'exclusivité ?

2- L'exclusivité de la règle de compétence juridictionnelle

1444. L'impérativité de la compétence juridictionnelle n'est pas toujours synonyme d'exclusivité[2085]. La question de l'exclusivité concerne ici l'instance indirecte. Si la compétence juridictionnelle fondée sur l'applicabilité d'une loi de police est exclusive, la reconnaissance dans le for requis d'un jugement pris en violation de cette compétence ne sera pas efficace. L'exclusivité permet ainsi une protection maximale de la loi de police du for évincé[2086].

1445. Les premiers auteurs à s'être prononcés en faveur de la compétence juridictionnelle fondée sur la loi de police ont toutefois envisagé une voie médiane entre l'exclusivité et l'absence d'exclusivité. Il s'agit de rendre exclusive la compétence seulement lorsque les objectifs de la loi de police du for ont été méconnus par le juge étranger[2087]. Cette proposition se comprenait aisément sous l'empire de l'ancien régime de circulation internationale des jugements. Le contrôle de la loi appliquée permettait une telle vérification, même s'il s'agissait plus de mettre l'accent sur l'évincement de la loi en tant que telle que sur son contenu.

1446. Ce contrôle permettait alors de rechercher l'harmonie internationale des solutions grâce à la souplesse de l'ordre juridique de l'État de réception du jugement, tout en permettant de rejeter le jugement étranger en cas de non-respect de l'intérêt de l'ordre juridique du for. Cette solution est particulièrement pertinente, car elle réalise la synthèse entre les intérêts qui interviennent dans le litige. Pourtant, malgré la finesse de cette proposition, celle-ci ne saurait être pleinement applicable en droit positif en raison du régime libéral de circulation des jugements qui empêche un tel contrôle. Sauf à admettre, en droit international privé interne, une modification de la jurisprudence *Cornelissen* dans

[2085] Sur la différence entre les deux notions, voir *supra* n°80 et s.
[2086] En faveur de cette solution : D. HOLLEAUX, *op. cit.,* n° 382.
[2087] En cela, l'auteur se rallie à la position du professeur Y. Lequette qui affirme que « la compétence des juridictions sera donc exclusive uniquement lorsque les particularités de la matière ne permettront pas au juge étranger d'atteindre le résultat auquel serait parvenu le juge français. C'est une question d'espèce ». Y. LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, *op. cit.,* p. 262.

le sens de la prise en compte des objectifs des lois de police[2088]. Une telle modification semble plus difficile en droit international privé de l'Union européenne, car tel n'est pas l'esprit des instruments européens[2089].

1447. De manière intéressante, il a été relevé l'inopportunité de retenir l'exclusivité de la compétence juridictionnelle fondée sur l'applicabilité d'une loi de police lorsque cette loi vise la protection d'un intérêt catégoriel. Dans cette hypothèse, la seule impérativité suffirait, car la personne bénéficiaire de la protection serait à même de pouvoir faire valoir l'application de la loi de police par la seule impérativité de la compétence[2090]. La remarque semble opportune, mais elle ne saurait correspondre à toutes les hypothèses visées par les lois de police. L'on en revient ici à la difficulté de cerner le périmètre des lois de police. La loi de police vise à sauvegarder une politique législative du for et en dehors de ces hypothèses circonscrites, il nous semble que le for ne saurait laisser la défense de ses lois de police dans les seules mains d'une partie.

1448. L'exclusivité semble donc nécessaire pour défendre pleinement l'application des lois de police[2091]. « L'exclusivité apparaît ainsi comme un prolongement logique de l'impérativité pour en renforcer l'efficacité en sanctionnant sa violation au stade indirect, et peut ainsi être automatiquement déduite de ce caractère impératif au stade direct »[2092].

Conclusion de la section :

1449. L'étude menée visait à analyser la possible extension du domaine de la concordance des compétences pour répondre à un besoin précis à savoir l'efficacité des lois de police ayant vocation à s'appliquer au litige.

[2088] En faveur d'une telle position : D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Rev. Crit. DIP,* 2009, p. 1, note sous arrêt *Monster Cable* ; P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.,* n°404.
Déjà, P. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, *op. cit.,* spec. n° 247.

[2089] Voir *supra* Section 2, Chapitre 2, Titre 1, Partie 2.

[2090] « Les hypothèses d'applicabilité d'une loi de police en matière extracontractuelle que nous avons relevées tendent à la protection d'une certaine catégorie de parties. L'impérativité permet à la partie protégée qui le souhaite de présenter sa demande devant la juridiction française qui se fera application de la loi de police si elle se veut applicable. Si la partie ainsi protégée préfère saisir un juge étranger, cela la regarde. Au-delà, le contrôle de l'ordre public international est bien suffisant pour s'assurer que la décision étrangère ainsi obtenue ne pénètre pas dans l'ordre juridique français si elle n'est pas conforme à l'objectif de loi de police considérée. L'impérativité donne l'occasion à la partie de saisir les juridictions françaises, mais si elle ne le fait pas, il n'est pas nécessaire d'écarter systématiquement la décision étrangère ». E. FARNOUX, *op. cit.,* t. II, p. 831.

[2091] Comme l'indique très justement M. Reydellet, « du point de vue de l'efficience du mécanisme, dénier l'exclusivité la compétence du juge correspondant à la loi de police serait paradoxal ». C. REYDELLET, *op. cit.,* p. 358.

[2092] B. ARCHINARD-GREIL, *op. cit.,* p. 380.

1450. Pour éprouver l'hypothèse et démontrer la pertinence de la concordance des compétences, il a fallu analyser la pertinence d'autres outils pouvant être mobilisés pour atteindre le même but. Ces instruments offrent des remèdes intéressants. Mais, en l'état actuel de leur développement et en raison des incertitudes de leur mise en œuvre par le juge étranger, il est à craindre une inefficacité de ces mécanismes.

1451. En revanche, la concordance des compétences recherchée par régulation de la compétence juridictionnelle faite en contemplation de la compétence législative permet d'assurer l'autorité et l'efficacité de la loi de police. Cette concordance des compétences juridictionnelle et législative devrait donc s'imposer, ce qui justifierait ensuite le régime impératif et exclusif de la compétence juridictionnelle fondée sur la loi de police.

Conclusion du chapitre :

1453. La généralisation de la concordance des compétences visait à poursuivre la tendance à l'intégration unitaire du litige dans l'ordre juridique par une régulation d'ensemble en imposant les mêmes limites raisonnables à l'activité des tribunaux et à l'application des législations. Il s'agissait, afin de saisir pleinement les implications du phénomène de concordance, de savoir jusqu'où pouvait être porté le phénomène de concordance des compétences juridictionnelle et législative.

1454. Prenant appui sur les théories unificatrices du droit international privé qui font de la compétence juridictionnelle la clé de voute de la résolution du litige à caractère international par sa régulation stricte et « conflictuellement » orientée, nous avons pu établir un bilan provisoire et prospectif des avantages et des inconvénients d'une généralisation de la concordance. Il en ressort que la concordance des compétences, bien que se généralisant quantitativement, ne saurait revêtir qualitativement l'importance d'un principe général de droit international privé. La liaison entre l'élément juridictionnel et l'élément matériel du litige est effectivement à repenser, ce qui rend nécessaire l'approche d'ensemble des deux règles de compétences. Mais, elle ne doit pas pour autant être synonyme de concordance systématique.

1455. Les implications de la concordance doivent par conséquent être envisagées avec prudence. Certaines matières se prêtent bien au déploiement de la concordance des compétences. Le divorce d'une part pourrait voir sa réglementation encore plus imprégnée par l'analyse moniste des rattachements. Il ne s'agirait là que d'un approfondissement de la concordance suggérée, déjà existante, par la création d'une clause de choix de for dont les critères correspondent à ceux du choix de loi ou par une restriction des chefs de compétence juridictionnelle objectifs faite en contemplation des critères de rattachement existant à défaut de choix de lois. D'autre part, la concordance des compétences pourrait trouver un terrain propice de déploiement en matière contractuelle où l'option de compétence juridictionnelle, dont l'exercice est aujourd'hui lacunaire pourrait être calquée sur les règles contenues dans le Règlement Rome I. Dans ces deux hypothèses, la concordance apporte de la cohérence, de la simplification et de la prévisibilité du droit.

1456. Or, à la différence des théories américaines étudiées, il nous a semblé que la recherche d'une généralisation de la concordance des compétences ne devrait pas être permise en raison des enjeux divers qui persistent en matière de compétence juridictionnelle. Si la concordance présente des intérêts, elle ne peut offrir le cadre d'une théorisation et d'une généralisation et devrait céder sa place à l'étude de l'extension de son domaine dans des hypothèses circonstanciées. À cet égard, le domaine des lois de police nous paraît être le champ principal dans lequel la concordance des compétences doive s'épanouir. C'est là, en effet, un domaine dans lequel la concordance des compétences est le moyen le plus sûr d'assurer les objectifs du législateur, sans qu'aucune dérogation à la concordance ne soit souhaitable.

Conclusion du titre :

1457. Rechercher l'essence du phénomène de concordance des compétences juridictionnelle et législative a nécessité de s'interroger sur ses implications dans le développement du droit international privé contemporain. À ce titre, l'ampleur du phénomène de concordance influe logiquement sur l'analyse du droit international privé européen. Il est apparu que la concordance des compétences juridictionnelle et législative emporte une redéfinition et un rééquilibrage de la part respective du conflit de juridictions et du conflit de lois dans les objectifs et fonctions du droit international privé. La règle de compétence juridictionnelle se veut désormais régulatrice et coordinatrice aux côtés de la règle de compétence législative. Sans poursuivre la voie de la fusion des compétences, la concordance des compétences semble emprunter la direction d'une approche plus globale du litige à caractère international pour assurer de manière complémentaire la poursuite des objectifs visés par la règle de conflit de lois.

1458. Pour autant, lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'avenir de cette tendance à la concordance des compétences, il nous semble qu'il faut être particulièrement mesuré devant toute tentative ou tentation d'expansion généralisée du phénomène. Si la concordance des compétences présente des avantages certains, sa généralisation ne doit pas être envisagée sous peine de nier la réalité des rapports entre les compétences juridictionnelle et législative et la pluralité des objectifs et intérêts en cause dans le contentieux de droit international privé.

1459. L'extension du domaine de la concordance des compétences peut en revanche s'imposer comme un outil privilégié pour atteindre les objectifs visés par le législateur. Comme nous l'avons montré, tel est le cas lorsqu'une loi de police est en jeu cause.

Conclusion de la partie :

1460. Cette seconde partie de l'étude de la concordance des compétences juridictionnelle et législative visait à rechercher la dimension ontologique du phénomène pour en saisir la nature, les propriétés, l'originalité au sein de la théorie générale du droit international ainsi que son potentiel devenir. Cet examen devait permettre d'éprouver la valeur qualitative du principe de dissociation des compétences à l'aune du regard nouveau apporté par la tendance forte à la concordance des compétences.

1461. Pour ce faire, les raisons qui ont favorisé et accompagné ce phénomène ont permis de révéler que les deux règles de compétence présentent des points de contact méthodologiques beaucoup plus importants qu'il n'y paraît. L'indépendance du *forum* et du *jus* traditionnellement affirmée ne signifie pas l'existence d'une différence marquée de nature entre les deux corps de règles. Sur cette base, se développe aujourd'hui une tendance à l'intégration unitaire du litige dans l'ordre juridique dans son aspect juridictionnel et matériel qui explique la concordance des compétences. Ce mouvement est accompagné par le contexte normatif dans lequel se construit le droit international privé européen. L'espace judiciaire européen offre effectivement toutes les conditions de déploiement du phénomène de concordance des compétences du fait du renouveau de la communauté de droit et d'une harmonie internationale des solutions plus facilement atteinte. Le phénomène de concordance des compétences juridictionnelle et législative est donc multifactoriel.

1462. Cela ne signifie pas toutefois qu'il y ait une réelle remise en cause théorique de l'indépendance des règles de compétences à l'image des doctrines américaines le prônant. La concordance des compétences juridictionnelle et législative vient plutôt illustrer la prise en considération dans l'élaboration des deux règles de compétence d'objectifs divers qui gouvernent chaque matière et qui nécessitent parfois de faire fi de la différence d'objectifs du conflit de juridictions et du conflit de lois. La concordance des compétences est alors la marque d'une spécialisation de plus en plus prononcée du droit international privé qui ressert les rapports entre *forum* et *jus* pour répondre aux objectifs propres de chaque matière au détriment d'une approche méthodologique générale unique et surplombante.

1463. En conséquence, la concordance ne saurait être généralisée au risque d'avoir une vision excessive et déformée des rapports entre les règles de compétence. La concordance vient ainsi illustrer, accompagner le pluralisme des méthodes propres au droit international privé, mais ne saurait s'y substituer au profit d'une méthode unificatrice. La concordance des compétences doit alors être perçue dans sa dimension fonctionnelle et non comme un nouveau principe général du droit international privé.

CONCLUSION GENERALE

1464. Le but de notre étude était de découvrir une architecture nouvelle du droit international privé, portée par l'intuition que les nombreuses hypothèses de concordance des compétences juridictionnelle et législative en droit international privé européen seraient de nature à modifier la physionomie de la matière. Il semblait qu'une autre lecture du droit international privé était possible. Nous avions alors proposé de remettre en cause l'allégation doctrinale consistant à faire de la dissociation entre compétence juridictionnelle et compétence législative le fondement même de la matière. Afin d'évaluer au mieux la signification nouvelle des liens entre *forum* et *jus* et de remettre en cause ce postulat classique, notre démarche s'est effectuée en deux temps.

1465. Le premier temps de la recherche visait à remettre en cause la valeur quantitative du principe cardinal de dissociation des compétences juridictionnelle et législative solidement ancrée en doctrine. Si la recherche d'un phénomène de concordance s'est parfois avérée sinueuse tant les tendances peuvent être difficiles à déceler et animées de vents contraires, elle est apparue fructueuse. La dissociation classique des compétences juridictionnelle et législative a cédé sa place à une véritable tendance à la concordance des compétences à l'intensité variable et aux formes diverses.

1466. Il nous est apparu d'une part que la concordance des compétences juridictionnelle et législative pouvait être imposée par le législateur ou le juge pour préserver un intérêt jugé fondamental pour le for. La concordance des compétences revêt alors un caractère nécessaire pour l'ordre juridique qui revendique la connaissance du litige. D'autre part, nous avons mis à jour des hypothèses de concordance suggérée des compétences. Celles-ci prennent la forme d'un parallélisme ou d'un alignement des compétences qui mène très fréquemment à une liaison entre *forum* et *jus*. Sans être absolument nécessaire, cette concordance est fortement privilégiée pour répondre à des objectifs divers selon les matières étudiées. À l'issue de cette première étape, le constat est alors celui de l'existence d'un phénomène de concordance des compétences juridictionnelle et législative. La tendance est à la fois lourde et diffuse dans les différents champs du droit international privé de l'Union européenne. La première hypothèse

énoncée s'est donc vérifiée : la toute-puissance du principe de dissociation des compétences s'effondre et le paysage de la matière s'avère beaucoup plus varié qu'il n'y paraît. Il nous a donc semblé qu'il fallait alors s'attaquer à la signification plus profonde de ce phénomène sur la théorie générale du droit international privé.

1467. Après l'étude de l'existence du phénomène de concordance des compétences juridictionnelle et législative, il s'agissait, dans un second temps, de savoir s'il était de nature à modifier ou altérer certains principes structurants du droit international privé contemporain et particulièrement celui de l'indépendance des compétences juridictionnelle et législative. En effet, outre que l'existence du phénomène est elle-même une donnée cruciale remettant en cause les hypothèses classiques et majoritaires de la fréquente distinction entre *forum* et *jus*, le phénomène de concordance révèle beaucoup des orientations actuelles du droit international privé européen. La mise à l'épreuve de la valeur qualitative du principe de dissociation des compétences juridictionnelle et législative constituait ainsi la seconde hypothèse envisagée. Afin de prendre la mesure du phénomène de concordance dans le paysage renouvelé du droit international privé européen, il fallait poursuivre l'étude du phénomène de concordance par l'appréhension de son essence.

1468. Cela a nécessité de rechercher tant les raisons profondes de l'essor de ce phénomène que ses implications actuelles et futures. Au terme de cette analyse, plusieurs observations plaident pour une réorientation générale du droit international privé européen et non pour une remise en cause de ses postulats les plus essentiels. En effet, la distinction théorique des règles de compétence s'est avérée poreuse en ce sens que leur distinction est bien moins marquée qu'il n'y paraît, sans pour cela remettre en cause à ce stade le principe de dissociation des compétences. Un rapprochement des compétences apparaît du fait d'une importante confluence méthodologique entre les règles de compétence sur laquelle peut se déployer ensuite le phénomène de concordance. La concordance n'est de ce fait que le résultat d'une modalité de règlement unitaire du litige à caractère international, fortement encouragée par son milieu, c'est-à-dire par des considérations propres à l'espace judiciaire européen.

1469. Le phénomène de concordance implique ensuite un rééquilibrage de la part respective des règles de compétence juridictionnelle et législative dans le processus de règlement du conflit de lois. Aussi, une partie importante des enjeux du droit international

privé trouve-t-elle à s'exprimer dorénavant dès le stade de la compétence juridictionnelle. L'étude de la concordance des compétences a par conséquent permis de démontrer la réalité nouvelle des rapports entre les règles de compétence autour de la confirmation du rôle clé du conflit de juridictions. Le mouvement de concordance à l'œuvre en droit international privé européen confirme effectivement la montée en puissance de la dynamique juridictionnelle qui est désormais un aspect central de la règlementation.

1470. Dès lors, dans une perspective prospective, plusieurs évolutions ont pu être envisagées. L'importance des liens entre les deux ordres de compétence du fait de l'absence d'étanchéité entre l'élément juridictionnel et l'élément matériel du litige doit se traduire par une approche d'ensemble des deux règles de compétences. La réglementation européenne qui traite dans un même instrument les questions de compétence juridictionnelle, de loi applicable et de circulation des décisions doit être poursuivie à l'avenir. Et, la règlementation de la matière civile et commerciale ou de la désunion européenne mériterait d'être appréhendée désormais de manière unitaire.

1471. Mais, il nous a semblé que cette approche unitaire des règles de compétence ne doit pas toujours être poussée jusqu'à une approche moniste des rattachements. Il est vrai que certaines matières pourraient s'engouffrer plus loin dans la réalisation de la concordance. C'est le cas de la matière contractuelle ou de la désunion du couple. Dans ces deux hypothèses, la concordance poursuivrait les objectifs de cohérence, de simplification et de prévisibilité du droit. Or, s'il s'agit de se prononcer sur une généralisation de la concordance des compétences, l'étude a démontré qu'elle n'était pas envisageable en raison des nombreux autres objectifs que doit prendre en charge la règle de compétence juridictionnelle et de la poursuite d'intérêts divers dont la réalisation nécessite, tantôt de s'émanciper de la concordance des compétences, tantôt de la renforcer.

1472. Dès lors, les analogies entre les deux corps de règles ainsi que le fort mouvement en faveur de la concordance des compétences n'impliquent pas une identité totale des règles en ce sens que l'une pourrait désormais absorber l'autre. L'observation menée force ainsi à la prudence comme l'indiquait autrefois Batiffol en analysant les liens entre *forum* et *jus*[2093]. L'analyse théorique a certes évolué et il n'est désormais plus question

[2093] « Les juristes devraient ici avoir le sens de la mesure : de ce que la coïncidence des compétences judiciaire et législative a des avantages certains, il ne s'ensuit pas qu'elle doive être appliquée aveuglément dans l'ignorance de ses

de simple coïncidence, mais bien d'une concordance recherchée des compétences du fait de la pénétration d'intérêts divers dans la résolution du conflit de lois. Toutefois, la mesure reste de mise[2094]. La règle de compétence législative reste motrice et la règle de compétence juridictionnelle demeure imprégnée de considérations étrangères à celle-ci. Par conséquent, le principe de dissociation des compétences n'est donc pas fondamentalement remis en cause. De même, il ne pourrait exister un principe général de concordance des compétences. Cette concordance doit seulement être envisagée dans ses apports fonctionnels, comme en matière de lois de police par exemple.

1473. Arrivé au terme de ce travail de recherche, le constat pourrait être troublant. L'on s'éloigne des postulats classiques et majoritaires de la stricte indépendance des compétences juridictionnelle et législative, mais l'on finit toujours par y revenir inéluctablement. La conclusion pourrait alors être insatisfaisante. Tout change et rien ne change véritablement. Mais, à y regarder de plus près, l'analyse des liens est féconde, car elle permet de mettre à jour des leurres théoriques et méthodologiques liés à l'assise doctrinale du principe de dissociation des compétences et de révéler des réalités nouvelles, parfois masquées par des solutions et des discours anciens. Par conséquent, une autre représentation du droit international privé est possible et est déjà, en réalité, à l'œuvre.

1474. Il en résulte que la concordance des compétences ne doit pas être taxée de tous les maux et dans le même temps le principe de dissociation des compétences doit pouvoir préserver sa valeur fondamentale pour parvenir à la justice dans la résolution des litiges internationaux. C'est là le signe que le droit international privé européen doit poursuivre cette recherche d'équilibre entre dissociation nécessaire et concordance des compétences pour une réglementation plus juste des litiges internationaux.

---

inconvénients. Le radicalisme n'est pas juridique » H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *op. cit.* p. 96.

[2094] Nous rejoignons ainsi les conclusions du professeur S. Corneloup au terme de son analyse des liens entre *forum* et *jus* : « Toutefois, nous sommes bien consciente qu'il faut être prudent avec ce type d'interprétations, puisque la matière montre régulièrement qu'elle évolue par cycles, en faisant alterner des conceptions opposées, et que des tendances qu'on pensait abandonnées resurgissent ultérieurement sous une forme légèrement renouvelée ». S. CORNELOUP, « Les liens entre *forum* et *ius*, réflexions sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 475.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux : traités et manuels

ANCEL (B.), *Éléments d'Histoire du droit international privé*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2017

ANCEL (B), LEQUETTE (Y), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 5e éd., 2006

AUDIT (B.), D'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018

BARTIN (E.), *Études de droit international privé*, Paris, A. Chevalier-Marescq & Cie, 1899

- *Études sur les effets internationaux des jugements*, Paris, LGDJ, 1907

- *Principes de droit international privé d'après la loi et la jurisprudence françaises*, t. I, Paris, Domat-Montchrestien, 1930

- *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, t. II, Paris, Domat-Montchrestien, 1932

BATIFFOL (H.), LAGARDE (P.), *Traité de droit international privé*, T. II, 7e éd., Paris. LGDJ, 1983

- *Traité de droit international privé*, T. I, 8e éd. Paris, LGDJ, 1993

BLUMANN (C.), DUBOUIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 2019

BUREAU (D.), MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, T. I, Partie générale, Paris, PUF, 4e éd., 2017

- *Droit international privé*, T. II, Partie spéciale, Paris, PUF, 4e éd., 2017

- *Droit international privé*, T. II, Partie spéciale, Paris, PUF, 3ème éd., 2007

CURRIE (B.), *Selected essays on the Conflict of Law*, Durham, N. C., Duke University Press, 1963

DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, Paris, LGDJ, 9ème éd., 2019

DROZ (G. A. L.), *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun*, Paris, Dalloz, 1972

EHRENZWEIG (A. A.), JAYME (E.), *Private international Law, A Comparative Treatise on American International Conflicts Law, Including the Law of Admiralty*, Volume Two, Sijthoff, Leyden, Oceana publications, NY, 1977

- *Private international Law, A Comparative Treatise on American International Conflicts Law, Including the Law of Admiralty*, Volume Three, Sijthoff, Leyden, Oceana publications, NY, 1977,

GAUDEMET-TALLON (H.), ANCEL (M.-E.), *Compétence et exécution des jugements en Europe Règlements 44/2001 et 1215/2012 Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso éditions, 6ème éd., 2018

LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *Précis de droit international privé*, 6ème éd., Paris, Dalloz, 1954

LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT, DELVOLVE (P.), GENEVOIS (B.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 22e éd., 2019

MAYER (P.), HEUZE (V.), *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 11e ed, 2014

NIBOYET (J.-P.), *Traité de droit international privé français*, t. III, Paris, Recueil Sirey, 1944

- *Cours de droit international privé*, Paris, Sirey, 1946

- *Traité de droit international privé français*, t. III, Paris, Sirey, 1949, 2e éd.

NIBOYET (M.-L.), DE GEOUFFRE DE LA PRADEL (G.), *Droit international privé*, 6ème éd., Paris, LGDJ, 2017

PILLET (A.), *Le droit international privé considéré dans ses rapports avec le droit international public*, Paris, Larose, 1892

RENUCCI (J.-F.), *Traité de droit européen des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2ème éd., 2012

VON SAVIGNY (F.C.), *Traité de droit romain*, t. VIII, Paris, Firmin Didot Frères, 1851, trad, par CH. GUENOUX

SCELLE (G.), *Précis de droit des gens. Principes et systématique, Première partie : Introduction, Le milieu intersocial*, Paris, Sirey, 1932, CNRS, 1984

STORY (J.), *Commentaries on the Conflicts of Laws, Foreign and Domestic*, 1° éd., Hilliard, Gray, Boston, 1834

VIALA (A.), *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, 2ème éd., 2019

Ouvrages spéciaux : monographies, thèses, ouvrages collectifs

ALLARD (J.), GARAPON (A.), *Les juges dans la mondialisation – la nouvelle révolution du droit*, Paris, Le seuil, 2005

ANCEL (B.), *Les conflits de qualification à l'épreuve de la donation entre époux*, Paris, Dalloz, 1977

ARCHINARD-GREIL (B.), *Lois de police et conflits de juridictions (Essai sur la coordination des systèmes à l'aide de la notion d'ordre juridique prépondérant)*, thèse dactyl., Lyon III, 2017

ARRUE MONTENEGRO (C.), *Autonomie de la volonté et conflits de juridictions en droit français et panaméen*, Paris, LGDJ, 2011

ATIAS (C.), *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985

D'AVOUT (L.), *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Paris, Economica, 2006

BATIFFOL (H.), *Les conflits de lois en matière de contrats, étude de droit international privé comparé*, Paris, Sirey, 1938

- *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956

- *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1979

BAUER (H.), *La compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands*, Paris, Dalloz, 1965

BEAUD (O.), *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007

BIHANNIC (K.), *Repenser l'ordre public de proximité, d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, Thèse dactyl., Paris I, 2017

BILLARANT (S.), *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, Paris, Dalloz, 2004

BISCHOFF (J.-M.), *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*, Paris, LGDJ, 1959

BODEN (D.), *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse dactyl., Paris I, 2002

BOLLEE (S.), *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Paris, Economica, 2004,

BONNET (B.), DEUMIER (P.) (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Paris, Dalloz, 2010

BONOMI (A.), WAUTELET (P.), *Le droit européen des successions, Commentaire du Règlement n°650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruxelles, Bruylant, 2013

BRAIBANT (G.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2001, Paris, Le Seuil

BROCHER (C.), *Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif français*, t. III, Paris, Thorin, 1885

CACHARD (O), *La régulation internationale du marché électronique*, Paris, LGDJ, 2002

CADET (F.), *L'ordre public en droit international de la famille. Étude de droit comparée France/ Espagne*, Paris, L'Harmattan, 2005

CANÇADO-TRINDADE (A. A.), *Evolution du droit international au droit des gens. L'accès des individus à la Justice Internationale, Le regard d'un juge,* Pedone, Paris, 2008

- *Vers un nouveau jus gentium humanisé - Recueil des opinions individuelles du juge A. A. Cançado Trinade*, Paris, L'Harmattan, 2018

CAMUS (C.), *La distinction du droit public et du droit privé et le conflit de lois*, Paris, LGDJ, 2015

CARLIER (J.-Y.), *Autonomie de la volonté et statut personnel : étude prospective de droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992

CARLIER (P.), *L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois*, thèse dactyl., Lille 2, 2008

CEALIS-SANTA CROCE (M.), *La vocation générale subsidiaire de la loi du juge saisi dans le règlement des conflits de lois*, thèse dactyl. Paris I, 1975

CHALAS (C.), *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000

CHAMBON (M.), *Le conflit de lois dans l'espace et le droit administratif*, Paris, Mare et Martin, 2016

COHEN (C.), *Les normes permissives en droit international privé. Étude critique*, thèse dactyl., Paris II, 2015

CORBION (L.), *Le déni de justice en droit international privé*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004

CORNELOUP (S.), *La publicité des situations juridiques*, Paris, LGDJ, 2003

COSNARD (M.), *La soumission des États aux tribunaux internes – Face à la théorie des immunités des États*, Paris, Pedone, 1996

DICKINSON (A.), LEIN (E.), *The Brussels I Regulation Recast*, 2015, Oxford, Oxford University Press

DUBOS (O.), *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, 2001

DWORKIN (D.), *L'empire du droit*, Paris, PUF, coll. Leviathan, 1995, traduction de : *Law's Empire*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 1986

ELKIND (D.), *L'efficacité des décisions administratives étrangères dans l'Union européenne, Étude de droit administratif transnational*, Thèse dactyl., Bordeaux, 2018

FALLON (M.), LAGARDE (P.), POILLOT-PEROZZETTO (S.) (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Paris, Dalloz, 2009

- *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, Berne, Peter Lang, 2011

FARNOUX (E.), *Les considérations substantielles dans le règlement de la compétence internationale des juridictions, Réflexions autour de la matière délictuelle*, thèse dactyl., Paris I, 2017

FAUVARQUE-COSSON (B.), *Libre-disponibilité des droits et conflits de lois*, Paris, LGDJ, 1996

FAWCETT (J. J.), Declining Jurisdiction in Private International Law, Report to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law, Oxford, Clarendon Press, 1995

FAWCETT (J. J.), SHUILLEABHAIN (M. N.), SHAH (S.), *Human Rights and Private International Law*, Oxford, Oxford Université Press, 2016

FOHRER-DEDEURWAERDER (E.), *La prise en considération des normes étrangères*, Paris, LGDJ, 2008

FRANCESCAKIS (P.), *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958

FRANCQ (S.), *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2005

FULLI-LEMAIRE (S.), *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, thèse dactyl., Paris II, 2017

GALLANT (E.), *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, Paris, Defrénois, 2004

GANNAGE (L.), *La hiérarchie des normes et les méthodes de droit international privé*, Paris, LGDJ, 2001

GAUDEMET-TALLON (H.), *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, thèse, Paris, Bibliothèque de droit international privé, vol. IV, Paris, Dalloz, 1965

GIORGINI (G. C.), *Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des nouveaux instruments de règlement de la faillite internationale*, Paris, Dalloz, 2001

GOLDSTEIN (G.), *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire, étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien*, Montréal, Canada, Thémis, 1996

GUEZ (P.), *L'élection de for en droit international privé*, thèse dactyl., Paris-X-Nanterre, 2000

GUILLAUME (J.), *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, Paris, LGDJ, 2011

HAFTEL (B.), *La notion de matière contractuelle en droit international privé*, thèse dactyl. Paris II, 2008

HALPERIN (J.-L.), *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, PUF, 1999

HANOTIAU (B.), *Le droit international privé américain*, Paris, LGDJ, 1979

HAMMJE (P.), *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, thèse dactyl., Paris I, 1994

HENRY (A.), *Qualification et conflit de juridictions*, thèse ronéotypée, Reims, 2005

HERON (J.), *Le morcellement des successions internationales,* Paris, Economica, 1986

HEUZE (V.), *La réglementation française des contrats internationaux, Étude critique des méthodes*, GLN-Joly, 1990

HEYMANN (J.), *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Paris, Economica, 2010

HO-DAC (M.), *La loi du pays d'origine en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012

HOLLEAUX (D.), *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris, Dalloz, 1970

HUNTER-HENIN (M.), *Pour une redéfinition du statut personnel*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004

IONESCU (R. N.), *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

JAMIN (C.), MELLERAY (F.), *Droit civil et droit administratif*, Paris, Dalloz, 2018

JOUBERT (N.), *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Paris, Litec, 2009

LAAZOUZI (M.), *Les contrats administratifs à caractère international*, Paris, Economica, 2008

LABORDE (J.-P.), *La pluralité du point de rattachement dans l'application de la règle de conflit*, thèse dactyl. Bordeaux, 1981

LAGARDE (P.), *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1959

LAMBERTYE-AUTRAND (M.-C.), *La distinction des meubles et des immeubles en droit international privé*, thèse dactyl. Paris I, 2001

LE BOS (Y.-E.), *Renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, Paris, Dalloz, 2010

LECLERC (F.), *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (étude de conflit de lois)*, Bruxelles, Bruylant, 1995

LEGENDRE (R.), *Droits fondamentaux et droit international privé – Réflexions en matière personnelle et famille*, thèse dactyl., Paris II, 2018

LEQUETTE (Y.), *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Paris, Dalloz, 1976

LIBCHABER (R.), *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, Paris, LGDJ, 2013

LICHERE (F.), POTVIN-SOLIS (L), RAYNOUARD (A.) (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2004

LOPEZ DE TEJADA (M.), *La disparition de l'exéquatur dans l'espace judiciaire européen*, Paris, LGDJ, 2013

MAILHE (F.), *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions*, Paris, Economica, 2016

MARCHADIER (F.), *Les objectifs du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2007

MARS (A.), *La prévalence des intérêts : contribution à l'étude du droit international privé dans un contexte néolibéral*, thèse dactyl., Bordeaux, 2017

MARZAL-YETANO (A.), *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulations du droit de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, Institut Universitaire Varenne, 2014

MAYER (D.), *Rapports de la compétence judiciaire et de la compétence législative dans le droit international privé de la famille*, thèse dactyl. Paris II, 1973

MAYER (P.), *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973

MICHAUT (F.), *L'Ecole de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain*, thèse dactyl. Paris X, 1985

MIRANDES (A.), *La compétence inter-étatique et internationale des tribunaux en droit des États-Unis*, Paris, Economica, 2002

MEHTIYEVA (K.), *La notion de coopération judiciaire*, thèse dactyl., Paris I, 2017

MINOIS (M.), *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, thèse dactyl., Université Paris Descartes, 2016

MUIR WATT (H.), *La fonction de la règle de conflit de lois*, thèse dactyl., Paris II, 1985

NAJM (M.-C.), *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Paris, Dalloz, 2005

NUYTS (A.), *La concession de vente exclusive, l'agence commerciale et l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1996

- *L'exception de forum non conveniens. (Étude de droit international privé comparé)*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2003

OPREA (E.-A.), *Droit de l'Union européenne et loi de police*, Paris, L'Harmattan, 2015

OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002

PANET (A.), *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, thèse dactyl., Lyon III, 2014

PAPADOPOULOU (R.-E.), *Principes généraux du droit et droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1996

PARISOT (V.), *Les conflits internes de lois*, thèse dactyl. Paris I, 2009

PATAUT (E.), *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, Paris, LGDJ, 1999

PERREAU-SAUSSINE (L.), *L'immeuble et le droit international privé*, Paris, Defresnois, 2006

PFEIFF (S.), *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017

PIAZZON (T.), *La sécurité juridique*, Paris, Defrénois, 2009

PICAVET (E.), *Kelsen et Hart. La norme et la conduite*. Paris, PUF, coll. Philosophie, 2000

PINGEL-LENUZZA (I.), *Les immunités des États en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1998

PORTA (J.), *La réalisation du droit communautaire, Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Fondation Varenne, LGDJ, 2007

PULJAK (M.-P.), *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003

RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, LGDJ, 1999

RASS-MASSON (L.), *Les fondements du droit international privé de la famille*, thèse dactyl., Paris II, 2015

REMY (B.), *Exception d'ordre public et mécanisme de lois de police en droit international privé*, Paris, Dalloz, 2008

REYDELLET (C.), *Corrélations entre conflits de lois et conflit de juridictions en droit international privé des obligations*, thèse dactyl., Lyon III, 2018

RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, LGDJ, 1980

RICHEZ-PONS (A.), *La résidence en droit international privé (conflits de juridictions et conflits de lois)*, thèse dactyl., Lyon III, 2004

RIGAUX (F.), *La théorie des qualifications en droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 1956

RIVOLLIER (V.), *La doctrine et la (re)construction d'un droit privé européen*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2016

ROCCATI (M.), *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen*, Bruxelles, Bruylant, 2013

SAGOT-DUVAUROUX (J.), *Aspects fonctionnels de l'universalisation : Étude de droit international privé*, ANRT, 2009

SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), trad. Fr. *L'ordre juridique*, par P. FRANÇOIS, P. GOTHOT, Paris, Dalloz, 2002

SANTULLI (C.), *Le statut international de l'ordre juridique étatique, Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001

SAUNIER (B.), *Le forum legis dans les règlements de droit international privé patrimonial de la famille de l'Union européenne : Successions, Régimes matrimoniaux et Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés*, Mémoire de Master II, Paris I, 2018

SCHERER (M.), *Le nom en droit international privé, Étude de droit comparé français et allemand*, Paris, LGDJ, 2004

SERAGLINI (S.), *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Paris, Dalloz, 2001

SIMON (D.), *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales : morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Pedone, 1981

- *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 2001

SINAY-CYERMANN (A.), *L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale*, thèse Strasbourg dactyl., 1980

STIBBE (I.), *Les autorités administratives indépendantes et le droit du commerce international*, thèse dactyl., Paris II, 2001

SUPIOT (A.), *Homo juridicus, essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, éditions du Seuil, 2005

THERY (P.), *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, thèse dactyl. Paris II, 1981

TEUBNER (G.), *Fragments constitutionnels, Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, Paris, Classiques Garnier, 2016

THURILLET-BERSOLLE (A.), *Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*, thèse dactyl. Dijon, 2011

UBUSHIEVA (B.), *L'intérêt général dans le système de la Convention européenne des droits de l'Homme*, thèse dactyl. Bordeaux, 2018

USUNIER (L.), *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Paris, Economica, 2008

DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé*, Paris, LGDJ, 1997

VASSILAKAKIS (E.), *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe,* Paris, LGDJ, 1987

VILLALPANDO (S.), *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité internationale de l'État*, Genève, Graduate Institute Publications, 2005

VILLEY (M.), *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Réédition de la seconde édition, parue en 1962, Paris, Dalloz, 2002

WILLEMART (M.), WILLEMART (S.), SMITS (C.), *Les concessions de vente en Belgique, Éléments de droit positif de doctrine et de jurisprudence*, Waterloo, Kluwer, 2007

ZAHER (K.), *Conflit de civilisations et droit international privé*, Paris, L'Harmattan, 2009

Cours :

ANCEL (B.), *Regards critiques sur l'érosion du paradigme conflictuel*, 2005

- *Histoire du droit international privé*, Cours de Master I, Université Paris II, Panthéon-Assas, 2008

AUDIT (B.), « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit de lois », *RCADI*, 1984-III, t. 186

- « Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI*, 2003, t. 305

D'AVOUT (L.), « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *RCADI*, 2018 t. 397

BADIALI (G.), « Le droit international privé des Communautés européennes », *RCADI,* 1985-II, t. 191

BARTIN (E.), « La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national des règles de conflits de lois », *RCADI,* 1930, t. I

BATIFFOL (H.), Les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative, Cours à l'IHEI, Université de Paris, 1960-1961

- *La propriété privée*, Cours IHEI, 1967-1968, Institut des hautes études internationales

- « Les sources internationales du droit international privé », *Cours IHEI*, 1969-1970

- « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI*, 1973-II, t. 139

BONOMI (A.), « Successions internationales : conflit de lois et de juridictions », *RCADI*, 2012, t. 350

BORRAS (A.), « Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel », *RCADI*, 1994-V, t. 249

- « Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir », *RCADI*, 2005, t. 317

BRILMAYER (L.), « The Role of Substantive and Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules », *RCADI*, 1995, t. 252

BUCHER (A.), « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*, 1993-II, t. 239

- « La famille en droit international privé », *RCADI*, 2000, t. 283

- « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI*, 2005, t. 330

- « La compétence universelle civile », *RCADI*, 2014, t. 372

CHEMILLIER-GENDREAU (M.), « A quelles conditions l'universalité du droit international est-elle possible ? », *RCADI*, 2011, t. 355

DE BOER (T. M.), « Facultative Choice of Law : the procedural status of choice-of-law rules and foreign law », *RCADI*, 1997, vol. 257

DE NOVA (R.), « Adoption in Comparative Private International law », *RCADI,* 1961-III, t. 104

DROZ (G. A. L.), « Regards sur le droit international privé comparé », *RCADI*, 1991, t. 229

EVRIGENIS (D.), « Tendances doctrinales actuelles en droit international privé », *RCADI*, 1966, t. 118

FALLON (M.), « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré », *RCADI*, 1995, t. 253

FERNANDEZ ARROYO (D. P.), « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *RCADI*, 2006, t. 323

FRAGISTAS (C.), « La compétence internationale en droit privé », *RCADI*, 1961-III, t. 104

GAUDEMET-TALLON (H.), « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI*, 2005, t. 312

GOLDMAN (B.), « Les champs d'application territoriale des lois de concurrence », *RCADI*, 1969-III, t. 128

GONZALEZ CAMPOS (J. D.), « Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé », *RCADI*, 1977, t. 156

- « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *RCADI*, 2000, t. 287

GRAVERSON (R.), « Comparative Aspects of the General Principles of Private International Law », *RCADI,* 1963-II, t. 109

GUTTERIDGE (H. C), « Le conflit des lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles », *RCADI*, 1933-II t. 44

GUTZWILLER (M.), « Le développement historique du droit international privé », *RCADI*, 1929, t. 29

HANOTIAU (B.), « L'arbitrabilité », *RCADI*, 2002, t. 296

JAYME (E.), « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI*, 1995, t. 251

JODLOWSKI (J.), « Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile », *RCADI*, 1974-III, t. 143

KEGEL (G.), « The Crisis of Conflict of Laws », *RCADI,* 1964 ; t. 112

KINSCH (P.), « Droits de l'Homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI*, 2005, t. 318

- « Le rôle du politique en droit international privé. Cours général de droit international privé », *RCADI*, 2019, t. 402

KOHLER (C.), « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *RCADI,* t. 359, 2012

LAGARDE (P.), « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain ». *RCADI*, 1986-I, t. 196

- « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *RCADI*, 2004, t. 371

LALIVE (L.), « Tendances et méthodes en droit international privé », *RCADI*, 1977-II, t. 155

LEQUETTE (Y.), « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI*, 1994-II, t. 246

- « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ?. Cours général de droit international privé », *RCADI*, 2015, t. 385

LIPSTEIN (K.), « The general principles of private international law », *RCADI*, t. 135

LOUSSOUARN (Y.), « Cours général de droit international privé », *RCADI*, 1973-II, t. 139

MAHMOUD (M. S. M.), « Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie de la partie faible en droit international privé », *RCADI*, 2005, t. 315

MARIÑO MENENDEZ (F. M.), « Prohibition of Torture in public international law », *RCADI*, 2017, t. 391

MARRELLA (F.), « Protection internationale des droits de l'Homme et activités des sociétés transnationales », *RCADI*, 2017, t. 385

MAYER (P.), « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI*, 2007, t. 327

MEIJERS (E. M.), « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen-Âge, spécialement dans l'Europe occidentale », *RCADI*, 1934, t. 49

MIAJA DE LA MUELA (A.), « Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litige comportant un élément international », *RCADI*, 1972-I, t. 135

MUIR WATT (H.), « Discours sur les méthodes de droit international privé (Des formes juridiques de l'inter-altérité) », *RCADI*, 2018, t. 389

NIBOYET (J.-P.), « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI*, 1927, t. 16

OPPETIT (B.), « Le droit international privé, droit savant », *RCADI*, 1992, t. 234

PAMBOUKIS (C. P.), « Droit international privé holistique : droit uniforme et droit international privé », *RCADI*, 2008, t. 330

PASTOR-RIDRUEJO (J.-A.), « La faillite en droit international privé », *RCADI*, 1971-II, t. 174

PELLET (A.), « L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale », *RCADI,* 2007, t. 329

PICONE (P.), « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général », *RCADI*, 1999, t. 276

- « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *RCADI*, 1986, t. 197

POCAR (F.), « La protection de la partie faible en droit international privé », *RCADI*, 1994-IV, t. 188

RADICATI DI BROZOLO (L. G.), « Arbitrage commercial international et lois de police : considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international », *RCADI*, 2005, t. 315

SYMEONIDES (S.), « Private International Law : Idealism, Pragmatism, Eclecticism, General Course on Private International Law », *RCADI*, 2017, t. 384

STRUYCKEN (A. V. M.), « Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international », *RCADI*, 1992, t. 232

TIBURCIO (C.), « The Current Practice of international Co-operation in Civil Matters », *RCADI*, 2018, t. 393

P. DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), « L'exception d'ordre public et régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *RCADI*, 2014, t. 371

VOLKEN (P.), « L'harmonisation du droit international privé de la faillite », *RCADI*, 1991-V, t. 230

VON MEHREN (A. T.), « Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law. A Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common and Civil Law Systems », *RCADI*, 2002, t. 295

VON OVERBECK (A.), « La contribution de la conférence de La Haye au développement du droit international privé », *RCADI*, 1992-II, t. 233

VRELLIS (S.), « Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé ? À la recherche de la justice », *RCADI*, 2007, t. 328

ZOLLER (E.), « Aspects internationaux du droit constitutionnel : contribution à la théorie de la fédération d'États », *RCADI*, 2002, t. 294

Articles, communications :

AGO (R.), « Droit positif et droit international », *AFDI*, 1957, p. 21

ALLAND (D.), « De l'ordre juridique international », *Droits*, 2002/1, n°35, p. 79

ALOUPI (N), « L'approche positiviste : une critique contemporaine du droit international des droits de l'homme ? », in DUBOUT (E.), TOUZE (S.) (dir.) *Refonder les droits de l'homme – des critiques aux pratiques*, Pedone, Paris, 2019, p. 99

ANCEL (B.), « Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères », *TCFDIP*, 1986-1988, p. 25

- « La clause attributive de juridiction selon l'article 17 de la convention de Bruxelles », *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 263

- « Destinées de l'article 3 du Code civil », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 2

- « La loi applicable à défaut de choix », in BONOMI (A.), CASHIN RITAINE (E.) *(*dir.*) Le nouveau règlement « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles,* Zürich, Schulthess, 2009, p. 77

ANCEL (B.), MUIR WATT (H.), « L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le Règlement Bruxelles II *bis* », *Rev. Crit. DIP*, 2005, p. 569

- « Les jugements étrangers et la règle de conflit de lois, chronique d'une séparation », in *Mélanges en l'Honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 134

- « Aliments sans frontières. Le Règlement CE n°4/2009 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 », *Rev. Crit. DIP*, 2010, p. 457

AUBY (J.-B.), « Le juge administratif et les conflits de lois », *Dr. adm.*, avril 2001, n°4, p. 1

AUDIT (B.), « Flux et reflux de la crise des conflits de lois », *TCFDIP*, 1988, p. 59

- « Observations sur la convention de La Haye du 30 juin 2005 relative aux accords d'élection de for », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 171

- « Propos introductif, droit international de l'internet », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2010, p. 1

- « Du bon usage des lois de police », in *Mélanges en l'Honneur de Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, p. 25

AUDIT (M.), « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI*, 2004, p. 789

- « La compétence extraterritoriale du droit administratif », in *La compétence - Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif*, Paris, Litec, 2008, p. 69

AUDIT (M.), PATAUT (E.), « L'extraterritorialité », in M. AUDIT, E. PATAUT (dir.) *L'extraterritorialité Actes des journées doctorales du 27 juin 2018*, Paris, Pedone, 2020, p. 5.

D'AVOUT (L.), « La circulation automatique des titres exécutoires imposée par le Règlement 805/2004 du 21 avril 2004, *Rev. Crit. DIP*, 2006, p. 1

- « Que reste-t-il du principe de territorialité des faits juridiques ? (Une mise en perspective du système Rome II) », *D.*, 2009, p. 1629

- « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in DUBOUT (E.), TOUZE (S.) (dir.) *Les droits fondamentaux : charnière entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, p. 159

- « Faut-il supprimer l'exequatur dans le contentieux transfrontière en Europe ? », *Droit et Procédures*, 2010, novembre, p. 68

- « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », in PATAUT (E.), BOLLEE (S.), CADIET (L.), JEULAND (E.) (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, Paris, IRJS, 2013

- « La *lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : les relations privées internationales*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso, 2014, p. 15

- « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *TCFDIP* 2014-2016, p. 215

- « Les lois de police », in AZZI (T.), BOSKOVIC (O.) (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?,* Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 91-119

- « Les phénomènes collectifs et l'analyse macro en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 151

AZZI (T.), « Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire », *D.*, 2009, p. 1621

- « La volonté tacite en droit international privé », *TCFDIP*, 2010-2012, p. 147

- « Compétence juridictionnelle en cas d'atteinte au droit d'auteur commise au moyen d'un site internet : la Cour de justice adopte le critère de l'accessibilité », *D.*, 2014, p. 421

BALLARINO (T.), « Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement », *Rev. Crit. DIP*, 2003, p. 373

BARNET (R. J.), « Coexistence and Cooperation in International Law », 18 *World Pol.* 82 (1965)

BARNICH (L.), « Les droits réels immobiliers et les locations de vacances », in FENTIMAN (R.), NUYTS (A.), TAGARAS (H.), WATTE (N.) (dir.) *L'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 85

BARIATTI (S.), « Les limites au choix de la loi applicable dans les contrats impliquant une partie faible », in S. CORNELOUP, N. JOUBERT, *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Paris, Litec, 2011, p. 325

- « Critères de compétence européens et domaine de la compétence territoriale des juridictions nationales », *TCFDIP*, 2012-2014, p. 249

BARTIN (E.), « De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois », *JDI*, 1897, p. 225

BASEDOW (J.), « Spécificité et coordination du droit international privé communautaire ». *TCFDIP*, 2002-2004, p. 280

- « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 55

- « Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne », *Rev. Crit. DIP*, 2010, p. 427

- « L'espace judiciaire européen et ses voisins, à propos du lien entre l'intégration des marchés et la libre circulation des jugements », *Rev. Crit. DIP*, 2018 p. 425

BATIFFOL (H.), LAGARDE (P.), « L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation », *Rev. Crit. DIP*, 1972, p. 1

BATIFFOL (H.), « L'état du droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'Ouest », *JDI*, 1973, p. 27

- « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », *Choix d'articles*, Paris, LGDJ, 1976, p. 249

- « L'affirmation de la loi d'autonomie », in *Choix d'articles*, Paris, LGDJ, 1976, p. 265

- « Observation sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », *Mélanges Kollewijn et Offerhaus*, in *Choix d'articles*, Paris, LGDJ, 1976, p. 312

- « L'avenir du droit international privé », in *Choix d'articles*, Paris, LGDJ, 1976, p. 315

BEAUD (O.), « Fédéralisme et souveraineté, Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1998, p. 83

BEILFUSS (G.), « Jurisdiction rules in matrimonial matters under Regulation Brussels IIbis », in NOURISSAT (C.), FULCHIRON (H.) (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Paris, LGDJ, 2005, p. 65

BENILSI (V. S.), LISANTI (C.), « Commentaire de l'article 7 » in C. LISANTI, L. SAUTONIE-LAGUIONIE (dir.) *Règlement (UE) n°2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, Commentaire article par article*, Société de législation comparée, 2015

BERAUDO (J.-P.), « Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 220

BERGE (J.-S.), « Le droit d'une communauté de lois : le front européen », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 122

- « La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », *TCFDIP*, 2008, p. 17

BERGEL (J.-L.), « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984. p. 255

BERGER-WALLISER (G.), « Reconciling Transnational Jurisdiction : A Comparative Approach to Personal Jurisdiction over Foreign Corporate Defendants in US Courts », (2018) *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 5, n°5, p. 1243

BERNABE (B.), « Redécouvrir l'office créateur du juge », *Cahiers de la Justice*, 2013/3, p. 27.

BETAILLE (J.), « Introduction : Le concept d'effectivité, proposition de définition », *in* BRIMO (S.), PAUTI (C.) (dir.) *L'effectivité des droits, Regards en droit administratif*, Paris, Mare & Martin, 2019, p. 21

BEULAY (M.), « L'État membre dans l'Union européenne », in *Union européenne et droit international privé : en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, p. 116

BILLARANT (S.), « Une révolution européenne en droit international privé ? Les incidences du droit de l'Union européenne sur le droit international privé à la lumière du statut des personnes », in BURGORGUE-LARSEN (L.), DUBOUT (E.), MAITROT DE LA MOTTE (A.), TOUZE (S.) (dir.), *Les interactions normatives, Droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, Cahiers Européens, 2012, p. 307

BISCHOFF (J.-M.), « Le mariage polygamique en droit international privé », *TCFDIP,* 1980, p. 91

BIOY (X.), « L'individualisme dans le contentieux des droits de l'homme », in DUBOUT (E.), TOUZE (S.) (dir.) *Refonder les droits de l'homme – des critiques aux pratiques*, Paris, Pedone, 2019, p. 153

BODEN (D.), « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Archives de philosophie du droit*, 2005, p. 49

- « Requiem pour l'Inlandsbeziehung », *Rev. Crit. DIP*, 2018, p. 882

BOICHE (A.), « Pratique judiciaire des Règlements européens en droit de la famille », *TCFDIP*, 2014-2016, p. 17

BOLLEE (S.), « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », in *L'efficacité économique en droit*, Paris, Economica, 2010, p. 121

- « Les effets des jugements étrangers », in PATAUT (E.), BOLLEE (S.), CADIET (L.), JEULAND (E.) (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, Paris, IRJS, 2013, p. 157

- « L'extension de la méthode du domaine de la reconnaissance unilatérale », *Rev. Crit. DIP*, 2013, p. 27

- « La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 203

BONOMI (A.), « La compétence internationale en matière de divorce », *Rev. Crit. DIP*, 2017, p. 511

BOSKOVIC (O.), « La protection de la partie faible dans le Règlement Rome I », *D.*, 2008, p. 2175

- « Réflexions sur le dommage en tant que facteur de rattachement en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 263

BOUGRAB (J.), « L'application par le juge administratif français des lois nationales étrangères », in *Etudes en l'honneur de G. Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 245

BRENET (F.), « Contrat international administratif et droit international privé », *AJDA*, 2015, p. 1144

BRIERE (C.), « Le Règlement (CE) n°864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II") », *JDI*, 2008, p. 31

- « Réflexions sur l'influence de la Conférence de La Haye », *D.,* 2018, p. 1656

BRIGGS (E. W.), « An Institutional Approach to Conflict of Laws : Law and Reason versus Professor Ehrenzweig », 12 *UCLA L. Rev.* 29(1964)

BUCHER (A.), « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », *TCFDIP*, 1994-1995, p. 209

- « Le for de raisonnement », in *E. Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, Martinus Nijhoff, 1996, p. 41

BUREAU (D.), « L'accord procédural à l'épreuve », *Rev. Crit. DIP*, 1996, p. 587

- « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré,* Paris, Dalloz, 1999, p. 285

- « La fin d'un îlot de résistance : le règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité », *Rev. Crit. DIP*, 2002, p. 612.

BUREAU (D.), MUIR WATT (H.), « Existence et effet de la clause attributive de juridiction face à une loi de police du for exclu », *Rev. Crit. DIP*, 2017, p. 269

CACHARD (O.), « Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle : retour sur la méthode de la focalisation », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2010, n°63, p. 15

CALLE (P.), « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit de l'Union européenne (droit des personnes et de la famille », in FULCHIRON (H.), PANET (A.), WAUTELET (P.) (dir.), *L'autonomie de la volonté en droit des personnes et de la famille dans les règles de droit international privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 31

CARBONNIER (J.), « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'Année sociologique 1967-1968*, Presses Universitaires de France, p. 14

CARY (W. L.), « Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware », (1974), 83 *Yale Law Journal*

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), LOCHAK (D.) (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2008, p. 329

CHENEDE (F.), « Le Droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur G. Champenois*, Defrénois, 2012, p. 139

CHEVALLIER (J.), « La régulation juridique en question », *Droit et Société*, 2001/3, p. 827

CLAVEL (S.), « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *TCFDIP*, 2010-2012, p. 286

- « Protection juridictionnelle effective et règle de droit international privé », *JDI*, 2019, doct. 7

CORNELOUP (S.), « Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé », *TCFDIP*, 2010-2012, p. 189

- « Les liens entre *forum* et *ius*, réflexions sur quelques tendances en droit international privé contemporain », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 461

CORNELOUP (S.), JOUBERT (N.), « Autonomie de la volonté et divorce : le règlement Rome III », in FULCHIRON (H.), PANET (A.), WAUTELET (P.) (dir.), *L'autonomie de la volonté en droit des personnes et de la famille dans les règles de droit international privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 179

CORNETTE (F.), « La nécessaire modification ou suppression de l'article 7-1 du règlement Bruxelles I *bis* relatif au for contractuel dans un futur règlement Bruxelles I *ter* ? », in GUINCHARD (E.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 335

CORNUT (E.), « *Forum shopping* et abus du choix de for en droit international privé », *JDI*, 2007, 1, doct. 2

COSTA (J.-P.), « Qui relève de la juridiction de quel(s) État(s) au sens de l'article 1 de la Cour européenne des droits de l'Homme ? », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en l'honneur du Doyen G. Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 483

COURBE (P.), « L'ordre public de proximité », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 227

CRAWFORD (E. B.), CARRUTHERS (J. M.), « Connection and Coherence Between and Among European Instruments in the Private International Law of Obligations », *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, n°1, p. 1

CURRIE (B.), « Notes on Methods and Objectives in the Conflicts of Laws », 1959, *Duke Law Journal*, p. 171

DARMON (M.), « La mission de la Cour et le système de la convention de Bruxelles », in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe : actes du Colloque sur l'interprétation de la convention de Bruxelles par la Cour de justice européenne dans la perspective de l'espace judiciaire européen Luxembourg, les 11 et 12 mars 1991*, Londres/Dublin, Butterworths, 1993, p. 3

DEBOUT (E.), « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'Homme », *RDLF*, 2015, chr. n°9

DERAINS (Y.), « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », *Rev. arb.* 1986, p. 375

DEVERS (A.), FARGE (M.), « Le nouveau droit international privé du divorce : à propos du règlement Rome III sur la loi applicable », *JCP*, 2012

DOLEZ (B.), « Le juge administratif et le conflit de lois », *Rev. dr. pub.*, 1995, p. 1029

DRILLON (S.), « La révolution Blockchain », *RTD. Com.*, 2016, p. 893

DROZ (G. A. L.), « La codification du droit international privé des successions. Perspectives nouvelles », *TCFDIP*, 1966-1969, p. 337

- « Réflexions pour une réforme des articles 14 et 15 du Code civil français », *Rev. Crit. DIP,* 1975, p. 1

- « La Convention de Lugano parallèle à la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Rev. Crit. DIP*, 1989, p. 19

- « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *TCFDIP*, 1994-1996, p. 97

- « *Delendum est forum contractus* ? (vingt ans après les arrêts de *Bloos* et *Tessili* interprétant l'article 5. 1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968) », *D.*, 1997, p. 351

DUBOS (O.), « L'Union européenne : sphinx ou énigme », in Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron, Paris, Pedone, 2004, p. 29

DUTTA (A.), « Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation » *RabelsZ*, 2009, p. 547

EHRENZWEIG (A. A.), « The Lex Fori – Basic Rules of Conflict of Laws », 58, *Michigan Law Revue*, 637, (1960)

- « Choice of Law: Current Doctrine and True Rule », 49 *California Law Revue*, 240 (1961)

- « A Proper Law in a Proper Forum: A Restatement of Lex Fori Approach », 18 *Oklahoma Law Revue* 340 (1965)

- « Savigny and the Lex Fori, Story and Jurisdiction: A Reply to Professor Briggs », 53 *California Law Revue* 535 (1965)

- « La loi du forum compétent – L'harmonie ultime des règles de conflit de lois et de conflit de juridictions », in *Liber Amicorum L. FREDERICQ*, Bruxelles, ed. Story-Scientia, 1966, p. 399

EISENMANN (C.), « Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français », in *Mélanges Jacques Maury*, t. II, Paris, Dalloz, Sirey, 1960, p. 379

ELHOUEISS (J.-L.), « L'élément d'extranéité est un autre nom du facteur de rattachement », *JDI*, 2003, p. 39

FALLON (M.), « La compétence internationale selon le droit judiciaire européen : émergence d'une compétence judiciaire européenne », in LEVAL (G.), STORME (M.), *Le droit processuel et judiciaire européen*, Bruxelles, La Charte, 2003, p. 46

- « Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 241

- « Introduction aux conditions d'exercice de l'autonomie de la volonté dans les règlements européens », in FULCHIRON (H.), PANET (A.), WAUTELET (P.) (dir.), *L'autonomie de la volonté en droit des personnes et de la famille dans les règles de droit international privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 171

FALLON (M.) et MEEUSEN (J.), « Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition », 2002, *Yearbook of Private International Law*, vol. 4, p. 37

FENTIMAN (R.), « Foreign Law and the Forum Non Conveniens », in *Essays in Honour of Arthur T. von Mehren*, New York, Transnational Publishers, 2002, p. 275

FERRAND (F.), « Les "Principes" relatifs à la procédure civile transnationale sont-ils autosuffisants ? – De la nécessité ou de les assortir de "Règles" dans le projet ALI/UNIDROIT », *Revue de droit uniforme*, 2001, p. 995

FERRARI (F.), « *Forum shopping* : Pour une définition ample dénuée de jugement de valeurs », *Rev. Crit. DIP*, 2016, p. 85

FRIEDMANN (W.), « National Sovereignty, International Cooperation, and the Reality of International Law », 10 *UCLA Law Review*, 739 (1963)

- « Droit de coexistence et droit de coopération. Quelques observations sur la structure changeante du droit international », *Revue belge de droit international*, 1970, p. 1

FOBLETS (M.-C.) et LOUKILIV (M.), « Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille : quelles implications pour les Marocains en Europe ? », *Rev. Crit. DIP*, 2006, p. 521

FONGARO (E.), « Les principales innovations du règlement Successions », in FULCHIRON (H.), BIDEAUD-GARON (C.) (dir.), *Vers un statut européen de la famille ?,* Paris, Dalloz, 2014, p. 65

- « L'anticipation successorale à l'épreuve du « règlement successions », *JDI*, 2014, p. 477

FONGARO (E.), NOURISSAT (C.), « Autonomie de la volonté et succession : le règlement succession », in PANET (A.), FULCHRION (H.), WAUTELET (P.) (dir.) *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 205

FORTEAU (M.), « L'ordre public " transnational " ou " réellement international " : l'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public ». *JDI,* 2011, p. 1

FOURNIER (A.), « Les orientations nouvelles du droit pénal international à la faveur de la réforme du code pénal », *Rev. Crit. DIP*, 1998, p. 565

FOYER (J.), « Les mesures d'assistance éducative en droit international privé », *Rev. Crit. DIP*, 1965, p. 52

- « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 285

- « La vente d'un immeuble en France et le droit international privé », in *Mélanges P. MALINVAUD*, Paris, Litec, 2007, p. 211

FRANCESCAKIS (P.), « Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel ». *TCFDIP*, 1962-1964, p. 291

- « Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leur rapport avec les règles de conflit de lois », *Rev. Crit. DIP*, 1966, p. 16

- « Lois d'application immédiate et règles de conflit », *Revue de droit international civil et procédural*, 1967, p. 691

- « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *TCFDIP*, 1966-1968, p. 165

FRANCQ (S.), « Le droit international privé comme outil de régulation du marché intérieur : la consommation », in AUDIT (M.), MUIR WATT (H.), PATAUT (E.) (dir.), *Conflits de lois et régulation économique*, Paris, LGDJ, 2008, p. 115

- « Les champs d'application (matériel et spatial) dans les textes de référence – De la cohérence terminologique à la cohérence systémique – En passant par la théorie générale… », in FALLON (M.), LAGARDE (P.), POILLET-PERUZETTO (S.) (dir.) *La matière civile et commerciale, socle européen de droit international ?*, Paris, Dalloz, 2009, p. 35

- « Unilatéralisme versus bilatéralisme : une opposition ontologique ou un débat dépassé ? Quelques considérations de droit européen sur un couple en crise perpétuelle », in AZZI (T.), BOSKOVIC (O.) (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?,* Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 49

- « Le droit international privé européen, entre confiance mutuelle et sécurité juridique. Les limites de l'imaginaire européen », *TCFDIP* 2016-2018, p. 153

FRANCQ (S.), JAULT-SESEKE (F.), « Les lois de police une approche de droit comparé », in CORNELOUP (S.), JOUBERT (N.) (dir.), *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Paris, Litec, 2011, p. 357

FRANZINA (P.), « L'universalisation partielle du régime européen de la compétence en matière civile et commerciale dans le règlement Bruxelles I *bis* : une mise en perspective », in GUINCHARD (E.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 39

FREYRIA (C.), « La notion de conflit de lois en droit public », *TCFDIP*, 1962-1964, p. 103

FULCHIRON (H.), « Disponibilité/indisponibilité : quelques réflexions de synthèse à la lumière d'une étoile morte », in FULCHIRON (H.), PANET (A.), WAUTELET (P.) (dir.), *L'autonomie de la volonté en droit des personnes et de la famille dans les règles de droit international privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 283

- « La reconnaissance, jusqu'où ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 647

GALLANT (E.), « Réflexions sur la résidence habituelle des enfants de couples désunis », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, p. 241

- « Le nouveau droit international privé alimentaire de l'Union : du sur-mesure pour les plaideurs », *Revue Europe*, 2012, n°2

GALLANT (E.), JAULT-SESEKE (F.), « Autonomie de la volonté et obligations alimentaires en droit international privé », in FULCHIRON (H.), PANET (A.), WAUTELET (P.) (dir.), *L'autonomie de la volonté en droit des personnes et de la famille dans les règles de droit international privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 223

GANNAGE (L.), « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *TCFDIP,* 2006-2008, p. 221

GANNAGE (P.), « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *Rev. Crit. DIP*, 1992, p. 445

GARAPON (A.), « Le monde, un défi pour le juge du XXIème siècle », *Cahiers de la Justice*, 2013/3, p. 7

GAUDEMET-TALLON (H.), « La compétence internationale à l'épreuve du nouveau Code de procédure civile : aménagement et bouleversement », *Rev. Crit. DIP*, 1977, p. 1

- « Le nouveau droit international privé européen des contrats. Commentaire de la Convention CEE n° 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouvertes à la signature à Rome le 19 juin 1980 », *RTD eur.*, 1981, p. 215

- « Nationalisme et compétence judiciaire : Déclin ou renouveau », *TCFDIP*, 1987-1988, p. 171

- « L'introuvable "juge naturel" », in *Mélanges en l'honneur de Jean Gaudemet,* Paris, PUF, 1999, p. 591

- « De quelques raisons de la difficulté d'une entente au niveau mondial sur les règles de compétence judiciaire internationale directe », *Essays in Honour of ARTHUR T. VON MEHREN*, Ardsley, New-York, Transnational Publishers, 2002, p. 55

- « La clause attributive de juridiction, un moyen d'échapper aux lois de police ? », in *Liber Amicorum Kurt Siehr*, Den Haag, Eleven International Publishing, 2010, p. 707

- « De l'abus de droit en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : les relations privées internationales*, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, p. 383

- « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », in *Mélanges en l'Honneur de Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, p. 255

- « L'irrésistible ascension des conflits de juridictions », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 736

GAUDEMET-TALLON (H.), KESSEDJIAN (C.), « La refonte du Règlement Bruxelles I », *RTD eur.*, 2014, p. 435

GAUTIER (Y.), « Le renvoi préjudiciel, un instrument efficace de dialogue ? », in LICHERE (F.), POTVIN-SOLIS (L.), RAYNAUD (A.) (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 203

GILLIES (L.), « Creation of Subsidiary Jurisdiction Rules in the Recast of Brussels I : Back to the Drawing Board ? », *Journ. PIL*, 2012, p. 489

GODECHOT-PATRIS (S.), « Le nouveau droit international privé des successions : entre satisfactions et craintes », *D.*, 2012, p. 2462

GOTHOT (P.), « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. Crit. DIP*, 1971, p. 1-36, p. 209-243, p. 415-450

- « La méthode unilatérale face au droit international privé des contrats », *TCFDIP*, 1979

- « Simples réflexions à propos de la saga des conflits de lois », in *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 343

GRASS (R.), « L'influence croissante du droit de l'Union européenne », *Cahiers de la Justice*, 2013/3

GUILLEMARD (S.), PRUJINER (A.), SABOURIN (F.), « Les difficultés de l'introduction du *forum non conveniens* en droit québécois », *Les Cahiers de droit*, 1995, vol. 36, n°4, pp. 913

GUINCHARD (S.), « N'ayez pas peur ! », *Cahiers de la Justice*, 2013/3, p. 99

GUTMANN (D.), « Le juge fiscal et la loi étrangère », in *Regards critiques et perspectives sur le droit et la fiscalité, Liber Amicorum Cyrille David*, Paris LGDJ, 2005, p. 191

HAFTEL (B.), « Entre " Rome II " et " Bruxelles I " : l'interprétation communautaire uniforme du règlement " Rome I " », *JDI*, 2010, p. 761

- « Les normes auto-limitées en droit international », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 847

HALPERIN (J.-L.), « L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIXème siècle », *Droits*, 2000/1, n° 33, p. 41

HAMMJE (P.), « L'ordre public de rattachement », *TCFDIP*, 2006-2008, 2009, p. 155

- « Le nouveau 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 », *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 291

- « Quête d'efficacité en droit international privé : question de méthodes », in JANICOT (L.), HAMMJE (P.), NADAL (S.) (dir.), *L'efficacité de l'acte normatif : nouvelle norme, nouvelles normativités*, Paris, Lextenso, 2013, p. 229

- « Libres propos sur les interactions entre qualification et ordre public », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 867

HEBRAUD (P.), « De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître », *Rev. Crit. DIP*, 1968, p. 236

HERON (J.), « Publicisation d'un droit et détermination de la méthode de règlement (l'exemple de la protection des mineurs et des procédures) », *TCFDIP*, 1990-1991, p. 75

HERZOG (E.), « Le début de la " révolution " des conflits de lois aux États-Unis et les principes fondamentaux de la proposition " Rome II " : y-a-t-il un parallélisme inconscient ? », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 71

HESS (B.), « The Brussels I Regulation : Recent Case Law of the Court of Justice and The Commission's Proposed Recast », *Common Market Review*, 2012, p. 1073

HEUZE (V.), « La notion de contrat en droit international privé ». *TCFDIP*, 1995-1998, p. 320

- « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *Rev. Crit. DIP*, 2000, p. 595

- « D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflit de lois », *JCP G*, 2008, p. 166

- « La reine morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice », *JCP*, 2011, p. 359

HEYMANN (J.), « De la mobilité des sociétés dans l'Union. Réflexions sur le *droit* d'établissement », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, Paris, LGDJ, 2014, p. 425

- « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit international privé des personnes et de la famille. Perspective fédéraliste ». in FULCHIRON (H.), PANET (A.), WAUTELET (P.) (dir.), *L'autonomie de la volonté en droit des personnes et de la famille dans les règles de droit international privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 41

- « Le contrôle de l'ordre public par la Cour de Justice de l'Union européenne », intervention orale lors du colloque du 5 avril 2019 à Bordeaux relatif à *L'internationalisation de l'ordre public : de l'ordre public interne à l'ordre public européen et international*

HUDAULT (J.), « Sens et portée de la compétence du juge naturel dans l'ancien droit français », *Rev. Crit. DIP*, 1972, p. 27

HUET (A.), « Pour une application limitée de la loi pénale étrangère », *JDI*, 1982, p. 625

HUNTER-HENIN (M.), « Droits des personnes et droits de l'Homme : combinaison ou confrontation ? », *Rev. Crit. DIP*, 2006, p. 743

IDOT (L.), « Les conflits de lois en droit de la concurrence », *JDI*, 1995, p. 321

- « Le divorce international : première utilisation du mécanisme des coopérations renforcées », *Revue Europe,* 2011, n°2, p. 2

- « La dimension internationale des actions en réparation. Choisir sa loi et son juge : quelles possibilités ? », *Concurrences*, 2014, p. 43

JEAMMAUD (A.), « Normes juridiques et action : rôle du droit dans la régulation », in MIAILLE (M.) (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'harmattan, coll. Logiques juridiques, 1995, p. 95

- « Le concept d'effectivité du droit », in AUVERGNON (P.) (dir.) *L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ?*, Actes du Séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale, COMPTRASEC, 2006, p. 34

JEULAND (E.), « Les développements procéduraux récents de l'espace judiciaire européen : la naissance d'un ordre processuel interétatique », *TCFDIP*, 2008-2010, p. 55

JOBARD-BACHELIER (M.-N.), **M.-L. NIBOYET (M.-L.)**, « L'européanisation du droit international privé », in *Union européenne et droit international privé : en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, p. 795

JOBARD-BACHELIER (M.-N.), « L'impérativité active des règles de droit dans l'ordre international », in *Mélanges en l'Honneur de Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, p. 345

JOUBERT (N.), « Les règles de conflit spéciales en matière de délits dans le Règlement du 11 juillet 2007 (Rome II) », in CORNELOUP (S.), JOUBERT (N.) (dir.), *Le Règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Dijon, Litec, 2008, p. 55

- « La mise en œuvre de l'obligation alimentaire en présence d'un élément d'extranéité dans les relations entre parents et enfants », *Droit de la famille,* n°1 Janvier 2018, dossier 3

KEGEL (G.), « Story and Savigny », 37, *American Journal of Comparative Law*, 39 (1989)

KELSEN (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 239

KENNEDY (D.), « Form and Substance in Private Law Adjudication », 1976, *Harv. LR*, p. 1695

- « Savigny's Family/ Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought », 58 *American Journal of Comparative Law*, 811 (2010)

KESSEDJIAN (C.), « Vers une Convention à vocation mondiale en matière de compétence juridictionnelle internationale et d'effets des jugements étrangers », *Revue de droit uniforme*, vol. 2, Issue 4, Décembre 1997, p. 675

- « Les actions civiles pour violation des droits de l'homme. Aspects de droit international privé », *TCFDIP*, 2002-2004, p. 151

- « Le principe de proximité, Vingt ans après », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 507

- « La convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for », *JDI*, 2006, p. 841

- « Le dialogue des juges dans le contentieux privé international », in *Le droit international collaboratif*, Paris, Pedone, 2016, p. 100

KINSCH (P.), « La " sauvegarde de certaines politiques législatives ", cas d'intervention de l'ordre public international ? », in *Mélanges en l'Honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 447

- « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », in *Mélanges en l'Honneur de Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, p. 377

KNOEPFLER (F.), « Que reste-t-il de l'autonomie de la volonté en matière de bail immobilier international ? », *Rechtskollisionen, Festschrift Anton Heini,* Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995, p. 239

KOHLER (C.), « Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam », *Rev. Crit. DIP*, 1999, p. 30

KOVAR (V. R.), « L'interprétation des droits nationaux en conformité avec le droit communautaire », in *Mélanges en l'honneur de J. Charpentier*, Paris, Pedone, 2008, p. 381

LABAYLE (H.), « Faut-il faire confiance à la confiance mutuelle ? », in *Liber Amicorum Antonio Tizzano, De la Cour CECA à la Cour de l'Union : le long parcours de la justice européenne,* Torino, G. Giappichelli Editor, 2017, p. 472

LAINE (A.), « La rédaction du Code civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé », *Rev. Crit. DIP*, 1905, p. 21

LAGARDE (P.), « La règle de conflit applicable aux questions préalables », *Rev. Crit. DIP*, 1960, p. 459

- « Les locations de vacances dans les conventions européennes de droit international privé », *Études offertes à P. Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 281

- « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. Crit. DIP*, 1991, p. 287

- « La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs », *Rev. Crit. DIP*, 1997, p. 217

- « La qualification des biens en meubles et immeubles dans le droit international privé du patrimoine familial », in *Liber Amicorum Mariel Revillard*, Paris, Defresnois, 2007, p. 209

- « La reconnaissance, mode d'emploi », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 482

- « Embryon de règlement portant Code européen de droit international privé », *RabelsZ*, 2011, vol. 75, p. 673

- « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *Rev. Crit. DIP*, 2012, p. 691

LALIVE (P.), « Le droit public étranger et le droit international privé », *TCFDIP*, 1973- 1975, p. 218

LASCOUMES (P.), SERVERIN (E.), « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et Société*, 1986, p. 127

LAVAL (N.), « La bonne administration de la justice », *Petites Affiches*, 12 aout 1999, 160, p. 12

LE CALVEZ (J.), « Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal (La remise en cause du principe selon lequel le juge répressif n'applique que sa loi nationale) », *RSC*, 1980, p. 13 et 337

LEBEAU (D.), NIBOYET (M.-L.), « Regards croisés du processualiste et de l'internationaliste sur le règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves civiles à l'étranger », *Gaz. Pal.*, février 2003, p. 6

LEFLAR (R.), « Choice-Influencing Considerations in Conflict Law », 41 *New York University Law Revue* 267 (1966)

LEGEAIS (R.), « L'évolution des solutions françaises de conflits de lois en matière pénale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur R. Savatier*, 1965, Dalloz, p. 545

LEHMANN (M.), LEIN (E.), « L'espace de justice à la carte ? La coopération judiciaire en Europe à géométrie variable et à plusieurs vitesses », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 1093

LEIN (E.), « La convention de Lugano : passé, présent et devenir », in *Actes de la 19ème journée de droit international privé du 16 mars 2007 à Lausanne*, Zürich, Schulthess, 2007, p. 41

LEMAIRE (S.), « Interrogations sur la portée juridique du préambule du Règlement Rome I », *D.*, 2008, p. 2157

- « La qualification », in AZZI (T.), BOSKOVIC (O.) (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 35

LEMMENS (P.), « The European Convention on Human Rights, as an instrument of European public order, based on common values », in ALOUPI (N.), FERNANDEZ ARROYO (D. P.), KLEINER (C.), TOUZE (S.) (dir.) *Les droits humains comparés, A la recherche de l'universalité des droits humains. Acte du colloque à la Cour européenne des droits de l'homme des 8 et 9 mars 2018*, Paris, Pedone, 2019, p. 11

LENAERTS (K.), « The contribution of the European Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice », 59 *International and Comparative Law Quarterly* (2010), p. 284

LEQUETTE (Y.), « De Bruxelles à La Haye (Acte II) : réflexions critiques sur la compétence communautaire en matière de droit international privé », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon,* Paris, Dalloz, 2008*,* p. 503

LIBCHABER (R.), « Réflexion sur le désordre juridique français », in *Mélanges en l'honneur de André Decocq*, Paris, Litec, 2004, p. 407

LIMANTE (A.), « Establishing habitual residence of adults under the Brussels IIa regulation : best practices from national case-law », *Journ. PIL*, Volume 14, 2018, Issue 1

LIPSTEIN (K.), « Les normes fixant leur propre domaine d'application : les expériences anglaises et américaines », *TCFDIP*, 1979-1980, p. 187

- « One hundred years of Hague Conferences on private international law », *International and Comparative Law Quarterly*, 1993, p. 553

LOQUIN (E.), « La règle de conflit générale en matière de délit dans le Règlement du 11 juillet 2007 (Rome II), in CORNELOUP (S.), JOUBERT (N.) (dir.), *Le Règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Dijon, Litec, 2008

LOUIS-LUCAS (P.), « Le développement de la compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Études offertes à Georges Rippert*, T. I, Paris, LGDJ, 1950, p. 271

- « Territorialisme et nationalisme dans l'œuvre de J.-P. Niboyet », *TCFDIP*, 1955, p. 11

- « Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois ? », *Rev. Crit. DIP*, 1959, p. 405

LOUSSOUARN (Y.), « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *TCFDIP*, 1980-1981, t. II, p. 44

LOUVEL (B), Discours prononcé lors du colloque : « L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : question de souveraineté ? », 10 avril 2015. Disponible sur le site de la Cour de cassation

MAIER (H. G.), MCCOY (T. R.), « Unifying theory for judicial jurisdiction and choice of law », *American Journal of Comparative Law*, 1991, vol. 39(2), p. 249

MAILHE (F.), « Entre Icare et Minotaure, les notions autonomes de droit international privé », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 1137

MANCINI (P.), « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », *JDI*, 1874, p. 296

MANKOWSKI (P.), « Consumer Contracts under Article 6 of the Rome I Regulation », in CASHIN RITAINE (E.), BONOMI (A.) (dir.), *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Zürich, Schulthess, 2008, p. 121

MARCHADIER (F.), « Extraterritorial application of domestic statutes : tip-toeing around the issue of international competence », in MUIR WATT (H.), BIZIKOVA (L.), BRANDÃO DE OLIVEIRA (A.), FERNANDEZ ARROYO (D. P.) (dir.), *Global Private International Law, Adjudication without Frontiers*, Cheltenham, Elgar, 2019, p. 319

MARTENS (P.), « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, t. I, p. 49

MARTIN-CHENUT (K.), NORD (N.), « La recherche d'un juge compétent : les défis posés par l'extraterritorialité », in *La RSE saisie par le droit : perspectives internes et internationale*, Paris, Pedone, 2016, p. 625

MASSE (M.), « La compétence pénale française dans l'espace depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal », *RSC*, 1995, p. 856

MATTERA (A.), « The Principle of Mutual Recognition and Respect for National, Regional and Local Identities and Traditions », in F. K. PADAO SCHIOPPA (dir.), *The Principles of Mutual Recognition in the European Integration Process*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2005, p. 13

MAURY (J.), « L'ordre public en droit international privé français et en droit international privé allemand. Convergences et divergences », *Rev. Crit. DIP*, 1954, p. 7

MAYER (P.), « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. Crit. DIP* 1979, in *Choix d'articles de Pierre Mayer,* Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, p. 21

- « Les lois de police étrangères », *JDI*, 1981, p. 277

- « Les lois de police », *TCFDIP*, Journée du cinquantenaire, 1988

- « La protection de la partie faible en droit international privé », in GHESTIN (J.), FONTAINE (M.) (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 1996, p. 349

- « Recommandations 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, p. 1061

- « Les méthodes de reconnaissance en droit international privé, in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 547

- « L'étendue du contrôle par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 466

MAZEAUD (H.), « Conflit de lois et compétence internationale dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle et quasi délictuelle », *Rev. Crit. DIP*, 1934, p. 376

MELLERAY (F.), « La qualification juridique des contrats conclus à l'étranger par des personnes publiques françaises », *RFDA*, 2008, p. 1123

MERIGGI (L.), « Les qualifications en droit international privé », *Rev. Crit. DIP*, 1933, p. 201

MEYER-FABRE (N.), « L'obtention des preuves à l'étranger », *TCFDIP*, 2002-2004, p. 199

MICHAELS (R.), JANSEN (N.), « Private Law Beyond The State? Europeanization, Globalization, Privatization », 54, *American Journal of Comparative Law*, 2006, p. 843

MICHAELS (R.), « The New European Choice-of-Law Revolution », *Tulane Law Review*, 2008, vol. 82, n° 5, p. 1607

MICKLITZ (H.-W.), « La main visible du droit privé réglementaire européen. Le passage du droit privé européen de l'autonomie vers le fonctionnalisme dans le cadre de la concurrence et de la réglementation », *RIDE*, 2014, p. 5

MILLARD (E.), « Réalisme scandinave, réalisme américain », *Revues [Online]*, 2014, p. 24

MITTMANN (A.), « Compétence internationale en matière contractuelle. Quelques éclaircissements récents dans l'obscurité de l'article 5.1 du règlement Bruxelles I », *D.*, 2011, p. 834

MOTULSKY (H.), « Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé », *TCFDIP*, 1953

MORRIS (J. H. C.), « The proper law of the tort », 64 *Harvard Law Review*, 1951, p. 881

MUIR WATT (H.), « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois ?) », *Archives de philosophie du droit*, 1997, vol. 41, p. 207

- « Les principes généraux en droit international privé français », *JDI*, 1997, p. 403

- « Peut-on sauver le for européen du contrat ? », *Rev. Gén. Proc.*, 1998, p. 371

- « "*Law and Economics*" : quel apport pour le droit international privé ? », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 685

- « Privatisation du contentieux des droits de l'homme et vocation universelle du juge américain : les actions en justice des victimes de l'Holocauste devant les tribunaux des États-Unis », *RIDC,* vol. 55, n°4, 2003, p. 883

- « L'expérience américaine », in FUCHS (A.), MUIR WATT (H.), PATAUT (E.) (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 145

- « Rome II et les "intérêts gouvernementaux" : pour une lecture fonctionnaliste du nouveau règlement du conflit de lois en matière délictuelle », in CORNELOUP (S.), JOUBERT (N.) (dir.), *Le Règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, Dijon, 2008, p. 129

- « Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme », in FALLON (M.), LAGARDE (P.), POILLOT-PERUZZETTO (S.) (dir.) *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Paris, Dalloz, 2009, p. 77

- « La fonction économique du droit international privé », *RIDE,* 2010/1, t. XXIV, p. 103

- « Les enjeux de l'affaire Kiobel : le chaînon manquant dans la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises multinationales en droit international public et privé », *TCFDIP*, 2010-2012, p. 233

- « La nécessité de la division tripartite – Conflit de lois, de juridictions, règles de reconnaissance et d'exécution ? », in FALLON (M.), LAGARDE (P.), POILLOT-**PEROZZETTO (S.)** (dir.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, Berne, Peter Lang, 2011, p. 213

- « Private International Law Beyond the Schism », *Transnational Legal Theory*, 2011, p. 347

- « Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance mondiale », *RIDE*, 2013/1, t. XXVII

NAJM (M.-C.), « La Cour de cassation française et la répudiation musulmane. Une décennie après l'entrée en vigueur des réformes du droit de la famille Maroc et en Algérie », *JDI*, 2015, n°7, p. 791

NEUMAYER (K.), « Autonomie de la volonté et disposition impérative en droit international privé », *Rev. Crit. DIP*, 1957, p. 579

NIBOYET (J.-P.), « Problèmes de qualification en matière de traités », *Rev. Crit. DIP*, 1935, p. 1

NIBOYET (M.-L.), « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *JDI*, 2006, p. 937

NICOLAÏDIS (K.), « Trusting the Poles ? Constructing Europe through mutual recognition », *Journal of European Public Policy*, 2007, vol. 14, n° 5, p. 686

NOURISSAT (C.), « Le Règlement CE n°805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées », *Revue Europe*, août-septembre 2005, p. 6

- « De l'encadrement à la mise sous tutelle de l'exception d'ordre public en matière reconnaissance des décisions civiles ou commerciales ». Disponible en ligne sur [http://www.gdr-elsj.eu/2015/11/28/cooperation-judiciaire-civile/de-l-encadrement-a-la-mise-sous-tutelle-de-lexception-dordre-public-en-matiere-de-reconnaissance-des-decisions-civiles-o/].

- « Le champ d'application du règlement Rome II », in CORNELOUP (S.), JOUBERT (N.)(dir.) *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, LexisNexis, Litec, 2008, p. 13

NUYTS (A.), WATTE (M.), « Vers une interprétation uniforme et cohérente des conventions de Rome et de Bruxelles », *Rev. Dr. ULB*, 1994, p. 53

NUYTS (A.), « L'application des lois de police dans l'espace », *Rev. Crit. DIP*, 1999, p. 31

- « La refonte du Règlement Bruxelles I », *Rev. Crit. DIP*, 2013, p. 1

- « *Forum Shopping* et abus du *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 745

O'BRIAN (W. E.), « The Hague Convention on Jurisdiction and Judgments : The Wey Forward », *Modern Law Review*, vol. 66, 2003, p. 491

OPPETIT (B.), « Les principes généraux du droit international privé », *Archives de philosophie du droit*,, t. XXXII, 1987, p. 179

OST (F.), « Quelle jurisprudence, pour quelle société ? », *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1985, p. 3

- « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in BOURETS (O.) (dir.), *La force du droit- Panorama des débats contemporains,* Paris, Éd. Esprit, 1991, p. 241

- « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », *in Le rôle du juge dans la cité. Acte du colloque du 12 octobre 2001*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 15.

PANET (A.), « La reconnaissance des situations de statut personnel constituées au sein des États tiers », in BERGE (J.-S.), FRANCQ (S.), GARDENES SANTIAGO (M.) (dir.), *Boundaries of European Private International Law*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 681

PATAUT (E.), « Commentaire du décret n°2000-462 du 29 mai 2000 », *Rev. Crit. DIP*, 2000, p. 520

- « Lois de police et ordre juridique communautaire », *in* dir. FUCHS (A.), MUIR WATT (H.), PATAUT (E.)*, Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, Dalloz, 2004

- « De Bruxelles à La Haye, Droit international privé communautaire et droit international privé conventionnel », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 665

- « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *TCFDIP*, 2006-2008, Paris, p. 71

- « Table ronde sur les innovations du règlement Bruxelles I refondu. Le domaine spatial des règles de compétence », *TCFDIP*, 2012-2014, p. 51

- « Remarques sur la compétence internationale », in PATAUT (E.), BOLLEE (S.), CADIET (L.), JEULAND (E.) (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, Paris, IRJS, 2013, p. 25

- « Territorialité et coordination en droit international privé. L'exemple de la sécurité sociale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, p. 663

PEROZ (H.), « Le Règlement CE n°805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées », *JDI*, 2005, p. 638

PERREAU-SAUSSINE (L.), « La nouvelle directive communautaire sur le *time-share* ("et autres produits de vacances ") », *RDI*, 2010, p. 423

- « Stratégies procédurales de contournement de l'impérativité internationale », communication orale, *L'impérativité en droit international des affaires : Questions d'actualité*, Colloque du 1er février 2018 à la Cour de cassation

PERRIN (S.), « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Droit de la Famille*, 2010, n°6, étude 16

PICOD (F.), « Charte des droits fondamentaux et principes généraux du droit », *RDLF*, 2015, chron. n°2

PIERRE-MAURICE (S.), « La nouvelle action en refus d'exécution d'un jugement européen : entre simplicité, équilibre et stratégie », *D.*, 2015, p. 692

POCAR (F.), « Le lieu du fait illicite dans les conflits de lois et de juridictions », *TCFDIP*, 1986, p. 71

- « Quelques réflexions sur le choix des sous-catégories et des éléments de rattachement dans les textes de référence », in FALLON (M.), LAGARDE (P.), POILLET-PERUZETTO (S.) (dir.) *La matière civile et commerciale, socle européen de droit international privé ?*, Paris, Dalloz, 2009, p. 69

POILLOT-PERUZZETTO (S.), « De la coordination verticale à la coordination horizontale, l'exemple du droit de la concurrence et du droit judiciaire », *Mélanges en hommage à Guy Isaac*, t. 2, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales, 2004, p. 653

- « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *TCFDIP*, 2005, 16, p. 69

PRUJINER (A.), « Le droit international privé : un droit de rattachement », *in Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle/ Francfort-sur-Main, Helbing and Lichtenhahn, 1993, p. 161

RABEL (E.), « Le problème de qualification », *Rev. Crit. DIP*, 1933, p. 1

RACINE (J.-B.), « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.,* 2005, p. 305

- « Droit économique et lois de police », *RIDE*, 2010/1 (t. XXIV, 1), p. 61

- « Le *forum actoris* en droit international privé », *TCFDIP* 2016-2018

RADICATI DI BROZOLO (L. G.), « L'illicéité "qui crève les yeux" : critère du contrôle des sentences au regard de l'ordre public international », *Rev. Arb.* 2005, p. 529

RASS-MASSON (L.), « La contribution de la doctrine particulariste au droit international privé (Analyse critique des théories de Bartin et de Kahn au regard de l'érosion contemporaine du paradigme juridique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 1349

REMY (B.), « De la profusion à la confusion : réflexions sur les justifications des clauses d'élection de for », *JDI*, 2011, n°1, p. 175

- « Des notions de prévisibilité en matière de conflit de lois – Qui de l'œuf ? Qui de la poule ? », in *Mélanges en l'Honneur de Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, p. 791

REMY-CORLAY (P.), « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception », *Rev. Crit. DIP*, 2003, p. 37

RETORNAZ (V.), VOLDERS (B.), « Loi belge du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial », *Rev. Crit. DIP*, 2006, p. 441

- « Le for de nécessité tableau comparatif et évolutif », *Rev. Crit. DIP*, 2008, p. 215

RIDEAU (J.), « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *AFDI*, 1972, p. 885

RIGAUX (A.), SIMON (D.), « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », in *Mélanges Guy Isaac*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 557

RIGAUX (F.), « Règles de compétence judiciaire et règles de fond en matière de divorce et de séparation de corps », *Revue Critique de jurisprudence belge*, 1970, p. 24

- « Droit économique et conflit de souveraineté », *RabelsZ*. 52, 1988, p. 105

RIVOLLIER (V.), « Les paradoxes du droit privé européen », *Revue de droit de l'Union européenne*, 2018, p. 634

ROCCATI (M.), « Quelle place pour l'autonomie procédurale des États membres ? », *RIDE*, 2015/4, t. XXIX, p. 429

ROGERSON (P.), « Habitual Residence : The New Domicile ? », (2000), 49-1, *The international and Comparative Law Quaterly* 86-107

- « Forum shopping and Brussels II bis », *IPRax*, 2010, p. 553-556

ROMANO (G.-P.), « La bilatéralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes », *Rev. Crit. DIP*, 2006, p. 457

- « Sécurité juridique et CJCE », in BONOMI (A.), CASHIN RITAINE (E.), ROMANO (G.-P.) (dir.) *La convention de Lugano : passé, présent et devenir, Actes de la 19ème Journée de droit international privé du 16 mars 2007 à Lausanne*, Zürich, Schulthess, 2007, p. 165

- « Le principe de sécurité juridique à l'épreuve des arrêts Gasser et Owusu », *Cahier de droit européen*, 2008, n°1, p. 175

SANA CHAILLE DE NERE (S.), « Les questions préalables », in T. AZZI ET O. BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?,* Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 123

- « Les ordres publics nationaux », in FULCHIRON (H) (dir.), La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, Paris, LexisNexis, 2019

SAUMIER (G.), « PILAGG in Practice : two examples of Concrete Steps », *Doc. PILAGG e-Series/GG/1*

SAVATIER (R.), « Le marché Commun au regard du droit international privé », *Rev. Crit. DIP*, 1959, p. 237

SCHMIDT (S. K.), « Mutual recognition as a new mode of governance », *Journal of European Public Policy*, 2007, vol. 14, p. 672, n°5

SCHNEIDER (B.), « Le forum conveniens et le forum non conveniens (en droit écossais, anglais et américain) », *RIDC*., 1975, vol. 27, n°3, p. 601

SCHULTSZ (J.), « Les lois de police étrangères », *TCFDIP*, 1982-1984, p. 39

SILBERMAN (L. J.) et **LOWENFELD (A. F.)**, « The Hague Judgments Convention – and Perhaps Beyond », *Essays in Honour of ARTHUR T. VON MEHREN*, Ardsley, New-York, Transnational Publishers, 2002

SIMON (D.), « Les " notions autonomes " en droit de l'Union », in *Mélanges en l'honneur du Professeur H. Oberdorff*, Paris, LGDJ, 2015, p. 97

SINDRES (D.), « Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *JDI*, 2012, p. 887

SOULAS DE RUSSEL (D. J. M.), **P. RAIMBAULT (P.)**, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », *RIDC*, 2003, vol. 55, n°1

STEENHOFF (G. J. W.), « Asser et la fondation de la Conférence de La Haye de droit international privé », *Rev. Crit. DIP*, 1994, p. 297

SUDRE (F.), « Le recours aux « notions autonomes », in SUDRE (F.) (dir.) *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 103

SUPIOT (A.), « L'inscription territoriale des lois », *Esprit*, novembre 2008, p. 151

- « Poïétique de la justice », in *Le droit malgré tout : Hommage à François Ost*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2018, p. 339

SZPUNAR (M.), « Droit international privé de l'Union : cohérence des champs d'application et/ou des solutions ?, *Rev. Crit. DIP*, 2018, p. 573

STERN (B.), « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *AFDI*, 1986, p. 7

STRUYCKEN (A. V. M.), « Quelques réflexions sur la juridiction gracieuse en droit international privé », *TCFDIP*, 1989, p. 105

TAKAHASHI (K.), « Review of the Brussels I Regulation: A Comment from the Perspective of Non-Member States (Third States) », *Journ. PIL*, 2012, p. 1

TENEMBAUM (A.), « La compétence internationale des autorités de surveillance des marchés financiers en matière d'offre publique ». *Rev. Crit. DIP*, 2006, p. 557

THERY (P.), « La compétence », in PATAUT (E.), BOLLEE (S.), CADIET (L.), JEULAND (E.) (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, Paris, IRJS, 2013, p. 45

TIMSIT (G.), « L'ordre juridique comme métaphore », *Droits*, 2000/I, n° 33, p. 3

- « La loi et ses doubles. Thématiques du raisonnement juridique », *Droits*, 2002/2, n° 36, p. 135

TINIERE (R.), « L'invocabilité des principes de la charte des droits fondamentaux dans les litiges horizontaux », *RDLF*, 2014, chron. 14

TREPPOZ (E.), « La *lex loci protectionis* et l'article 8 du Règlement Rome II », *D.*, 2009, p. 1643

- « Le paradoxe du principe de territorialité en droit européen de la propriété intellectuelle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 1495

TUNC (A.), « Standards juridiques et unification du droit », *RIDC,* 1970, p. 247

USUNIER (L.), « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, beaucoup de bruit pour rien ? ». *Rev. Crit. DIP*, 2010, p. 37

- « Le règlement Bruxelles I *bis* et la théorie de l'abus de droit », in GUINCHARD (E.) (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 449

- « Libre, mobile, divers : le couple au miroir du droit international privé de l'Union européenne », *RTD civ.*, 2016, p. 806

- « Observations sur la nature des règles de compétence judiciaire internationale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 1523

VAN LOON (J. H. A.), « Quelques réflexions sur l'unification progressive du droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye », *Liber Memorialis François Laurent 1810-1887*, Bruxelles, éd. Story Scientia, 1989, p. 1133

DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), « Le *forum shopping* devant les juridictions françaises », *TCFDIP*, 1998-2000, p. 49

- « La responsabilité civile dans la proposition de règlement communautaire sur la loi applicable aux obligations non contractuelles », in FUCHS (A.), MUIR WATT (H.), PATAUT (E.) (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 185

- « Lois de police et politiques législatives », *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 207

- « Localisation et globalisation en droit international privé. *Esprit* de *Savigny*, es-tu là ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 1555

VERBRAEKEN (C.), « La loi applicable aux contrats de concession de vente exclusive comportant un ou plusieurs éléments d'extranéité », in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, (557)

VINCENT (J.), « Quelques réflexions sur la compétence exclusive des juridictions civiles », in *Mélanges offerts à P. Hébraud,* Toulouse, 1981, p. 918

VON MEHREN (A. T.), « Une esquisse de l'évolution du droit international privé aux États-Unis », *JDI*, 1973, p. 116

- « La rédaction d'une convention universellement acceptable sur la compétence judiciaire internationale et les effets des jugements : Le projet de la Conférence de La Haye peut-il aboutir ? », *Rev. Crit. DIP*, 2001, p. 85

VON MEHREN (A. T.), TRAUTMANN (D. T.), « Jurisdiction to Adjudicate: a Suggested Analysis », *Harvard Law Review*, 1965, 1966, p. 1121

VON OBERBECK (E.), « L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé », in *Nouveaux itinéraires en droit, hommage à François Rigaux*, 1993, Bruxelles, Bruylant, p. 619

WALINE (M.), « À propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridiction compétent », *RDP*, 1961, p. 6 et s

WEAHTHERIL (S.), « European Private Law and the Constitutional Dimension », in CAFAGGI (F.) (dir.) *The institutional Framework of European Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 37

WENGLER (W.), « Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits », *Rev. Crit. DIP*, 1952, p. 595, 1953, p. 37

- « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. Crit. DIP*, 1990, p. 657

WESTBROOK (J.-L.), « International judicial negotiation », *Texas International Law Journal*, 2003, p. 56

Dictionnaires, encyclopédies :

BERGE (J-S.), PORCHERON (D.), VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA (G.), v° « Droit international privé et droit de l'Union européenne », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2019

BETTINI (R.), v° « Efficacité » (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème éd., Paris, LGDJ, 2018

BRACH-THEIL (D.), v° « Compétence internationale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2019

CORNU (G.), Association H. Capitant, v° « Compétence exclusive », *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2019

- « Souveraineté »

FONGARO (E.), HECTOR (P.), v° « Obligations Alimentaires », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2019.

FRANCQ (S.), v° « Loi applicable aux obligations contractuelles (Matière civile et commerciale) », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2016

GALLANT (E.), v° « Règlement Bruxelles II *bis* : compétence, reconnaissance et exécution en matière matrimoniale et de responsabilité parentale », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2013.

GALLANT (E.), v° « Autorité parentale », *JurisClasseur de droit international*, Fasc. 61, LexisNexis, 2015

GAUDEMET-TALLON (H.), v° « Divorce », *JurisClasseur de droit international*, Fasc. 547-20, LexisNexis, 2017

GUASTINI (R.), v° « Complétude », in ARNAUD (A.-J.) (dir), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2ème éd., 2018

HAMMJE (P.), v° « Divorce et séparation de corps », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2018

HEUZE (V.), v° « Conflit de juridictions et contrats internationaux », *Dictionnaire Joly Pratique des contrats internationaux*, t. 2, Livre IX, Paris, GLN éd., 2016

HUET (A.), v° « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux », *JurisClasseur de Droit international*, Fasc. 581-20, LexisNexis, 2018

LARDEUX (G.), v° « Source extracontractuelle des obligations – Loi applicable », *JurisClasseur de droit international*, Fasc. 553-1, LexisNexis, 2018

LASCOUMES (P.), v° « Effectivité », in ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème éd., Paris, LGDJ, 2018

MAYER (P.), v° « Lois de police », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2009

MICHAELS (R.), v° « Carl Georg von Wächter », in BASEDOW (J.), RUHL (G.), FERRARI (F.), DE MIGUEL ASENSIO (P.) (dir.) *Encyclopaedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017

MICHAUD (F.), v° « États-Unis (Grands courants de la pensée juridique américaine) », in RIALS (S.), ALLAND (D.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003

MILLARD (E.), v° « Effectivité des droits de l'homme », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.) *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008

MONSERIE-BON (M.-H.), v° « Procédure collective –Loi applicable. – Règlement (CE) n°1346/2000 du 29 mai 2000 et règlement (UE) 2015/848 du 20 mai 2015 relatifs aux procédures d'insolvabilité. », *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 572-85

MUIR WATT (H.) v°, « Globalization and Private International Law », in BASEDOW (J.), RÜHL (G.), FERRARI (F.), DE MIGUEL ASENSIO (P.) (dir.), *Encyclopaedia of Private international Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017

THERY (P.), v° « Compétence », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique,* Paris, PUF Lamy, 2003

SIMON (D.), v° « Directive », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2018

SYNVET (H.), v° « Société », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2019

DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), v° « Fraude à la loi », *Repertoire de droit international,* Dalloz, 1998

Études, rapports, propositions :

Rapport de M. P. JENARD sur la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale , *Journal officiel des Communautés européennes*, Journal officiel des Communautés européennes, C 59, 1979

Document de la Conférence de La Haye, 11ème session (Acte final, partie B), 1968

Rapport Giuliano-Lagarde-Van Sasse Van Ysselt concernant l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles, 1973,

Rapport GIULIANO-LAGARDE concernant la loi applicable aux obligations contractuelles, JOCE 31 octobre 1980, N° C 282/1-50, p. 28

Rapport de MM. P. JENARD et G. MÖLLER relatif à la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale faite à Lugano le 16 septembre 1988, (90/C 189/07)

Rapport de la Cour de cassation, 1993

Rapport explicatif relatif à la convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale (Texte approuvé par le Conseil le 28 mai 1998) élaboré par Mme Algría Borrás. Journal officiel n° C 221 du 16/07/1998

Avant-Projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, *Document préliminaire n°11*, aout 2000, Conférence de La Haye

Rapport explicatif de la Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, effectué par P. LAGARDE, édité par le bureau permanent de la Conférence de La Haye

Résumé des résultats des discussions de la Commission II de la première Partie de la Conférence diplomatique (6-22 juin 2001), Document préliminaire n° 14 d'avril 2001, édité par le Bureau permanent de la Conférence de La Haye

Proposition de règlement du Conseil 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 et modifiant le règlement (CE) n° 44/2001 en ce qui concerne les obligations alimentaires, COM/2002/0222 final/Journal officiel n°203 E du 27/08/2002

Programme de Tampere « Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice : bilan du programme de Tampere et futures orientations », le 2 juin 2004, COM (2004), 401 final

Programme de La Haye : « dix priorités pour les cinq prochaines années. Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice », le 24 septembre 2005, COM (2005), 184 final

Livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce du 14 mars 2005, COM (2005) 82 final

Document de la Commission COM (2005) 195 final du 19 mai 2005. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la reconnaissance mutuelle des décisions en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les États membre

Proposition de règlement visant à modifier le règlement (CE) n°2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale, présentée par la Commission le 17 juillet 2006, COM (2006) 399 final

Study on Residual Jurisdiction : General Report, A. NUYTS, 2007, [http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/publications_en.htm]

Rapport explicatif sur la Protocole de La Haye établi par Monsieur A. Bonomi, 2007, édité par le Bureau permanent de la Conférence de La Haye

Programme de Stockholm – « une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens », le 4 mai 2010, JO C 115

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), 14 décembre 2010 COM (2010) 748 Finale

Décision du Conseil du 8 juin 2010 adressée à la Grèce en vue de renforcer et d'approfondir la surveillance budgétaire et mettant la Grèce en demeure de prendre des mesures pour procéder à la réduction du déficit jugée nécessaire pour remédier à la situation de déficit excessif, Décision 2010/320/UE

Un cadre européen pour le droit international privé : lacunes actuelles et perspectives futures. Rapport du Parlement européen, direction générale des politiques internes, 2012, (dir.) KRAMER (X.)

« Final Report International Civil Litigation for Human Rights Violations », *ILA Report*, Sofia 2012

Rapport sur le coût de la non-Europe. Un code européen de droit international privé, PE, 504, 468, 2013, (dir.) BALLESTER (B.)

Rapport annuel et Étude annuelle de la Cour de cassation 2013, Livre 3, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2. Disponible en ligne sur le site de la Cour de cassation

Résolution relative à la compétence universelle civile en matière de réparation pour crimes internationaux, 30 aout 2015, Institut de droit international, Tallin. Rapporteur A. Bucher

Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matter and the matters of parental responsibility and on international child abduction. COM (2016) 411 final

Comments on the Commission Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast) (COM(2016) 411 final). Annexe 1, point 23. Document du Groupe européen de droit international privé

Avant-Projet de Résolution sur les droits de l'homme et le droit international privé, 2017, Institut de droit international

Rapport de la Cour de cassation : « Le juge et la mondialisation dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *Étude annuelle 2017*, Documentation française

Étude sur l'application du Règlement Bruxelles II bis- ITAC : itinérances transfrontières et affaires civiles : couples et parentalité dans l'espace judiciaire européen, 2017. Rapport rendu par l'École nationale de la magistrature sur proposition de la Commission européenne sous la direction scientifique de Madame Marie Lamarche

Proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière de divorce et de séparation de corps. Anvers 21-23 septembre 2018. Travaux du Groupe européen de droit international privé

Proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière de divorce et de séparation de corps. Katowice 13-15 septembre 2019. Travaux du Groupe européen de droit international privé

Jurisprudence et notes de jurisprudence

Jurisprudence française :

Jurisprudence judiciaire :

Cass. civ. 14 mars 1837, *Stewart*, *Grands arrêts* n°3

Cass. Req., 6 janvier 1841, *Wenger c/ Thiriet*

Cass., Req. 23 avril 1885

Cass, Civ, 18 mars 1978, *Princesse de Beauffremont. Grands arrêts* n°6

Cass. Civ. 5 juillet 1933, *Nagalingampoullé*

Cass. Civ., 19 juin 1939, *Labedan*, *Grands arrêts* n°18

Cass., Civ., 25 mai 1948, *Lautour. Grands arrêts* n° 19 ; *Rev. Crit. DIP*, 1949, p. 89, note H. BATIFFOL

Cass. Civ. 19 octobre 1959, *Pelassa*, n°58-10.628, *Rev. Crit. DIP*, 1960, p. 215, note Y. LOUSSOUARN ; *D.,* 1960, p. 37, note G. HOLLEAUX

Cass. Civ., 14 mars 1961, *Rev. Crit. DIP*, 1961, p. 774, note H. BATIFFOL

Cass. 1ère Civ. 30 octobre 1962, *Scheffel*, n°61-11.306, *D.*, 1963, p. 109, note D. HOLLEAUX ; *Rev. Crit. DIP*, 1963, p. 387, note P. FRANCESCAKIS ; *Grands arrêts*, n°37

Cass. 1ère Civ. 7 janvier 1964, *Munzer*, n°62-12.438, *Rev. Crit. DIP*, 1964, p. 344, note H. BATIFFOL

Cass. 1ère Civ. 25 février 1969, *Soc. Levant Express Transport*, *Grands arrêts*, n°47

Cass. 1ère Civ. 27 mai 1970, *Weiss*, n°68-13.643, *Grands arrêts*, n° 49

Cass. Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabres*, n°73-13.556. *AJDA* 1975, p. 569, note J. BOULOUIS

TGI Paris, 23 avril 1979, *Rev. Crit. DIP*, 1980, p. 83, note P. LAGARDE

Cass, 1ère Civ., 10 juillet 1979, *Van der Plassche*, n°78-12.956, *Rev. Crit. DIP*, 1980, p. 91, note H. GAUDEMET-TALLON

Cass, 1ère Civ., 1er avril 1981, *De Pedro*, n°79-13.959, *JDI*, 1981, p. 812, note D. ALEXANDRE

Cass. 1ère Civ. 17 juillet 1980, n°79-12.528, *JCP* 1982, note P. COURBE

Cass. 1ère Civ. 7 janvier 1982, n°80-11.870, *Rev. Crit. DIP*, 1983, p. 87, note B. ANCEL

Cass. 1ère Civ. 17 mai 1983, n°82-11.290, *Rev. Crit. DIP*, 1985, p. 346, note B. ANCEL

Cass, 1ère Civ. 6 février 1985, *Simitch*, n°83-11.241, *JDI,* 1985, p. 460, note A. HUET ; *Rev. Crit. DIP*, 1985, p. 243, note P. FRANCESCAKIS ; *Grands arrêts* n°70

Cass. 1ère Civ. 17 décembre 1985, *Compagnie de signaux et d'entreprises électriques*, n°84-16.338, *Rev. Crit. DIP*, 1986, p. 537, note H. GAUDEMET-TALLON ; *D.*, 1986, p. 265, note B. AUDIT ; *Grands arrêts*, n° 72

Cass. 1ère Civ. 6 juillet 1988, *Bazziz*, n°85-12.743. *Rev. Crit. DIP*, 1989, p. 71, note Y. LEQUETTE

CA Paris, 16 février 1989, *Sté Almira Films c./Pierrel. Rev. arb.* 1989, p. 711, note L. IDOT

Cass. 1ère Civ. 10 février 1993, *Latouz*, n°89-21.997, *Rev. Crit. DIP* 1993, p. 620, note J. FOYER ; *D.*, 1994, p. 66, note J. MASSIP ; *JDI*, 1994, p. 124, note I. BARRIERE-BROUSSE

CA Paris, 19 mai 1993, *Société Labinal contre Société Mors et Société Westland Aerospace Ltd*, *JDI*, 1993, p. 957, note L. IDOT

Cass. 1ère Civ. 20 décembre 1993, *Municipalité de Khoms El Mergeb c./Sté Dalico*, n°91-16.828, *JDI*, 1994, p. 432, note E. GAILLARD ; *Rev. Crit. DIP*, 1994, p. 663, note P. MAYER

CA Paris, 14 juin 1995. *D.*, 1996, p. 169, obs. B. AUDIT

Cass. 1ère Civ. 14 janvier 1997, *Gordon & Breach*, n° 94-16.861. *Rev. Crit. DIP*, 1997, p. 504, note J.-M. BISCHOFF ; *JCP*, 1997, p. 22903, note H. MUIR WATT

Cass. Soc. 16 février 1999 ; **Cass. Soc. 4 mai 1999**, n°97-41.860. *Rev. Crit. DIP*, 1999, p. 745, note JAULT-SESEKE

Cass. 1ère Civ. 11 mai 1999, *Mobil North Sea*, n° 97-13.972. *JCP*, 1999, p. 10183, note H. MUIR WATT ; *Rev. Crit. DIP*, 2000, p. 199, note. J.-M. BISCHOFF

Cass. Com., 28 novembre 2000,n°98-11.435, *JDI.* 2001, p. 511, note J.-M. JACQUET

Cass. Soc. 9 octobre 2001, *Rev. arb.* 2002, p. 347, note E. CLAY

Cass. 1ère Civ. 5 mars 2002, *Sisro*, n°99-20.755. *JCP G*, 2002, p. 10082, note H. MUIR WATT ; *Rev. Crit. DIP*, 2003, p. 440, note J.-M. BISCHOFF

Cass. Civ. 1ère, 28 octobre 2003, *Pays Fourvel*, n° 00-18.794. *JCP G*, 2004, p. 10006, note G. LARDEUX ; *Rev. Crit. DIP,* 2004, p. 83, note D. BUREAU

Cass. 1ère Civ. 9 décembre 2003, *Cristal*, n° 01-03.225. *Rev. Crit. DIP*, 2004, p. 632, note O. CACHARD ; *JDI*, 2004, p. 872, obs. A. HUET

Cass. 1ère Civ., 17 février 2004, (5 arrêts), *D.,* 2004, p. 815, chron. P. COURBE ; *JDI*, 2005, p. 1200, note L. GANNAGE ; *Rev. Crit. DIP*, 2004, p. 423, note P. HAMMJE ; *JCP*, 2004, p. 10128, note H. FULCHIRON

CA Paris, 18 novembre 2004, *Thalès Air Défense c./GIE Euromissile*. *Rev. Crit. DIP*, 2006, p. 104, note S. BOLLEE ; *RTD Com.* 2005, p. 263, obs. E. LOQUIN

Cass. Com. 11 janvier 2005, *Hugo Boss*, n°02-18.381 et n°02-18.382, *JCP G*, 2005, p. 10055, note C. CHABERT ; *JCP E*, 2005, p. 571, note C. CASTETS-RENARD

Cass. Soc. 25 janvier 2005, *Banque africaine de développement c./Degboe*, n°04-41.012, *D.*, 2005, p. 1540, note F. VIANGALLI

Cass. 1ère Civ. 1er février 2005, *NIOC*, n°01-13.742, *Rev. Arb.* 2005, p. 693, note H. MUIR WATT ; *Rev. Crit. DIP*, 2006, p. 140, note T. CLAY

Cass. 1ère Civ. 22 février 2005, n°02-20.409, *D.*, 2005, p. 1459, note S. SANA CHAILLE DE NERE ; *D.*, 2006, p. 1500, obs. P. COURBE, F. JAULT-SESEKE ; *Rev. Crit. DIP*, 2005, p. 515, note E. PATAUT

Cass. 1ère Civ. 14 décembre 2005, n°05-10.951 *D.*, 2006, p. 1503, obs. P. COURBE, F. JAULT-SESEKE ; *Droit de la Famille*, mars 2006, étude 17, obs. M. FARGE

CA Paris, 23 mars 2006, *SNF c./Cytec Industries*. *Rev. arb.* 2007, p. 100, obs. S. BOLLEE.

Cass. 1ère Civ. 10 mai 2006, n°01-11.229. *JCP*, 2006, p. 10164, note T. AZZI

Cass. Soc. 10 mai 2006, n°03-46.593. *Rev. Crit. DIP*, p. 856, note E. PATAUT, P. HAMMJE ; *JCP*, 2006, II, p. 10121, note. S. BOLLEE ; *D.*, 2007, p. 1751, note P. COURBE

Cass. 1ère Civ. 7 juin 2006, n° 04-17.219

CA Paris, 28 septembre 2006, 5ème chambre, section B. *JCP G*, 19 novembre 2008, II-10187, note L. D'AVOUT

Cass. 1ère Civ. 12 décembre 2006, *JCP*, 2007-II, p. 10048, note A. DEVERS ; *Droit de la Famille*, 2007, n° 136, note M. FARGE

Cass. 1ère Civ. 20 février 2007, *Cornelissen*, n°05-14.082, *D.*, 2007, p. 1115, note L. D'AVOUT, S. BOLLEE, *Rev. Crit. DIP*, 2007, p. 420 note. B. ANCEL, H. MUIR WATT ; *JDI*, 2007, p. 1195, note F.-X. TRAIN

Cass. Com. 20 mars 2007, n°04-19.679. *Rev. Crit. DIP*, 2008, p. 322, note E. TREPPOZ

Cass. 1ère Civ. 25 avril 2007, *Rev. Crit. DIP*, 2008, p. 81, note P. LAGARDE ; *D.*, 2008, p. 1507, obs. P. COURBE, F. JAULT-SESEKE

Cass. 1ère Civ., 20 février 2008, n°07-14.469

Cass., 1ère Civ. 4 juin 2008, *D.*, 2008, p. 1684, note X. DELPECH

Cass. 1ère Civ. 24 septembre 2008, *Droit de la Famille*, 2009, n°33, note M. FARGE ; *A.J. Famille*, 2009, p. 432, obs. A. BOICHE

Cass. 1ère Civ. 22 octobre 2008, *Monster Cable Products Inc. c. Audio Marketing Services*., n°07-15.823. *Rev. Crit. DIP,* 2009, p. 1, note D. BUREAU, H. MUIR WATT ; *JCP G*, 19 novembre 2008, II-10187, note L. D'AVOUT ; *D.*, 2009, p. 2384, note S. BOLLEE

Cass. 1ère Civ. 14 octobre 2009, *In Zone Brands,* n° 08-16.369 et n°08-16.549. *RTD civ.*, 2010, p. 372, note P. THERY ; *D.*, 2010, p. 177, note S. BOLLEE ; *Rev. Crit. DIP*, 2010, p. 158, note H. MUIR WATT

Cass. 1ère Civ., 4 novembre 2009, n° 08-20.355, *D.*, 2010, p. 543, obs. I. GALLMEISTER ; *Rev. Crit. DIP*, 2010, p. 313, note K. ZAHER

Cass. 1ère Civ. 19 novembre 2008, n°07-10.570, *JCP*, 2009, II, p. 10002, note L. D'AVOUT, L. PERREAU-SAUSSINE

Cass. com. 16 mars 2010, n°08-21.511, *JCP G*, 2010, p. 530 note D. BUREAU, L. D'AVOUT ; *D.*, 2010, p. 2323, obs. S. BOLLEE ; *JDI*, 2011, p. 2, note A. MARCHAND ; *DMF*, 2010, n°714, note S. SANA-CHAILLE DE NERE

Cass, 1ère Civ. 8 juillet 2010, *Doga*, n° 09-73.013, *D.*, 2010, p. 2884, note B. AUDIT, CUPERLIER ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Rev. Crit. DIP*, 2010, p. 743

Cass. Com. 13 juillet 2010, n°06-20.230

Cass. Com. 23 novembre 2010, n° 07-19.543

Cass. Com. 13 juillet 2010, n° 09-13.354. *RTD Com.* 2010, p. 779, note B. BOULOC ; *Rev. Crit. DIP*, 2010, p. 720, A. POTOCKI

Cass. Com. 7 décembre 2010, n° 09-16.811

Cass. Com. 13 juillet 2010, n° 10-12.154. *JDI*, 2011, p. 91, note F. JAULT-SESEKE ; *JCP E,* 2010, p. 23, C. CHABERT ; *D.* 2010, p. 1863, obs. X. DELPECH ; *D.* 2010, p. 2323, obs. S. BOLLEE

Cass. 1ère Civ. 20 octobre 2010, *Ettehadieh*, n°08-17.033. *JCP N*, 2011, p. 26 note E. FONGARO ; *D.*, 2011, p. 1664, note E. AGOSTINI

Cass. civ. 1re, 9 mars 2011, n°09-14.743, *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 385 note P. CHEVALIER

Cass, Com. 15 mars 2011, n° 09-72.027

Cass. 1ère Civ. 18 mai 2011, n°10-19.750, *RLDC*, 2011, p. 44 obs. E. POULIQUEN

Cass. 1ère Civ., 26 octobre 2011, n°09-71.369, *JDI,* 2012, p. 176, note J. GUILLAUME ; *JDI*, 2012, p. 887, note D. SINDRES

Cour d'appel de Poitiers, 2ème chambre, 29 novembre 2011, n° 747 R. G. :10/03500, *SA Viol Frères c./Société de droit danois AP Moller Maersk A. S. et société Philippe Faudever et Compagnie*

Cass. 1ère civ, 7 décembre 2011, *West Carribean*, n°10-30.919. *D.*, 2012, p. 254, note. P. DELEBECQUE ; *D.*, 2012, p. 1228, obs. F. JAULT-SESEKE ; *Rev. Crit. DIP*, note A. MAITREPIERRE ; *RTD civ.*, 2012, p. 367 ; obs. P. THERY ; *JCP G*, 2012, p. 241, note L. D'AVOUT

Cass. 1ère Civ., 21 décembre 2011, n°10-27.874, *Rev. Crit. DIP*, 2012, p. 339, note P. LAGARDE

Cass. 1ère Civ. 12 juillet 2012, *Patrick Bruel*, n°11-15.165. *Rev. Crit. DIP*, 2013, p. 607, note L. USUNIER ; *D.*, 2013, p. 1503, note F. JAULT-SESEKE

Cass. 1ère Civ., 10 octobre 2012, n°11-18.345. *JCP G*, p. 1368, note L. PERREAU-SAUSSINE ; *JDI*, p. 119, note E. FONGARO

Cass. 1ère Civ. 30 janvier 2013, *Gazprombank*, n°11-10.588. *RTD. Com.*, 2014, p. 459, note P. DELEBECQUE ; *JCP G*, 2013, p. 299, note D. AKCHOTI

Cass. 1ère Civ. 13 septembre 2013, n°12-18.315 et n°12-30.138. *D.*, 2014, p. 1787, obs. P. BONFILS ET A. GOUTTENOIRE ; *Rev. Crit. DIP*, 2014, p. 531, note H. FULCHIRON, M.-C. GILARTE ; *JDI*, 2014, p. 134, note J. GUILLAUME ; *D.*, 2015, 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHT

Cass. 1ère Civ., 23 octobre 2013, n°12-25.802 *Revue Droit de la famille*, février 2014, comm. 31, M. FARGE

CA Paris, 14 mars 2014. *D.* 2014, p. 1967, obs. L. D'AVOUT, S. BOLLEE

Cass. 1ère Civ. 11 février 2015, n°14-10.074, *Rev. Crit. DIP*, 2015, p. 891, note L. USUNIER

CA Paris, 25 février 2015 (12/23757). *D.,* 2016, p. 1047 note H. GAUDEMET-TALLON ; *D.,* 2015, p. 1260, note M. WINKLER, A. LACOMBE

Cass. 1ère Civ. 3 juillet 2015, n°14-21.323. et n°15-50.002, *D.*, 2015, 1481, note S. BOLLEE ; *Defrénois*, 2016, n° 9, 476 obs. P. CALLE ; *D.*, 2016, p. 857, obs. F. GRANET-LAMBRECHT

Cass. 1ère Civ. 8 juillet 2015, *Ryanair*, n°13-25.846. *JDI*, 2016, p. 568, note P. DE VAREILLES-SOMMIERES ; *RTD com.*, 2016, p. 71, note E. LOQUIN

Cass. 1ère Civ. 23 septembre 2015, n°14-500.31

Cass. 1ère Civ. 21 octobre 2015, n°14-25.080, *D.*, 2015, p. 2537, note E. DISSAUX

Cass, com. 24 novembre 2015, *Lauterbach*, n°14-10.628. *JDI*, 2016, p. 939 note L. USUNIER

Cass. Com. 5 janvier 2016, *Lionel Strasser*, n°14-10.628. *JCP E*, 2016, p. 34, chron. C. NOURISSAT

Cass. 1ère Civ. 24 février 2016, n°15-10.288. *Gaz. Pal.*, 2016, p. 60, note S. HAMOU

Cass. 1ère Civ. 6 juillet 2016, *Apple*, n°15-21.811, *D.*, 2016, p. 2589, note T. CLAY ; *Revue Lamy droit civil*, 2016, p. 12, note F. BUY

Cass. 1ère Civ. 18 janvier 2017, n°14-14.924, *Rev. Crit. DIP*, 2017, p. 269, note D. BUREAU, H. MUIR WATT

Cass. com. 18 janvier 2017, *Aston Martin*, n°15-26.105, *RTD eur.*, 2018, p. 338, note A. JEAUNEAU ; *JCP E*, 2018, p. 32, obs. D. MAINGUY ; *JCP E*, 2017, p. 30, note C. NOURISSAT

CA Paris, 21 février 2017, *République du Kirghisistan contre Belokon*, *D.* 2017, p. 2054, obs. L. D'AVOUT, S. BOLLEE ; *JDI*, 2017, p. 1361, note E. GAILLARD

Cass. Com., 1er mars 2017, *Lavalin*, n°15-22.675*, JCP G,* 2017, p. 711, note D. MOURALIS ; *RTD Civ.*, 2017, p. 391, note H. BARBIER

Cass. 1ère Civ. 20 avril 2017, n°16-16.983. *JCP G,* 2017, n°25, p. 693, note, L. PERREAU-SAUSSINE ; *JDI,* 2018, p. 134, note V. PARISOT ; *JCP N*, 2017, p 29, note. S. DRAPIER

Cass. 1ère Civ. 4 mai 2017, n°16-13.645, *JDI,* 2018, p. 97, note D. PORCHERON ; *JDI*, 2017, p. 1315, note F. MONEGER ; *Rev. Crit. DIP*, 2017, p. 457, note D. BUREAU, H. MUIR WATT

Cass. Soc. 14 septembre 2017, *Comilog*, n°15-26.737 et n° 15-26.738 *Semaine sociale Lamy*, 2018, n° 1808, p. 5 chron. O. OESTERLE ; *Rev. Crit. DIP*, 2018, p. 267, note E. PATAUT ; *JCP S*, 2017, p. 37, note L. D'AVOUT ; *Procédures,* 2017, p. 27, note A. BUGADA

Cass. 1ère Civ, 27 septembre 2017, n°16-19.654 : *Dalloz actualités*, 16 octobre 2017, note F. MELIN ; *D.* 2017, p. 2518, note J. GUILLAUME ; *AJ Famille*, 2018, p. 41, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *JDI*, 2018, p. 875, note S. GODECHOT-PATRIS ; *Rev. Crit. DIP*, 2018, p. 882, note D. BODEN ; *RDLF*, 2018, Chron. 6, note K. BIHANNIC

CA Paris, 16 janvier 2018, n°15/21703. *D,* 2018, p. 1635, note M. AUDIT ; *D.,* 2108, p. 1934, note L. D'AVOUT ; *D.*, 2018, p. 2448, note. T. CLAY

Cass. 1ère Civ. 4 juillet 2018, n°17-16.102. *Droit de la famille*, 2018, p. 59, note M. FARGE

CA Paris, 20 décembre 2018, n°16/25484. *D.*, 2019, p. 2435, note T. CLAY

Cass. 1ère Civ. 29 mai 2019, n°18-13.383. *JCP G*, 2019, p. 926, note L. PERREAU-SAUSSINE ; *Droit de la famille*, 2019, p. 161, note A. DEVERS ; *D.*, 2019, p. 1376, note J. GUILLAUME ; *RLDC,* 2019, note J. SAGOT-DUVAUROUX ; *JDI,* 2020, p. 3, note S. GODECHOT-PATRIS

Tribunal des conflits :

Tribunal des conflits, 8 février 1873, *Blanco, Grands arrêts de la jurisprudence administrative,* Paris, LGDJ, 2019, n°1

Jurisprudence administrative :

CE, 2 mai 1861, *Dato*, *Recueil Lebon*, p. 318

CE, 8 aout 1872, *Strauss*, *Recueil Lebon*, p. 508

CE, 9 avril 1875, *Esquino*, *Recueil Lebon*, p. 313

CE, 30 juin 1876, *Bernard c./ Le ministre de la guerre*, *Recueil Lebon*, p. 623

CE, 17 juin 1927, *Sieur Eugènides, Recueil Lebon*, p. 680

CE, 29 juin 1973, *Compagnie internationale des wagons-lits. Grands arrêts de la jurisprudence administrative,* n° 53. *JDI* 1975, p. 538, note M. SIMON-DEPITRE

CE, 28 janvier 1983, *Mme Johnston*, *Recueil Lebon*, p. 28

CE, 3 novembre 1997, *Société Yonne, Société Intermarbres, Société Million et marais*, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative,* Paris, LGDJ, 2019

CE, Sect., 19 novembre 1999, *Tegos*, *Recueil Lebon*, p. 356, *JDI*, 2000, p. 742, note J.-F. FLAUSS ; *Rev. Crit. DIP*, 2000, p. 409, note S. LEMAIRE

CE, 30 mars 2005, *SCP de médecins Reichheld et Sturtzer*, *Recueil Lebon*, p. 129 ; *AJDA*, 2005, p. 1844, note M. AUDIT

<u>Jurisprudence de l'Union européenne :</u>

CJCE, 6 avril 1962, *Robert Bosch GmbH et autres*, aff. C-13/61

CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/Enel*, aff. 6/64

CJCE, 12 juillet 1972, *Azienda Colori Nazionali*, aff. C-57/69

CJCE, 6 octobre 1976, *De Bloos*, aff. C-14/76 ; **CJCE, 6 octobre 1976,** *Tessili,* aff. C-12/76, *Rev. Crit. DIP*, 1977, p. 751 note P. GOTHOT, D. HOLLEAUX ; *JDI*, 1977, p. 719, obs. J.-M. BISCHOFF ; *D.*, 1977, p. 616, note G. A. L. DROZ ; *Rev. Crit. DIP*, 1977, p. 751 note P. GOTHOT, D. HOLLEAUX ; *JDI*, 1977, p. 719, obs. J.-M. BISCHOFF ; *D.*, 1977, p. 616, note G. A. L. DROZ

CJCE, 14 octobre 1976, *LTU Lufttransportunternehmen GmbH &Co KG c./ Eurocontrol*, aff C-29/76, point 3. *Rev. Crit. DIP*, 1977, p. 776, note G. A. L. DROZ ; *JDI*, 1977, p. 706, obs. A. HUET

CJCE, 30 novembre 1976, *Mines de Potasses d'Alsace*, aff. C-21/76. *Rev. Crit. DIP*, 1977, p. 568, note P. BOUREL ; *JDI,* 1977, p. 728, note A. HUET

CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG c./Landwirtschaftskammer für das Saarland*, aff. C-33/76

CJCE, 16 décembre 1976, *Comet BV c./Produktschap voor Siergewassen*, aff. C-45/76

CJCE, 25 janvier 1977, *W. J. G. Bauhuis c./État néerlandais*, aff. C-46/76

CJCE, 14 décembre 1977, *Sanders c/Van der Putte* aff. 73/77. *JDI*, 1978, p. 388, note J.-M. BISCHOFF

CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État/Société anonyme Simmenthal*, aff. C-106/76

CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c./ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. C-120/78

CJCE, 27 mars 1980, *Amministrazione delle Finanze della Stato c/ Salumi*, aff. C-66/127

CJCE, 24 juin 1981, *Elefanten Shuh*, aff. C-150/80, *Rev. Crit. DIP*, 1982, p. 143, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI*, 1981, p. 903, obs. A. HUET

CJCE, 22 mars 1983, *Martin Perters Bauunternehmung GmbH c. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, aff C-34/82. *Rev. Crit. DIP*, 1983, p. 663, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI*, 1983, p. 834, obs. A. HUET

CJCE, 15 janvier 1985, *Rösler,* aff. C-241/83. *Rev. Crit. DIP,* 1986, p. 128, note G. DROZ

CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, aff. C-152/84

CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c./Parlement européen*, aff. C-294/83

CJCE, 15 janvier 1987, *Shenavai C./Krescher*, aff. C-266/85. *Rev. Crit. DIP*, 1987, p. 798, note. G. A. L. DROZ ; *JDI*, 1987, p. 465, obs. J.-M. BISCHOFF, A. HUET

CJCE, 27 septembre 1988, *Kalfelis c./Schröder e. a.,* aff. C-189/87. *D.* 1989, p. 254, note B. AUDIT ; *Rev. Crit. DIP*, 1989, p. 117, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI*, 1989, p. 457, note A. HUET

CJCE, 27 septembre 1988, *Daily Mail*, aff. C.81/87, *RTD eur.*, 1989, p. 265, obs D. BERLIN ; *JDI,* 1989, p. 428, obs. M.-C. BOUTARD-LABARDE

CJCE, 10 janvier 1990, *Consorts Reichert c/ Dresdner Bank*, aff. C-115/88. *Rev. Crit. DIP*, 1991, p. 151, note B. ANCEL

CJCE, 11 janvier 1990, *Dumez France SA et Tracoba SARL c/Hessische Landesbank et autres*, aff. C- 220/88

CJCE, 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*, aff. C-165/98. *RTD eur.* 1990, p. 632, note R. RODIERE ; *JDI*, 1991, p. 471, obs. M.-C. BOUTARD-LABARDE

CJCE, 15 mai 1990, *Kongress Agentur Hagen GmbH c/ zeehaghe BV*, aff. C-365/88

CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing SA*, aff. C-106/89

CJCE, 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance ea*., aff. C-351/89

CJCE, 26 février 1992, *E. Hacker c. Euro-Relais*, aff. C-280/90

CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte & Co GmbH c./Traitements mécano-chimiques des surfaces S. A*. aff. C-26/91. *Rev. Crit. DIP*, 1992, p. 726, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI*, 1993, p. 469, note J.-M. BISCHOFF ; *RTD eur*. 1992, p. 712, note P. DE VAREILLES-SOMMIERES

CJCE, 13 juillet 1993, *Mulox IBC Ltd c./Hendrick Geels*, aff. C-125/92

CJCE, 20 octobre 1993, *Phil Collins*, aff. C-92/92, *RIPIA*, 1994, n°177, p. 351, note M.-A. PEROT-MOREL

CJCE, 17 mai 1994, *Webb c. Webb,* aff. C-294/92, point 14. *Cahier de droit européen*, 1995, p. 157, note T. HARIS.

CJCE, 9 juin 1994, *N. Lieber*, aff. C-292/93, point 20. *Rev. Crit. DIP* 1995. 126, note J.-P. BERAUDO ; *JDI* 1995. 477, note J-M BISCHOFF

CJCE, 29 juin 1994, *Custom Made*, aff. C-288/92. *Rev. Crit. DIP*, 1994, p. 698, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI*, 1995, p. 461, obs. A. HUET

CJCE, 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, aff. C-91/92, *Revue Europe*, 1994, n°358 obs. A. RIGAUX, D. SIMON

CJCE, 7 mars 1995, *Fiona Shevill*, aff. C-68/93. *JDI,* 1995, p. 543, obs. A. HUET ; *Rev. Crit. DIP*, 1996, p. 487, note P. LAGARDE

CJUE, 19 septembre 1995, *Antonio Marinari c./Lloyds Bank plc et Zubaidi Trading Company*, aff. C-364/93, point 13. *JDI*, 1996, p. 562, obs. J.-M. BISCHOFF

CJCE, 19 octobre 1995, *Job Center*, C-111/94. *JDI*, 1996, p. 488, note D. SYMON

CJCE, 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard c/ Consiglio dell'Ordine degli Avocati e Procuratori di Milano*, aff. C-55/94

CJCE, 7 décembre 1995, *Rockfon*, aff. C-449/93 *Revue Europe*, 1996, n°66, obs. D. SIMON

CJCE, 7 décembre 1995, *Luigi Spano et Fiat Geotech*, aff. C-472/93 *Revue Europe*, 1996, n°66, obs. D. SIMON

CJCE, 2 mai 1996, *Brennet AG c./Vittorio Paletta*, aff. C-206/94, *Revue Europe,* 1996, p. 10, comm. n° 280, J.-L. CARPENTIER

CJCE, 26 septembre 1996, *Data Delecta*, aff. C-43/95, *JDI*, 1997, p. 538, note M. LUBY

CJCE, 20 mars 1997, *Jackie Farell c./James Long*, aff. C-295/95

CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, aff. C-54/96

CJCE, 9 mars 1999, *Centros,* aff. C-212/97 ; *D.* 1999, p. 550, note M. MENJUCQ ; *RTD com.* 2000, p. 224, obs. G. JAZOTTES

CJCE, 16 mars 1999, *Castelletti*, C-159/97. *Rev. Crit. DIP*, p. 559, note H. GAUDEMET-TALLON

CJCE, 1er juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd c./Benetton International NV*, C-126/97, *Rev. Arb.* 1999, p. 369, note L. IDOT

CJCE, 28 septembre 1999, *Groupe Concorde e.a. c./Capitaine commandant le navire Suhadiwarno Panjan*, *Rev. Crit. DIP*, 2000, p. 253, note B. ANCEL ; *JDI*, 2000, p. 547, obs. J.-M. BISCHOFF

CJCE, 5 octobre 1999, *Leathertex c./Bodetex*, aff. C-420/97. *Rev. Crit. DIP*, 2000, p. 76, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI*, 2000, p. 540, obs. F. LECLERC

CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, aff. C-369/96. *Rev. Crit. DIP*, 2000, p. 710, note M. FALLON ; *Rev. Science crim.* 2000, p. 248, obs. L. IDOT ; *RTD eur.* 2000, p. 727, chron. J. HUGLO

CJCE, 28 novembre 1999, *GIE Groupe Concorde e.a. c./Capitaine commandant le navire « Suhadiwarno Panjan » e.a.*, aff. C-440/97

CJCE, 27 janvier 2000, *Dansommer*, aff. C-8/98. *Rev. Crit. DIP*, 2000. p. 264, note H. MUIR-WATT ; *JCP*, 2000 II, p. 10432, note C. BRUNEAU ; *JDI,* 2000, p. 505, obs. A. HUET

CJCE, 28 mars 2000, *Krombach c./Bamberski,* C-7/98. *Rev. Crit. DIP,* 2000, p. 481, note H. MUIR WATT ; *JDI*, 2001, p. 691, note A. HUET

CJCE, 11 mai 2000, *Régie nationale des Usines Renault SA c./Maxicar SpA et Orazio Formento*, aff. C-38/98, point 34. *Rev. Crit. DIP*, 2000, p. 497, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JCP G*, 2001, p. 1894, note C. NOURISSAT

CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial*, aff. jointes C-240/98 à C-244/98

CJCE, 14 septembre 2000, *Collino et Chiappero*, aff C-343/98

CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar GB Ltd c./Eaton Leonard Technologies Inc.*, aff. C-381/98. *JCP G*, 2001, p. 1158, note L. BERNARDEAU ; *Revue Europe*, 2001, p. 18, note L. IDOT ; *JDI,* 2001, p. 511, note S. DION ; *Rev. Crit. DIP*, 2001, p. 107, note L. IDOT ; *JDI,* 2001, p. 511, note J.-M. JACQUET

CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland,* aff. C-110/99, *Revue Europe*, 2001, p. 14, Comm. n°52, D. SIMON

CJCE, 15 mars 2001, *Mazzoleni*, aff. C-165/98. *RTD eur.*, 2001, p. 743, note J-G HUGLO

CJUE, 12 juillet 2001, *l'Oréal c. eBay*, aff. C-324/09. *D.*, 2012, p. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE ; *RTD eur.* 2011, p. 847, obs. E. TREPPOZ

CJCE, 19 février 2002, *Besix c./Wasserreiningungsbau Alfred Kretzschmar GmbH*, aff. C-256/00, *Rev. Crit. DIP*, 2002, p. 577, note H. GAUDEMET-TALLON

CJCE, 9 novembre 2002, *Überseering*, aff. C-208/00. *Rev. Crit. DIP*, 2003. p. 508, note P. LAGARDE ; *Revue Europe*, 2003 n°19, comm. L. IDOT

CJCE, 10 décembre 2002, *The Queen c./Secretary for Health, ex parte British American Tobacco Investments Ltd et Imperial Tobacco Ltd*, aff. C-491/01. *Revue Europe*, 2003, p. 9, note F. MARIATTE

CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01, *D.*, 2004, p. 491, note E. PATAUT ; *Rev. Crit DIP,* 2004, p. 151, note H. MUIR WATT

CJUE, 9 décembre 2003, *Erich Gasser GmbH c./MISAT Srl*, C-116/02. *Rev. Crit. DIP* 2004, p. 444, note H. MUIR WATT ; *JDI*, 2004, p. 641, obs. A. HUET

CJCE, 15 janvier 2004, *Freistaat Bayern c./Jan Blijdenstein*, aff. C-433/01, *JDI*, 2004, p. 635, note A. HUET

CJCE, 27 avril 2004, *Turner,* aff. C-159/02, *Rev. Crit. DIP*, 2004, p. 654, note H. MUIR WATT ; *RTD civ.*, 2004, p. 549, note P. THERY

CJCE, 5 octobre 2004, *Pfeiffer et a.*, aff jointes C-397/01 et C-403/01

CJCE, 1er mars 2005, *Owusu c/Jackson*, C-281/02. *Rev. Crit. DIP*, 2005, p. 698, note C. CHALAS ; *JDI*, 2005, p. 1177, note G. CUNIBERTI ET M. WINKLER

CJCE, 13 octobre 2005, *Klein*, aff. C-73/04, *Rev. Crit. DIP*, 2006. p. 183, note H. MUIR WATT ; *Revue Europe*, 2005, n° 421 obs. L. IDOT

CJCE, 13 décembre 2005, *SEVIC Systems*, aff. C-411/03, *Rev. Crit. DIP*, 2006, p. 662, note J. HEYMANN ; *RTD eur*, 2006, p. 717, note T. BALLARINO

CJCE, 27 novembre 2007, aff. C-435/06. *Rev. Crit. DIP*, 2009, p. 342, note E. GALLANT

CJCE, 2 octobre 2008, *Hassett et Doherty*, aff. C-372/07. *Rev. Crit. DIP*, 2009. 71, note, B. ANCEL ; *Procédures*, 2008, p. 330, obs. C. NOURISSAT

CJUE, 14 octobre 2008, *Grunkin Paul*, aff. C-353/06, *Rev. Crit. DIP*, 2009, p. 80, note P. LAGARDE

CJUE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, C-210/06. *Rev. Crit. DIP*, 2009, p. 248, note J. HEYMANN ; *Procédures*, 2009, p. 18, note C. NOURISSAT

CJCE, 10 février 2009, *West Tankers*, aff. C-185/07, *RTD civ.* 2009, p. 357, note P. THERY ; *Rev. Crit. DIP*, 2009, p. 373, note H. MUIR WATT ; *Rev. arb.* 2009, p. 407, note S. BOLLEE

CJCE, 2 avril 2009, aff. C-523/07, *Rev. Crit. DIP*, 2009, p. 791, note E. GALLANT ; *D.*, 2010, p. 1585, obs. F. JAULT-SESEKE ; *AJ famille,* 2009, p. 294, obs. A. BOICHE

CJUE, 23 avril 2009, aff. C-544/07

CJUE, 16 juillet 2009, *Zuid-Chemine BV c./Philippo's Mineralenfabriek NV/SA*, aff. C-189/08

CJUE, 19 janvier 2010, *Kükükdeveci,* aff. C-555/07, *Revue Europe*, 1997, n°3, obs. F. LAGONDET

CJUE, 7 décembre 2010, *Peter Pammer c./Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* aff. jointes C-585/08 et C-144/09. *D.*, 2011, p. 1374, obs. F. JAULT-SESEKE, *JDI*, 2011, p. 915, obs. V. PIRONON ; *RTD eur.*, 2011, p. 847, note E. TREPPOZ ; *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 414, note O. CACHARD

CJUE, 22 décembre 2010, *Mercredi*, aff. C-497/10, *Revue Europe*, 2011, n°117, note L. IDOT, *Procédures*, 2011, n°60, note C. NOURISSAT

CJUE, 22 décembre 2010, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga c./Simone Pelz*, aff. C-491/10, *Revue Europe*, 2011, p. 26, note L. IDOT

CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, *RTD eur.*, 2011, p. 571, chron. E. PATAUT ; *JDI*, 2011, p. 639, note J. HEYMANN ; *RTD civ.* 2011, p. 98, obs. J. HAUSER

CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. 34/09. *D.*, p. 1325, note S. CORNELOUP ; *Rev. Crit. DIP*, 2012, p. 352, note J. HEYMANN ; *RTD eur.,* 2011, p. 564, obs. E. PATAUT ; *RTD eur.*, 2012, p. 23, note S. PLATON

CJUE, 15 mars 2011, *Heiko Koelzsch c./État du Grand-Duché du Luxembourg*, aff. C-29/10, point 33. *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 447, note F. JAULT-SESEKE ; *RTD civ.*, 2011, p. 314, obs. P. REMY-CORLAY ; *D.*, 2011, p. 2434, obs. L. D'AVOUT, S. BOLLEE

CJUE, 12 mai 2011, *BVG Verkehrsbetriebe c/JP Morgan Chase Bank NA*, aff. C-144/10. *Rev. Crit. DIP*, 2011/922, note TREPPOZ ; *RTD eur.* 2011. 477, obs. E. GUINCHARD

CJUE, 25 octobre 2011, *eDate Advertising GmbH c./X ; Olivier Martinez et Robert Martinez c./MGN Limited*, aff. jointes C-509/09 et C-161/10. *Rev. Crit. DIP*, 2012, p. 389, note H. MUIR WATT ; *JCP*, 2012, p. 28, note S. FRANCQ

CJUE, 15 décembre 2011, *Jan Voogsgeerd c./Navimer SA*, aff. C-384/10, *Rev. Crit. DIP*, 2012, p. 648, note E. PATAUT ; D., 2012, p. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE

CJUE, 21 décembre 2011, *N.S.*, aff. C-411/10. *JDI*, 2012, p. 716, note D. DERO-BUGNY

CJUE, 19 avril 2012, *Wintersteiger* aff. C-523/10. *D.* 2012, p. 1926, note T. AZZI ; *D.*, 2012, p. 2331, obs. L. D'AVOUT ; *RTD com.*, 2012, p. 554, obs F. POLLAUD-DULIAN ; *D.,* 2013, p. 1503, obs. F. JAULT-SESEKE

CJUE, 26 avril 2012, *PPU, Health Service Executive*, C-92/12. *RTD eur.*, 2012, p. 685, note M. DOUCHY-OUDOT, E. GUINCHARD

CJUE, 12 juillet 2012, *VALE Épitési kft*, aff. C-378/10, *D.,* 2012, p. 2331, obs. L. D'AVOUT ; *Rev. Sociétés*, 2012, p. 645, note G. PARLEANI ; *Rev. Crit. DIP*, 2013, p. 236, note J. HEYMANN

CJUE, 18 octobre 2012, *Football Dataco Ltd, Scottish Premier League Ltd, Scottish Football League, PA Sport UK Ltd c./Sportradar GmbH, Sportradar AG*, aff. C-173/11. *D.*, 2013, p. 1506, obs. F. JAULT-SESEKE ; p. 2297, obs. L. D'AVOUT ; *RTD eur.* 2012, p. 947, obs. E. TREPPOZ

CJUE, 25 octobre 2012, *Folien Fischer AG et Fofitec AG c./Ritrama Spa*, aff. C-133/11. *Rev. Crit. DIP*, 2013, p. 501, note H. MUIR WATT ; *Procédures*, 2013, p. 19, note C. NOURISSAT ; *Revue Europe*, 2013, p. 37, note L. IDOT

CJUE, 6 novembre 2012, *Europese Gemmeenschap c./Otis NV et a.*, aff. C-199/11, *RTD eur.*, 2013, p. 682, note F. BENOIT- ROHMER ; *Procédures*, 2013, p. 19, obs. C. NOURISSAT

CJUE, 15 novembre 2012, *Gothaer Allgemeine Versicherung et al. c/Samskip,* aff. C-456/11 ; *Rev. Crit. DIP*, 2013, p. 686, note M. NIOCHE ; *D.*, 2013, p. 1503, obs. F. JAULT-SESEKE

CJUE, 26 février 2013, *Äklagaren c./ Hans Äkerberg Fransson*, aff. C-617/10. *RDLF*, 2013, chron. n° 11, note S. PLATON

CJUE, 26 février 2013, *Stefano Melloni c./Ministerio Fiscal*, aff. C-399/11. *RTD eur.*, 2013, p. 812, note P. BEAUVAIS ; *Revue Europe*, 2013, p. 23, note F. GAZIN

CJUE, 3 octobre 2013, *Peter Pinckney c./KDG Mediatech*, aff. C-170/12. *Revue Europe*, 2013, p. 558, obs. L. IDOT ; *Procédures*, 2013, p. 340, obs. C. NOURISSAT ; *D.,* 2014, p. 411, note T. AZZI ; *D.*, 2014, p. 1059, obs. F. JAULT SESEKE ; *Rev. Crit. DIP*, 2014, p. 189, note L. USUNIER

CJUE, 17 octobre 2013, *Unamar c./Navigation Maritime Bulgare*, aff. C-184/12. *JCP E*, 2014, p. 33 note C. NOURISSAT, *JDI*, 2014, p. 625, note J.-M. JACQUET ; *D.*, 2014, p. 60, note L. D'AVOUT ; *DMF*, 2014, p. 2999, n°757, note O. CACHARD

CJUE, 5 décembre 2013, *Walter Vapenik c./Josef Thurner*, aff. C-508/12. *RTD com.*, 2014, p. 448, note A. MARMISSE D'ABBADIE D'ARRAST ; *Procédures*, 2014, p. 25, note C. NOURISSAT ; *Revue Europe*, 2014, p. 51, note L. IDOT

CJUE, 16 janvier 2014, *Andreas Kainz c./Pantherwerke AG*, aff. C-45/13. *D.*, 2014, p. 1059, obs. F. JAULT-SESEKE ; *Procédures*, 2014, p. 12, note C. NOURISSAT ; *Revue Europe*, 2014, p. 35, note L. IDOT

CJUE, 3 avril 2014, *Irmengard Weber c/Mechtilde Weber*, aff. C-438/12. *Rev. Crit. DIP*, 2014, p. 704, note L. D'AVOUT ; *Revue Europe*, 2014, p. 42, note L. IDOT ; *Procédures,* 2014, p. 15, note C. NOURISSAT

CJUE, 5 juin 2014, *Coty Germany GmbH c./First Note Perfumes NV*, aff. C-360/12. *D.*, 2015, p. 1056, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE ; *Rev. Crit. DIP*, 2015, p. 190, note. C. LAURICHESSE

CJUE, 18 décembre 2014, *Sanders et Huber*, aff. jointes C-400/13 et C-408/13, *AJ fam.* 2015, p. 221, obs. E. VIGANOTTI ; *Procédures*, mars 2015, p. 25, note C. NOURISSAT

CJUE, 22 janvier 2015, *Pez Hejduk c./EnergieAgentur NRW GmbH*, aff. C-441/13. *Revue Europe*, 2015, p. 132, obs. L. IDOT ; *Procédures*, 2015, p. 81, obs. C. NOURISSAT ; *JCP G*, 2015, p. 421, note M. ATTAL

CJUE, 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims,* aff. C-352/13. *D.* 2015, p. 2031, obs. L D'AVOUT ; *RTD eur.*, 2015, p. 807, obs. L. IDOT

CJUE, 10 septembre 2015, *Holterman Ferho*, aff. C-47/14. *JDI*, 2016, p. 1451, note L. D'AVOUT

CJUE, 19 novembre 2015, *P c./Q*, aff. C-455/15, *JDI,* 2016, p. 589, note L. PAILLER ; *Procédures*, 2016, p. 28, comm. C. NOURISSAT

CJUE, 17 décembre 2015, *Virpi Komu*, aff. C-605/14. *Procédures*, 2016, p. 54 ; note C. NOURISSAT ; *Revue Europe*, 2016, p. 41, note L. IDOT ; *RTD com.*, p. 362, note L. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST

CJUE, 21 janvier 2016, *ERGO Insurance et Gjensidige Baltic*, aff. C-359/14 et C-475/14. *JDI*, 2017, chron. 11, note. S. LORENZO SANCHEZ ; *ADUE*, 2016, p. 1060, obs. S. CORNELOUP

CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff,* aff. C-438/14, *RTD eur.*, 2016, p. 648, obs. E. PATAUT ; *RTD civ.*, 2016, p. 820, obs. J. HAUSER ; *Rev. Crit. DIP*, 2017, p. 278, note L. RASS-MASSON

CJUE 7 juillet 2016, *Hosznig Kft c/Alstom Power Thermal Services*, Aff. C-222/15. *RTD Com.*, 2017, p. 234, note A. MARNISSE-D'ABBADIE D'ARRAST ; *Procédures*, 2016, p. 24 note C. NOURISSAT ; *Revue Europe*, 2016, p. 40, note L. IDOT

CJUE, 28 juillet 2016, *VKI c./Amazon EU*, aff. C-191/15. *D.,* 2016, p. 2315, note F. JAULT-SESEKE ; *JDI*, 2017, p. 1478, note L. D'AVOUT ; *Rev. Crit. DIP*, 2017, p. 112, note S. CORNELOUP

CJUE, 18 octobre 2016, *Nikiforidi*s, aff. C-135/15. *Rev. Crit. DIP*, 2017, 238, note D. BUREAU, H. MUIR-WATT ; *Droit social*, 2017, 196, note L. PAILLER ; *D.*, 2017, p. 1011, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE ; *D.*, 2017. p. 2054, note L. D'AVOUT et S. BOLLEE

CJUE, 16 novembre 2016, *Wolfgang Schmidt*, aff. C-417/15. *Revue Europe*, 2017, p. 45, note, L. IDOT ; *Procédures*, 2017, p. 16, note C. NOURISSAT ; *RJPF*, 2017, p. 49, S. GODECHOT-PATRIS

CJUE, 21 décembre 2016, *Concurrence SARL*, aff. C-618/15. *Revue Europe*, 2017, p. 43, note L. IDOT

CJUE, 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, aff. C-201/15, *RDT*, 2017, p. 127, obs. A. FABRE

CJUE, 16 février 2017, *Agro Foreign Trade and Agency c./ Petersime NV*, aff. C-507/15. *JDI*, 2018, p. 1376, note P. KINSCH ; *JCP E*, 2017, p. 27, note C. NOURRISAT

CJUE, 9 mars 2017, *Ibrica Zulfikarpasic c./ Slaven Gajer*, C- 484/15. *JDI*, 2018, p. 1423, note J.-S. QUEGUINER ; *Rev. Crit. DIP*, 2017, p. 472, note L. PAILLER ; *JCP N*, 2017, p. 33, note C. NOURISSAT

CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, aff. C-541/15. *RTD eur.,* 2017, p. 589, chron. E. PATAUT ; *Rev. Crit. DIP*, 2017, p. 549, note P. HAMMJE

CJUE, 15 juin 2017, *Kareda*, aff. C-249/16. *JDI*, 2017, p. 1478, note L. D'AVOUT ; *Rev. Crit. DIP*, 2017, p. 112, note S. CORNELOUP

CJUE, 25 octobre 2017, *Polbud*, aff. C-106/16. *D.*, 2017, p. 2512, note L. D'AVOUT ; *JCP* 2017, p. 1352, note M. COMBET *; JCP E*, 2018, p. 1014, note M. MENJUCQ

CJUE, 20 décembre 2017, *Sahyouni*, aff. C-372-16. *Rev. Crit. DIP*, 2018, p. 899, note P. HAMMJE ; *JDI*, 2018, p. 1449, note M. WILDERSPIN ; *Procédures*, 2018, p. 14, note C. NOURISSAT

CJUE, 7 mars 2018, *E. ON Czech Holding AG c./Michael Dedouch e.a*, aff. C-560/16. *RTD com.* 2018, p. 517, obs. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST ; *Rev. Crit. DIP*, 2018, note D. BUREAU ; *D.,* 2018, p. 1938, note L. D'AVOUT

CJUE, 7 mars 2018, *Flightright GmbH c./Air Nostrum, Lineas Aéreas del Mediterraneo SA et a.,* aff. jointes C-274-16, C-447/17, C-448/16. *D.*, 2018, p. 1934, obs. S. BOLLEE ; *RTD com.*, 2018, p. 518, obs. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST

CJUE, 17 avril 2018, *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, aff. C-414/16

CJUE, Grande chambre, 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-673/16, *RTD eur.,* 2018, p. 673, note E. PATAUT ; *D*, 2018, p. 1674, note H. FULCHIRON, A. PANET ; *AJ fam.*, 2018, p. 404, obs. G. KESSLER

CJUE, 7 juin 2018, *KP c./LO*, aff. C-83/17. *JDI*, 2019, p. 1498, note S. HUBER ; *JDI* ; 2019, p. 867, note L. RASS-MASSON

CJUE, 21 juin 2018, *Vincent Pierre Oberle*, aff. C- 20/17. *JDI*, 2019, p. 1502, note S. HUBER ; *Répertoire du notariat Defresnois*, 2019, p. 39, note C. NOURISSAT ; *D.*, 2019, p. 2384, obs. S. GODECHOT-PATRIS, C. GRARE-DIDIER

CJUE, 28 juin 2018, *HR*, aff. C-512/17 ; *JDI*, 2019, p. 1489, note M. WILDERSPIN ; *D.*, 2019, p. 1106, obs. S. CLAVEL

CJUE, 5 juillet 2018, *AB « FlyLAL-Lithuanian Airlines c./Starptatustika lidosta "Riga" VAS et Air Baltic Corporation AS,* aff. C-27/17, *Revue de droit des affaires internationales*, 2019, p. 192, note R.-M. SOTOMAYOR ; *JDI*, 2019, chron. 9, note S. SANCHEZ LORENZO

CJUE, 16 juillet 2018*, Diageo Brands BV c./Simiramida*, aff. C-668/13, *D.*, 2016, p. 1045, obs. F. JAULT-SESEKE ; *Procédures*, 2015, p. 297, comm. C. NOURISSAT

CJUE, 25 juillet 2018, *LM*, aff. C-216/18, *Revue Europe*, 2018, p. 25, note D. SIMON ; *Revue du droit de l'Union européenne,* 2018, p. 276, V. MICHEL

CJUE, 12 septembre 2018, *Helga Löber c./Barclay's Bank plc*, aff. C-304/17

CJUE, 20 septembre 2018, *Alexander Mölk c./Valentina Mölk*, aff. C-214/17. *JDI*, 2019, p. 1498, note S. HUBER ; *Rev. Crit. DIP*, 2019, p. 146, note N. JOUBERT

CJUE, 4 octobre 2018, *Feniks Sp. z o. o. c./Azteca Products & Services SL*, aff. C-337/17. *D.*, 2019, p. 516, note F. JAULT-SESEKE ; *AJ Contrat*, 2018, p. 537, obs. C. NOURISSAT

CJUE, 17 octobre 2018, *UD v. XB*, aff. C-393/18. *JDI*, 2019, p. 1490, note M. WILDERSPIN ; *RTD Eur.*, 2019, p. 759, note V. EGEA

CJUE, 16 janvier 2019, *Stefano Liberato c./Luminita Luisa Grigorescu*, aff. C-386/17. *JDI*, 2019, p. 31, obs. I. BARRIERE-BROUSSE

CJUE, 31 janvier 2019, *Agostinho da Silva Martins c./Dekra Claims Services Portugal SA,* aff. C-149/18, *RTD eur.*, 2019, p. 869, note M. HO-DAC ; *JDI*, 2019, p. 1475, note S. SANCHEZ LORENZO ; *JDI*, 2019, p. 878, note L. PAILLER

CJUE, 14 février 2019, *Milivojevic*, aff. C-630/17. *Revue Europe*, 2019, p. 22, note F. PERALDI-LENEUF

CJUE, 8 mai 2019, *Brian Andrew Kerr c./Pavlo Postnov et Natalia Postnova*, aff. C-25/18, *Revue Europe*, 2019, p. 42, note L. IDOT

CJUE, 4 septembre 2019, *A. Savioni c./A. M. Fiermonte*, aff. C-347/18.. *Revue Europe*, 2019, p. 53, note L. IDOT ; 2019, *Procédures*, p. 19, note C. NOURISSAT

CJUE, 5 septembre 2019, *R. c./P*, aff. C-468/18. *Droit de la famille*, 2020, p. 38, note M. FARGE ; *RJPF*, 2019, p. 33, note. S. GODECHOT-PATRIS

CJUE, 3 octobre 2019, *Jana Petruchová c./ FIBO Group Holdings Limited*, aff. C-208/18. *Revue Europe*, 2019, p. 49, note L. IDOT

CJUE, 3 octobre 2019, *VKI c./TVP*, aff. C-272/18. *D.*, 2020, p. 378, note J. CHACORNAC ; *Revue Europe*, 2019, p. 51, note L. IDOT

CJUE, 9 juillet 2020, *VKI c./ Volkswagen*, aff. C-343/19.

CJUE, 16 juillet 2020, *JE c./KF*, aff. C-249/19. *RJPF*, 2020, n°11, p. 36, note S. GODECHOT-PATRIS

CJUE, 16 juillet 2020, *E.E*, aff. C-80/19. *RJPF*, 2020, n°11, p. 49, note S. GODECHOT-PARIS.

CJUE, 11 novembre 2020, *Ellmes Property Services Limited*, aff. C-433/19

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme :

CEDH, 21 février 1975, *Golder c./Royaume-Uni*, req. n° 4451/70

CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c/ Royaume-Uni*, req. n° 5856/72

CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c./Irlande*, req. n°6289/73

CEDH, 28 mai 1985, *Ashingdamne c/ Royaume-Uni*, req. n°8225/78

CEDH, 18 décembre 1986, *Johnston et autres c./Irlande*, req. n° 9697/82

CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c./Royaume-Uni*, req. n° 14038/88, *JCP*, 1990, n° 3452, note H. LABAYLE ; *RGDIP*, 1990, p. 103, note F. SUDRE

CEDH, 18 février 1999, *Waite et Kennedy c./Allemagne*, req. n°26083/94

CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini c./Italie*, req. n° 30882/96, *Rev. Crit. DIP*, 2004, p. 106, note L.-L. CHRISTIANS

CEDH, 21 novembre 2001, *Al-Adsani c./ Royaume-Uni*, req. n° 35763/97, *JDI*, 2002, p. 273, note O. DE FROUVILLE ; *RGDIP*, 2002, p. 178, comm. P. WECKEL ; *JCP G*, 2002, n° 3, p. 128 et s. chron. F. SUDRE

CEDH, 21 novembre 2001, *McElhinney c./Irlande*, req. n°31253/96

CEDH 21 novembre 2001, *Fogarty c./Royaume-Uni*, req. n°37112/97

CEDH, 12 décembre 2002, *Kalogeropoulou et a. c./Grèce et Allemagne* (décision sur la recevabilité), req. n°59021/00

CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus Airways c./Irlande*, req. n° 4503698, *JCP G*, 2005, p. 1760, note F. SUDRE ; *RTDH*, 2005, p. 827, note F. BENOIT-ROHMER ; *RTD eur.*, 2005, p. 749, note J.-P. JACQUE

CEDH, 13 juillet 2006, *Jäggi c./Suisse*, req. n°58757/00. *RTD civ.* 2006, p. 727, obs. J.-P. MARGUENAUD, *RTD civ.* 2007, p. 99, obs. J. HAUSER

CEDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c./Luxembourg*, req. n°76240/01. *Rev. Crit. DIP*, 2007, p. 807 note P. KINSCH ; *D.*, 2007, p. 2700, note F. MARCHADIER ; *D.*, 2008, p. 1507, obs. P. COURBE, F. JAULT-SESEKE, *JDI*, 2008, p. 183, note L. D'AVOUT

CEDH, 29 avril 2008, *McDonald c./France*, req. n°18648/04, *Rev. Crit. DIP*, 2008, p. 830, note P. KINSCH

CEDH, 23 mars 2010, *Cudak c./Lituanie*, req. n°15869/02

CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./Autriche*, req. n°30141/04 *D.* 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU ; *RTD civ.*, 2010, p. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *RTD civ.*, 2010, p. 765, obs. J. HAUSER

CEDH, 6 juillet 2010, *Green et Farhat c./Malte*, req. n°38797/07. *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 665, note L. D'AVOUT

CEDH, Grande chambre, 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c./Suisse* req. n°41615/07 ; *RTDH*, 2012, p. 377, note D. RIETIKER ; *RTD civ.*, 2011, p. 733, note J.-P. MARGUENAUD

CEDH, 21 janvier 2011, *M.S.S. c./Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09

CEDH, 3 mai 2011, *Négrépontis-Giannisis c/Grèce*, req. n°56759/08. *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 817, note P. KINSCH ; *JCP G*, p. 839, obs. A. GOUTTENOIRE

CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c./France*, req. n°65192/11 ; CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c./France*, req. n°65941/11. *D.*, 2014, p. 1797, note F. CHENEDE ; p. 1787, obs. P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE ; p. 1806, note L. D'AVOUT ; *D.*, 2015, p. 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; p. 755, obs. J.-C. GALLOUX, H. GAUMONT-PRAT ; p. 1056, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE ; *AJ famille*, 2014, p. 499, obs. B. HAFTEL ; *Rev. Crit. DIP*, 2015, p. 1, note H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON ; p. 144, note S. BOLLEE

CEDH, 4 novembre 2014, *Tarakhel c./Suisse*, req. n° 29217/12

CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c./Italie*, req. n° 18766/11, *D.* 2015, p. 2160, note H. FULCHIRON ; *AJ famille*, 2015, p. 615, obs. M. ROUILLARD

CEDH, 1er mars 2016, *Arlewin c/Suède*, req. n° 22302/10. *Rev. Crit. DIP*, 2016. 560, note F. MARCHADIER

CEDH, Grande chambre, 23 mai 2016, *Avotins c./Letonnie*, req. n°17502/07 ; *JDI,* 2017, p. 1468, note P. KINSCH ; *RTD eur.*, 2017, p. 358, note F. BENOIT-ROHMER

CEDH, 21 juin 2016, *Nait-Liman c./Suisse*, req. n°51357/07, *JCP G*, 2016, n° 28, p. 1427, obs. G. GONZALEZ ; *JDI*, 2017, n°2, p. 10, comm. F. MARCHADIER ; *JDI*, 2017, n°3, p. 934, chron. S. TOUZE

CEDH Grande chambre, 15 mars 2018, *Nait-Liman c./Suisse*, req. n°51357/07, *JCP G*, 2018, n° 13, p. 611, obs. L. MILANO ; *JCP G,* 2018, n° 26, p. 1278 et s., chron. F. SUDRE

Jurisprudence de la Cour internationale de Justice :

CPJI, Avis n°4 du 7 février 1923, *Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc*, série B, n° 4, p. 23-24

CPJI, 7 septembre 1927, *Lotus*

CIJ, 6 avril 1955, *Nottebohm*

CIJ, 28 novembre 1958, *Boll*, Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, (Pays-Bas c./Suède). D. VIGNES, "L'arrêt de la C.I.J. du 28 novembre 1958 (affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, Pays-Bas c. Suède)", *Annuaire français de droit international*, 1958, 4, p. 250-256

CIJ, 20 février 1969, *Affaire du Plateau continental de la mer du Nord*, Rec. 1969, p. 44

CIJ, 4 novembre 1979, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, Rec. 1980, p. 42

CIJ, 3 février 2012, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c./Italie). AFDI*, 2012, 58, p. 147, note P.-F. LAVAL

Jurisprudence étrangère

Jurisprudence anglaise :

Ralli Brothers v. Compañia Navirea Sota y Aznar [1920] 2 K.B. (King's Bench Division) 287

Foster v. Driscoll [1929] 1 K.B. 470

Kahler v. Midland Bank Ltd. [1950] A. C. 24

Zivnostenka Banka v./ Frankman, [1950] A.C. 57

Regazzoni v. Sethia Ltd., [1957] 3 All E. R. 286

Spiliada Maritime Corporation v Cansulex Ltd [1987] AC 460

Lubbe v. Cape plc [2000] 1 WLR 1545 (HL)

Marinos v. Marinos, UK High Court, 3 septembre 2007, [2007] EWhC 2047 (Fam)

Accentuate Ltd v. Asigra Inc, Court of Appeal, Queen's Bench Division, 30 octobre 2009 [2009] EWHC 2655 (QB)

Ministry of Defence v. Iraqi Civilians, Cour suprême du Royaume-Uni, 12 mai 2016, UKSC 25 [2016]*, Rev. Crit. DIP*, 2016, p. 657, note H. MUIR WATT

Vedanta Resources PLC and another (Appellants) v. Lungowe and others (Respondents), [2019], Cour Suprême du Royaume-Uni, 10 avril 2019, UKSC 20. *Rev. Crit. DIP*, 2019, p. 504, note H. MUIR WATT

Jurisprudence allemande :

BGH, 22.6. 1972 – II ZR 113/70

Jurisprudence belge :

Cass. (belge), 28 juin 1979

Cass. (belge), 14 janvier 2010, *R.C.J.B.* note M. TRAEST, p. 255

Cass (belge), 5 avril 2012, *R.D.C.* 2012, p. 937

Jurisprudence des Etats-Unis :

International Shoe Co. V. State of Washington, 326 U.S. 310 (1945)

Gulf Oil Corp v. Gilbert, 330 U.S. 501 (1947)

Babcock v. Jackson, 191, N.E. 2d 279, 12 N.Y 2d 473 (N.Y. 1963)

Filartiga v. Pena-Irala, 630 F.2d 876, 878-79 (2nd Cir. 1980)

Piper Aircraft v. Reyno, 454 U.S. 235 (1981)

Mitsubishi c./Soler Chrylser-Plymouth, 473 US 614 (1985)

Bhophal, In re. Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, India, 634 F. Sup. 842 (S.D.N.Y. 1986)

Bonny v. Society of LLyod's, 7ème circuit, (3F.3d, 156), (1993*)*

Morrison e. a v. National Australia Bank LTD e. a., US Suprem Court, 24 juin 2010, *Rev. Crit. DIP*, 210, p. 714, obs. H. MUIR WATT

Goodyear Dunlop Tires Operations SA, vs Brown, 564 U.S. 915 (2011)

Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co, n°10-1491, 133 S.Ct 1659 (2013), 17 avril 2013, *Rev. Crit. DIP*, 2013, p. 595, obs. H. MUIR WATT

Daimler A. G. vs Bauman, 571 U.S. 117 (2014)

RJR Nabisco Inc. e. a. v. Communauté européenne e. a. US Supreme Court, 20 juin 2016. *Rev. Crit. DIP*, 2017, p. 70, note H. MUIR WATT, J. PRATTER

Jesner et al. v./Arab bank, US Supreme Court, 24 avril 2018,. *Rev. Crit. DIP*, 2018, p. 670, note H. MUIR WATT

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A :

Abus de droit :

- abus de compétence : 1353-1366

Accessibilité : 690-693 ; 700 ; 707-708

Accord procédural : 785-794

Actor sequitur forum rei : 101, 1327 ; 1354-1355

Alien Tort Statute : 448-448

Alignement des compétences : 665

Arbitrabilité : 323 ; 341 ; 368

Autonomie des parties :

- et divorce : 535-552 ; 777-783
- et localisation subjective : 969-976 ; 1201-1204 ; 1205
- et loi de police : 320-342 ; 344-348 ;
- et obligations alimentaires : 553-561
- et successions : 675-681

Autorité parentale (responsabilité parentale) : 723-739

B :

Bartin : 43 ; 837 ; 867 ; 927 ; 948 ; 1001 ; 1039

Batiffol : 52-56 ; 843-846 ; 907-909

Bilatéralisme : 35 ; 523 ; 829-833 ; 1181 ; 1190 ; 1193

Bonne administration de la justice : 205-210 ; 216-220 ; 226 ; 236-237 ; 476 ; 551 ; 565 ; 602 ; 606 ; 889 ; 907-911 ; 966 ; 1238 ; 1339

C :

Certificat successoral : 133-134 ; 575-577

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : 64 ; 1046 ; 1050-1051

Citoyenneté européenne : 1113-1114

Clause attributive de juridiction : 326-333 ; 335-337 ; 637-638 ; 648 ; 1399-1402 ; 1436-1442

Clause compromissoire : 323-325

Clause d'exception : 386 ; 737 ; 915 ; 1347

Codification : 50 ; 1266 ; 1340-1341

Cohérence interprétative : 101 ; 515-516 ; 552 ; 577 ; 603-604 ; 614 ; 635 ; 640-641 ; 958 ; 1343 ; 1349 ; 1354

Communauté de droits : 831 ; 999-1004 ; 1005 et s.

Compétence juridictionnelle :

- approche privatiste : 860-864
- approche publiciste : 44 ; 46 ; 185 ; 883 ; 891 ; 898-890
- compétence territoriale interne : 551 ; 861 ; 868 ; 887 ; 889 ; 911
- compétence normative de l'État : 178 ; 891-897
- concentration des compétences : 762-772 ; 1329 ; 1332 ;
- déni de justice : 441-442 ; 464- 467 ; 473-479 ; 1049 ; 1355
- droits fondamentaux : 455 ; 1049 ; 1209-1217
- exclusive et impérative : 80-254 ; 354 ; 579 ; 1194 ; 1444-1448
- exorbitante : 146 ; 1234
- optionnelle : 600-601 ; 628 ; 1306 ; 1327-1330 ; 1339
- protectrice des parties faibles : 631-657 ; 878 ; 979-982 ; 1040 ; 1191-1197
- relai : 1272 ; 1281 ; 1430 ;
- régulation : 1296-1307 ; 1320-1321 ; 1323 ; 1335
- règle d'intégration : 854-917
- universelle : 449 ; 461

Compétence législative :

- fonction régulatrice : 34; 835 ; 842-843 ; 900 ; 1138 ; 1176
- fonction répartitrice : 188 ; 837-841 ; 867 ; 894
- notion : 33-34
- règle d'intégration : 807-833

Concordance :

- historique : 15-44
- imposée : 77
- notion : 9-11
- ligne directrice : 1367-1378
- suggérée : 492

Confiance mutuelle : 121 ; 1069-1082 ; 1096 ; 1100 ; 1101 ; 1102 ; 1106 ; 1108

Consommateur : 634-657 ; 981 ; 1017 ; 1191

Contrôle de régularité des décisions : 351-371 ; 1260

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

- article 6§1 : 442 ; 464 ; 1050 ; 1051
- harmonisation : 1028 ; 1043-1054
- ordre public international : 404-411 ; 425 ; 463 ; 1051 ; 1109

Coopération judiciaire : 48 ; 294 ; 1016 ; 1073 ; 1086 ;

Coordination des ordres juridiques : 846 ; 1064 ; 1223-1280

Currie : 19 ; 275 ; 1144 ; 1155

Cyber-délits : 688-699

D :

De Boer : 43

Décisions :

- circulation : 215 ; 552 ; 1065 ; 1083 ; 1106 ; 1202 ; 1262

Délits :

- complexe : 606-609 ; 625 ;
- atteinte à l'environnement : 623-629

Déni de justice : 441 ; 464 ; 473-481 ; 1049 ; 1369 : 1377

Directives :

- harmonisation : 1012-1021
- loi de police : 285-292 ; 320

Divorce : 371 ; 395 ; 488-522 ; 720-729 ; 745 ; 757-763 ; 938 ; 953 ; 1166 ; 1193-1195 ; 1341 ; 1345 ; 1352

Droits fondamentaux :

- harmonisation : 1043-1056
- ordre public international : 404 ; 410 ; 446 ; 463 ; 1074 ; 1109 ;
- proportionnalité : 403 ; 1164 ; 1210

E :

Effet réflexe : 93 ; 148 ; 1274 ;

Ehrenzweig : 40 ; 1142-1157 ; 1233-1245

Espace judiciaire européen : 878 ; 937 ; 1124 ; 1128

Exequatur : 355 ; 1091-1100

Extraterritorialité : 449

F :

Fédéralisme : 299 ; 894-900 ; 1072 :

Focalisation : 690

Fongibilité : 831 ; 862 ; 874 ; 1040 ; 1054 ; 1079 ; 1110 ; 1125

Forum actoris : 550 ; 642 ; 979 ; 1191

Forum legis : 669-709

Forum non conveniens : 1238-1244 ; 1305 ; 1404-1413

Fraude : 355-357 ; 416 ; 1390

G :

General jurisdiction : 1287 ; 1324

H :

Harmonie internationale des solutions : 832 ; 845 ; 1063 ; 1250 ; 1446

I :

Immeuble : 91-111 ; 148 ; 172-184

Immunité de juridiction : 179-182 ; 458 ; 478

Inlandsbeziehung : 385-387 ;

Insolvabilité : 64

J :

Juge naturel : 906 ; 1301 ; 1326

Justice conflictuelle : 725 ; 738 ; 790 ; 843 ; 1181 ;

Justice matérielle : 358 ; 423 ; 480 ; 739 ; 772 ; 791 ; 797 ; 913 ; 1186 ; 1190 ; 1275 ; 1411

L :

Legal Realism : 1158

Libre circulation :

- des décisions (voir décision)
- des personnes : 61 ; 567 ; 1018

Localisation :

- unitaire : 961-988

Lois de police :

- contournement : 319-371 ; 1205 ; 1387
- contrôle de proportionnalité : 284-286
- définition : 264-271
- étrangère : 290-301 ; 344 ; 1387-1392
- loi de police européenne : 302-303
- semi-nécessaire : 347

M :

Maier et *McCoy* : 41 ; 1156 ; 1158 ; 1246 ; 1303 ; 1335 ; 1336

N :

Nationalisme : 41 ; 1153

Neutralité :

- de la règle de compétence juridictionnelle : 30 ; 208 ; 980
- de la règle de compétence législative : 18 ; 403 ; 831 ; 842 ; 843-853

O :

Obligations alimentaires : 544-561 ; 750-772 ; 1191 ; 1332

Ordre juridique de référence : voir Picone

Ordre public international :

- de proximité : 384 ; 394
- européanisation : 404 ;407 ; 410 ; 1051-1052 ; 1103 ;
- procédural : 463 ; 1051 ; 1109
- régularité internationale des jugements : voir contrôle de régularité

P :

Parallélisme des compétences :

- parallélisme imparfait : 585-659
- parallélisme parfait : 501-584

Partenariats enregistrés : 65 ; 1375

Picone : 1230-1236 ;

Pouvoir de juridiction : 30 ; 167 ; 178 ; 192 ; 898 ; 912

Prévisibilité : 235 ; 572 ; 644 ; 748 ; 759 ; 779 ; 1306 ; 1311 ; 1345 ; 1353-1354 ; 1362 ; 1421

Privilège de juridiction : 204

Propriété intellectuelle : 697 ; 706-707

Publicité : 129 ; 243

Q :

Qualification :

- autonome : 97 ; 928-931 ;
- compétence juridictionnelle : 950-953
- moniste et dualiste : 636 ; 956-959

R :

Raisonnable : 867 ; 1187 ; 1228 ; 1239 ; 1263 ; 1297 ; 1319

Rapport de droit : 8 30-831

Reconnaissance :

- des décisions : voir décisions
- des situations : 1113
- mutuelle : 121 ; 1067 ; 1083 ; 1101

Régimes matrimoniaux : 65 ; 1374

Registres publics : 125-135 ; 243-249

Régulation : 1228 ; 1237 ; 1246 ; 1292-1378

Résidence habituelle : 518 ; 525-530 ; 537 ; 546 ; 550 ; 565 ; 643 ; 728

S :

Savigny : 18 ; 257 ; 782 ; 830 ; 996 ; 1050

Sociétés : 112-123 ; 233-242

Souveraineté : 30 ; 159 ; 162-199 ; 460 ; 835 ; 867 ; 896 ; 985 ; 1431

Specific jurisdiction : 1247 ; 1336

Statutisme : 198 ; 485 ; 526 ; 1193

Successions : 562-580 ; 674-686 ; 877 ; 1334 ; 1378

U :

Unilatéralisme : 36 ; 358 ; 444 ; 1416

Universalisation : 878 ; 937 ; 1012 ; 1060 ; 1181 ; 1264

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION **1**

§1 : Approche historique de la concordance des compétences 7

A- Analyse des liens entre *forum* et *jus* par le prisme de la règle de compétence législative 8

B- Les jalons d'une analyse conjointe des compétences : l'appréhension doctrinale de la règle de compétence juridictionnelle 14

C- Premières analyses conjointes des compétences 19

§2 : Intérêts d'un renouvellement de l'analyse 24

§3 : Démarche retenue pour une analyse fondée sur la concordance des compétences 32

PARTIE 1 : L'EXISTENCE DU PHENOMENE DE CONCORDANCE DES COMPETENCES JURIDICTIONNELLE ET LEGISLATIVE **39**

TITRE 1 : LA CONCORDANCE IMPOSÉE DES COMPÉTENCES 41

CHAPITRE 1 : LA CONCORDANCE IMPOSÉE DES COMPÉTENCES PAR LE RECOURS AUX COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLES EXCLUSIVES 43

SECTION 1 : L'EXCLUSIVITÉ DE L'ORDRE JURIDIQUE 45

§1 : Le parallélisme des règles de compétence 45

A- La compétence exclusive en matière immobilière 46

1- Les droits réels immobiliers 46

2- Les baux immobiliers 52

B- Les sociétés et personnes morales 54

C- Les registres publics 59

§2 : Le régime de l'exclusivité comme vecteur d'une concordance imposée 63

A- La liaison entre *forum* et *jus* scellée par le régime de l'exclusivité 63

B- Le périmètre de la concordance imposée des compétences 66

1- Vérification de la concordance en cas d'internationalité interne à l'Union européenne 66

2- La rupture de la concordance en cas d'internationalité externe à l'Union européenne 68

Conclusion de la section : 70

SECTION 2 : LA REVENDICATION MONOPOLISTIQUE DU LITIGE PAR L'ORDRE JURIDIQUE 73
§1 : Une revendication monopolistique abstraite fondée sur le principe de souveraineté 74
A- L'analyse publiciste de la souveraineté : l'existence d'une compétence normative exclusive 74
1- Présentation de la théorie 75
2- L'application de la théorie : exemple de la matière réelle immobilière 77
a- La compétence de la loi de situation de l'immeuble : compétence législative de droit international public 78
b- La compétence des juridictions du lieu de situation de l'immeuble : compétence juridictionnelle de droit international public 79
i- L'argument fondé sur les immunités de juridiction 80
ii- La fragilité de l'affirmation dans le cadre de l'Union européenne 82
B- L'analyse privatiste du principe de souveraineté : l'intérêt prépondérant de l'État à régir le litige 85
§2 : L'appréciation de l'existence d'un intérêt prépondérant concret de l'État 87
A- La matière immobilière 88
1- La matière réelle immobilière 88
2- Les baux immobiliers 95
B- Les sociétés et personnes morales 98
C- Les registres publics 102
Conclusion de la section : 103
Conclusion du chapitre : 105
CHAPITRE 2 : LA CONCORDANCE IMPOSÉE DES COMPÉTENCES PAR LE RECOURS AUX LOIS DE POLICE 107
SECTION 1 : LA CONCORDANCE IMPOSÉE DES COMPÉTENCES JUSTIFIÉE PAR LE MÉCANISME DES LOIS DE POLICE 108
§1 : Le présupposé de la concordance : l'application imposée de la règle de compétence législative 108
A- La concordance imposée des règles de compétence par le régime de l'impérativité 109

B- La concordance imposée des règles de compétence pour la supériorité de l'intérêt étatique 111
§2 : La réalisation de la concordance : l'application des lois de police du for 116
A- La concordance imposée des compétences en présence d'une loi de police étatique 117
1- La concordance des compétences par l'application des lois de police du for 117
2- L'exception à la concordance : l'application des lois de police étrangères 120
B- La concordance imposée des compétences en présence d'une loi de police européenne 125
1- La qualification de loi de police des dispositions européennes 126
2- La remise en cause de la qualification de loi de police 128
Conclusion de la section : 131
SECTION 2 : LE SORT DE LA CONCORDANCE DES COMPÉTENCES A L'AUNE DE LA DÉLOCALISATION DU CONTENTIEUX 132
§1 : Les lois de police face à la libéralisation de l'instance directe 132
A- L'indifférence des lois de police sur la délocalisation conventionnelle du litige 133
1- Analyse du droit français 133
a- Les lois de police face à la conclusion d'une clause compromissoire 133
b- Les lois de police face à la conclusion d'une clause attributive de juridiction 135
2- Analyse du droit de l'Union européenne 139
3- Analyse du droit belge 142
B- Le contournement de la concordance imposée des compétences 144
§2 : Les lois de police face à la libéralisation de l'instance indirecte 146
A- L'indifférence des lois de police dans l'accueil des décisions judiciaires 146
1- Le contournement de la concordance permis par le régime de droit commun 147
a- L'absence de fraude 148
b- Le recours limité à l'exception d'ordre public international 150
2- Le contournement de la concordance confirmé par le régime de droit européen 152
B- L'indifférence des lois de police dans l'accueil des sentences arbitrales 153
Conclusion de la section : 156
Conclusion du chapitre : 157
CHAPITRE 3 : LA CONCORDANCE IMPOSÉE DES COMPÉTENCES PAR LE RECOURS A L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL 159

SECTION 1 : L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL COMME RATTACHEMENT A LA *LEX FORI* 161
§1 : L'éviction de la norme étrangère 161
A- Le recours classique à l'ordre public international de proximité 162
1- Acceptions de la notion de proximité 162
2- Application de la notion à l'ordre public international 163
B- L'utilisation de l'ordre public international de proximité comme rattachement 166
1- L'absence de contrariété substantielle de la norme étrangère à l'ordre public international 166
2- L'abstraction et l'automaticité du raisonnement 167
a- Les prémices de la solution 168
b- L'évolution du procédé sous l'impulsion des droits fondamentaux 169
§2 : Le rattachement à la loi du for 174
A- Le rattachement subsidiaire en matière de divorce 174
B- Le rattachement subsidiaire en matière d'établissement du lien de filiation 178
Conclusion de la section : 182
SECTION 2 : L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL COMME RATTACHEMENT À L'ORDRE JURIDIQUE 184
§1 : L'influence de l'ordre public international substantiel sur la concordance des compétences 184
A- L'ordre public international contre les règles de compétence 185
B- L'ordre public international dans la règle de compétence juridictionnelle 188
1- L'exemple américain : *l'Alien Tort Statute* 189
2- L'exemple européen : l'affaire *Nait-Liman contre Suisse* 192
§2 : L'influence de l'ordre public international procédural sur la concordance des compétences 196
A- L'essor du for de nécessité 197
B- L'incertitude de la définition actuelle du déni de justice 200
Conclusion de la section : 204
Conclusion du chapitre : 205
Conclusions du titre : 207
TITRE 2 : LA CONCORDANCE SUGGÉRÉE DES COMPÉTENCES 209
CHAPITRE 1 : LE PARALLÉLISME DES RÈGLES DE COMPÉTENCE 211

SECTION 1 : LE PARALLÉLISME PARFAIT DES RÈGLES DE COMPÉTENCE 212
§1 : Le parallélisme des règles de compétence issu d'une élaboration distincte des règles de compétence juridictionnelle et législative 212
A- Le parallélisme issu d'une coordination des sources internes à l'Union européenne 213
1- Parallélisme des règles objectives de compétence 214
a- Le moyen : le parallélisme des règles de compétence 214
i- Le parallélisme des champs d'application 214
ii- Le parallélisme du critère de rattachement et du chef de compétence 216
iii- Une définition unitaire du chef de compétence et du critère de rattachement 218
b- La fin : la concordance des compétences 223
2- Le parallélisme issu d'une articulation entre compétence juridictionnelle et choix de loi 225
B- Le parallélisme issu d'une coordination entre source interne et source externe à l'Union européenne 229
1- Le parallélisme des règles objectives de compétence 230
2-Le parallélisme des règles subjectives de compétence 234
§2 : Le parallélisme des compétences issu d'une élaboration commune des règles de compétence : l'exemple du droit des successions 236
A- La concordance des compétences *par* le règlement unitaire des compétences 236
B- Le règlement unitaire des compétences *pour* la concordance des compétences 241
Conclusion de la section : 245
SECTION 2 : LE PARALLÉLISME IMPARFAIT DES RÈGLES DE COMPÉTENCE 246
§1 : La concordance des compétences structurellement conditionnée 246
A- Le parallélisme des rattachements généraux 247
1- Un parallélisme protéiforme 249
a- Analyse du délit simple 249
b- Analyse du délit complexe 252
2- Un parallélisme des compétences entre concordance suggérée et coïncidence 255
B- Le parallélisme des rattachements spéciaux 258

1- L'extension du parallélisme des règles de compétence en matière d'atteinte à l'environnement 259
2- La concordance incertaine des compétences 260
§2 : La concordance des compétences matériellement conditionnée 262
A- Le quasi-parallélisme des règles objectives de compétence 263
1- L'interprétation quasi unitaire de la notion de « consommateur » 263
2- Le rapprochement des critères de rattachement 267
B- Le parallélisme conditionné des règles subjectives de compétence 269
Conclusion de la section : 274
Conclusion du chapitre : 275
CHAPITRE 2 : L'ALIGNEMENT DES COMPÉTENCES 277
SECTION 1 : L'ALIGNEMENT DU *FORUM* SUR LE *JUS* 278
§1 : Le forum legis 279
A- *Forum legis* et autonomie des parties 279
B- *Forum legis* et choix du juge 282
§2 : Le « quasi-forum legis » 284
A- La détermination de la compétence juridictionnelle dans la dépendance du droit substantiel 285
B- L'analyse de la concordance en présence d'un *quasi-forum legis* 290
Conclusion de la section : 292
SECTION 2 : L'ALIGNEMENT DU *JUS* SUR LE *FORUM* 294
§1 : La *lex fori* objectivement désignée 295
A- L'analyse de la *lex fori* comme présomption de proximité 296
1- L'exemple de la protection des mineurs 297
2- La présomption simple de dépendance entre *forum* et *jus* 299
B- La *lex fori* comme vecteur d'un droit subjectif 302
1- Le recours à la *lex fori* en matière de divorce 302
2- Le recours à la *lex fori* en matière d'obligations alimentaires 305
a- Le recours à la *lex fori* comme outil de protection de certains créanciers 306
b- L'objectif de protection à l'épreuve de la concentration du contentieux 309
§2 : La *lex fori* comme choix de loi des parties 314
A- L'option de législation en faveur de la *lex fori* 315
B- L'accord procédural en faveur de la *lex fori* 317

Conclusion de la section : 321

Conclusion du chapitre : 323

Conclusion du titre : 325

Conclusion de la partie : 327

PARTIE 2 : L'ESSENCE DU PHENOMENE DE CONCORDANCE DES COMPETENCES JURIDICTIONNELLE ET LEGISLATIVE 329

TITRE 1 : LES RAISONS DU PHÉNOMÈNE DE CONCORDANCE DES COMPÉTENCES 331

CHAPITRE 1 : LES RAISONS ENDOGÈNES 333

SECTION 1 : LA CONFLUENCE MÉTHODOLOGIQUE DES RÈGLES DE COMPÉTENCE 334

§1 : La règle de conflit de lois : règle d'intégration matérielle 334

A- Le rattachement matériel opéré par la règle de conflit de lois 335

B- L'ampleur du rattachement matériel 338

1- Le rattachement matériel et la conception répartitrice du droit international privé 339

2- Le rattachement matériel et la conception régulatrice du droit international privé 341

a- La « fonction médiatrice » de la règle de conflit de lois 342

b- La remise en cause de la neutralité du rattachement matériel 345

§2 : La règle de conflit de juridictions : règle d'intégration juridictionnelle 348

A- Le rattachement juridictionnel opéré par la règle de compétence juridictionnelle 348

1- Le rapprochement de la nature des règles de compétence 349

a- La négation de la nature conflictuelle de la règle de compétence juridictionnelle : l'affirmation de sa nature matérielle 349

b- La nature conflictuelle de la règle de compétence juridictionnelle 352

2- Le rapprochement de la nature des règles de compétence en droit de l'Union européenne 356

a- Le caractère répartiteur des règles de compétence 356

b- L'influence du caractère répartiteur sur les règles de compétence 359

i- La nature inchangée de la règle de compétence juridictionnelle 359

ii- La fonction des règles de compétence éprouvée 363

B- L'étendue du rattachement juridictionnel de la règle de compétence juridictionnelle 368
1- La prépondérance de la fonction procédurale de la règle de compétence juridictionnelle 369
2- Le refoulement de la fonction substantielle de la règle de compétence juridictionnelle 372
Conclusion de la section : 375
SECTION 2 : L'INTÉGRATION UNITAIRE DU LITIGE DANS L'ORDRE JURIDIQUE 377
§1 : L'approche unitaire du problème de qualification 377
A- Le renouveau du traitement de la qualification dans l'Union européenne 378
1- L'essor des qualifications autonomes 378
2- La qualification, reflet de la structure du droit international privé de l'Union européenne 380
a- La dimension horizontale de la qualification 380
b- La dimension verticale de la qualification 383
B- La symétrie du problème de qualification entre les deux règles de compétence 385
1-L'essor de la qualification en matière de compétence juridictionnelle 387
2- Du parallélisme à l'analyse moniste des qualifications 388
§2 : L'approche unitaire de la localisation 390
1- La localisation proximiste unitaire du litige 391
2- La localisation subjective unitaire du litige 395
2- La localisation substantielle unitaire du litige. 399
a- Localisation substantielle unitaire et protection d'un intérêt catégoriel 399
b- Localisation substantielle unitaire et protection d'un intérêt public 402
Conclusion de la section 403
Conclusion du chapitre : 405
CHAPITRE 2 : LES RAISONS EXOGÈNES 407
SECTION 1 : LA FORMATION D'UNE COMMUNAUTÉ DE DROITS PAR LE RAPPROCHEMENT DES DROITS 410
§1 : L'influence de l'unification du droit sur le phénomène de concordance des compétences 410

A- L'influence de l'unification du droit conflictuel sur le phénomène de concordance des compétences 411
1- L'origine du phénomène de concordance : l'unification conflictuelle dans le cadre de la Conférence de La Haye 411
2- L'approfondissement du phénomène de concordance : l'unification conflictuelle au sein de l'Union européenne 413
B- L'influence de l'unification du droit matériel sur le phénomène de concordance des compétences 416
§2 : L'influence de l'harmonisation du droit sur le phénomène de concordance des compétences 418
A- L'influence de l'harmonisation du droit matériel de l'Union européenne sur le phénomène de concordance des compétences 419
B- L'influence de l'harmonisation des droits fondamentaux sur le phénomène de concordance des compétences 422
Conclusion de la section : 428
SECTION 2 : LE RENOUVEAU DE L'HARMONIE INTERNATIONALE DES SOLUTIONS 430
§1 : La confiance mutuelle comme substrat à l'harmonie internationale des décisions 431
§2 : La reconnaissance mutuelle comme vecteur de l'harmonie internationale des décisions 437
A- La notion de reconnaissance mutuelle des décisions de justice 437
1- Premières approches de la notion de reconnaissance mutuelle. 438
2- Le développement de la reconnaissance mutuelle dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice 439
a- La reconnaissance mutuelle « parfaite » des décisions judiciaires 440
b- La reconnaissance mutuelle « presque parfaite » des décisions judiciaires 441
c- La reconnaissance mutuelle conditionnée 443
B- Le régime libéral de la reconnaissance mutuelle des décisions 443
Conclusion de la section : 451
Conclusion du chapitre : 453
Conclusion du titre : 454
TITRE 2 : LES IMPLICATIONS DU PHÉNOMÈNE DE CONCORDANCE 457

CHAPITRE 1 : LES IMPLICATIONS CONTEMPORAINES DU PHÉNOMÈNE DE CONCORDANCE 459
SECTION 1 : LE PARTAGE DE LA FONCTION RÉGULATRICE 460
§1 : L'absorption de la règle de compétence législative par la règle de compétence juridictionnelle 461
A- L'application généralisée de la *lex fori* 461
1- Le rôle prépondérant de la *lex fori* comme « *basic rule* » 462
2- Le recours prépondérant à la *lex fori* comme méthode 464
B- L'importance de la fonction juridictionnelle dans le raisonnement juridique 466
§2 : La complémentarité des règles de compétence 471
A- La complémentarité au service de l'effectivité de l'application du droit international privé 472
B- La complémentarité au service de l'effectivité des objectifs des règles de droit international privé 474
1- Le rééquilibrage des rapports entre règles de compétence au sein du paradigme conflictuel 475
a- Règle bilatérale et justice conflictuelle 476
b- Règle bilatérale et matérialisation 479
2- Le rééquilibrage des rapports entre règles de compétence au sein des méthodes concurrentes 482
a- Autonomie des parties et compétence juridictionnelle 482
b- Loi de police et compétence juridictionnelle 485
c- Droits fondamentaux et compétence juridictionnelle 486
Conclusion de la section : 489
SECTION 2 : LE PARTAGE DE LA FONCTION COORDINATRICE 491
§1 : La règle de compétence juridictionnelle : seule règle coordinatrice 492
A- La *jurisdictional approach* 493
1- La place centrale du conflit de juridictions 493
2- La coordination par la régulation de la compétence juridictionnelle 495
a- Le recours au *forum non conveniens* 495
b- La régulation stricte des chefs de compétence juridictionnelle 498
B- La méthode de référence à l'ordre juridique compétent 500
§2 : La règle de compétence juridictionnelle : une règle coordinatrice 503

A- Les enjeux structurels de la coordination 503
B- Les enjeux substantiels de la coordination 508
Conclusion de la section : 512
Conclusion du chapitre : 514
CHAPITRE 2 : LES IMPLICATIONS PROSPECTIVES DU PHÉNOMÈNE DE CONCORDANCE 517
SECTION 1 : LA GÉNÉRALISATION DE LA CONCORDANCE 519
§1 : Les enjeux de la généralisation de la concordance 519
A- Les enjeux méthodologiques 520
1- La régulation de la compétence juridictionnelle 521
2- Les modalités de la régulation 523
B- Les enjeux téléologiques 525
1- Les acceptions de la sécurité juridique 525
2- Confrontation à l'hypothèse de généralisation de la concordance 528
§2 : L'opportunité de la généralisation de la concordance 532
A- Régulation et compétence juridictionnelle générale 532
B- Régulation et compétences juridictionnelles spécifiques 539
1- La nécessité d'une approche législative unitaire des deux ordres de compétence 540
2- Les avantages de l'analyse moniste du rattachement 542
a- Les avantages de l'analyse moniste du rattachement en matière de désunion européenne 543
b- Les avantages de l'analyse moniste du rattachement en matière contractuelle 546
3- La concordance comme simple ligne directrice 551
Conclusion de la section : 556
SECTION 2 : L'EXTENSION DU DOMAINE DE LA CONCORDANCE 558
§1 : Les remèdes incertains au contournement d'une loi de police 558
A- La lutte contre l'évincement d'une loi de police par la sanction de l'abus de droit 559
1- Le recours à l'abus de droit 560
2- L'inadaptation de la théorie de l'abus de droit au contournement des lois de police 563
B- La lutte contre l'évincement d'une loi de police par le recours au *forum non conveniens* 566

C- La lutte contre l'évincement d'une loi de police par l'application des lois de police étrangères 570
§2 : La compétence juridictionnelle fondée sur l'applicabilité de la loi de police 575
A- L'opportunité de la compétence juridictionnelle fondée sur l'applicabilité d'une loi de police. 576
B- Le régime de la compétence juridictionnelle fondée sur la loi de police 578
1- L'impérativité de la règle de compétence juridictionnelle 579
2- L'exclusivité de la règle de compétence juridictionnelle 581
Conclusion de la section : 582
Conclusion du chapitre : 584
Conclusion du titre : 586
Conclusion de la partie : 587
CONCLUSION GENERALE 589