

**Université Panthéon-Assas**

**école doctorale de droit privé**

Thèse de Doctorat / décembre 2015

Thèse de doctorat en droit  
soutenue le 11 décembre 2015

**LES NORMES PERMISSIVES EN DROIT  
INTERNATIONAL PRIVÉ.  
ÉTUDE CRITIQUE**



**Université Panthéon-Assas**

**Caroline COHEN**

Sous la direction de **Monsieur Dominique BUREAU**, *Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

Membres du jury :

**Monsieur Sylvain BOLLÉE**, *Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris I Panthéon-Sorbonne)*

**Monsieur Vincent HEUZÉ**, *Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris I Panthéon-Sorbonne)*

**Madame Cécile PÉRÈS**, *Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

**Monsieur Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES**, *Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris I Panthéon-Sorbonne)*





Université Panthéon-Assas

COHEN Caroline | Thèse de doctorat | décembre 2015

## ***Avertissement***

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.



*À la mémoire de mon père*





## **Remerciements**

Pour leur soutien indéfectible, leur foi dans l'aboutissement de ce travail et nos discussions souvent fructueuses, je tiens à remercier chaleureusement Romain Baudry, Samuel Fulli-Lemaire, Neda Habillat, Adeline Jauneau, François Mailhé, Nathalie Makowski, Hugo Meunier, Daniel Rojas Tamayo, Marie Sorel et Claude Weisselberg. Je remercie tout particulièrement mes relecteurs : Marie, qui a délaissé Montherlant et ses élèves de 6<sup>ème</sup> pour se prêter un temps au *jeu* des normes permissives, et Samuel, qui m'a accueillie à Hambourg pour me faire part de ses remarques – toujours – constructives et a su ne pas se montrer – toujours – indulgent à l'égard de mes nombreuses anacoluthes.

Je remercie également Lou et Salomé pour leur enthousiasme, leur intérêt et leur patience à l'égard de la gestation de mon « troisième enfant ».

Enfin et surtout, mes plus vifs remerciements s'adressent au Professeur Dominique Bureau. Il m'est difficile d'exprimer combien la préparation de cette thèse et son achèvement doivent à ses conseils, ses critiques, l'intransigeance de ses relectures, mais aussi à sa patience inégalable, sa disponibilité de tous les instants et ses encouragements, qui m'ont sans nul doute permis de mettre un point final à ce travail. Le souhait de ne pas décevoir sa confiance m'a encouragée à persévérer lorsque la mienne avait disparu.

Qu'il veuille bien trouver ici l'expression de ma plus profonde reconnaissance.







## **Résumé :**

Pour étudier le phénomène paradoxal d'un renforcement de l'autonomie de la volonté parallèlement à une multiplication des impérativités en droit international privé contemporain, le concept de norme permissive apparaît particulièrement pertinent. Il permet de saisir l'ensemble des énoncés normatifs où l'auteur de la norme octroie à un destinataire une faculté de faire ou de ne pas faire, qu'il s'agisse du juge lorsqu'il lui est permis de surseoir à statuer en cas de connexité ou des parties lorsqu'il leur est permis de choisir la loi applicable à un contrat international.

L'étude du droit positif montre que les manifestations des normes permissives sont nombreuses, tant dans les conflits de lois que de juridictions et qu'elles obéissent à des logiques distinctes selon qu'elles octroient une faculté au juge ou aux parties. Dans cette seconde hypothèse, en effet, il n'est plus question d'une liberté octroyée par la règle de droit mais d'une liberté concédée dans le choix de la règle de droit. Cette spécificité, conjuguée à la multiplication des normes permissives en droit international privé, a donc justifié que leur efficacité soit éprouvée.

Dans cette perspective, le présupposé selon lequel les normes permissives constitueraient une traduction normative adéquate de l'objectif de prévisibilité des solutions, qui sert de justification à leur admission, doit être remis en cause. L'appréciation critique de ce postulat permet de proposer que les normes permissives n'occupent, à l'avenir, qu'un rôle résiduel en droit international privé, soit comme instrument de consensus soit comme palliatif à l'indétermination d'un critère de rattachement suffisamment prévisible.

*Descripteurs : normes permissives ; droit international privé ; principe d'autonomie ; clause attributive de juridiction ; conflit de lois ; conflit de juridictions ; office du juge ; prévisibilité.*

## **Title and Abstract :**

Permissive Rules in Private International Law. A Critical Study.

In order to study the paradoxical phenomenon of the rise of party autonomy in parallel with the multiplication of mandatory norms in contemporary private international law, the concept of permissive rule is particularly apposite. It accounts for all instances where the law-making body grants a beneficiary the possibility to do or not to do something; be it the judge when he is authorized to stay the proceedings in case of related actions, or the parties when they are authorized to choose the law applicable to an international contract.

A study of the positive law shows that permissive rules are numerous in both Choice of laws and Jurisdiction and that they operate under distinct logics depending on whether they grant a possibility to a judge or to the parties. In the latter case, the issue at stake is no longer whether a right is granted by the legal rule, but rather whether a right is conceded in the choice of the legal rule. This specificity, together with the proliferation of permissive rules in private international law, warrants that their relevancy be tested.

In this context, the assumption that permissive norms would adequately serve the purpose of foreseeability of solutions, which forms the basis for their adoption, must be questioned. This critical assessment leads to the proposal that permissive norms should, in the future, play only a residual role in private international law, either as a way to reach consensus or as a stopgap in the absence of a sufficiently foreseeable connecting factor.

*Keywords : permissive rules ; Private International Law ; choice of law ; jurisdiction clause ; conflict of laws ; jurisdiction ; court acting of its own motion ; foreseeability.*





## Principales abréviations

<i>actu.</i>	Actualité		
<i>Adde.</i>	Ajoutez	CE, Sect.	Conseil d'État, Section du contentieux
<i>AFDI</i>	Annuaire français de droit international	<i>Cf.</i>	<i>Confer</i>
Aff.	Affaire	Chap.	Chapitre
<i>AIDI</i>	Annuaire de l'Institut de Droit International	Chron.	Chronique
<i>AJ</i>	Actualité jurisprudentielle (Recueil Dalloz)	CIJ	Cour Internationale de Justice
<i>AJ fam.</i>	Actualité juridique famille	Cir.	Circuit
<i>AJ pénal</i>	Actualité juridique droit pénal	CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
<i>AJDA</i>	<i>Actualité Juridique Droit administratif</i>	<i>CMLR</i>	<i>Common Market Law Review</i>
al.	Alinéa	<i>Col. L. Rev.</i>	<i>Columbia Law Review</i>
<i>Alii</i>	Autres	Coll.	Collection
<i>Am. J. Comp. L.</i>	<i>American Journal of Comparative Law</i>	comm.	Commentaire (revue Lexis Nexis)
<i>Am. J. Int. Law</i>	<i>American Journal of International Law</i>	<i>Comm. com. électr.</i>	Communication et commerce électronique
<i>Am. Rev. Int. Arb.</i>	<i>American Review of International Arbitration</i>	<i>Comp.</i>	Comparer
<i>Ann. Fac. droit de Toulouse</i>	<i>Annuaire de la faculté de droit de Toulouse</i>	Concl.	Conclusions
<i>APD</i>	<i>Archives de Philosophie du Droit</i>	<i>Cornell L. Rev.</i>	Cornelle Law review
Art.	Article(s)	<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
Ass. Plén.	Assemblée plénière	<i>D. P.</i>	<i>Dalloz périodique</i>
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch	dactyl.	Dactylographiée
BGH	Bundesgerichtshof	dir.	Direction
BICC	Bulletin de la Cour de cassation	DMF	Droit maritime français
BJCP	Bulletin juridique des contrats publics	<i>doct.</i>	<i>Doctrine</i>
<i>Bull.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation</i>	<i>DPCI</i>	Droit et pratique du commerce international
<i>Bull. ASA</i>	<i>Bulletin de l'Association Suisse d'Arbitrage</i>	<i>Dr. adm.</i>	<i>Revue de droit administratif</i>
<i>Bull. Joly</i>	<i>Bulletin Joly</i>	<i>Dr. et pat.</i>	<i>Droit et Patrimoine</i>
<i>c.</i>	<i>Contre</i>	<i>Dr. et proc.</i>	<i>Revue Droit et procédure</i>
C.civ.	Code civil	<i>Dr. fam.</i>	<i>Revue Droit de la famille</i>
C.com.	Code de commerce	<i>Dr. soc.</i>	<i>Revue Droit social</i>
<i>Cab. arb.</i>	<i>Cahiers de l'arbitrage (aujourd'hui Paris Journal of International Arbitration)</i>	e.a.	et autres
<i>Cab. dr. eur.</i>	<i>Cahiers de droit européen</i>	éd./ed.	édition/édition
Civ. 1 <sup>ère</sup>	Première Chambre civile de la Cour de cassation	(éd.)/(ed.)	éditeur/éditeur
Com.	Chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation	(éds.)/(eds.)	Éditeurs/Editors
CC	Conseil constitutionnel	EGBGB	Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch
CE	Conseil d'État	etc.	<i>et cetera</i>
CE, Ass.	Conseil d'État, Assemblée	<i>Eur. L. Rev.</i>	<i>European Law Review</i>
		<i>Europ. J. Int. L.</i>	<i>European Journal of International Law</i>
		fasc.	Fascicule
		franç.	Française
		<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
		<i>Harv. L. Rev.</i>	<i>Harvard Law Review</i>
		<i>Harvard Int. Law Journ.</i>	<i>Harvard International Law Journal</i>
		<i>i.e.</i>	<i>Id est</i> (c'est-à-dire)
		<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
		<i>ICLQ</i>	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>

<i>Infra</i>	Ci-dessous	<i>Rev. Crit. DIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>Int. Arb. L.</i>	<i>International Arbitration Law</i>		(antérieurement dénommée
<i>Rev.</i>	<i>Review</i>		<i>Revue de droit international privé et de droit pénal international</i> (1905-1923),
Introd.	Introduction		<i>Revue de droit international privé</i> (1924-1933) et <i>Revue critique de droit international</i> (1934-1946)
<i>J. Int. Arb.</i>	<i>Journal of International Arbitration</i>		
<i>J. Priv. Int. L.</i>	<i>Journal of Private International Law</i>		
<i>J.-Cl. Adm.</i>	<i>Juris-Classeur Droit Administratif</i>		
<i>J.-Cl. civ. code</i>	<i>Juris-Classeur Civil Code</i>	RDP	<i>Revue de droit public</i>
<i>J.-Cl. comm.</i>	<i>Juris-Classeur Commercial</i>	RDAI	<i>Revue de Droit des Affaires internationales</i>
<i>J.-Cl. conc. conso.</i>	<i>Juris-Classeur Concurrence et Consommation</i>	RDC	<i>Revue des Contrats</i>
<i>J.-Cl. dr. int.</i>	<i>Juris- Classeur Droit International</i>	RDILC	<i>Revue de droit international et de législation comparée</i>
<i>J.-Cl. Europe</i>	<i>Juris-Classeur Europe</i>	RDP	<i>Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger</i>
<i>J.-Cl. Libertés</i>	<i>Juris-Classeur Libertés</i>		
<i>J.-Cl. proc. civ.</i>	<i>Juris-Classeur Procédure civile</i>		
JCP	<i>Jurisqueuseur Périodique (La Semaine Juridique)</i> , édition générale	RDUE	<i>Revue du Droit de l'Union européenne</i>
JCP E	<i>Jurisqueuseur Périodique (La Semaine juridique)</i> , édition entreprise	<i>Rec.</i>	<i>Recueil</i>
JCP N	<i>Jurisqueuseur Périodique (La Semaine juridique)</i> , édition notariale	<i>Rec. CIJ</i>	<i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour internationale de Justice</i>
JCP S	<i>Jurisqueuseur Périodique (La Semaine juridique)</i> , édition sociale	rééd.	Réédition
JDE	<i>Journal de Droit européen</i>	réimp.	Réimpression
JDI	<i>Journal du Droit international</i>	<i>Rép. Commaille</i>	<i>Répertoire Commaille</i>
JOCE	<i>Journal Officiel des Communautés européennes</i>	<i>Rép. dr.</i>	<i>Répertoire de droit communautaire</i>
JORF	<i>Journal Officiel de la République française</i>	<i>Rép. dr. int.</i>	<i>Répertoire de droit international</i>
JOUE	<i>Journal Officiel de l'Union européenne</i>	<i>Rép. proc. Civ.</i>	<i>Répertoire de procédure civile</i>
<i>Jour. Des Trib. eur.</i>	<i>Journal des Tribunaux, Droit Européen</i>	<i>Rép. sociétés</i>	<i>Dalloz Encyclopédie juridique</i>
<i>Jur.</i>	Jurisprudence (Recueil Dalloz)	repr.	Reprint
<i>Lebon</i>	<i>Recueil Lebon</i>	Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato</i> (à l'endroit cité)	<i>Rev. arb.</i>	<i>Revue de l'arbitrage</i>
LPA	<i>Les Petites Affiches</i>	<i>Rev. crit. jurispr. belge</i>	<i>Revue critique de jurisprudence belge</i>
LQR	<i>Law Quarterly Review</i>	<i>Rev. dr. int. et de légis. comp.</i>	<i>Revue de droit international et de législation comparée</i>
<i>Minn. L. Rev.</i>	<i>Minnesota Law Review</i>	<i>Rev. dr. transp.</i>	<i>Revue de droit des transports</i>
n°	Numéro	<i>Rev. dr. trav.</i>	<i>Revue de droit du travail</i>
not.	Notamment	<i>Rev. Dr. U.E.</i>	<i>Revue du droit de l'Union européenne</i>
obs.	Observations	<i>Rev. Europe</i>	<i>Revue Europe</i>
OGH	Oberster Gerichtshof	<i>Rev. fr. dr. constit.</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
<i>op. cit.</i>	<i>opus citato</i> (dans l'ouvrage cité)	<i>Rev. Générale des Assurances Terrestres</i>	<i>Revue générale des assurances terrestres</i>
p.	Page	<i>Rev. jur. com.</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
pan.	Panorama (Recueil Dalloz)	<i>Rev. Lamy concurrence</i>	<i>Revue Lamy concurrence</i>
<i>Passim</i>	en plusieurs endroits	<i>Rev. Lamy de dr. civ.</i>	<i>Revue Lamy droit civil</i>
pp.	Pages	<i>Rev. Lamy dr. aff.</i>	<i>Revue Lamy droit des affaires</i>
préc.	précité(s)	<i>Rev. prat. dr. inter. priv.</i>	<i>Revue pratique de droit international privé</i>
<i>Rappr.</i>	Rapprocher		
RCADI	<i>Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye</i>		

<i>Rev. prat. soc.</i>	<i>Revue pratique des sociétés civiles et commerciales</i>	RMUE	<i>de l'Union européenne Revue du Marché unique européen</i>
<i>Rev. proc. coll.</i>	<i>Revue des procédures collectives</i>	RSC	<i>Revue de sciences criminelles</i>
<i>Rev. Propriété industrielles</i>	<i>Revue Propriété industrielle</i>	RTD Civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>Rev. soc.</i>	<i>Revue des sociétés</i>	RTD Com.	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
RFDA	<i>Revue française de droit administratif</i>	RTDE	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
RGDAss.	<i>Revue générale du droit des assurances</i>	RTDH	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>
RGDIP	<i>Revue générale de droit international public</i>	s.	suivant(e)s
RGDP	<i>Revue générale des procédures</i>	S.	<i>Recueil Sirey</i>
RID éco.	<i>Revue internationale de droit économique</i>	somm.	Sommaire
RIDC	<i>Revue internationale de droit comparé</i>	spéc.	Spécialement
<i>Riv. dir. int.</i>	<i>Rivista di diritto internazionale</i>	<i>Supra</i>	Ci-dessus
<i>Riv. dir. int. priv. e proc.</i>	<i>Rivista di diritto internazionale privato e processuale</i>	t.	Tome
RJDA	<i>Revue de jurisprudence de droit des affaires</i>	trad.	Traduction
RLDA	<i>Revue Lamy droit des affaires</i>	TCFDIP	<i>Travaux du Comité français de Droit international privé</i>
RMC	<i>Revue du Marché Commun</i>	<i>Tul. L. Rev.</i>	<i>Tulane Law Review</i>
RMCUE	<i>Revue du Marché Commun et</i>	Uni.	Université/University
		V.	Voir (ou <i>versus</i> )
		V°	<i>Verbo</i> (au mot)
		Vol.	Volume

## PRINCIPALES CONVENTIONS D'ÉCRITURE

(Les formules abrégées apparaissent entre parenthèses)

### *Règlements européens*

- Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 *relatif aux procédures d'insolvabilité* (« Règlement insolvabilité »).
- 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* (« Règlement Bruxelles I »).
- 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) no 1347/2000* (« Règlement Bruxelles II bis »).
- Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 *sur la loi applicable aux obligations non contractuelles* (« Règlement Rome II »).
- Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 *sur la loi applicable aux obligations contractuelles* (« Règlement Rome I »).
- 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* (« Règlement Aliments » ou « Règlement obligations alimentaires »).
- Règlement (UE) n° 1259/2010 du Parlement européen et 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* (« Règlement Rome III »).
- 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*, (« Règlement Rome IV »).
- 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* (« Règlement Bruxelles I refondu »).

### *Conventions et accords internationaux*

- Convention de Montréal du 28 mai 1999 *pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international* (« Convention de Montréal »).
- *Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme* du 4 novembre 1950 telle qu'amendée (« CESDH »).
- Convention de New York du 10 juin 1958, *pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* (« Convention de New York »).
- Convention de La Haye du 30 octobre 2005 *sur les accords d'élection de for* (« Convention élection de for »).

## Sommaire

INTRODUCTION.....	1
<b>PREMIÈRE PARTIE L'IDENTIFICATION DES NORMES PERMISSIVES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ .....</b>	<b>13</b>
TTRE I LE CONCEPT DE NORME PERMISSIVE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.....	17
CHAPITRE I LA NÉCESSITÉ DU CONCEPT.....	19
CHAPITRE II L'ANALYSE DU CONCEPT .....	75
CONCLUSION DU TTRE I.....	100
TTRE II LES MANIFESTATIONS DES NORMES PERMISSIVES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.....	101
CHAPITRE I LE DOMAINE DES CONFLITS DE JURIDICTIONS.....	103
CHAPITRE II LE DOMAINE DES CONFLITS DE LOIS .....	185
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	245
<b>DEUXIÈME PARTIE L'EFFICACITÉ DES NORMES PERMISSIVES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.....</b>	<b>247</b>
TTRE I LA PERTINENCE RÉCUSÉE DES NORMES PERMISSIVES.....	251
CHAPITRE I LES OBJECTIFS PROCLAMÉS DES NORMES PERMISSIVES	253
CHAPITRE II LA RÉALISATION IMPARFAITE DE L'OBJECTIF DE PRÉVISIBILITÉ PAR LES NORMES PERMISSIVES.....	343
CONCLUSION DU TTRE I.....	398
TTRE II L'AMÉNAGEMENT PRÉCONISÉ DES NORMES PERMISSIVES .....	399
CHAPITRE I LE CANTONNEMENT DES NORMES PERMISSIVES .....	401
CHAPITRE II L'ENCADREMENT DES NORMES PERMISSIVES.....	435
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE .....	461
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>463</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>471</b>
<b>INDEX.....</b>	<b>493</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES.....</b>	<b>499</b>





## INTRODUCTION

---

1. *I would prefer not to.* Par cette formule à la fois laconique et implacable, Bartleby le scribe, personnage éponyme de la nouvelle de MELVILLE<sup>1</sup>, nous rappelle que tout est affaire de choix : « Peut-être encore, et plus profondément, Bartleby suggère-t-il que quelque chose précède la décision du faire ou du non faire. Il faut se souvenir qu'avant cette décision, et pour qu'il y ait choix, la possibilité du choix contraire doit coexister avec celui du faire »<sup>2</sup>. Ce *quelque chose* que Bartleby pressent et qui précède la décision du choix ou du non choix pourrait correspondre à l'existence, en amont, d'une norme permissive. Une norme qui donnerait à Bartleby, simple clerc, la faculté d'accepter ou de ne pas accepter la tâche prescrite par le notaire qui l'emploie.

2. **Le concept de norme permissive.** Ce concept de norme permissive, bien que relativement discret, n'est pas ignoré de la science juridique. Il est employé par les théoriciens du droit mais aussi par les publicistes, notamment en droit administratif<sup>3</sup>. Une thèse récente qui lui a été consacrée a ainsi permis d'écarter certaines appréhensions instinctives à l'égard d'un concept qui fait pour beaucoup figure d'*oxymoron*<sup>4</sup>. Si le concept n'est pas nouveau, il est certain qu'il n'est cependant

---

<sup>1</sup> H. MELVILLE, *Bartleby, the Scrivener: A Story of Wall-street, from The Piazza Tales*, 1856.

<sup>2</sup> M. COURTIEU, *L'événement dans le roman occidental du XXe siècle. Continuités et ruptures*, thèse dactyl. Université Lumière Lyon 2, 2007, p. 381.

<sup>3</sup> V. notamment : C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, th. Limoges, 2006 ; J.- M. FÉVRIER, « Remarques sur la notion de norme permissive », *D.* 1998, chron., p. 271-274 ; C. BARTHE-GAY, « Les normes permissives en droit administratif français », *RRJ* 2004, p. 233-259.

<sup>4</sup> V. notamment : C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, *op. cit.*, p. 1. La thèse de l'auteur commence par ce constat : « Oxymore. Cette figure de rhétorique, qui consiste à rapprocher deux mots désignant des réalités contradictoires ou fortement contrastées, semble parfaitement illustrée par la notion de norme

pas usité dans le droit international privé contemporain. Certes, les internationalistes peuvent employer l'adjectif *permissif* mais c'est alors le plus souvent pour exprimer ce qui « accroît dans une société la marge de liberté, surtout celle des mœurs ; se dit (souvent avec une connotation péjorative) d'une loi qui autorise ou admet plus libéralement ce qui était jusqu'alors interdit ou restreint »<sup>5</sup>. Ainsi il a pu être question de loi *permissive* à propos de certaines législations étrangères en matière de divorce<sup>6</sup> ou de « tourisme bioéthique »<sup>7</sup>. Le terme est le plus souvent employé pour désigner une réglementation particulièrement laxiste, comme on qualifierait des parents de trop permissifs à l'égard de leurs enfants, autorisés à faire tout ce que bon leur semble<sup>8</sup>. Le sens dans lequel l'emploient traditionnellement les internationalistes n'est cependant pas celui que nous retiendrons. Au contraire, nous adopterons celui dégagé par la doctrine publiciste qui définit la norme permissive comme *la norme qui octroie à son destinataire une faculté de faire ou de ne pas faire*<sup>9</sup>.

Il nous faudra ainsi montrer qu'il s'agit bien de normes à part entière et que les appréhender à travers l'adage *tout ce qui n'est pas défendu est permis* est insuffisant.

---

permissive. Comme l'« obscure clarté » de Corneille, les « nains géants » de Victor Hugo, le « noir lumière » des polyptyques de Pierre Soulages, la formule crée un paradoxe, une image surprenante, qui donne à la pensée un tour saisissant ».

<sup>5</sup> V° « Permissif », in G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 10ème éd., 2014.

<sup>6</sup> V. par exemple : A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*, 1993 p. 49 et B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit de lois. Sur la crise des conflits de lois », *RCADI*, 1984, p. 350.

<sup>7</sup> A. MEZGHANI, « Méthodes du droit international privé et contrat illicite », *RCADI*, 2003 qui énonce qu'en la matière « la Suède et le Danemark sont des pays permissifs », p. 227.

<sup>8</sup> Comme l'observe Monsieur C. GROULIER : « ainsi entendu, permissif et permissivité correspondent à un jugement de valeur, à une appréciation personnelle ou commune à un ensemble d'observateurs. Il s'agit rarement d'un simple constat objectif d'une situation ; apprécier le caractère permissif d'une chose suppose une démarche comparatiste plus ou moins consciente, une mise en perspective. La permissivité apparaît comme un concept relatif : une chose est permissive par rapport à un état antérieur de cette chose – une législation, par exemple –, par rapport à un état plus rigoriste, restrictif de cette chose, voire par rapport à une norme au sens non-juridique », *Norme permissive et droit public*, préc., p. 18. Ce constat explique que cette acception soit par la suite écartée par l'auteur s'agissant des normes permissives qu'il se propose d'étudier : « une norme permissive serait donc un devoir-être exprimé par le droit positif présentant les caractères de la permissivité en tant que jugement de valeur. Cette acception ne saurait pourtant être retenue ; elle intéresse davantage le sociologue que le juriste. Surtout, le débat théorique en la matière ne porte pas sur cette manifestation de la permissivité dans le droit, trop fuyante et propre à celui qui tient le discours : il y aurait autant de définitions de la permissivité normative que d'observateurs du système juridique, se distinguant par des opinions et des jugements forcément variés », p. 19.

<sup>9</sup> Dans le cadre d'une thèse de droit international privé, il est difficile de ne pas employer le terme norme sans de plus amples précisions. En effet, Monsieur P. MAYER a montré dans sa thèse (*La distinction entre règles et décisions en droit international privé*, Paris, Dalloz, Bibl. de droit international privé, vol. 17, 1973) que les normes pouvaient être de deux types : abstraites et hypothétiques ou concrètes et catégoriques. Les premières sont constitutives des règles, les secondes des décisions. Les termes norme et règle ne sont donc pas synonymes puisque le premier est un terme générique qui englobe à la fois les règles mais également les décisions. Néanmoins, par facilité de langage, nous emploieront dans cette thèse les termes de *norme* et de *règle* à titre de synonymes alors même qu'il ne sera question à proprement parler que de *règle* au sens strict.

En effet, nous verrons que lorsque le législateur décide de ne pas interdire un acte, l'acte en cause ne revêt pas de statut normatif particulier ; la permission octroyée n'est pas constitutive d'une norme. Au contraire, lorsque le législateur « a considéré [le] statut normatif [d'un acte] et a décidé de le permettre »<sup>10</sup>, la permission recouvre un caractère normatif, quand bien même la norme en question ne ferait pas l'objet d'une disposition explicite mais seulement implicite du législateur. Ainsi que l'énonce Monsieur P. MAYER à propos de l'ordre interne, « à côté de la règle impérative existe une règle permissive ; dans le domaine contractuel, c'est la règle générale qui permet aux parties d'adopter les clauses qui leur conviennent chaque fois que l'ordre public (interne) ne s'y oppose pas »<sup>11</sup>. Il nous faudra également préciser que si la règle permissive a pour objet d'*octroyer* cette permission, il lui appartient aussi de l'*encadrer*. C'est ainsi par exemple que s'il est permis en droit interne aux époux de choisir un régime matrimonial autre que la communauté réduite aux acquêts, cette permission n'est pas sans limite<sup>12</sup>. Quant au changement de régime matrimonial au cours du mariage, il n'est rendu possible qu'à certaines conditions : le respect d'un délai minimum et la conformité à l'intérêt de la famille sont requis<sup>13</sup>. En outre, la convention modificative doit intervenir par acte notarié et nécessite une homologation en justice si l'un des époux a des enfants mineurs<sup>14</sup>. De la même manière, s'il est permis au juge de modifier le montant de la clause pénale dans un contrat, cette permission est encadrée puisque le pouvoir du juge n'existe que si la peine prévue est manifestement excessive ou dérisoire<sup>15</sup>.

Une fois ce rapide éclairage apporté sur la notion de norme permissive, il convient de revenir au sujet de notre thèse proprement dit. Comme le titre l'annonce, il ne s'agira pas ici d'appréhender la notion de norme permissive dans le droit en général. Outre qu'une telle recherche a déjà été menée en droit public et

---

<sup>10</sup> V. en ce sens, H. G. VON WRIGHT, *Norm and action, A logical enquiry*, International Library of Philosophy, Routledge & Kegan Paul PLC, 1963, p. 86, cité par G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2004, vol. n°60, n°234.

<sup>11</sup> V. P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981, p. 277 et s.

<sup>12</sup> V. article 1387 du Code civil : « La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, *pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions qui suivent* » (c'est nous qui soulignons).

<sup>13</sup> Le principe d'immutabilité absolue du régime matrimonial a été abandonné par la loi du 13 juillet 1965 qui a autorisé le changement de régime matrimonial sous contrôle judiciaire, contrôle par la suite supprimé par la loi du 23 juin 2006, sauf dans deux cas mentionnés à l'article 1397 du Code civil. Sur cette question, v. J. REVEL, *Rep. civ. Dalloz*, v° « Régimes matrimoniaux », n°65 et suivants.

<sup>14</sup> V. article 1397 du Code civil, alinéa 5 : « Lorsque l'un ou l'autre des époux a des enfants mineurs, l'acte notarié est obligatoirement soumis à l'homologation du tribunal du domicile des époux ».

<sup>15</sup> V. article 1152, alinéa 2 du Code civil : « Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ».

quand bien même elle serait digne d'intérêt dans l'ensemble du droit privé<sup>16</sup>, la présente étude se cantonnera à l'étude du droit international privé. Il importe alors de justifier ce choix, justification d'autant plus nécessaire que notre recherche se présente, paradoxalement, comme une étude *critique*.

**3. Le concept de norme permissive et le droit international privé.** Il est en effet surprenant d'entreprendre l'étude *critique* d'un mode de réglementation qui est demeuré *a priori* inconnu jusqu'alors. Si les normes permissives sont aussi critiquables qu'elles sont absentes de la littérature juridique, pourquoi ne pas souhaiter qu'elles le demeurent et imposer ces développements au lecteur ? D'abord, il faut rappeler que l'étude *critique* d'un objet déterminé n'est pas nécessairement celle qui dénoncerait les dangers ou faiblesses de cet objet mais celle qui « impliquerait une méthode d'examen mettant en jeu des critères variables selon les domaines, d'après lesquels il est possible de discerner les parts respectives des mérites et défauts »<sup>17</sup>. L'étude critique des normes permissives à titre de mode de réglementation des relations privées internationales consiste alors à apprécier positivement et négativement ce procédé, sans préjuger des conclusions de cet examen. Mais l'on peut encore s'étonner de ce que l'étude soit centrée sur des normes dont les bienfaits ou méfaits peuvent sembler indifférents à une époque où l'on discerne mal la place qu'elles occupent dans le droit international privé contemporain. Une catégorie absente, une efficacité indifférente : tel pourrait être le découpage retenu. Évidemment, nous entreprendrons de démontrer que non seulement les normes permissives ne sont pas une figure absente du droit international privé contemporain, mais encore qu'une étude critique des normes permissives s'impose au vu de la faveur ou défaveur qu'elles inspirent et, à tout le moins, des réactions partagées qu'elles suscitent. Par conséquent, il convient, d'une part, de préciser ce que recouvre ce concept de *norme permissive* en droit international privé et, d'autre part, d'explicitier en quoi une étude critique centrée sur ce mode de réglementation des relations privées internationales nous semble pleinement justifiée.

**4. Ce que recouvre le concept de norme permissive en droit international privé.** L'étude du droit international privé positif révèle l'existence de normes permissives. Comme en droit interne, certaines vont octroyer une faculté aux parties tandis que d'autres vont l'octroyer au juge. La règle qui octroie aux cocontractants une faculté de choix de la loi applicable au contrat (comme l'article 3 du Règlement

---

<sup>16</sup> C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, *op. cit.* Si l'auteur s'est cantonné à cette matière, il reconnaît que « le droit privé est un lieu de manifestation évident de cette catégorie de norme », p. 21.

<sup>17</sup> V° critique, [www.cnrtl.com](http://www.cnrtl.com) (site du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales qui propose un ensemble de ressources linguistiques informatisées et d'outils de traitement de la langue).

Rome I<sup>18</sup>) et celle qui octroie au juge français, lors d'un conflit de procédures, la faculté de se dessaisir au profit du juge étranger premier saisi<sup>19</sup> relèvent toutes deux d'une norme *permissive*. Qu'elle s'adresse aux parties ou au juge<sup>20</sup>, la norme permissive a pour objet d'octroyer à ces derniers une faculté de faire ou de ne pas faire – en l'occurrence choisir la loi applicable ou ne pas la choisir pour les parties et se dessaisir ou ne pas se dessaisir pour le juge.

Aussi, la crainte de voir la présente étude consacrée à une catégorie de norme qui serait demeurée inconnue parce que marginale peut être écartée. Une fois débarrassées d'une circonspection légitime, on peut admettre que les normes permissives constituent effectivement un mode de réglementation des relations privées internationales dans le droit positif. Sans qu'il soit encore temps d'en dresser l'inventaire, l'on pressent déjà qu'un grand nombre de normes fourniront le « corpus » de la recherche entreprise. Mais que les normes permissives correspondent à une réalité positive en droit international privé ne suffit pas à en faire un objet digne de réflexion. Encore nous faut-il expliciter l'intérêt particulier que présente, dans cette matière, la réalisation d'une étude centrée sur cette catégorie de normes.

**5. Intérêt d'une étude centrée sur les normes permissives en droit international privé.** L'identification des normes permissives, si elle peut s'avérer utile, n'implique pas *de facto* pour notre étude qu'elle se focalise sur cette catégorie de normes. Il nous appartient néanmoins de mettre en évidence que l'étude du droit international privé contemporain se révèle particulièrement féconde sous cet angle.

En effet, si les normes permissives ne sont pas une spécificité du droit international privé, elles occupent dans cette matière une place importante et suscitent, à travers leurs différentes manifestations, un intérêt très marqué. De par leur objet, les normes permissives permettent d'appréhender la place laissée à la volonté individuelle. Aussi, à l'heure où l'évolution du droit international privé est autant marquée par un renforcement du rôle dévolu à la volonté que par la

---

<sup>18</sup> V. article 3 du Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 *sur la loi applicable aux obligations contractuelles* (« Règlement Rome I ») ; *JOUE* L. 177 du 4 juillet 2008, p. 6.

<sup>19</sup> Dans le droit international privé commun, cette règle est consacrée pour la litispendance par Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 novembre 1974, *Soc. Miniera di Fragne*, *Rev. crit. DIP* 1975, p. 491, note D. HOLLEAUX ; *JDI* 1975, p. 108, note A. PONSARD ; *Grands arrêts* n° 54 et pour la connexité par Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 1999, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 42, note G. CUNIBERTI.

<sup>20</sup> Lorsque l'on vise les normes qui *s'adressent* aux parties ou celles qui *s'adressent* au juge, il s'agit en réalité d'une convention de langage. En effet, il n'est pas question de contester l'idée que les règles de droit d'un ordre juridique donné ont pour destinataires les organes de cet ordre juridique. La norme permissive que l'on dit *s'adresser aux parties*, s'adresse avant tout au juge chargé d'appliquer la norme en question. Cette terminologie utilise donc un raccourci pour exprimer l'idée que la norme permissive, elle-même adressée aux organes de l'ordre juridique, octroie une faculté *au bénéfice des parties* ou *au bénéfice du juge*. Aussi, les expressions *norme permissive à l'égard des parties/s'adressant aux parties* ou *norme permissive à l'égard du juge/s'adressant au juge* signifient simplement que la faculté octroyée par la norme permissive peut l'être au bénéfice du juge ou des parties.

multiplication des impérativités étatiques, une analyse menée à travers cette catégorie de norme a cela d'éclairant que, malgré une apparente diversité des règles qui la composent, elle offre un prisme unique permettant de décrypter certaines tendances à première vue contradictoires qui animent la discipline<sup>21</sup>. Qu'il nous soit permis de prendre un exemple afin de montrer que les normes permissives réconcilient des problématiques qui, bien qu'apparemment distinctes, soulèvent des questions similaires.

Prenons la question de l'applicabilité de la règle de conflit de lois à la résolution d'un litige présentant un élément d'extranéité. La question de savoir si la règle de conflit doit ou non être appliquée recouvre deux types de questions. Premièrement : le juge est-il obligé de la mettre en œuvre alors même que les parties n'en auraient pas réclamé l'application<sup>22</sup> ? Deuxièmement : les parties peuvent-elles renoncer à l'application de la loi désignée par la règle de conflit ? Dans un cas, il s'agit de savoir s'il est permis au juge de l'appliquer sans qu'on le lui demande, dans l'autre s'il est permis aux parties de renoncer à cette application. Dans les deux cas, la réponse va dépendre de la faculté qui est, ou non, octroyée en amont aux destinataires de ces règles – le juge ou les parties – de renoncer ou de ne pas renoncer ; en d'autres termes, il s'agit de se demander s'ils bénéficient ou non d'une règle permissive. Ainsi, pour reprendre notre illustration, la formule *I would prefer not to* sous-entend que si un choix était laissé à Bartleby, il *préfererait* ne pas faire ce qui lui est demandé. Mais dans l'œuvre de MELVILLE, l'existence de la norme permissive n'est qu'hypothétiquement admise par le héros, ce qui lui permet de se refuser à toute forme de choix : il « ne refuse pas, mais n'accepte pas non plus »<sup>23</sup>, il « récite un non préféré (...), non pas une volonté de néant mais un néant de volonté »<sup>24</sup>. Si une telle indétermination est rendue possible dans la science du langage, elle ne peut être de mise dans la science juridique. Le juge ne peut se contenter de répondre qu'il *préfererait* ne pas appliquer la loi étrangère : il doit

<sup>21</sup> Sur ces tendances : v. spéc. H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé (l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions) », *RCDAL*, t. 307, 2004.

<sup>22</sup> Sur la réponse à cette question : v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 mai 1999, *Mutuelles du Mans*, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 707, 1<sup>ère</sup> esp., note H. MUIR WATT ; *Gaz. Pal.* 2000, n° 61 et 62 obs. M.-L. NIBOYET ; *Grands arrêts*, n° 77 et v. aussi : Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 mai 1999, *Belaid*, *Rev. Crit. DIP* 1999, p. 707, note H. MUIR WATT ; *Grands Arrêts*, n° 74-78.

<sup>23</sup> V. P. JAWORSKI, *Melville, le désert et l'empire*, Presses de l'École normale, p. 19, cité par G. DELEUZE, *Postface*, in H. MELVILLE, *Bartleby*, traduction M. CAUSSE, Flammarion, 1989, p. 171 : « Bartelby ne refuse pas, mais n'accepte pas non plus, il s'avance et se retire dans cette avancée, il s'expose un peu dans ce léger retrait de la parole ».

<sup>24</sup> G. DELEUZE, *Postface*, in H. MELVILLE, *Bartleby*, traduction M. CAUSSE, Flammarion, 1989, p. 171.

l'appliquer ou ne pas l'appliquer et, de ce fait, il doit savoir s'il bénéficie d'une telle option<sup>25</sup>.

Il est donc essentiel de s'interroger sur l'existence d'une norme permissive afin d'être en mesure de répondre aux deux questions précédemment posées. Si une telle norme existe, elle crée la possibilité d'un choix et le juge pourrait ainsi préférer ne pas mettre en œuvre la règle de conflit ou les parties préférer renoncer à l'application de la loi étrangère, sans que cela puisse leur être reproché. Dans ces deux exemples, il est souhaitable que la norme permissive ne demeure pas dans l'implicite afin d'identifier clairement les hypothèses où un tel arbitrage est offert aux parties ou au juge. Cela revient alors à étudier la marge de liberté dont disposent les acteurs juridiques, quels qu'ils soient, et à inscrire notre recherche dans une réflexion plus générale sur la liberté.

6. Mais ces considérations n'épuisent pas les interrogations quant au choix d'une étude centrée sur les normes permissives. N'existe-t-il pas déjà des outils conceptuels propres à établir une grille de lecture satisfaisante ? La distinction de l'impératif et du supplétif, en ce qu'elle semble opposer la contrainte à la liberté, ne pourrait-elle pas servir d'instrument propice à une telle analyse<sup>26</sup> ? Sans qu'il soit ici question d'anticiper le fond de nos développements, il est utile de préciser dès à présent les deux écueils justifiant que cette distinction n'ait finalement pas été retenue pour fédérer notre recherche. D'abord, alors que nous nous proposons de conduire cette dernière à partir de la marge de liberté dévolue aux acteurs juridiques, nous rappellerons que la distinction de l'impératif et du supplétif n'a pas de sens à l'égard du juge, puisqu'il n'existe pas pour lui, à proprement parler, de règle applicable à défaut de manifestation de volonté contraire de sa part. Ensuite, il nous faudra également observer que cette distinction ne permet pas de rendre compte de ce qui constitue aujourd'hui l'instrument prépondérant du droit international privé contemporain, à savoir le principe d'autonomie. En effet, alors que la règle supplétive prend acte d'une absence de manifestation de volonté en édictant une solution permettant d'y suppléer, le principe d'autonomie n'a pas pour objet de pallier une volonté défaillante, mais se contente d'autoriser une manifestation de

---

<sup>25</sup> En réalité, s'agissant de Bartleby, le refus du héros, de se prononcer sur l'acceptation ou non de la tâche qui lui est prescrite, est suivi d'une absence d'action de sa part, ce qui se traduit par une forme de résistance passive à l'égard du notaire (v. en ce sens, D. VIPREY, « Bartleby d'Herman Melville, La lecture de Deleuze : Bartleby, ou la Formule », *Annales littéraires de l'Université de Franche Comté, Philosophique 2012*, HEGEL – DELEUZE, Presses universitaires de Franche-Comté, 2012, p. 125-138). S'agissant du juge, cette forme de résistance par un non choix est exclue, sauf pour lui à commettre un déni de justice sanctionné par le Code pénal. V. article 434-7-1 du Code pénal : « Le fait, par un magistrat, toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle ou toute autorité administrative, de dénier de rendre la justice après en avoir été requis et de persévérer dans son déni après avertissement ou injonction de ses supérieurs est puni de 7 500 euros d'amende et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques pour une durée de cinq à vingt ans ».

<sup>26</sup> Sur cette distinction : v. C. PÉRÈS, *La règle supplétive*, LGDJ, coll., « Bibliothèque de droit privé », t. 421, 2004.

volonté<sup>27</sup>. Il ne s'agit pas ici de dénier à la distinction de l'impératif et du supplétif toute utilité, mais simplement d'insister sur la nécessité d'entreprendre une étude qui se concentre sur les normes permissives. En effet, qu'il s'agisse des règles permissives octroyant une faculté aux sujets de droit ou de celles l'octroyant au juge – notamment par l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire –, une réflexion menée sur la catégorie générique des normes permissives permet d'appréhender un mécanisme normatif équivalent : « l'expression d'une norme qui ne contraint pas et laisse son destinataire libre de faire ou non ce qui lui est simplement permis »<sup>28</sup>. Comme l'avait déjà souligné Monsieur C. GROULIER, « la notion de norme permissive apparaît susceptible d'appréhender comme une unité un ensemble de phénomènes qui, d'ordinaire, sont étudiés de manière fragmentée ; il s'agira certes d'une unité relative ; mais qui permettra de mettre en évidence les liens existant entre des manifestations hétérogènes du droit pourtant animés par des ressorts normatifs communs »<sup>29</sup>.

7. Si l'intérêt d'une étude portant sur les normes permissives est désormais acquis, une dernière inquiétude doit être dissipée : derrière un titre tout aussi énigmatique que la formule de Bartleby, faudrait-il encore deviner une nouvelle étude sur le rôle de l'autonomie de la volonté en droit international privé, dont on pressentirait alors le parti pris négatif de l'auteur au vu du sous-titre retenu – étude *critique* ? Beaucoup de bruit pour rien ? L'introduction du concept mal connu de norme permissive n'aurait eu pour seul but que de réitérer une accusation déjà formulée par GOUNOT il y a un siècle dans sa *Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*<sup>30</sup> – dont on connaît d'ailleurs les critiques qu'elle a elle-même essuyées<sup>31</sup>. Si l'appréhension est légitime, il nous faut dès à présent affirmer que tel ne sera pas notre propos : notre travail ne portera pas en tant que tel sur les bienfaits et méfaits de ce qu'il est convenu d'appeler la théorie de l'autonomie de la volonté<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> Sur les liens entre le principe d'autonomie et l'existence d'un rattachement supplétif en matière contractuelle : v. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ lexension éditions, 2015, p. 869 et s.

<sup>28</sup> C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, *op. cit.*, n°16, p. 23.

<sup>29</sup> C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, *op. cit.*, n°17, p. 24.

<sup>30</sup> E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912.

<sup>31</sup> V. par exemple F. CHÉNEDÉ, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, du mythe à la réalité », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2012, 4, pp.155-181.

<sup>32</sup> Non pas qu'une telle étude ne soit pas en elle-même digne d'intérêt mais, d'une part, le détour par le concept de norme permissive n'eut pas été forcément nécessaire et, d'autre part, les études ont déjà été suffisamment nombreuses sur ce thème pour que l'on eût pu légitimement douter de l'opportunité de le traiter encore une fois (v. par exemple nos références *infra* n°347).



Si une réflexion sur les normes permissives nous impose d'en apprécier certains dérivés, notre étude ne s'y résumera pas. Certes, en projetant de nous intéresser aux ressorts de la volonté dans le droit, plus spécifiquement dans le droit international privé, il nous faudra évoquer le principe d'autonomie et ses manifestations contemporaines. Mais l'on ne saurait pour autant y réduire notre recherche : outre la liberté des parties qui occupera, il est vrai, une place prééminente dans notre travail, il sera également question de la liberté du juge et de la manière dont elle peut et doit s'articuler avec celle des parties. Pour achever de s'en convaincre, il est nécessaire d'exposer, cette fois de manière positive, l'objet de notre thèse, ainsi que la démarche adoptée.

**8. L'objet de la thèse.** L'objet de notre thèse est double. D'une part, il consiste à révéler le concept de norme permissive comme outil d'appréhension du droit et spécialement du droit international privé. D'autre part, il est de montrer que le présupposé idéologique qui sous-tend, dans cette matière, le développement des normes permissives s'adressant aux parties est erroné : ces normes ne constituent pas une traduction normative adéquate de l'objectif de prévisibilité qui incombe au législateur et, pour cette raison, elles ne peuvent constituer qu'un mode de réglementation subsidiaire des relations privées internationales.

**9. La démarche adoptée.** Le titre de la thèse qui annonce une étude critique de ce mode de réglementation des relations privées internationales ne doit pas être perçu comme le signe d'une posture idéologique de notre part. Il ne s'agit pas ici de se placer sur le terrain de la rationalité axiologique de ce type de normes (les normes permissives constituent-elles *en soi* une bonne chose ?) mais sur le terrain de leur rationalité instrumentale (les normes permissives fournissent-elles un mode de réglementation des relations privées internationales efficace ?)<sup>33</sup>. Cette recherche se veut donc une étude de droit positif : il s'agit d'identifier les normes permissives dans le droit positif et de vérifier qu'elles atteignent les objectifs qui leur sont assignés. Le raisonnement sera donc inductif : à partir d'une étude des faits – l'observation des normes qui composent le droit positif – le constat de l'existence de normes permissives s'est s'avéré nécessaire. Par conséquent, c'est seulement en partant de l'étude du droit positif qu'il nous sera possible d'isoler la catégorie des normes permissives et d'en apprécier la pertinence.

**10. Le domaine de l'étude.** L'étude porte sur les règles de droit international privé. Il est toutefois nécessaire de préciser celles qui retiendront notre attention

---

<sup>33</sup> Sur cette distinction : v. R. BOUDON, « Penser la relation entre le droit et les mœurs », in *L'Avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz/PUF, 1999, p. 11-24.

tant une multitude de règles, de facture variée, est susceptible d'intervenir dans cette branche du droit.

À titre liminaire, il convient de préciser que nous adopterons le point de vue de l'ordre juridique français. Ce sont donc les règles du droit international privé français qui feront l'objet de nos recherches, qu'elles soient d'origine nationale ou supranationale. Néanmoins, au vu de l'europanisation croissante de la matière, l'étude des règles issues de Règlements européens, qui constituent désormais une part significative du droit commun, occuperont une place prépondérante, sans que les règles issues de la jurisprudence ou de la législation française ne soient pour autant écartées. Mais outre cette diversité des sources, c'est surtout de la diversité des règles elles-mêmes dont il doit être question.

Pour trancher concrètement un litige présentant un élément d'extranéité (par exemple la liquidation du régime matrimonial d'époux franco-canadien suite à leur divorce), le juge sera amené à appliquer des règles dont l'objet est différent : certaines vont lui permettre de statuer sur sa compétence internationale, d'autres vont désigner quelle devra être la loi applicable à la liquidation du régime matrimonial, d'autres encore lui indiqueront comment procéder au partage des biens de la communauté. Les normes susceptibles d'intervenir dans la résolution du litige ne présentent pas toutes un intérêt semblable dans le cadre d'une étude de droit international privé puisque seules certaines d'entre elles vont répondre à des problématiques spécifiques à la matière. Si, dans notre exemple, les règles apportant une réponse à la question de la compétence internationale du juge français ou celles permettant de déterminer la loi applicable à la liquidation du régime matrimonial intéressent inéluctablement le droit international privé, tel n'est pas le cas de la règle qui organise le partage des biens de la communauté, se rapportant davantage au droit interne des régimes matrimoniaux. Par conséquent, si différents types de règles sont susceptibles d'intervenir, seules celles qui participent *directement* à la construction de la démarche intellectuelle propre à cette matière seront envisagées. Encore faut-il savoir de quelles règles il s'agit.

Pour viser ces différentes règles, les auteurs évoquent traditionnellement les règles relatives au « conflit de juridictions » et les règles relatives au « conflit de lois ». Tandis que les premières intéressent la compétence internationale des juridictions françaises et la circulation internationale des jugements, les secondes permettent d'identifier l'ordre juridique auquel doit être soumise une relation privée internationale, dès lors que le juge français est compétent. Seules ces règles feront directement l'objet de notre étude, elles recouvrent d'ailleurs des normes variées.

Ainsi, il semble *a priori* difficile d'appréhender de manière uniforme les règles relatives à la compétence juridictionnelle en matière internationale et les règles relatives à la détermination de la loi applicable au litige ; elles devront donc être traitées dans des développements séparés. Par ailleurs, l'évocation du conflit de juridictions suggère le traitement de deux problématiques distinctes : la question de

la compétence juridictionnelle internationale et celle de la reconnaissance des jugements étrangers<sup>34</sup>. Dans un cas, il s'agit des règles encadrant l'accueil de la demande auprès du juge d'un État donné ; dans l'autre, des règles encadrant l'accueil d'une décision rendue par la juridiction d'un autre ordre juridique. Si les normes permissives sont très présentes dans les règles de compétence juridictionnelle internationale, elles sont au contraire quasiment absentes des règles de reconnaissance des décisions. Ce constat n'apparaît guère surprenant dans la mesure où ces règles ont principalement pour objet de poser les conditions de régularité internationale d'un jugement étranger, ce qui peut faire légitimement douter qu'elles puissent laisser une place conséquente à la volonté des parties comme à celle du juge<sup>35</sup>. Aussi, pour le conflit de juridictions, seules les normes permissives relatives à la compétence directe seront traitées dans le cadre de cette thèse.

Une fois délimité le domaine de notre étude, il convient de présenter brièvement la structure de notre démonstration.

**11. Structure de la démonstration.** Pour étudier le droit international privé contemporain à travers le prisme des normes permissives, il nous faudra tout d'abord montrer que les concepts et catégories traditionnels du droit interne ne sont pas aptes à fournir une grille de lecture satisfaisante du droit international privé. Ainsi, si la distinction de l'impératif et du supplétif peut *a priori* sembler un bon instrument de décryptage du phénomène paradoxal conjuguant un renforcement de l'autonomie de la volonté à une multiplication des impérativités en droit international privé contemporain, nous montrerons qu'elle s'avère insuffisante. Nous verrons au contraire que l'utilisation de la catégorie des normes permissives se révèle particulièrement utile à l'étude des tendances récentes les plus significatives du droit international privé. Une fois le concept précisé, nous pourrons entreprendre d'en saisir les différentes manifestations en droit international privé, tant au stade du conflit de juridictions qu'au stade du conflit de lois, en distinguant selon que les normes permissives s'adressent spécifiquement au juge ou aux parties. De l'étude de ces manifestations, nous pourrons alors signaler la singularité des normes permissives s'adressant aux parties par rapport à celles s'adressant au juge. Il nous faudra en effet reconnaître que les normes permissives à l'égard du juge ne présentent pas de spécificité particulière par rapport à celles existant en droit interne, si ce n'est la grande défiance dont elles font l'objet en droit international privé. Au contraire, les normes permissives à l'égard des parties, outre qu'elles revêtent une

---

<sup>34</sup> V. par exemple : D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome 1*, 3<sup>e</sup> éd., 2014, PUF ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, 11<sup>e</sup> éd., 2014, qui traitent chacun de ces deux questions dans un même titre intitulé *Conflits de juridictions*.

<sup>35</sup> Il a néanmoins été montré que la volonté des parties pouvait jouer un rôle au stade de la reconnaissance des jugements étrangers : v. C. ARRUE MONTENEGRO, *Autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions en droits français et panaméen*, préf. B. ANCEL, LGDJ, tome 531, 2011.

physionomie singulière en droit international privé, bénéficient d'une aura fortement positive. Ce constat nous incitera alors à nous focaliser sur les normes permissives à l'égard des parties et à n'étudier les règles permissives à l'égard du juge que de manière indirecte.

Il s'agira ensuite d'éprouver l'efficacité des normes permissives, comme mode de réglementation des relations privées internationales, c'est-à-dire d'évaluer leur capacité à atteindre le but qui leur est fixé. La mesure de cette efficacité va impliquer une confrontation des objectifs proclamés des normes permissives aux résultats obtenus. Ce travail va nous imposer d'identifier les objectifs affichés de ces normes, au moins dans le cadre de l'Union européenne où elles constituent un mode de réglementation privilégié et donc de s'intéresser aux finalités de la matière. Ensuite, il s'agira de vérifier si les normes permissives atteignent effectivement le ou les objectifs qui leur sont assignés. Dans cette perspective, il conviendra de procéder à l'examen du présupposé qui sert de justification à l'admission des normes permissives : elles constitueraient une traduction normative adéquate de l'objectif de prévisibilité. À ce titre, la pertinence des normes permissives comme mode de réglementation principale des relations privées internationales sera pour partie récuser, mais l'appréciation critique de ce postulat permettra de redéfinir le rôle que les normes permissives méritent de tenir dans le droit international privé contemporain, tant à l'égard du juge qu'à l'égard des parties.

**12. Annonce du plan.** Notre travail impose de procéder en deux temps. D'abord, au vu de l'absence de visibilité de la notion dans la doctrine internationaliste, il sera nécessaire, dans une première partie, d'identifier les normes permissives en droit international privé. Cette identification nous imposera d'en préciser le concept mais également d'en saisir les différentes manifestations dans le droit international privé positif (Partie I). Ensuite, il sera temps d'apprécier l'efficacité de celles qui constituent un mode de réglementation privilégié de cette branche du droit. Pour ce faire, il sera nécessaire de dégager les objectifs de ces types de normes afin de s'assurer qu'elles atteignent le but qui leur est assigné et, le cas échéant, d'en tirer les enseignements nécessaires pour une meilleure utilisation de cette catégorie de normes (Partie II).

Partie I – L'identification des normes permissives en droit international privé

Partie II – L'efficacité des normes permissives en droit international privé

## **PREMIÈRE PARTIE**

### **L'IDENTIFICATION DES NORMES PERMISSIVES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**



**13.** L'étude du droit international privé contemporain, telle que l'on s'est proposé de l'entreprendre, dicte l'émergence du concept de norme permissive. Cela suppose de déterminer ce qu'il recouvre de deux manières : sous un angle théorique, d'abord, afin de vérifier les potentialités du concept comme instrument d'analyse de la matière ; sous un angle pratique, ensuite, afin d'en saisir les diverses expressions dans le droit international privé.

**14.** L'identification des normes permissives impose ainsi que soit cerné dans un premier temps le concept de norme permissive (Titre I). Une fois ce concept précisé, il faudra dans un second temps s'attacher à en rechercher les manifestations dans le droit international privé positif (Titre II).

Titre I – Le concept de norme permissive en droit international privé

Titre II – Les manifestations des normes permissives en droit international privé





**TITRE I**  
**LE CONCEPT DE NORME PERMISSIVE**  
**EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

15. La catégorie des normes permissives a été récemment systématisée par la doctrine publiciste<sup>36</sup> mais demeure absente de la doctrine française privatiste. Son introduction en droit international privé est justifiée par l'insuffisance du cadre d'analyse de la discipline. Les catégories du droit privé interne s'avèrent en effet inaptées à rendre compte de manière satisfaisante des particularités de cette matière, notamment des spécificités de certaines règles qui la composent et qui occupent aujourd'hui une place prépondérante.

Néanmoins, une telle entreprise est aussi ambitieuse qu'elle est délicate tant la multiplication des concepts risque d'encombrer inutilement, voire de manière préjudiciable, la science juridique. Aussi, est-il essentiel de vérifier que son introduction dans une matière qui l'avait jusqu'alors ignorée est nécessaire ou, du moins, que ce concept améliore sensiblement la lecture du droit positif. Pour s'en assurer, il s'agit au préalable d'éprouver les outils traditionnels afin de révéler leurs insuffisances et, par la suite, de démontrer la nécessité de l'émergence de la catégorie des normes permissives (Chapitre I). Une fois cette nécessité éprouvée, il sera alors temps d'en faire une présentation plus approfondie (Chapitre II).

Chapitre I – La nécessité du concept

Chapitre II – L'analyse du concept

---

<sup>36</sup> V. notamment : C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, th. Limoges, 2006 ; J.- M. FÉVRIER, « Remarques sur la notion de norme permissive », *D.* 1998, chron., p. 271-274 ; C. BARTHE-GAY, « Les normes permissives en droit administratif français », *RRJ* 2004, p. 233-259.



## CHAPITRE I

### LA NÉCESSITÉ DU CONCEPT

16. L'étude de l'évolution paradoxale du droit international privé, autant marquée par un renforcement de l'autonomie de la volonté que par une multiplication des impérativités, semble *a priori* pouvoir être menée à l'aide de la distinction entre l'impératif et le supplétif. Ainsi, il paraît naturel de vouloir utiliser les concepts et catégories de normes du droit privé interne pour tenter d'établir une grille de lecture du droit international privé. En ce qu'elle semble opposer la contrainte à la liberté, la distinction peut en effet apparaître comme un instrument propice à l'analyse des phénomènes contradictoires qui animent la discipline. Cette distinction, en tant qu'outil, se révèle pourtant inadaptée à l'analyse du droit international privé contemporain. Elle n'en permet pas moins de mettre en évidence la catégorie des normes permissives, catégorie particulièrement utile à l'étude des tendances significatives de cette matière.

17. **Plan du chapitre.** En premier lieu, il faudra s'attacher à démontrer l'insuffisance de la distinction de l'impératif et du supplétif pour l'analyse du droit international privé (Section I). En second lieu, ce seront au contraire les avantages du concept de norme permissive qui devront être présentés (Section II).

Section I – L'insuffisance de la distinction de l'impératif et du supplétif en droit international privé

Section II – L'intérêt du concept de norme permissive en droit international privé



**SECTION I**  
**L'INSUFFISANCE DE LA DISTINCTION**  
**DE L'IMPÉRATIF ET DU SUPPLÉTIF EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

18. Après avoir rendu compte des tentatives d'analyse du droit international privé à l'aide des seuls concepts de règles impérative et supplétive (§I), il conviendra de souligner les insuffisances de cette démarche (§II).

**§I – Les tentatives d'utilisation de la distinction de l'impératif et du supplétif comme outil d'analyse du droit international privé contemporain**

19. L'opposition entre l'impératif et le supplétif est courante dans notre tradition juridique<sup>37</sup>. Elle était initialement perçue comme la traduction de « la marge de liberté accordée aux sujets de droit dans l'application des dispositions formant le droit positif »<sup>38</sup>. Elle se présentait ainsi comme l'instrument privilégié de l'étude des rapports entre la liberté individuelle et la contrainte normative. Son utilisation comme outil d'analyse suppose tout d'abord qu'elle soit présentée sommairement (A). Il s'agira ensuite de montrer dans quelle mesure elle pourrait se révéler utile à l'analyse de la matière (B).

**A – Présentation de la distinction de l'impératif et du supplétif**

20. Dans le langage courant, le verbe *suppléer* signifie remplir, compléter. Il s'agit « de mettre à la place de (ce qui est insuffisant) ; de mettre en plus pour remplacer (ce qui manque) »<sup>39</sup>. On utilise plus couramment l'adjectif qui en dérive – des forces supplétives, les articles supplétifs d'une loi – que le nom lui-même : le supplétif est avant tout un soldat des forces supplétives. En linguistique, est supplétive la forme d'un verbe ou d'un nom qui permet de compléter les formes manquantes<sup>40</sup>. L'impératif quant à lui est, outre un mode grammatical, « une proposition ayant la forme d'un commandement » voire par analogie, « toute prescription d'ordre moral »<sup>41</sup>. Si ces deux termes sont rarement rapprochés dans cette terminologie

---

<sup>37</sup> À titre d'illustration, dans le *Vocabulaire juridique*, G. CORNU, association Henri CAPITANT, PUF, coll. Quadrige, 10<sup>ème</sup> éd., 2014, Paris, les termes *Impératif* et *Supplétif* renvoient l'un à l'autre.

<sup>38</sup> C. PÉRÈS, *La règle supplétive*, LGDJ, coll., « Bibliothèque de droit privé », t. 421, 2004, n° 102.

<sup>39</sup> V. *Le Petit Robert 2011*, Le Robert, 2010, sous la direction de J. REY-DEBOVE et A. REY, v° « suppléer ».

<sup>40</sup> V. [www.cnrtl.fr](http://www.cnrtl.fr), v° « supplétif » : « Qui est capable de compléter les formes manquantes dans le paradigme des verbes ou des noms défectifs Ainsi on dira que les formes avec les radicaux va- et i- sont les formes supplétives du verbe aller (il va, il ira) » (site du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales).

<sup>41</sup> V. *Le Petit Robert 2011*, Le Robert, 2010, sous la direction de J. REY-DEBOVE et A. REY, v° « impératif » ; reprenant une citation de LALANDE « Proposition ayant la forme d'un commandement (en particulier d'un commandement que l'esprit se donne à lui-même ».

usuelle, il est au contraire très fréquent de les associer dans le langage juridique à travers l'opposition de l'impératif et du supplétif. Dans ce cadre, chacun de ces deux termes appelle une définition sensiblement différente du sens commun. L'adjectif supplétif caractérise une règle qui n'est applicable qu'à défaut d'autre chose, sous-entendue *à défaut de manifestation de volonté contraire*. Il s'emploie par exemple à propos d'une règle applicable dans le silence des parties, c'est-à-dire, sauf stipulation expresse des intéressés et par extension, sauf usages contraires. L'impératif vise au contraire ce à quoi la volonté individuelle ne peut déroger<sup>42</sup> : il se dit d'un texte législatif ou réglementaire dont les dispositions l'emportent sur toute volonté contraire que les parties auraient exprimée dans un acte juridique. Il est donc habituel d'opposer les dispositions impératives, auxquelles on ne pourra pas déroger, aux dispositions supplétives qui ne seront applicables qu'à défaut de volonté contraire du sujet concerné.

La distinction est appréhendée de manière plutôt stricte dans les manuels (1) mais elle est parfois utilisée dans un sens plus symbolique par certains auteurs (2).

### 1) La distinction appréhendée de manière stricte

**21. Le principe établi d'une distinction binaire : impératif ou supplétif, tiers exclu<sup>43</sup>.** Les manuels d'introduction au droit civil consacrent, de manière plus ou moins développée, un ou plusieurs paragraphes à cette distinction. Traitée dans le cadre de l'étude des caractères de la règle de droit<sup>44</sup>, de son application<sup>45</sup>, voire de la classification matérielle des lois<sup>46</sup>, la distinction est une *summa divisio* classique du droit interne. Le fondement invoqué à son soutien repose sur l'article 6 du Code civil qui dispose qu'« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». De cette interdiction a été déduite *a contrario* la possibilité de déroger aux lois qui ne s'y intéressaient pas et donc *a fortiori* qu'il existait de telles lois. Dès lors, cette lecture de l'article 6 a permis d'y révéler une distinction sous-jacente entre les dispositions auxquelles la volonté individuelle ne peut déroger – dispositions dites *impératives* – et les dispositions dont on peut au contraire s'affranchir par une manifestation de volonté différente. Ces

---

<sup>42</sup> V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, association Henri CAPITANT, PUF, coll. Quadrige, 10<sup>ème</sup> éd., 2014, Paris, v<sup>o</sup> « impératif ».

<sup>43</sup> Pour faire écho à l'expression « Blanc ou noir, tiers exclu » de l'économiste G. MOREAU dans son ouvrage *Dictature de la croissance*, Gingko, éd. 2005.

<sup>44</sup> A. AYNÈS, C. LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit*, T. 1, Economica, 6<sup>ème</sup> édition, 2013, n<sup>o</sup>47 ; P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 15<sup>ème</sup> éd., 2015, Litec, n<sup>o</sup>42.

<sup>45</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 10<sup>ème</sup> édition, 2015, n<sup>o</sup>497-499.

<sup>46</sup> G. CORNU, *Droit civil, Introduction*, Montchrestien, Coll. Domat droit privé, 13<sup>e</sup> édition, n<sup>o</sup>334 et s.

dernières, applicables uniquement à défaut de volonté contraire des parties<sup>47</sup>, sont dites *supplétives*. Par conséquent, toute situation serait régie soit par une règle impérative – dont on ne pourrait s'écarter – soit par une règle supplétive – où une latitude serait au contraire accordée.

**22. Les termes de la distinction.** Si la distinction binaire est apparemment claire, un aperçu de certains ouvrages fait apparaître certaines imprécisions. En effet, dans le cadre de la présentation de la distinction, la terminologie retenue n'est pas toujours identique. Des assimilations ou, au contraire, différenciations révèlent parfois des divergences propres à susciter certaines interrogations sur le sens exact des termes *impératif* et *supplétif*.

**23. Lois impératives et lois d'ordre public.** Si les dispositions *impératives* peuvent être également qualifiées de dispositions *d'ordre public* par certains, d'autres estiment que la différence linguistique se justifie par une différence sémantique. Certains auteurs distinguent d'ailleurs clairement les deux, à l'instar de Monsieur TERRÉ qui énonce que « si toutes les lois d'ordre public sont nécessairement des lois impératives, toutes les lois impératives ne sont pas nécessairement des lois d'ordre public<sup>48</sup> ». À l'opposé, le doyen CORNU nous apprend que « le mot impératif peut toujours être remplacé par l'expression d'ordre public, mais [que] la réciproque n'est pas vraie<sup>49</sup> ». Cette différence d'appréciation renvoie à une question plus générale, qui est celle de savoir si l'impérativité d'une règle se confond ou non avec son caractère d'ordre public, et qui a opposé les tenants d'une approche fonctionnelle aux tenants d'une approche substantielle de l'ordre public.

Dans une acception fonctionnelle, l'ordre public n'est qu'« une particularité technique propre à certaines règles, particularité qu'une indication en ce sens du législateur, mû par un souci de protection d'intérêts purement privés, suffit à leur conférer »<sup>50</sup>, l'ordre public ne révèle alors qu'un effet de la norme, effet qui a pour particularité de limiter la liberté individuelle. Au contraire, dans une acception substantielle, l'ordre public renvoie à la sauvegarde des intérêts les plus fondamentaux d'une société, il est révélateur d'un contenu spécifique. Si les

---

<sup>47</sup> Sur ce point, on pourrait néanmoins discuter le point de savoir s'il s'agit d'une volonté ou d'une *manifestation* de volonté différente des parties. La détermination de cette volonté n'est pas évidente face, par exemple, au silence des parties : pour la Cour de cassation, le silence ne vaut pas renonciation à l'application d'une loi (v. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 mars 1998, *RTD Civ.* 1999, p. 377, obs. J. MESTRE).

<sup>48</sup> V. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 10<sup>ème</sup> édition, 2015, n°499 et v. également dans le même sens Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit civil, les Obligations*, Defrénois, 7<sup>ème</sup> éd., 2015, n°648.

<sup>49</sup> V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, association Henri CAPITANT, PUF, coll. Quadrige, 10<sup>ème</sup> éd., 2014, Paris, v° « impératif ».

<sup>50</sup> V. P. MAYER, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Rev. arb.* 1994, p. 615- 652, qui présente chacune de ces acceptions de l'ordre public, même si, pour sa part, il privilégie l'approche substantielle.

expressions lois impératives et lois d'ordre public peuvent être tenues pour synonymes dans la première acception, elles ne se confondent pas dans la seconde puisque toutes les lois impératives ne sont pas forcément des lois d'ordre public<sup>51</sup>. Monsieur P. MAYER, partisan d'une approche substantielle de l'ordre public, regrette la confusion suscitée par l'interprétation de l'article 6 du Code civil : « ce qui n'était que l'effet principal de l'ordre public a pris la place de la notion elle-même [...] l'impérativité constitue l'ordre public, elle n'en est plus la conséquence ». Cette approche s'est évidemment vue reprocher son inutile complexité ; mais à ceux qui brandissaient l'argument de la simplicité et de la clarté pour admettre cette assimilation, Monsieur P. MAYER invoquait, non sans reconnaître le défaut d'utilité pratique de la distinction, un argument théorique : la corruption de la notion d'ordre public qui serait vidée de tout contenu. Sa vocation première de préserver les intérêts collectifs supérieurs de la société étant oubliée, ces derniers étaient placés au même niveau que la protection des seuls intérêts privés.

L'utilisation de ces différentes expressions peut donc être le signe de nuances significatives, la délimitation des contours de chacune d'entre elles et des rapports qu'elles entretiennent étant loin d'être évidente. Pour certains, l'emploi de l'une ou de l'autre expression pourra révéler une intensité plus ou moins marquée du caractère obligatoire de la norme (au-delà de l'opposition binaire impératif/supplétif), tandis que pour d'autres, elle ne sera qu'une facilité de langage, les deux notions étant alors simplement synonymes<sup>52</sup>. Nonobstant ces débats doctrinaux, il semble que la Cour de cassation ne fasse pas de distinction entre les deux et que l'emploi de l'expression *lois d'ordre public* renvoie à celle de *lois impératives*<sup>53</sup>, ce pourquoi nous retiendrons les deux termes comme équivalents. Avant de nous focaliser sur la distinction des règles impératives aux règles

---

<sup>51</sup> Pour illustrer cette distinction entre les règles impératives et les règles d'ordre public, Monsieur P. MAYER (*ibid.*) cite par exemple, au titre des règles impératives, la réserve du *de cuius* en matière successorale ou encore les règles relatives à la révision des baux commerciaux. Dans ces deux exemples, l'impérativité révèle le souci du législateur de protéger des intérêts privés : ceux des héritiers pour le premier et ceux du propriétaire du fonds de commerce pour le second. Au titre des règles d'ordre public, c'est-à-dire protectrices d'intérêts publics, l'auteur explique que les exemples typiques se trouvent en droit de la concurrence – prohibition des ententes – ou en droit monétaire. Cette distinction peut d'ailleurs être rapprochée de la distinction opérée par la doctrine française entre les règles impératives qui sont qualifiées d'« ordre public de direction » et celles qui sont qualifiées d'« ordre public de protection ». Si les premières sont considérées comme étant protectrices de l'intérêt général, les secondes auraient pour objet la protection d'intérêts privés – individuels ou catégoriels (sur cette présentation v. V. CARBONNIER, *Droit civil, tome 4, Les obligations*, PUF, Coll. Thémis, 22<sup>ème</sup> éd., 2000, spéc. n°71, p. 147-148 ; G. COUTURIER, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Études offertes à Jacques Flour*, Defrénois, 1979, p. 95 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2013, n°382 et s. p. 426 et les références citées par les auteurs).

<sup>52</sup> V. par exemple en ce sens, P. CATALA, « Rapport de synthèse », in *L'ordre Public, Travaux de l'association H. CAPITANT, Journées Libanaises*, t. 49, 1998, LGDJ, 2001, p. 1 et s. et J. GHESTIN, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 1993, n°110, p. 92.

<sup>53</sup> v. en ce sens C. PÉRÈS, *La règle supplétive*, *op. cit.*, n°6, p. 4.



supplétives, il convient d'observer l'existence d'imprécisions similaires s'agissant des règles supplétives.

**24. Loi supplétive.** Il arrive qu'une disposition supplétive se trouve également qualifiée d'*interprétative*, de *dispositive* ou encore de *facultative*. Si ces différents qualificatifs sont équivalents pour certains, ils sont porteurs de nuances pour d'autres. Monsieur F. TERRÉ se distingue ainsi par son souci de justifier l'existence d'une pluralité linguistique par une pluralité sémantique. Aussi ne confond-il pas parfaitement les lois supplétives avec les lois dispositives. Ces dernières forment selon lui un sous-ensemble au sein des premières et traduisent davantage une politique juridique délibérée que la recherche d'une hypothétique volonté des parties<sup>54</sup>.

Quant à l'assimilation des règles supplétives aux règles facultatives, on la trouve sous la plume de certains auteurs, notamment CARBONNIER, qui affirme qu'à côté des lois impératives, « il en est d'autres qui sont simplement facultatives (ou bien supplétives de la volonté des parties) »<sup>55</sup>. Malgré certaines imprécisions relatives à chacun des termes de la distinction, l'opposition des règles impératives aux règles supplétives est la plus fréquente, ce qui explique que l'on retienne cette terminologie pour la suite de nos développements. Une fois le principe de cette distinction établi, il convient de s'interroger sur l'emploi qui en est fait.

**25. Utilité de la distinction entre les règles impératives et les règles supplétives.** La distinction entre les règles impératives et supplétives a été utilisée pour procéder à une classification des lois suivant leur force obligatoire. Son caractère est plus ou moins poussé, en fonction, nous dit-on, de la faculté de dérogation laissée aux individus. Le caractère binaire de la distinction présume pourtant une gradation assez rudimentaire de la force obligatoire ; d'autant qu'elle a parfois été radicalisée par certains qui en ont déduit une opposition irréductible entre deux concepts distincts et apparemment incompatibles. J. DABIN l'affirme expressément : « Le droit positif connaît deux sortes de lois, les lois dites impératives et les lois dites supplétives » tout en précisant que « la distinction n'est qu'à deux branches et exhaustive »<sup>56</sup>. Ce rapport d'opposition est fréquemment mis

---

<sup>54</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 10<sup>ème</sup> édition, n°497. Sur l'expression « loi dispositive », v. plus spécialement nos développements *infra* n°100 et s.

<sup>55</sup> J. CARBONNIER, *Droit Civil, Volume I*, P.U.F, Coll. Quadriges, 2004, p. 190. Cette assimilation des règles supplétives à des règles simplement facultatives a néanmoins été combattue par de nombreux auteurs, notamment MOTULSKY, v. *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Sirey, préf. P. ROUBIER, n°10, p. 13 et « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », *Écrits. Étude et notes de droit international privé*, préf. H. BATIFFOL, Ph. FRANCESKAKIS, Dalloz, 1978, n°13, p. 133.

<sup>56</sup> J. DABIN, « Autonomie de la volonté et lois impératives, ordre public et bonnes mœurs, sanction à la dérogation aux lois, en droit privé interne », in *Annales de droit et de sciences politiques*, Université catholique de Louvain, 1940, p. 198 et s.

en avant : la règle supplétive serait « l'hypothèse inverse des règles impératives, qu'elle complète »<sup>57</sup>. Une telle perception n'est pas sans rappeler une théorie, propre aux sciences mathématiques, connue sous le nom de « règle du tiers exclu »<sup>58</sup>. Elle énonce qu'un jugement ne peut affirmer en même temps *a* et *non-a*. Quelque chose est ou n'est pas *a* ; la tierce éventualité est exclue. Dans notre domaine, cela signifie qu'une règle de droit serait soit impérative, soit supplétive, mais que la qualification qui la fait entrer dans l'une ou l'autre catégorie exclurait irrémédiablement l'autre et qu'il ne pourrait y avoir d'autre qualification. À côté de cette conception stricte, il arrive que la distinction soit appréhendée de manière plus extensive.

## 2) La distinction appréhendée de manière large

**26. L'impératif et le supplétif.** L'auteur d'une thèse sur *L'impératif et le supplétif en droit des sociétés*<sup>59</sup> retient une approche particulière de la distinction qui mérite d'être évoquée. Son étude porte sur les droits anglais, espagnol et français, mais s'agissant d'une étude de droit comparé, elle ne concerne que le droit interne. À l'aune de son appréciation, l'impératif « s'analyse comme une restriction de la liberté<sup>60</sup> » dévolue aux acteurs économiques – ici les associés –, qui se manifeste principalement dans les réglementations impératives. À l'opposé, le supplétif correspond « à toute manifestation de volonté valablement exprimée pour l'aménagement des relations entre associés ». La notion de supplétif est donc rattachée à l'expression d'une volonté. Par conséquent, alors que la règle supplétive est définie au sens strict comme celle s'appliquant à défaut de volonté individuelle différente, l'auteur inclut aussi celles qui traduisent l'expression de cette volonté. À le lire, cette catégorie embrasse un ensemble qui dépasse la définition stricte des règles supplétives et qu'il résume par la suite en retenant un critère sensiblement plus large. Il considère que dès lors que le législateur « laisse une liberté de choix, et

---

<sup>57</sup> D. MAINGUY, *Introduction générale au droit*, Litec, Objectif droit, 3<sup>e</sup> éd., 2002, n°68.

<sup>58</sup> Elle peut également être rapprochée de la présentation faite par J. HÉRON à propos des règles de non-imputation (v. « Existe-t-il des règles de non-imputation ? », *Écrits en hommage à Gérard Cornu, Droit civil, procédure, linguistique juridique*, PUF, 1994, p. 217). L'auteur rappelle que les règles d'imputation, les plus fréquentes dans le *corpus* juridiques, peuvent être exprimées comme suit « si se produisent le ou les faits envisagés dans la présupposition, alors il doit se produire la conséquence prévue par l'effet juridique de la règle », il cite par exemple l'article 1382 du Code civil : si un fait quelconque de l'homme, cause à autrui un dommage, alors celui par la faute duquel il est arrivé s'oblige à le réparer. Pour l'auteur, à chaque règle d'imputation correspond une règle de non-imputation, c'est-à-dire une règle qui, au lieu de prévoir une relation d'*indépendance*, va prévoir une relation d'*indifférence*. Or pour l'auteur « De façon générale, pour toute question de droit, quelle qu'elle soit, il existe dans tout ordre juridique une réponse consistant soit en une règle d'imputation, soit en une règle de non-imputation. » v. spéc. p. 218.

<sup>59</sup> L. CONVERT, *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés : Etude de droit comparé : Angleterre, Espagne, France*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 374, 2003, préface B. SAINTOURENS.

<sup>60</sup> L. CONVERT, *op. cit.*, n°40, p.39.

dès lors qu'il y a liberté [...], il y a supplétif <sup>61</sup>». Peu importe donc qu'il y ait ou non manifestation de volonté : il suffit que celle-ci puisse potentiellement avoir lieu pour qu'on entre dans le champ du supplétif.

**27. La contrainte et la liberté.** Par conséquent, l'auteur s'affranchit de la définition stricte de ces deux notions procédant d'une analyse en termes de norme pour en retenir une acception souple<sup>62</sup>. Ces « concepts changeants »<sup>63</sup> renvoient selon lui, au gré des circonstances, à des réalités différentes : *impératif* renvoie à « obligatoire, interdit ; il [intéresse] l'injonction, la prohibition et leur corollaire qu'est la sanction <sup>64</sup> » ; *supplétif* intègre « le facultatif, l'autorisé, le permis, voire le possible ». Mais derrière ces différents sens, c'est une seule et même idée qui sous-tend chacun des termes de la distinction : l'impératif rejoint la contrainte, le supplétif la liberté. La distinction, qui structure sa comparaison entre les diverses législations, est utilisée comme instrument de mesure de la liberté dont jouissent les sujets en droit des sociétés. Les approximations terminologiques sont donc parfaitement assumées par l'auteur, dont le but n'est pas tant de révéler la structure des normes que le champ de liberté des acteurs. La notion de liberté est le fil directeur de la distinction et, derrière elle, la notion de choix. Il départage les règles qui ne laissent aucun choix aux opérateurs de celles qui au contraire leur en offrent un, en mesurant alors l'étendue du choix proposé. Pour chaque domaine du droit des sociétés<sup>65</sup>, il étudie la faculté de choix dévolue aux opérateurs et procède à une analyse comparative entre les différentes législations. L'évolution récente des droits, attestant d'un accroissement d'une liberté de choix, est pour lui le signe d'une extension du supplétif en droit des sociétés.

**28.** La brève présentation des contours qu'il donne à chacune de ces notions est remarquable car révélatrice d'une conception particulière de la distinction, relevant davantage de l'intuition que de l'analyse systématique. Cette perception selon laquelle la distinction de l'impératif et du supplétif ne serait que la traduction juridique d'une distinction moins savante qui opposerait la contrainte à la liberté est souvent présente dans l'esprit des juristes. Cela revient à considérer que la règle supplétive – et *a fortiori* la distinction – « aurait dès lors vocation à épuiser l'ensemble

---

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> Il n'est nullement question ici de porter un jugement quelconque sur une telle conception, car l'auteur reconnaît parfaitement qu'il s'agit là d'un parti pris utile à l'analyse de son sujet, v. L. CONVERT, *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés*, *op. cit.*, n°46, p. 45.

<sup>63</sup> L. CONVERT, *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés*, *op. cit.*, n°39 et s., p. 38.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> Les règles relatives à la réglementation des sociétés sont divisées entre celles ayant trait à la constitution des sociétés et celles au fonctionnement des sociétés.

des manifestations de la liberté » dont jouissent les sujets de droit dans l'application des règles de droit<sup>66</sup>. Ce postulat laisse alors présager l'existence d'un outil d'analyse propre à la compréhension du droit international privé<sup>67</sup>.

## **B – L'utilisation de la distinction comme outil d'analyse du droit international privé**

**29. Adéquation apparente de l'outil à l'objet de l'étude.** L'utilisation de la distinction apparaît séduisante en ce qu'elle contribuerait à déterminer la place laissée à la volonté individuelle. Elle permettrait d'établir une synthèse de la liberté et de la contrainte en droit international privé, notamment afin de mesurer au mieux l'espace de liberté dont disposent les différents acteurs et de vérifier la portée réelle de leur volonté. L'intitulé même de la distinction permettrait de révéler l'opposition sous-jacente qui agite le droit international privé contemporain. En effet, si la volonté gagne indéniablement du terrain par l'ouverture du choix de loi ainsi que des clauses d'élection de for ou d'arbitrage, elle est parfois court-circuitée par des dispositions internationalement impératives, notamment en raison de l'extension des domaines ayant fait l'objet d'une harmonisation européenne, voire d'une uniformisation. À côté de l'extension du rôle de la volonté des acteurs privés, qui se manifeste surtout au stade du conflit de lois et du conflit de juridictions et marquerait l'essor du supplétif, l'intensification des impérativités étatiques au stade matériel révélerait une résistance singulière de l'impératif. Le prisme de la distinction permettrait l'étude d'une situation paradoxale où l'ouverture croissante du choix offert aux acteurs au stade du conflit de lois et du conflit de juridictions se conjuguerait à une efficacité amoindrie de la portée du choix au stade matériel<sup>68</sup>.

**30. Connaissance de l'outil par la doctrine internationaliste.** Si la distinction ne constitue pas un outil classique de l'analyse du droit international privé comme elle peut l'être du droit interne, elle n'est pas pour autant ignorée par la doctrine. Elle fut un temps utilisée dans la controverse sur le domaine d'application de l'autonomie de la volonté, même si elle fut par la suite abandonnée une fois la polémique tranchée par le droit positif (1). Elle refit son apparition dans une autre controverse plus récente concernant l'office du juge, même si elle fut une fois de plus évincée au profit d'une autre distinction (2). La dernière décennie indique un regain d'intérêt à son égard car la distinction jalonne les discours de nombreux

---

<sup>66</sup> V. C. PÉRÈS, *La règle supplétive, op. cit.*, n°13, p. 14.

<sup>67</sup> V. *infra* n°73 et s.

<sup>68</sup> V. sur ces questions : H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions) », *RCADI*, t. 307 (2004), 2005.

auteurs, même si l'homogénéité de son emploi ne s'impose pas toujours avec la force de l'évidence (3).

### 1) La distinction dans la controverse sur le domaine d'application de l'autonomie de la volonté

31. La distinction fut utilisée de manière remarquable lors de la controverse sur le champ d'application du « principe de l'autonomie de la volonté ». Il s'agissait de décider si ce domaine devait être restreint aux seules matières constituées de règles supplétives. Ces qualificatifs étaient appliqués aux règles substantielles du droit interne mais il s'agissait pour les auteurs de résoudre une problématique spécifique au droit international privé. On en trouve notamment des traces chez MANCINI.

32. « **Partie volontaire** » et « **partie nécessaire** » du droit privé chez MANCINI. Dans les écrits de MANCINI, la distinction semble être utilisée pour déterminer les matières du « droit privé de l'individu » où un choix de loi pouvait s'effectuer. En effet, à l'origine d'une conception personnaliste du droit international privé, l'auteur faisait de la loi nationale la loi compétente par principe. La personne et plus spécifiquement sa nationalité constituaient le fondement de la matière et justifiaient que la loi nationale se voit reconnaître un vaste champ de compétence. Néanmoins, cette compétence de la loi nationale pour les matières de « droit privé » n'était pas absolue. Il opérait en leur sein une distinction entre ce qu'il appelait « la partie nécessaire » et « la partie volontaire » du droit privé<sup>69</sup>.

Certaines questions auraient ainsi trait à la partie *nécessaire* du droit privé car les lois régissant ces questions s'imposeraient aux individus sans que ceux-ci puissent jamais s'y soustraire. Il s'agirait de « l'état personnel, de l'ordre et des rapports de famille », dans lesquels il inclut le droit des successions. Pour ces questions, « il ne dépend pas de la volonté de l'homme d'altérer ou de modifier cette partie nécessaire. Personne ne peut renoncer à l'état et aux rapports de famille qui lui sont attribués par la loi de sa patrie ». D'autres questions au contraire seraient relatives à la partie *volontaire* du droit privé : les biens et leur jouissance, la formation des contrats, les obligations... Dans ces matières, la loi nationale de l'individu étranger – seule compétente à ses yeux étant donné sa faveur pour la doctrine personnaliste – ne souffrirait pas de l'application d'une autre loi : l'individu étranger pourrait « conformer ses actes à des règles autres que celles écrites dans les lois nationales »<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> P.S MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou de 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 », *Clunet*, 1874, p. 221-239 et p. 285-304, spéc. p. 293.

<sup>70</sup> *Ibid*, p. 295.

Comment dès lors ne pas songer au parallèle avec la distinction entre les règles supplétives et les règles impératives, surtout lorsque MANCINI ajoutait, en parlant des règles appartenant à « la partie volontaire » du droit privé, qu'elles « ne font que suppléer au silence des parties » ? Aussi semble-t-il envisageable de ramener les règles appartenant à la partie nécessaire du droit privé aux règles impératives et celles appartenant à la partie volontaire du droit privé aux règles supplétives. Certes, son raisonnement ne s'attachait pas au caractère impératif des dispositions internes de l'État du for en tant que tel – puisqu'en appliquant la loi nationale de l'individu étranger, il acceptait de ne pas appliquer ses propres dispositions impératives – mais plutôt au caractère *universellement* impératif des questions traitées. La référence à la distinction entre la considération des rapports d'ordre privé face « à celle des rapports d'ordre public » est saisissante dans la mesure où elle justifierait l'application exclusive de la loi nationale ou au contraire l'ouverture aux règles des pays étrangers. MANCINI partait du caractère impératif ou supplétif de la disposition de droit interne pour déterminer la loi applicable. Un auteur résume sa pensée en indiquant que « la partie volontaire englobe des matières dans lesquelles la loi ne fixe que des règles simplement supplétives, permettant aux individus d'exercer leur liberté ; dans l'ordre international, ils pourront le faire en désignant la loi qu'ils souhaitent se voir appliquer »<sup>71</sup>.

**33.** Mais cette référence que l'on devine chez MANCINI deviendra explicite lorsque le débat relatif au domaine de l'autonomie de la volonté va se préciser et préoccuper la doctrine de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. En effet, alors même que l'idée d'autonomie de la volonté ne s'était affirmée que de manière assez récente<sup>72</sup>, il a été soutenu que l'autonomie ne pourrait pas s'exercer dans des domaines régis en droit interne par des lois impératives. Des auteurs comme PILLET ou AUBRY<sup>73</sup> ont considéré que permettre un choix de loi dans ces domaines revenait à priver celles-ci de leur caractère obligatoire. La nature – impérative ou supplétive – de la loi

<sup>71</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, 7<sup>ème</sup> éd., 2013, n°147.

<sup>72</sup> V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, préface J. Ph. Lévy, PUF, 1980. L'auteur date des années 1870-1880 l'affirmation de l'idée d'autonomie de la volonté, entendue comme le « pouvoir de choisir en toutes matières, réglementées impérativement ou supplétivement, la loi du contrat ». Elle se serait ensuite réellement concrétisée à travers cette expression en 1883, sous la plume de BROCHER, et se serait par la suite répandue sous l'influence de WEISS. Sur ce point, v. spéc. p. 39-40 et aussi v. J.-L. HALPÉRIN, « L'autonomie privée en France: un concept cantonné ou rejeté? », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2014, (vol. 43, t. II), p. 461-480 ; F. CHÉNEDE, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative du mythe à la réalité », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2012, 4, p.155-181.

<sup>73</sup> V. les articles qui ont suscité la polémique : PILLET, « Essai d'un système général de solution des conflits de lois », *JDI* 1894, p. 417, p. 711 ; *JDI* 1895, p. 241, p. 500, p. 929 ; *JDI* 1896, p. 5 ; AUBRY, « Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé », *JDI* 1896, p. 465 et s. À leur suite, la majorité de la doctrine internationaliste s'est ralliée à la critique de l'autonomie : AUDINET, ROLIN, BARTIN... Pour une liste et une analyse complète, v. RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, *op. cit.* p. 106.

devenait alors essentielle puisqu'elle conditionnait l'admission ou le refus de l'autonomie de la volonté.

Cette théorie trouve « son expression la plus parfaite » dans la thèse d'OLIVE sur *L'Étude de l'autonomie en droit international*<sup>74</sup>. Toute son analyse reposait sur la distinction entre les lois supplétives et les lois impératives. Y sont traités de manière distincte les conflits de lois supplétives et les conflits de lois impératives. La référence à cette distinction fut par la suite constante pendant toute cette période de défiance vis-à-vis de l'autonomie de la volonté<sup>75</sup>. Aussi ne s'étonne-t-on pas de trouver dans la table alphabétique des manuels de l'époque les entrées « lois supplétives » et « lois impératives »<sup>76</sup>. La distinction n'occupe toutefois plus la même place aujourd'hui – on en veut pour preuve que ces termes ont disparu de la plupart des index des manuels contemporains. Abandonnée dans le cadre de ce débat, elle fit une nouvelle apparition à l'occasion de la controverse sur l'office du juge.

## 2) La distinction dans la controverse sur l'office du juge

34. Dans le cadre du débat sur l'autorité de la règle de conflit à l'égard du juge, la doctrine, invitée par la Cour de cassation, utilisa un temps cette distinction pour déterminer les pouvoirs et devoirs du juge<sup>77</sup>. Si cette référence y fut relativement explicite, encore faut-il observer comment elle fut utilisée ; avant de préciser pourquoi – mais aussi par quoi – elle fut évincée.

---

<sup>74</sup> Voir les propos de V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, préface J. Ph. Lévy, PUF, 1980, p. 109 sur la thèse de L. OLIVE, *Étude de l'autonomie en droit international*, Université Bordeaux, 1899.

<sup>75</sup> V. également J.-P. NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI*, 1927, tome 16, p. 5 et s., qui, dans son étude critique de la théorie de l'autonomie de la volonté, part de la distinction entre les lois *impératives* et les lois *facultatives*, que l'auteur assimile aux lois *supplétives* (v. note 4, p. 61).

<sup>76</sup> J.-P. NIBOYET, *Manuel de droit international privé*, Sirey, deuxième édition, 1928 ; P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 8ème éd. par Y. LOUSSOUARN, 1962. Dans le cadre d'un cours à l'Académie de La Haye et non d'un manuel (« La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI*, 1927, I, tome 16, p. 5), NIBOYET place la distinction entre les lois impératives et les lois facultatives (qu'il semble assimiler aux lois supplétives) au cœur de sa démonstration. En effet, l'auteur entreprend de réfuter, par la technique juridique, que l'autonomie de la volonté n'existe pas et que seule existe une certaine liberté des conventions. Fort de cette conclusion, la distinction est par la suite très présente puisqu'il considère qu'il faut se demander « quelle est la loi applicable aux matières impératives lorsque l'on se trouve en dehors de la liberté des conventions ? » et « quelle est (...) la loi applicable aux matières facultatives lorsque les parties sont restées silencieuses ? » (v. *op. cit.*, spéc. p. 70 et s.).

<sup>77</sup> Voir déjà dans ce sens, C. PÉRÈS, *La règle supplétive*, LGDJ, coll., « Bibliothèque de droit privé », t. 421, 2004, n° 215 et s.

**35. L'arrêt *Bisbal*.** Alors que la question de l'autorité de la règle de conflit était déjà âprement débattue par les spécialistes<sup>78</sup>, la Cour de cassation eu le mérite de prendre une position claire dans son célèbre arrêt *Bisbal* du 12 mai 1959, en s'appuyant sur la distinction entre les règles impératives et les règles supplétives. Cet arrêt, connu des internationalistes comme le premier d'une série chaotique du traitement de cette question<sup>79</sup>, rejeta l'obligation générale faite au juge d'appliquer d'office la règle de conflit. Arguant que « les règles françaises de conflit de lois, en tant du moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public », la Cour en déduisit « qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application, et qu'on ne peut reprocher aux juges du fond de ne pas appliquer d'office la loi étrangère »<sup>80</sup>. Elle fit donc expressément référence à la distinction en affirmant que la règle de conflit n'avait pas *un caractère d'ordre public* lorsqu'elle prescrit l'application de la loi étrangère.

En déroulant ce raisonnement, plusieurs enseignements semblaient *a priori* pouvoir être tirés. Premièrement, que la règle de conflit était supplétive lorsqu'elle désignait le droit étranger. En effet, la Cour de cassation visait le plus souvent les règles supplétives de manière négative, c'est-à-dire en leur déniait tout caractère d'ordre public. Deuxièmement, la formulation – « du moins » – invitait à une interprétation *a contrario* de cet énoncé : la règle de conflit était en revanche impérative lorsqu'elle aboutissait à la désignation de la loi française<sup>81</sup>.

Aussi, à poursuivre le raisonnement tenu par la Cour conjuguant ces deux idées, il fallait conclure – par cette proposition quelque peu surprenante – que l'identité du droit désigné commandait la nature de la règle de conflit. Si la loi désignée était française, la règle de conflit était impérative ; si elle était étrangère, la règle de conflit était supplétive. Même si la référence à la distinction demeurait implicite, son utilisation dépassait la qualification des règles matérielles de droit interne pour venir qualifier la règle de conflit elle-même, c'est-à-dire une règle propre au droit international privé.

---

<sup>78</sup> V. J. MAURY, « La condition de la loi étrangère en droit français », *Trav. Comité fr. dr. int. pr.* 1948-1952, p. 97 et s.

<sup>79</sup> Un auteur a néanmoins pu rappeler qu'une évolution « en dents-de-scie » de la jurisprudence n'était pas un procédé inhabituelle : « C'est quelquefois une erreur de la doctrine de croire qu'un arrêt, intervenu dans des circonstances spéciales, fait jurisprudence ; une hirondelle ne fait pas le printemps. Toute jurisprudence est toujours en dents de scie ; à un certain moment, on se trouve d'atteindre la pointe, mais on n'y reste pas », v. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Intervention à la suite de la communication de J. MAURY, « La condition de la loi étrangère en droit français », *Trav. Comité fr. dr. int. pr.* 1948-1952, spéc., p. 135.

<sup>80</sup> *Rev. Crit. DIP* 1960, p. 62, note BATIFFOL ; *JDI* 1960, p. 810, note SIALELLI ; *D.* 1960, p. 610 note P. MALAURIE ; *JCP*.II.11733, note MOTULSKY ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands Arrêts*, 5<sup>e</sup> éd., 2006, n°32-33, p. 284 et s.

<sup>81</sup> En l'espèce, il pourrait nous être objecté que la Cour de cassation visait les lois *d'ordre public* et non les lois *impératives*, mais nous avons déjà signalé que ces deux termes devaient être tenus pour synonymes dans la jurisprudence de la Cour de cassation, v. nos propos *supra* n°23.



Bien qu'avérée, l'utilisation faite de la distinction était pour le moins contestable. En effet, comme la nature de la règle (impérative/supplétive) était fonction du résultat auquel aboutissait sa mise en œuvre<sup>82</sup>, il fallait commencer par appliquer cette règle pour en connaître la nature. Or comme la Cour déduisait de cette nature son autorité à l'égard du juge, ce dernier était théoriquement contraint d'appliquer la règle de conflit pour savoir s'il devait appliquer cette dernière... Si en pratique, la difficulté pouvait facilement être éludée par les juges, elle était en théorie gênante tant le système mis en place était inextricable. Bien que peu opportune, la distinction fut reprise ensuite par la doctrine internationaliste, notamment par BATIFFOL et MOTULSKY, qui ont retenu cette distinction comme l'axe du débat.

**36. L'utilisation de la distinction par BATIFFOL.** BATIFFOL fut l'un des premiers à critiquer cette décision mais sans pour autant remettre en cause le recours à la distinction. Le critère retenu par la Cour de cassation, à savoir l'identité de la loi désignée, pour qualifier la règle de conflit d'impérative ou de supplétive et en déduire son autorité à l'égard du juge ne lui semblait pas satisfaisant. Dans ce système, la nature française ou étrangère de la loi désignée commandait l'office du juge et ne rendait l'application de la règle de conflit obligatoire que lorsqu'elle conduisait à la loi française ; ce qui revenait d'ailleurs à reléguer le droit étranger au statut de « catalogue de règles facultatives »<sup>83</sup>. Or pour lui, l'application d'office de la loi étrangère « [devait] concerner les matières sur lesquelles les parties ne [pouvaient] dans la conception française déroger à la loi »<sup>84</sup>. Par conséquent, BATIFFOL décala l'utilisation de la distinction : c'était la nature des règles de droit interne qui était déterminante. Selon que la matière en cause était guidée par le supplétif ou l'impératif<sup>85</sup>, l'application de la règle de conflit serait obligatoire ou non pour le juge et ce quel que soit le résultat de cette désignation. Aussi, si la matière en cause concernait des règles supplétives, le juge ne serait pas tenu d'appliquer la règle de conflit si les parties ne l'avaient pas invoquée, même s'il lui était néanmoins

---

<sup>82</sup> Sur cette question, v. H. MOTULSKY, « L'office du juge et la loi étrangère » et « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », *Écrits. Étude et notes de droit international privé*, préf. H. BATIFFOL, Ph. FRANCESKAKIS, Dalloz, 1978, p. 87-153 ; D. BUREAU, « L'application d'office de la loi étrangère, Essai de synthèse », *Clunet* 1990.317, spéc., p. 326 : « on comprendrait mal pourquoi en application de la jurisprudence Bisbal, celle-ci (*la règle de conflit*) changerait de nature selon qu'elle désigne la loi étrangère ou la loi française ».

<sup>83</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands Arrêts*, 5<sup>e</sup> éd., 2006, n°32-33, p. 290. Leurs auteurs parlent à juste titre de règles facultatives car applicables non pas à défaut de volonté contraire mais en cas de *manifestation de volonté en ce sens*. Sur ce point, voir n°70 et nos développements n°92 et s.

<sup>84</sup> *Rev. Crit. DIP* 1960, p. 62, spéc., p. 66.

<sup>85</sup> Le renvoi à la distinction est ici explicite en raison de l'expression « où l'on peut déroger à la loi », qui fait directement référence à l'article 6 du Code civil, considéré comme le siège de la distinction – et ce quand bien même de telles « matières » homogènes n'existeraient pas.

« loisible <sup>86</sup> » de le faire. Mais dans ce cas, à partir du moment où il revenait aux parties de réclamer l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit, la règle de conflit n'était plus supplétive de la volonté des parties : elle ne s'appliquait pas à *défaut* de manifestation de volonté contraire mais seulement *si* les parties en avaient réclamé l'application. De supplétive, la règle devenait facultative et notre distinction était évincée de l'étude des règles proprement conflictuelles pour ne subsister qu'au stade des dispositions matérielles internes.

**37.** Dans le système de BATIFFOL, la règle de conflit est impérative ou facultative, selon la nature impérative ou – cette fois – supplétive de la règle de droit interne en cause. La dichotomie proposée est donc finalement identique à celle retenue par la Cour : la règle de conflit est impérative ou *facultative*, seul change le critère de la distinction. Dans un cas, il réside dans l'identité du droit désigné, dans l'autre dans la nature des règles de droit interne en cause. Aussi, si une première lecture de l'arrêt *Bisbal* semblait présupposer une référence à la distinction, quelles qu'aient été les intentions de la Cour, une analyse plus rigoureuse invite à lui substituer l'opposition impérative/facultative. Il revient donc à BATIFFOL, par la modification du critère, d'avoir réellement introduit la distinction de l'impératif et du supplétif. Mais son utilisation, même si elle sert les intérêts du droit international privé, ne s'applique alors qu'à des règles matérielles de droit interne et non aux règles conflictuelles propres à cette matière. Présente, la distinction fut par la suite davantage exploitée par MOTULSKY.

**38. L'utilisation de la distinction par MOTULSKY.** La proposition de BATIFFOL pour réorienter la jurisprudence *Bisbal* n'a pas convaincu MOTULSKY, pour qui « la théorie de la non-application d'office de la loi étrangère avait lieu d'être répudiée comme contraire aux principes régissant l'office du juge »<sup>87</sup>. Aussi dans sa note relative à l'arrêt *Bisbal* fait-il mention de sa position constante par laquelle il soutient que la règle de conflit est une règle à part entière<sup>88</sup> que le juge doit appliquer au même titre que n'importe quelle règle de droit<sup>89</sup>. MOTULSKY reconnaît certes à BATIFFOL le mérite d'avoir substitué à un critère de distinction

---

<sup>86</sup> V. l'arrêt du 2 mars 1960 de la Cour de cassation qui est venu lever l'ambiguïté posée par *Bisbal* sur la possibilité offerte au juge de décider de son propre chef d'appliquer la règle de conflit, même si les parties ne l'ont pas invoquée. La Cour de cassation avait en effet approuvé la Cour d'appel en décidant « qu'il (lui) était loisible (...) de procéder elle-même à la recherche et de préciser les conditions du droit libanais compétent », *Rev. Crit. DIP* 1960, p. 97, note BATIFFOL.

<sup>87</sup> *JCP* 1960 éd. G, II.11733, note H. MOTULSKY.

<sup>88</sup> *Ibid.*, « Les principes généraux régissant l'office du juge imposent l'application spontanée, par ce dernier, de la loi étrangère, du seul fait qu'ils imposent l'application spontanée de la règle de conflit française : la notion de l'ordre public n'a rien à voir avec ce problème. »

<sup>89</sup> V. dans le même sens : B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands Arrêts*, 5<sup>e</sup> éd., 2006, n°32-33, p. 290.

selon l'identité française ou étrangère de la loi désignée, un critère tenant au caractère impératif ou supplétif de la matière litigieuse en droit interne. Néanmoins, l'utilisation de ce critère n'est pas encore jugée satisfaisante par MOTULSKY puisqu'elle aboutit toujours, dans certains domaines, à dénier le caractère obligatoire de la règle de conflit pour le juge, ce que l'auteur refuse. Ce n'est donc pas le critère de distinction qu'il conteste mais le régime tiré de cette distinction.

En postulant le caractère obligatoire de la règle de conflit pour le juge, il utilise la distinction entre les règles impératives et les règles supplétives pour déterminer les cas où les parties peuvent néanmoins déroger à l'application de la règle de conflit. Aussi, commence-t-il par regarder – tout comme le proposait BATIFFOL – la nature de la matière litigieuse en droit interne, puis – et c'est là son originalité – il aligne sur cette nature celle de la règle de conflit qui sera impérative ou supplétive. En l'absence de manifestation de volonté contraire des parties, la nature de la règle de conflit importera peu quant à sa mise en œuvre : dans le silence de celles-ci, le juge mettra en œuvre la règle de conflit impérative – car cette qualification empêche que l'on puisse y déroger – ; tout comme il mettra en œuvre la règle de conflit supplétive à titre de règle suppléant la volonté défaillante des parties. Le caractère impératif ou supplétif de la règle de conflit n'aura donc d'intérêt que pour déterminer si les parties peuvent, dans les matières non régies par des dispositions d'ordre public en droit interne, conclure un accord procédural<sup>90</sup> afin d'appliquer la loi française en tant que *lex fori*<sup>91</sup>. La désignation de la loi étrangère ne serait « impérative qu'autant que la matière visée a ce caractère en droit interne » car « le caractère impératif ou supplétif de la règle de conflit ne peut rationnellement être décelé qu'en scrutant la matière dont elle fait partie ». Par conséquent, non seulement son raisonnement utilise la distinction mais il l'étend aux règles de conflit. Il révèle une extension sur le plan du droit international de la distinction telle qu'employée en droit interne. Que l'on soit satisfait et/ou convaincu ou non, cette position n'a pas rencontré les échos souhaités par son auteur. Sans qu'il soit nécessaire ici de retracer les errements qui ont suivi cette jurisprudence, le raisonnement proposé par BATIFFOL et complété par MOTULSKY a été abandonné. Une distinction en chassant l'autre, c'est le critère de la libre disponibilité des droits qui détermine aujourd'hui l'office du juge. S'il n'est pas question d'affirmer que le critère de la libre disponibilité des droits serait fondamentalement différent de celui de l'impérativité – notamment en raison des

---

<sup>90</sup> Selon la terminologie proposée par P. LAGARDE, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 4 octobre 1989, *De Baat, Rev. Crit. DIP* 1990, p. 316.

<sup>91</sup> V. H. MOTULSKY, note préc. L'auteur énonce que « La volonté des parties n'est pas à prendre en considération pour la mise en œuvre de la loi étrangère compétente d'après le système de conflits français, mais uniquement pour une éventuelle exclusion conventionnelle de ladite loi. Or cette atteinte à la règle de conflit de loi française ne peut être réalisée dans les matières où le droit interne dénie l'efficacité à l'autonomie de cette volonté, c'est-à-dire qui sont dominées par le concept de l'ordre public interne ».

difficultés de définition de ce nouveau critère –, il convient toutefois de relever l'abandon de la référence à la distinction dans le cadre de l'office du juge<sup>92</sup>.

Si cette conclusion laisse entendre une désaffectation de la distinction de l'impératif et du supplétif par les auteurs de droit international privé, il est clair qu'elle perdure, voire qu'elle s'est renforcée ces dernières années.

### 3) Le renouveau de la distinction dans la doctrine internationaliste

39. L'intérêt de la doctrine pour l'opposition de l'impératif au supplétif s'est accru au cours des deux dernières décennies. Alors que la référence à celle-ci a été assez longtemps éclipsée au profit de la seule question de l'impérativité<sup>93</sup>, elle est

<sup>92</sup> Sur la question du critère de libre disponibilité des droits : v. *infra* n°217 et les développements n°453 et s.

<sup>93</sup> La notion d'impérativité, très fréquemment employée, est révélatrice de l'intérêt que lui portent les internationalistes, intérêt qui s'est manifesté très tôt. L'impérativité n'a pas la même dimension selon que l'on raisonne en droit interne ou en droit international, ce qui explique que les auteurs se soient rapidement intéressés aux différents degrés d'impérativité que revêtaient les lois en matière internationale. Dans son *Traité pratique de droit international privé* publié en 1924, PILLET distingue à côté des lois d'ordre public, qui seraient *absolument* impératives, des lois obligatoires non classées, qui ne seraient que *simplement* impératives (v. A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, t. II., Sirey, p. 236 et s.). Cette idée est développée dans l'article de référence sur ce sujet de K. NEUMAYER (« Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Rev. crit. DIP* 1957, p. 579-604 et *Rev. crit. DIP* 1958, p. 53-78), dans lequel il tente de distinguer les dispositions *internationalement* impératives des autres ; idée reprise et systématisée par la suite par Monsieur MAYER, qui a élaboré la distinction entre les règles *internationalement* impératives et les règles *simplement* impératives (P. MAYER, *Droit international privé*, Montchrestien, 6<sup>e</sup> éd., n° 699, p. 455, 1998). Si ces occurrences manifestent un intérêt ancien des internationalistes pour la question, celui-ci est toujours aussi vif dans le droit international privé contemporain. La question du degré d'impérativité des lois continue d'alimenter les réflexions de la doctrine internationaliste qui tente d'en saisir les nuances et en dégage parfois des gradations originales. Aussi le terme d'impérativité se trouve-t-il souvent habillé de formules inédites : tantôt il est question de l'impérativité « désactivée » (D. BUREAU et H. MUIR-WATT, « L'impérativité désactivée ? », *RCDIP*, 2009, p.1 et s) ou au contraire « active » (M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Une impérativité active des règles de droit dans l'ordre international », *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 345), tantôt d'une loi semi ou super impérative (v. respectivement : L. RADICATI DI BROZIOLO, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire », *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 1 s. et L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica 2006), tantôt mentionne-t-on la force super-impérative de la loi (v. A. AUDOLANT, « Les lois de police en droit international privé : une force « super-impérative », in *La force normative, naissance d'un concept*, sous la dir. de C. THIBIERGE, LGDJ, 2009). Pour d'autres exemples récents : D. ARCHER, *Impérativité et ordre public en droit communautaire et en droit international privé des contrats (étude des conflits de lois)*, th. Cergy, 2006 ; L. D'AVOUT, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2165. Pourtant, d'un point de vue purement pragmatique – comptable –, les termes impératif et impérativité ne disposent pas, tels quels, d'une entrée d'index spécifique dans les manuels. On les y trouve parfois indirectement : « *impérativité des lois* », à l'entrée « autonomie de la volonté » (v. D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé, Tome 1*, 2<sup>e</sup> éd., 2010, PUF, n°557) ; « dispositions internes *impératives* » (D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Op. cit.*, n°942.), à l'entrée « loi de police » ; « *impérative* » à l'entrée « compétence judiciaire internationale » (Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, coll. Précis, éd. 10<sup>e</sup>, 2013, n° 714, n°766), mais ces apparitions demeurent anecdotiques. Néanmoins, on a vu qu'en droit interne, les lois impératives ont pour expression synonyme celle de lois d'*ordre public*. Or l'entrée « ordre public » est systématiquement présente dans les manuels de droit international privé. Mais seules les lois d'ordre public nous intéressent, à l'exclusion du mécanisme d'ordre public, entendue en droit international privé comme *exception d'ordre public*. Sur les différents sens de cette expression, v. B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Préface de P. MAYER, LGDJ, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2008 et D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, th. Paris I, dactyl., 2002. Certes, il est souvent question dans les développements sur l'ordre

désormais relativement fréquente. Aussi, ce sont tour à tour l'impératif et le supplétif, puis les dispositions impératives face aux dispositions supplétives qui vont être visés<sup>94</sup>.

Trois illustrations de ce renouveau pourront être mentionnées ci-après : la distinction entre le pôle impératif et le pôle supplétif chez Monsieur CH. P. PAMBOUKIS, l'impératif et le supplétif dans le cadre du projet de droit commun européen de la vente et enfin, de manière plus originale, sous la plume de Madame H. MUIR WATT qui évoque la distinction, non pour la réhabiliter, mais pour en souligner le caractère dépassé.

**40. Le pôle impératif et le pôle dispositif.** Dans son cours intitulé « Droit international privé holistique » prononcé à l'Académie de La Haye en 2007<sup>95</sup>, Monsieur CH. P. PAMBOUKIS s'intéresse au phénomène de l'uniformisation du droit privé et notamment aux rapports entre le droit uniforme et le droit international privé. Il s'interroge sur le point de savoir si une telle uniformisation serait utile et, dans l'affirmative, comment elle devrait être réalisée. Son étude commence par une description du paradigme contemporain, spécialement des effets de la globalisation sur le droit en général et sur le droit international privé en particulier. Il ressort de cet exposé qu'une des transformations notables de la matière repose sur ce qu'il appelle la « polarisation du droit » qui « désigne l'absence d'équilibre et se manifeste à de multiples niveaux »<sup>96</sup>. Les deux pôles dégagés sont le pôle impératif et le pôle dispositif, qui constituent les deux antagonismes de la nouvelle division caractérisant le droit international privé contemporain – rebaptisé « droit transnational privé ». Ses premiers développements se concentrent sur la nature des normes en cause pour lesquelles il constate que « l'autonomie de la volonté – la réglementation supplétive – tend de plus en plus à en devenir la règle

---

public des lois d'ordre public (v. par exemple P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, 9e éd., p. 211 dans un paragraphe sur l'exception d'ordre public.), pourtant ces concepts ne sont pas identiques et les lois d'ordre public sont généralement visées lorsqu'il s'agit de différencier celles qui pourraient être des « règles d'ordre public internationales » de celles qui ne sont que de simples règles d'ordre public dans l'ordre juridique interne. La notion est donc intrinsèquement présente dans le discours internationaliste. On remarque d'ailleurs que l'adjectif impératif est utilisé tant pour qualifier la règle elle-même, que pour qualifier l'objet de la règle, l'institution prise en compte par celle-ci. V. par exemple B. DUBUISSON qui parle de rattachement impératif dans sa thèse *Le droit applicable au contrat d'assurance dans un espace communautaire intégré*, Bibliothèque interuniversitaire de la Communauté française de Belgique, 1994 ou Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 10e éd., 2013 où il est fait référence à la *compétence* impérative, n°714 et n°766.

<sup>94</sup> V. par exemple G. PAOLO ROMANO, « Règles internationalement supplétives et règles internationalement disponibles », in *Regards Comparatistes sur le phénomène contractuel*, P.U.A.M, Aix-en-Provence, 2009, p. 243 s.

<sup>95</sup> C. P. PAMBOUKIS, « Droit international privé holistique », *RCADI*, 2007, t. 330.

<sup>96</sup> C. P. PAMBOUKIS, « Droit international privé holistique », *RCADI*, *op. cit.*, p. 69.

tandis que l'impérativité – l'hégémonie – l'exception »<sup>97</sup>. Il poursuit en notant qu'« un grand espace global dispositif se dessine, ancré sur le principe de l'autonomie de la volonté triomphant, composé d'une galaxie de normes, tandis que le droit étatique impératif devient l'exception formant avec l'internationalisation de la protection des valeurs humaines un espace global impératif »<sup>98</sup>. Cette observation va lui permettre d'affirmer clairement l'émergence de ces deux pôles dont le déséquilibre apparaît latent. Aussi conclut-il « que le droit évolue autour de deux pôles : un pôle dispositif à dominance contractuelle – auquel correspond la majorité des normes évoluant au niveau horizontal, dans lequel domine l'autonomie de la volonté, des normes hors la loi au principe –, et un pôle impératif à dominance étatique – qui correspond à une bonne partie des normes appartenant au niveau vertical et qui est dominé par le principe de souveraineté »<sup>99</sup>. Par conséquent, son apport relativement novateur – quoiqu'en dise son auteur qui renvoie les prémices de cette division à l'œuvre de FRANCESCOAKIS<sup>100</sup> – est de faire de la bipolarisation du droit international privé un des aspects fondamentaux de son évolution. La distinction entre des normes recevant l'un ou l'autre qualificatif se mue en une division entre deux sphères dont le contenu semble à la fois beaucoup plus vaste mais aussi beaucoup plus flou. Si son approche manifeste davantage d'empirisme que de technique juridique, elle n'en demeure pas moins intéressante en ce qu'elle utilise directement la distinction comme prisme d'analyse du droit international privé contemporain. L'essor de l'autonomie de la volonté manifeste l'incroyable hégémonie du pôle dispositif, tandis que le pôle impératif s'amenuise à l'image des dispositions impératives étatiques. Il envisage un contenant – les pôles – et non simplement un contenu – les réglementations impératives et supplétives. C'est là sa principale originalité quand les autres auteurs utilisent actuellement la distinction pour se prononcer sur la nature de certaines dispositions contenues dans de nouveaux instruments de droit international privé.

**41. L'impératif et le supplétif dans le « cadre commun de référence ».** À propos du « cadre commun de référence » proposé par la Commission relatif à la création d'un droit européen des contrats<sup>101</sup>, un auteur s'est interrogé sur la portée

<sup>97</sup> C. P. PAMBOUKIS, « Droit international privé holistique », *RCADI, op. cit.*, n°70, p. 99

<sup>98</sup> C. P. PAMBOUKIS, « Droit international privé holistique », *RCADI, op. cit.*, n°56, p. 86

<sup>99</sup> C. P. PAMBOUKIS, « Droit international privé holistique », *RCADI, op. cit.*, n°388, p. 332

<sup>100</sup> C. P. PAMBOUKIS, « Droit international privé holistique », *RCADI, op. cit.*, p. 339 : « Et c'est dans l'œuvre du même auteur (Francescakis) que déjà sont dessinés les deux pôles actuels, le pôle dispositif et le pôle impératif, dans lequel les lois de police dont il fut le principal rapporteur, jouent un rôle primordial ».

<sup>101</sup> Livre vert de la commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et pour les entreprises (juillet 2010), ayant abouti à la Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 11 octobre 2011 relatif à un droit commun européen de la vente, (COM (2011) 635 FINAL ; 2011/0284 (COD)). Sur ce projet, v. D. BUREAU, H. MUIR WATT,

du choix opéré par les parties de ce cadre commun de référence<sup>102</sup> et spécialement sur « l'articulation de l'impératif et du supplétif ou de l'optionnel et de l'obligatoire au sein de ce texte ». Ce débat rejoint ainsi la question, lors de l'adoption par les parties d'un corps de règles qui leur est proposé, de la faculté des parties de déroger à certaines dispositions du texte dès lors qu'elles ont accepté de se soumettre à l'instrument tout entier. Cette problématique, qui n'est pas nouvelle, avait notamment été abordée lors de la création de Principes UNIDROIT<sup>103</sup>.

**42. La distinction abandonnée.** En s'interrogeant sur le renouvellement méthodologique amorcé notamment par la communautarisation du droit international privé, Madame H. MUIR WATT<sup>104</sup> montre que la substitution de l'approche fonctionnelle à l'approche conflictuelle permet de débarrasser la matière de certaines distinctions telles que celles entre « le supplétif, l'impératif et le super-impératif » puisque « (...) la seule interrogation utile est celle de savoir si la réalisation de la politique poursuivie en l'occurrence est de nature à exiger son application ou non, et la réponse sera exclusivement fonction des liens que la règle en cause entretient avec la situation considérée ». La conclusion est donc assez radicale pour l'avenir de la distinction qui fait figure de « vestige d'un raisonnement dépassé »<sup>105</sup>. Cette fois, si la distinction est réactivée, c'est pour mieux décréter son obsolescence dans le droit international privé contemporain.

---

*Droit international privé*, t. II, n°959-1, p. 496 et les références bibliographiques citées n°954, p. 483. Ce projet de droit commun de la vente a toutefois été retiré par la Commission européenne qui propose de le restreindre aux contrats conclus par voie électronique : *Annex II to the communication from the commission to the european parliament, the council, the european economic and social committee and the committee of the regions, commission work programme 2015, a new start*, du 16 décembre 2014 (COM(2014) 910 final), « Annex II : List of withdrawals or modifications of pending proposals, Withdrawals for reasons other than obsolescence, as well as modifications, are indicated in bold » et spéc. pt. 60 : « Proposal for a regulation of the european parliament and of the council on a Common European Sales Law : Modified proposal in order to fully unleash the potential of e-commerce in the Digital Single Market ». Consultable en ligne :

<http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp2015withdrawalsen.pdf>.

Sur ce retrait : v. J.-S. BORGHETTI, *D.* 2015, p. 1376.

<sup>102</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « Rome I et le droit européen des contrats », in *Le Règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, (sous la direction de) S. CORNELOUP et N. JOUBERT, Actes du Colloque de Dijon, septembre 2010, Travaux du Credimi, vol. 34, Paris, LexisNexis Litec, 2011, p. 137.

<sup>103</sup> G. PAOLO ROMANO, « Le choix des principes UNIDROIT par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives », *JDI* 2007, p. 473 ; H. MUIR WATT et L. RADICATI DI BROZOLO, « Party autonomy and mandatory rules in a global world », *International Law FORUM du droit international*, 2004, p. 90 et s.

<sup>104</sup> H. MUIR WATT, « Les limites du choix : dispositions impératives et internationalité du contrat », in *Le Règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, (sous la direction de) S. CORNELOUP et N. JOUBERT, Actes du Colloque de Dijon, septembre 2010, Travaux du Credimi, vol. 34, Paris, LexisNexis Litec, 2011, p. 341.

<sup>105</sup> *Ibid.*

~

43. La distinction de l'impératif et du supplétif, bien qu'elle constitue traditionnellement un outil d'analyse du droit interne, n'est pas inconnue de la doctrine internationaliste. Certains auteurs lui ont d'ailleurs manifesté un intérêt certain ces dernières années, ce qui n'apparaît guère surprenant tant la distinction semble traduire la tension latente, dans le droit international privé contemporain, entre l'extension du rôle de la volonté des acteurs privés et l'intensification des impérativités étatiques. Si prometteur soit l'intitulé de la distinction, une mise à l'épreuve de celle-ci va démontrer que cet outil se révèle en définitive impropre à l'objet de notre étude.

## §II – L'échec de l'utilisation de l'impératif et du supplétif comme outil d'analyse du droit international privé contemporain

44. Une étude approfondie de la distinction révèle d'importantes faiblesses, auxquelles celle-ci ne peut résister. Elles ont été mises en évidence en droit interne par la doctrine récente (A) et s'avèrent difficilement surmontables en droit international privé (B).

### A – La remise en cause de la distinction par la thèse de C. PÉRÈS

45. Si l'intitulé de la thèse de Madame C. PÉRÈS vise la seule règle supplétive, l'étude globale de la distinction n'en est pas moins traitée<sup>106</sup>. À côté d'une étude qu'elle qualifie d'intrinsèque, c'est également à une étude extrinsèque qu'elle se livre, c'est-à-dire à une approche de la règle supplétive par opposition à, et compte tenu des liens qu'elle entretient avec, la règle impérative<sup>107</sup>. Son raisonnement part donc de l'analyse de la distinction proprement dite et commence par le constat que le fondement invoqué au soutien de son existence repose sur une interprétation *a contrario* de l'article 6 du Code civil. Elle démontre qu'un « raisonnement par antinomie des contraires » aboutit à « une opposition absolue, franche et rigoureuse » entre ces deux catégories de règles parfaitement étanches que sont les règles impératives et les règles supplétives<sup>108</sup>. Elle tire de ce constat deux conséquences : d'une part, que les règles supplétives seraient la « seule traduction normative de la liberté individuelle à l'égard des règles de droit » tandis que les règles

---

<sup>106</sup> C. PÉRÈS, *La règle supplétive*, LGDJ, coll., « Bibliothèque de droit privé », t. 421, 2004, n° 215 et s.

<sup>107</sup> V. *La règle supplétive, op. cit.*, n°19, p. 22 : « La règle supplétive devant s'opposer à la règle impérative pour se définir, une première perspective invite à l'appréhender à travers les liens qu'elle tisse avec la règle impérative ».

<sup>108</sup> *Ibid.*



impératives « incarnant l'ordre public, seraient soustraites à l'emprise de la volonté individuelle » ; d'autre part, que la présence d'une règle supplétive révélerait l'existence d'une liberté illimitée en faveur des individus.

46. Ces conclusions, et donc le premier raisonnement lui-même, sont contestés par l'auteur. Selon elle, l'argument historique consistant à faire de la distinction l'héritage d'une lointaine tradition juridique puisant ses sources dans le droit romain est erroné, une telle distinction étant à ses yeux étrangère « à l'univers conceptuel du droit romain » qui prohibait une dérogation aux règles de droit quelles qu'elles soient. Le sens contemporain donné à l'article 6 du Code civil est le fruit d'une lecture exégétique moderne de ce texte et non la traduction de l'esprit de ses rédacteurs, soi-disant inspirés des jurisconsultes romains. Par la suite, Madame C. PÉRÈS s'astreint à dévoiler la valeur somme toute « relative » de l'opposition : non seulement il est des cas où la liberté s'épanouit parfaitement à travers une règle impérative, mais une règle supplétive n'est pas le gage d'une liberté absolue.

Elle s'en remet à BATIFFOL pour rappeler qu'« il y a des degrés dans la liberté »<sup>109</sup>. Or la manière dont cette liberté individuelle s'exerce n'est pas univoque : si la règle supplétive lui laisse effectivement une grande latitude pour s'exprimer – permettant de « solliciter les vertus créatrices de leur imagination individuelle » –, la règle impérative ne fait pas obstacle à son expression. Les exemples illustrant cette démonstration sont nombreux et convaincants. Elle cite le cas du droit du travail où la possibilité d'accords dérogatoires permet de s'affranchir d'une protection légale du salarié pourtant instaurée par des dispositions impératives. L'exercice de la liberté n'est pas non plus absent dans la renonciation à un droit d'ordre public, pratique couramment admise par les tribunaux<sup>110</sup>. Or cette faculté est ouverte non en fonction de la nature impérative ou supplétive de la règle édictant ce droit, mais en fonction de sa libre disponibilité<sup>111</sup>.

Elle combat donc l'idée qui rattacherait l'impératif au champ de l'interdit et le supplétif à celui du permis. La théorie du tiers exclu, appelée du « tout ou rien » par l'auteur, ne lui semble pas pertinente. La règle impérative laisse parfois place à une part de volonté, même si la marge de manœuvre est alors moindre que celle offerte

---

<sup>109</sup> H. BATIFFOL, *Aspects Philosophiques du droit international privé*, réédition présentée par Y. LEQUETTE, Dalloz, 2002, n°41, p. 93 cité par C. PÉRÈS, *La règle supplétive*, *op. cit.*, n°334, note 644, p. 302.

<sup>110</sup> C. PÉRÈS, *La règle supplétive*, *op. cit.*, n°251. Néanmoins, la possibilité d'une renonciation pour certaines règles impératives, et certaines seulement, pourrait s'expliquer dès lors que l'on adopte la position de Monsieur P. MAYER quant à la distinction entre les règles impératives et les règles d'ordre public (V. P. MAYER, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Rev. arb.* 1994, p. 615). En effet, en droit du travail par exemple, les règles sont principalement protectrices d'intérêts privés, à savoir ceux des salariés, et il peut donc sembler normal que le salarié puisse y renoncer. Au contraire, lorsque la règle touche des intérêts publics et qu'elle devrait donc être qualifiée de règle d'ordre public, la possibilité d'une dérogation à une telle règle (par exemple une règle de droit monétaire) est beaucoup plus douteuse.

<sup>111</sup> Sur la notion de libre disponibilité, v. *infra* n°217 et les développements n°453 et s.

par la règle supplétive. Pour reprendre l'image de l'auteur, il s'agirait pour les règles impératives de permettre aux individus de se détourner de l'uniforme proposé au profit d'une autre solution « prêt-à-porter » ; tandis que pour les règles supplétives les individus auraient la possibilité de se tailler une solution « sur-mesure », laissant libre cours à « l'exaltation de l'imagination individuelle ». Par conséquent, « si la règle supplétive confère effectivement une forme spécifique de liberté, irréductible aux autres, la règle impérative n'interdit pas nécessairement aux sujets de droit de « faire autrement<sup>112.</sup>»

47. Ces critiques ont été entendues par la doctrine. À titre d'exemple, l'auteur d'un manuel de référence d'*Introduction au droit* les a manifestement intégrées à sa présentation de la distinction<sup>113</sup>. En effet, pour justifier l'atténuation portée à l'idée de contrainte inhérente à la règle de droit étant donné la gradation de leur force obligatoire, il énonçait dans une édition antérieure que « ces tempéraments peuvent être ordonnés autour d'une distinction de deux catégories générales de lois »<sup>114</sup>, à savoir lois impératives et lois supplétives. Dans une édition plus récente, le discours est plus subtil : « Plus qu'une opposition primaire du permis et du défendu, le mouvement crescendo de l'obligatoire est de mieux en mieux analysé par la doctrine et pris en compte par le droit positif ». L'opposition est dépassée car l'auteur admet que le législateur dispose de différents moyens d'action pour contraindre plus ou moins au respect de la légalité « en fonction des situations auxquelles il attache son attention, il encourage ou décourage, incite ou dissuade, interprète ou oriente, reconnaît, interdit, permet... »<sup>115</sup>.

48. Si Madame C. PÉRÈS écarte certaines idées reçues relatives à la distinction, notamment son prétendu absolutisme, cette clarification de la distinction n'en fait pas pour autant un outil adapté au droit international privé.

## **B – Les insuffisances de la distinction en droit international privé**

49. L'utilisation de la distinction en droit international privé suscite plusieurs types d'objections. Si certaines peuvent apparaître surmontables (1), d'autres se révèlent dirimantes (2).

---

<sup>112</sup> C. PÉRÈS, « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie, (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet) », *D.* 2009, p. 381.

<sup>113</sup> V. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 5<sup>ème</sup> éd. et 7<sup>ème</sup> éd.

<sup>114</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 5<sup>ème</sup> éd., n°425.

<sup>115</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 7<sup>ème</sup> édition, n°490.

## 1) Les objections non dirimantes

50. Dans le cadre d'une étude de droit international privé, l'appréhension d'un phénomène d'un point de vue normatif impose d'identifier clairement l'objet de l'étude. Dans cette matière, il est ainsi courant d'appréhender dans un même ensemble une grande disparité de normes<sup>116</sup>. La diversité des règles peut apparaître comme un obstacle, tout comme la difficile délimitation d'un cadre de raisonnement.

51. **La diversité des règles conduites à jouer un rôle en droit international privé.** L'application de la distinction au droit international privé suppose de s'accorder sur les règles à appréhender. Dans cette matière, le juge a vocation à utiliser des règles de nature disparate. Il n'est pas ici question de traiter de la diversité des sources du droit international privé mais de la diversité des règles *intrinsèquement*<sup>117</sup>. En effet, le droit international privé met en jeu plusieurs niveaux de raisonnement et les questions suscitées appellent l'intervention de normes à l'architecture très différente. Une règle va dicter au juge sa conduite face à un litige présentant un élément d'extranéité pour lequel aucune partie n'aura invoqué cet élément ; une autre va déterminer quelle sera la loi applicable à la liquidation d'un régime matrimonial entre deux époux franco-marocains, mariés au Maroc mais résidant en France depuis vingt ans ; une troisième viendra régler concrètement la question du transfert des risques dans une vente internationale. Dans ces trois exemples, la norme appelée à résoudre le problème se présente différemment : elle s'adresse au juge dans un cas en lui prescrivant une action ou une abstention ; elle lui indique où trouver la réponse matérielle à sa question dans la seconde ; enfin elle donne une solution concrète à des particuliers dans la troisième. Bien qu'intuitivement ressentie, la différence entre chacune de ces règles n'est pas évidente à systématiser et la doctrine n'a eu de cesse d'opérer des distinctions pour retranscrire cette pluralité de méthodes et les types de règles propres à chacune d'entre elles<sup>118</sup>.

La distinction la plus courante est celle qui différencie les règles matérielles des règles conflictuelles<sup>119</sup>. Les règles matérielles seraient celles qui commandent

---

<sup>116</sup> Si certains contestent le bien-fondé de cette approche, le constat est pourtant inévitable, v. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques », *RCADI*, 2007, tome 327, note 1, p. 23 : « il n'est pas de bonne méthode d'inclure dans une même discipline des règles ayant aussi peu en commun ».

<sup>117</sup> Conformément à la distinction de Monsieur MAYER, seules les règles retiendront notre attention et non les décisions, même si celles-ci constituent des normes juridiques, v. *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973, préf. H. BATIFFOL et nos propos dans l'introduction *infra* n°10.

<sup>118</sup> V. notamment : H. BATIFFOL, « Pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI*, tome 139, 1973, p. 79.

<sup>119</sup> V. Ph. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958 ; H. BATIFFOL, « Pluralisme des méthodes en droit international privé », *op. cit.*, p. 79 ; F. DEBY-GERARD, *Le*

directement la solution d'un litige en donnant une solution concrète au problème posé ; les règles conflictuelles auraient au contraire pour seul objet de trancher un conflit entre différentes normes susceptibles de s'appliquer et donc de désigner la règle matérielle applicable. Si la doctrine s'accorde sur l'existence d'une dualité de normes, elle est moins unanime quant à l'appartenance de certaines règles à l'une ou l'autre catégorie ou quant aux normes que doit appréhender le droit international privé. Un auteur décide ainsi d'exclure du champ du droit international privé les règles matérielles, c'est-à-dire « toutes les lois spécialement substantielles spéciales aux relations internationales<sup>120</sup> ». Pour cet auteur, ces règles n'ont rien de propre à la matière car elles ne fondent leur spécificité que sur l'objet qu'elles appréhendent, à savoir une situation internationale, mais elles reposent sur une mise en œuvre identique à celle des règles matérielles internes, ce qui justifierait qu'elles ne fassent pas l'objet d'un traitement particulier.

Par ailleurs, une autre difficulté vient de la qualification des règles de compétence internationale. En effet, s'agissant des règles visant à déterminer le tribunal internationalement compétent, certains auteurs les considèrent comme des règles matérielles, là où d'autres y voient des règles de conflit. Elles présenteraient seulement cette particularité que, par opposition aux règles de conflit de lois traditionnellement « bilatérales<sup>121</sup> », les règles régissant la compétence internationale seraient unilatérales, c'est-à-dire n'ayant vocation qu'à déterminer si les tribunaux de l'ordre juridique concerné sont compétents ou non pour trancher un litige international<sup>122</sup>. Dès lors qu'elles se contentent le plus souvent de dire si un tribunal saisi est compétent ou non, ces règles rassembleraient, au-delà de l'appellation générique « conflit de juridictions », des règles matérielles. Les auteurs qui soutiennent cette conception remarquent que ces règles méritent une telle

---

*rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, préf. B. GOLDMAN, Bibl. droit privé, vol. XVI, 1973, évoque l'opposition souvent décrite du « procédé » conflictuel au « procédé assurant la réglementation directe et matérielle » ; P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques », *RCADI*, *op. cit.*, n°198, p. 213. Il faut par ailleurs remarquer que si certains classent les lois de police parmi les règles matérielles, certains les rattachent au procédé conflictuel, d'autres au procédé matériel, d'autres enfin en font une catégorie spécifique (H. BATIFFOL, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques », *RCADI*, *op. cit.*).

<sup>120</sup> P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973, n°29 p. 20.

<sup>121</sup> C'est-à-dire capable de désigner tant loi du for que la loi étrangère applicable, au moyen d'un même critère.

<sup>122</sup> Néanmoins, dans le cadre de l'uniformisation du droit international privé européen, les règles de conflit de juridictions constituent également des règles de conflit bilatérales puisque chaque règle permet de désigner le ou les tribunaux compétents au moyen d'un (de) critère(s) identique(s). Sur cette évolution en droit européen, v. nos propos *infra* n°464. La singularité des règles de conflit de juridictions réside davantage dans l'idée d'absence d'exclusivité de l'objet de la désignation. Si la règle de conflit de lois doit nécessairement désigner une règle unique afin de trancher un litige, la règle de conflit de juridictions bilatéralisée s'accommode de la désignation d'une pluralité de fors potentiellement compétents. Si cette pratique est admise, elle n'en est pas moins source de difficultés et il faut alors admettre qu'elle ne tranche que partiellement le « conflit » de juridictions à proprement parler, qui sera en dernier recours tranché par le plaideur à l'origine de la saisine de l'une des juridictions ainsi désignées.

qualification puisqu'elles donnent directement une solution à la question posée, à savoir « le tribunal saisi est-il ou non compétent pour trancher le litige ? »<sup>123</sup>.

Sans qu'il soit nécessaire ici de trancher ces controverses, une potentielle adaptation de la distinction pour appréhender des règles de types différents dont, en outre, l'appartenance à l'une ou l'autre des catégories est contestée, est nécessairement source de difficultés. L'existence d'une pluralité de niveaux de raisonnement rend l'entreprise également délicate.

**52. Le cadre du raisonnement.** Dans le cadre de son étude, Madame C. PÉRÈS a décidé d'exclure le droit international privé. Elle s'est expliquée sur les raisons de ce choix en énonçant notamment que la distinction ne présentait d'utilité « qu'une fois désignée la loi applicable »<sup>124</sup>. Au contraire, notre intérêt se porte principalement en amont de la désignation. Par ailleurs, même une fois la loi applicable identifiée, l'utilisation de la distinction n'est pas pour autant d'abord facile.

En effet, l'application de la règle de conflit française, si elle peut conduire à la désignation de la loi française, peut également aboutir à la désignation de la loi étrangère. Comment faudra-t-il alors apprécier le caractère impératif ou supplétif de la loi étrangère ? Plus précisément, quel ordre juridique sera compétent pour apprécier le caractère impératif ou supplétif de la règle en cause : l'ordre juridique du for ou l'ordre juridique désigné ? Cette problématique est directement visible si l'on s'en tient, au lieu de la définition traditionnelle, à une définition du droit international privé dont la vocation serait « de tenir compte de la diversité des ordres juridiques à propos des relations entre personnes privées »<sup>125</sup>. L'implication de plusieurs ordres juridiques dans le rapport de droit complexifie l'étude des règles matérielles et, si le point de départ du raisonnement se situe dans l'ordre juridique du for, ce constat est insuffisant à dissiper toute difficulté. En effet, selon que la loi étrangère sera appliquée en tant que règle extérieure au for, ou en tant que règle

---

<sup>123</sup> V. pour le choix de cette approche : Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 10<sup>e</sup> édition, 2013, n° 18, p. 13 et n°680. Les auteurs s'en expliquent en énonçant que « La règle de conflit de lois est, comme nous l'avons vu une règle de conflit, en ce sens qu'elle se borne à désigner la loi applicable sans résoudre l'affaire au fond. La règle de conflit de juridictions est au contraire une règle substantielle, en ce sens qu'elle n'a pas à désigner la loi compétente pour régler le problème de compétence juridictionnelle, mais tranche directement ce problème, le tribunal français saisi de l'affaire étant compétent ou non ». Ils ajoutent par la suite que « c'est (...) l'utilisation généralisée du procédé de la réglementation matérielle qui, dans l'analyse dominante, caractérise et permet de regrouper, d'un point de vue méthodologique, les autres matières du droit international que constituent les conflits de juridictions ». Ils concèdent toutefois que cette approche n'est pas unanimement partagée et renvoient notamment, pour une appréhension du problème en terme de réglementation conflictuelle, à : V. HEUZÉ, P. MAYER, *Droit international privé, op. cit.*, n°17 et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé*, Paris 1977, n°33 et s.

<sup>124</sup> C. PÉRÈS, *La règle supplétive, op. cit.*, n°18, p.21.

<sup>125</sup> P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques », *RCADI*, 2007, tome 327, n°64, p. 80.

intégrée au for, la question du caractère impératif ou supplétif de la règle se pose différemment. Considérée comme une règle extérieure, elle n'est qu'« empruntée » à l'ordre juridique étranger et il semble alors naturel d'apprécier sa nature à l'aune de l'ordre juridique étranger. Si elle est appliquée en tant que règle intégrée au for, il peut au contraire revenir au for de déterminer son caractère. Évidemment, la question ne se pose que lorsque la nature de la règle ne découle pas directement de sa lecture car dans l'hypothèse où les termes mêmes de la loi proclament son indérogabilité, le juge qui en retiendrait une interprétation contraire encourrait, devant la Cour de cassation, le grief de dénaturation de la loi étrangère<sup>126</sup>. Mais hormis ce cas, la question demeure entière.

Derrière elle, se profile la discussion sur le point de savoir « si la compétence est attribuée à l'ordre juridique dans son ensemble (ensemble au sein duquel sera, dans un deuxième temps, identifiée la règle pertinente) ou si l'objet de la désignation consiste uniquement dans les règles appartenant à la catégorie de rattachement (par exemple « effets de la filiation ») définie par la règle de conflit »<sup>127</sup>. Il s'agit de se prononcer sur l'objet de la désignation effectuée par la règle de conflit car il peut être question de l'ordre juridique dans son ensemble ou des seules règles substantielles. La jurisprudence, pas plus que la doctrine, ne s'accorde parfaitement sur l'issue de ce choix. Il semble acquis que « la désignation du droit étranger comprend ses critères d'applicabilité de portée interne »<sup>128</sup>. Mais faut-il s'en tenir aux stricts critères d'applicabilité de la règle désignée ou l'étendre à son interprétation ? Le bon sens incite à suivre cette dernière conception et Monsieur P. MAYER rappelle que la Cour Internationale de Justice « a posé en principe qu'il n'y a pas lieu d'attribuer à une loi un sens autre que celui qui lui est attribué par la jurisprudence du pays qui l'a édicté » ; pour lui il importe peu que le juge français soit peu convaincu de cette interprétation ou que l'ordre juridique du for ne retienne pas la même<sup>129</sup>.

MM. ANCEL et LEQUETTE abondent dans le même sens en se demandant de manière rhétorique s'il ne revient pas « à l'ordre juridique qui édicte une norme d'en fixer le caractère impératif ou simplement dispositif ? » ; et remarquent que « déduire le caractère supplétif de la règle étrangère du caractère supplétif de la règle française, c'est accepter encore la possibilité d'obtenir dans certains cas du juge français ce que le droit étranger refuse et, parallèlement, déduire

---

<sup>126</sup> V. Civ., 21 novembre 1961, *Montefiore*, *Rev. Crit. DIP*, 1962. 329, note P. Lagarde ; *Clunet* 1962. 686, note GOLDMAN ; *Grands arrêts*, 5<sup>e</sup> éd., 2006, n°36.

<sup>127</sup> P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCDAl*, 2007, tome 327, n°186, p. 199.

<sup>128</sup> D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, Tome 1, 3<sup>e</sup> éd., 2014, PUF, n°512, p. 595.

<sup>129</sup> V. CPJI, 12 juillet 1929, série A n° 20-21, *Clunet* 1929, p. 1002, cité par P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, note 320 p. 209.

le caractère impératif de la règle étrangère du caractère impératif de la règle française, c'est être prêt à retirer en France aux parties une liberté qui leur est reconnue par la loi applicable »<sup>130</sup>. Par conséquent, même lorsqu'il s'agit d'étudier la distinction une fois la loi applicable désignée, il est inconcevable de penser transposer tel quel au droit international privé les éclairages apportés par le raisonnement dégagé en droit interne. L'appréciation de l'espace de liberté des sujets du droit international privé compte tenu des impérativités étatiques, sous l'angle de la distinction évoquée, ne se conçoit donc véritablement qu'au sein d'un ordre juridique donné et sa pertinence devient discutable dans une matière où il s'agit précisément d'appréhender les relations entre plusieurs ordres juridiques.

53. Ces difficultés expliquent probablement que la distinction de l'impératif et du supplétif n'ait été utilisée que de manière ponctuelle par les internationalistes et qu'elle n'ait pas constitué un outil d'analyse privilégié des normes composant le droit international privé. Une telle entreprise inviterait en effet à envisager chacun des niveaux de raisonnement par ordre chronologique, c'est-à-dire en commençant par étudier les possibles manifestations de la distinction au stade dit conflictuel, avant de s'attacher à son étude au stade dit matériel. La possibilité d'une transposition de la distinction en droit international privé n'étant pas évidente, elle implique d'en éprouver la faisabilité. C'est donc à présent sur le principe même d'une transposition du droit interne au droit international privé qu'il faut s'attarder car celle-ci « [...] ne signifie pas reproduction pure et simple, mais implique l'adaptation qui ne prive pas d'effet le point de départ du raisonnement »<sup>131</sup>. Cette tentative va toutefois révéler l'impossibilité d'une transposition satisfaisante.

## 2) Les objections dirimantes

54. Pour éprouver *a priori* la pertinence de la distinction, il est utile de se focaliser sur un seul aspect du droit international privé afin de vérifier son utilité à l'analyse des normes le composant.

55. **Détermination de l'échantillon soumis à l'étude.** Le domaine que nous retiendrons est celui des conflits de lois car il est suffisamment emblématique de la matière pour s'essayer à une transposition. Par conséquent, seule la catégorie des règles de conflit de lois fera ici l'objet de notre attention. Mais il serait encore trop ambitieux de chercher à « tester » une transposition de la distinction en

---

<sup>130</sup> *Grands Arrêts*, 4<sup>e</sup> éd., 2001, p. 303. Et sur l'emploi du terme dispositif comme synonyme de supplétif, v. nos propos *supra* n°24.

<sup>131</sup> BATIFFOL, « Observations sur certaines transpositions en droit international privé », in *Festschrift für Karl Firsching zum 70. Geburtstag*, München : C.H. Beck, 1985, p. 5. L'auteur ajoute que règne en cette matière « une « atmosphère » complètement différente qui caractérise la différence des problèmes ».

appréhendant l'ensemble des règles de conflit de lois ; aussi est-il nécessaire d'en circonscrire l'étude à un domaine spécifique, qui sera constitué par la catégorie contractuelle. En effet, en raison de l'attention particulière que cette question a suscitée en doctrine, elle a semblé la plus susceptible de révéler la pertinence ou au contraire l'absence de pertinence de la transposition. Nous nous intéresserons donc aux règles qui gouvernent le conflit de lois en matière de contrats. S'il existe plusieurs sources en la matière, les règles du droit commun sont issues de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après la Convention), transformée en Règlement dit Règlement « Rome I » (ci-après le Règlement) depuis le 17 juin 2008 et l'entrée du droit international privé dans le champ du droit européen<sup>132133</sup>. Cet exemple clé va nous permettre de dégager les insuffisances de la distinction lorsqu'elle est appliquée au droit international privé<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> Règlement (CEE) n°593/2008 du 17 juin 2008 ; *JOUE* L. 177 du 4 juillet 2008, p. 6 ; Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (version consolidée), *JO C* 27 du 26 janvier 1998, p. 34.

<sup>133</sup> Avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1<sup>er</sup> décembre 2009, la dénomination « Union européenne » (UE) a remplacé celle de « Communauté européenne ». Il était courant auparavant en parlant des règlements de parler de Règlement « communautaire ». Désormais, le terme « Communauté » n'est plus utilisé que dans le cadre d'Euratom. Il sera donc question à l'avenir de règlements « européens ». L'adjectif « communautaire » est encore parfois cité en dehors d'Euratom dans des expressions telles que « l'acquis communautaire ». V. néanmoins pour un avis contraire considérant que l'adjectif « communautaire » est toujours pertinent : C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4<sup>e</sup> éd., 2010, Litec, n° 694, p. 515. Sur cette question, v. aussi : J.-S. BERGÉ, « Question de vocabulaire : impact de la disparition du terme "Communauté" et de ses dérivés dans les Traités sur l'Union européenne en droit des contrats », *RDC* 2008, p. 523.

<sup>134</sup> Il est toutefois utile de mentionner clairement les règles qui retiendront notre attention. Il a été précisé que, pour illustrer notre tentative de transposition de la distinction, seules les règles de conflit de lois contenues dans la Convention de Rome et le Règlement Rome I feront l'objet de notre étude. Par conséquent, seront écartées les dispositions substantielles applicables car désignées en vertu du Règlement ou de la Convention – comme la loi française interne ou la loi étrangère interne. En se limitant aux règles de conflit de lois, encore faut-il préciser que seules certaines d'entre elles seront étudiées, à savoir les règles de conflit que l'on pourrait qualifier de traditionnelles. Seront ainsi exclues les dispositions particulières de l'article 3.3 de la Convention de Rome et 3.3 et 3.4 du Règlement Rome I en raison de la structure particulière de ces règles, sur lesquelles nous reviendrons dans nos développements ultérieurs (v. notamment *infra* n°435 et n°505-506). Par ailleurs, seront également exclues les règles d'applicabilité des instruments dans lesquels ces règles de conflit de lois sont contenues, afin que l'étude ne porte que sur des dispositions intervenant au même niveau de raisonnement - on présupposera donc la Convention ou le Règlement applicable par le juge. Aussi, dans la Convention de Rome, le titre I portant sur le champ d'application et le titre III sur les clauses finales ne seront pas pris en compte, tout comme les Chapitres I, III et IV du Règlement. Les chapitres I, III et IV du Règlement traitent pour le premier de son champ matériel d'application et de diverses dispositions pour les deux derniers (Définition de la notion de résidence habituelle, exclusion du renvoi, relations avec d'autres instruments...). Seul l'article 21 relatif à l'ordre public du for – et compris dans le chapitre III – sera pris en compte, étant donné que dans la Convention cette disposition apparaissait directement à la suite de celles relatives à la détermination de la loi applicable. Ce sont les dispositions du titre II de la Convention et du Chapitre II du Règlement, toutes relatives aux règles uniformes, qui seront étudiées. Encore faut-il préciser que dans la Convention, l'analyse est restreinte aux articles 3 à 16 étant donné que les suivants ne traitent pas directement des solutions du conflit de lois proprement dit. En effet, les articles 17 et suivants du Titre II de la Convention sont relatifs à son application dans le temps, son interprétation uniforme, l'hypothèse de son application dans des systèmes non unifiés, les rapports de priorité avec le droit communautaire, les relations de la Convention avec d'autres conventions et enfin les réserves. Comme ces dispositions concernent encore – pour la plupart d'entre elles – des règles d'applicabilité de la Convention, il est logique qu'elles soient



**56. La qualification des règles d'impératives ou de supplétives.**

L'identification des règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles impose que soit également explicitée la méthode retenue pour les identifier dans la Convention ou le Règlement. Cela implique de s'interroger non seulement sur la manière dont va être apprécié le caractère de la disposition considérée en elle-même, mais également de se demander si celle-ci devra être envisagée isolément ou au sein de l'ensemble normatif auquel elle appartient.

**57. L'appréciation de la disposition elle-même.** Il s'agit de *classer* les règles choisies pour notre étude en fonction de leur caractère impératif ou supplétif, de « les diviser et répartir en catégories »<sup>135</sup>. Si le verbe *classer* nous renseigne sur le but que l'on se donne, il ne permet pas un éclairage suffisant de la méthode employée car rien n'indique comment s'opère cette répartition. Sur ce point, il est inévitable d'opérer une distinction entre les règles dont le caractère a été expressément énoncé par ses rédacteurs et celles où il est *a priori* impossible de le déduire de sa seule lecture. En droit interne, le législateur peut indiquer par l'emploi de certaines formules la valeur supplétive ou impérative de la disposition qu'il édicte, mais dans le silence – fréquent – de celui-ci, il appartient au juge de se prononcer<sup>136</sup>. Pareille hypothèse est parfaitement envisageable dans le cadre d'un instrument international ou de l'Union Européenne : la tournure de la règle pourra imprimer de manière non équivoque l'impossibilité pour les parties de s'y soustraire<sup>137</sup>. Aussi est-il nécessaire d'envisager de manière distincte chacune de ces situations.

---

également exclues. En réalité, il faudrait même ajouter que ce ne sont pas forcément les règles dites de conflit de lois qui nous intéressent car cela signifierait que l'on se prononce du même coup sur la nature de la règle, ce que l'on ne prétend pas faire. Il se peut en effet que certaines règles appréhendées par notre étude ne correspondent pas à la définition de la règle de conflit, mais prennent la forme d'une règle matérielle. Ces règles demeurent malgré tout pertinentes à l'égard de notre propos en ce qu'elles interviennent bien au stade conflictuel, même si elles donnent directement une réponse à la question soulevée. Au vu de ces considérations, il nous faudra donc étudier les articles 3 à 16 de la Convention et 3 à 18 du Règlement.

<sup>135</sup> V° « classer », *Le Petit Robert 2011*, Le Robert, 2010, sous la direction de J. REY-DEBOVE et A. REY.

<sup>136</sup> C. PÉRÈS, *La règle supplétive, op. cit.*, n°15, p. 15.

<sup>137</sup> V. sur cette question, s'agissant du Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations du 25 février 2015, la réponse de l'Association Henri Capitant à la consultation relative au projet :

« Remarque préliminaire sur le caractère supplétif des dispositions

De façon préliminaire, on s'interrogera sur l'opportunité de mentionner parfois seulement (V. les projets d'articles 1173 et 1215 par exemple) mais non toujours (V. la majorité des dispositions du projet) le caractère supplétif des dispositions proposées. En effet, le risque d'une interprétation *a contrario* pourrait en résulter lorsque la mention d'une possible clause ou convention contraire n'aura pas été insérée par le législateur. Une telle interprétation serait d'autant plus regrettable que le principe doit être celui du caractère supplétif des dispositions du Code civil et l'exception l'impossibilité d'une dérogation conventionnelle (comp. l'article 1102 al. 1<sup>er</sup> proclamant le principe de liberté contractuelle). Il pourrait sans doute être envisagé que le législateur s'inspirât du précédent de dispositions (V. not. l'art. L. 145-15 C. com qui indiquent expressément quelles dispositions codifiées sont, limitativement, d'ordre public afin de renforcer la prévisibilité des solutions contractuelles ».

**58. Hypothèse d'indication explicite des rédacteurs de la norme.** Lorsque les rédacteurs de la norme ont pris soin de marquer de manière non équivoque son caractère impératif ou supplétif, le travail de l'interprète se limite à une reconnaissance du caractère de la règle et donc à une simple identification de celle-ci. Cette identification ne concerne que les cas où une simple lecture permet de déceler ce caractère ; tout effort supplémentaire d'interprétation semble au contraire indiquer qu'une recherche approfondie est nécessaire. Évidemment, il s'agira d'étudier les formules ou tournures qui indiquent explicitement ce caractère afin de reconnaître les différents types de norme.

**59. Hypothèse d'absence d'indication explicite des rédacteurs de la norme.** Dans les cas où il est impossible de déterminer *a priori* le caractère de la norme, la difficulté sera de fournir à l'interprète des directives lui permettant de déterminer si la règle appartient à une catégorie plutôt qu'à l'autre. Il est donc attendu de la doctrine qu'elle élabore un ou des critères matériels de distinction capables de saisir l'ensemble des règles du droit positif. En présence de tels critères, une mise en œuvre rigoureuse de ceux-ci devrait alors suffire à déterminer le caractère de la norme. Malheureusement, leur identification s'est avérée difficile, ce qui a conduit certains auteurs à conclure qu'une telle entreprise était en réalité vaine. Ainsi, on ne trouve nulle part, dans la thèse de Madame C. PÉRÈS, la présentation d'un « miraculeux » critère, alors même que la première partie de sa thèse est consacrée à l'étude de la distinction proprement dite. Au contraire, la notion d'ordre public est selon elle inapte à jouer un rôle départiteur et doit être écartée, tout comme la méthode qui consisterait à rechercher des critères dans l'étude de la distinction elle-même : la détermination abstraite des conditions dans lesquelles les préférences individuelles doivent l'emporter sur les nécessités sociales, exprimées par la règle de droit, est stérile en raison de la relativité de l'opposition entre l'impératif et le supplétif. En effet, comme la distinction est inapte à traduire l'opposition entre la liberté individuelle et les contraintes sociales, la recherche d'un critère reposant sur le postulat d'une opposition irréductible entre les deux ne peut aboutir à un résultat concluant<sup>138</sup> car tant la règle supplétive que la règle impérative

---

<sup>138</sup> V. sur ce point : C. PÉRÈS, *La règle supplétive*, *op. cit.*, n°332-335, p. 300. et s. Pour l'auteur, la décision de conférer un caractère indérogeable à une règle relève d'un choix pragmatique. V. aussi dans le même sens : A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et droit de l'Union. Essai de systématisation*, th. dact. Paris I, 2015 : « Le choix de conférer un caractère impératif à une règle de droit privé (...) s'analyse ainsi en une pure question d'opportunité et d'adéquation. Aussi bien, ces critères que l'on prétend parfois tirer du caractère public ou impératif de la règle sont-ils inopérants. Tout au plus peuvent-ils servir d'indices révélateurs de l'existence d'un objectif sociétal », spéc. n°184. En l'absence de critère matériel, un auteur s'est toutefois attaché à dégager un critère de distinction tiré de la hiérarchie des normes : v. D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance, recherches sur le pluralisme juridique*, thèse dacty. Paris I, 2002, n°79 et s. p. 96 et s. En effet, l'une des trois acceptions qu'il retient de l'impérativité intéresse notre distinction, puisque l'impératif est alors opposé au supplétif. Il analyse la distinction en termes de « prédominance hiérarchique d'une norme supérieure sur une norme inférieure ». Aussi, lorsque l'on peut affirmer qu'une norme de source supérieure l'emporte sur une norme de source inférieure, cette norme peut alors être qualifiée d'*impérative* ; si en revanche

reflète les « vues idéales de l'ordre juridique<sup>139</sup> ». En définitive, si aucun critère matériel ne permet de distinguer les premières des secondes, c'est parce que la qualification retenue procède « d'une œuvre pratique d'opportunité consistant à se demander s'il est souhaitable de reconnaître aux sujets de droits telle(s) ou telle(s) forme(s) de liberté individuelle plutôt qu'une autre<sup>140</sup> ». Mais en l'absence de tout critère matériel, comment pourra s'opérer cette classification ?

**60. La qualification supplétive ou impérative de la règle : « un acte de volonté, non de re-connaissance<sup>141</sup>».** Dans le cas où le caractère de la disposition n'est pas expressément suggéré par les rédacteurs, un travail approfondi de l'interprète s'avère indispensable. Le terme *qualification* suggère que l'interprète devra, par une opération intellectuelle consistant en l'analyse de la disposition, choisir de lui attribuer tel ou tel caractère qui, en l'absence d'un critère matériel de qualification, procédera d'une véritable décision de sa part. Pour Madame C. PÉRÈS, il ne s'agit pas de découvrir quelle est par essence la nature de la règle dans une recherche fondamentale de la vérité mais de décider, après une réflexion en opportunité, s'il est socialement utile d'octroyer une certaine forme de liberté aux individus<sup>142</sup>. La méthode ainsi dégagée en droit interne – qui revient à dénier au seul contenu de la règle le signe de son caractère impératif ou supplétif et impose une réflexion sur la justification de la règle elle-même – nous semble la plus convaincante et sera appliquée à l'analyse qui suit. Auparavant, il convient de justifier pourquoi la disposition sera appréciée non seulement en elle-même, mais également compte tenu de l'ensemble auquel elle appartient.

---

une norme de source supérieure peut être écartée par une norme de source inférieure, elle peut alors être qualifiée de *supplétive*. Pour cet auteur, « il est important de comprendre que : la supplétivité est au même titre que l'impérativité une règle de prédominance ; elle se définit, au même titre que l'impérativité, par la notion de hiérarchie des normes (...); elle n'est ni une hiérarchie renversée (cad une autre hiérarchie), ni une méconnaissance de la hiérarchie, elle est un autre fonctionnement d'une seule et même hiérarchie. » v. spéc. note 165, p. 97. Cependant, ce critère n'étant nullement matériel, l'interprétation de la règle demeure toujours nécessaire.

<sup>139</sup> C. PÉRÈS, *La règle supplétive*, préf. G. Viney, LGDJ, 2004, n°593, p. 577.

<sup>140</sup> C. PÉRÈS, *La règle supplétive, op. cit.*, n° 335, p. 302.

<sup>141</sup> *Ibid* : « [...] le choix de la supplétivité est un acte de volonté, non de re-connaissance », n°335, p. 303.

<sup>142</sup> *Ibid*. Madame C. PÉRÈS a affirmé que « la détermination de la valeur supplétive ou impérative d'une règle de droit n'est donc pas une quête théorique de *vérité*, procédant d'une investigation fondamentale, par laquelle l'interprète s'inclinerait devant les domaines réservés, par *essence*, à la liberté individuelle, d'une part, aux nécessités sociales, d'autre part. À rebours, elle répond bien davantage à une œuvre pratique d'opportunité consistant à se demander s'il est souhaitable de reconnaître aux sujets de droit telle(s) ou telle(s) forme(s) de liberté individuelle plutôt qu'une autre. Dès lors, la qualification supplétive ou impérative d'une règle de droit revêt un caractère pragmatique au sens propre de l'épithète : c'est dans la sphère de l'action (*pragma*), et non dans celle de la connaissance théorique et spéculative que doit se positionner l'interprète ».

**61. L'appréhension de la disposition au sein d'un ensemble.** Une fois affirmé qu'il n'existait pas de critère matériel de qualification et que l'interprète devait se livrer à une analyse casuistique de la disposition, encore est-il nécessaire de préciser le champ de cette analyse car il est possible qu'une vision purement analytique de chacune des règles ne soit pas suffisante. Il est effectivement envisageable de considérer chacune des dispositions, successivement, afin de déterminer dans quelle mesure les sujets de droit peuvent s'éloigner des solutions qu'elle édicte. Pourtant, si cette méthode présente l'avantage de la simplicité, elle risque d'offrir une vision tronquée de la réalité<sup>143</sup>. Il nous semble raisonnable de reprendre ce constat à notre compte et par conséquent d'analyser chacune des dispositions en tant que partie d'un ensemble cohérent.

**62. La mise en œuvre de la classification** Conformément aux directives énoncées précédemment, il sera tout d'abord question d'identifier les dispositions dont il ressort de manière non équivoque qu'elles ont un caractère impératif ou supplétif puis, concernant celles dont la simple lecture ne permet pas d'opérer une telle déduction, de les qualifier.

**63. Les règles identifiées comme impératives ou supplétives.** Une simple lecture de la Convention et du Règlement devrait permettre d'identifier *a priori* certaines dispositions comme impératives ou supplétives lorsque l'intention des élaborateurs de la norme a été totalement dénuée d'équivoque. On a dit qu'en droit interne, ces hypothèses n'étaient pas les plus fréquentes et le constat semble valable en droit international privé, d'autant que l'on ne dispose pas toujours d'indices suffisamment fiables. En effet, les formules identifiées en droit interne pour signaler le caractère supplétif ou au contraire impératif de la disposition<sup>144</sup> ne se retrouvent

---

<sup>143</sup> V. C. PÉRÈS, *La règle supplétive, op. cit.*, n°594, p 578. Elle constate que cette vision « requiert de l'interprète qu'il examine chaque règle de droit, prise isolément [...]. Dans cette perspective, chaque règle est appréhendée comme objet d'observation autonome, détachée des autres dispositions qui l'entourent. À l'évidence, cette manière de voir offre l'avantage de la simplicité. Il est toutefois permis de penser que cette méthode est insuffisante et que les résultats qu'elle fournit n'offrent qu'une vue partielle, et partant incomplète, de la liberté dont disposent véritablement les sujets de droit dans une situation juridique donnée ».

<sup>144</sup> v. C. PÉRÈS, *La règle supplétive, op. cit.*, Annexe, p. 589. L'auteur reproduit différents textes du Code civil s'appliquant « à défaut » ou « en l'absence » de « convention », d' « accord » ou « à moins que le contraire ne soit exprimé » etc... Par exemple, l'article 1651 dispose que « *s'il n'a rien été réglé à cet égard* lors de la vente, l'acheteur doit payer au lieu et dans le temps où doit se faire la délivrance » ; l'article 764, alinéa 1 que « *sauf volonté contraire du défunt* exprimée dans les conditions de l'article 971, le conjoint successible qui occupait effectivement, à l'époque du décès, à titre d'habitation principale, un logement appartenant aux époux ou dépendant totalement de la succession, a sur ce logement, jusqu'à son décès, un droit d'habitation et un droit d'usage sur le mobilier, compris dans la succession, le garnissant » ; ou encore l'article 1836 alinéa 1 que « les statuts ne peuvent être modifiés, à défaut de clause contraire, que par accord unanime des associés ».

pas de manière systématique en droit international et une approche purement littérale s'avèrerait probablement insuffisante<sup>145</sup>.

Si l'on tentait néanmoins une telle approche, deux formules de la Convention pourraient immédiatement suggérer l'impérativité des dispositions en cause : l'emploi du terme *nonobstant* – fréquemment utilisé en droit interne – couplé au verbe *pouvoir* à la forme négative. Les articles 5 et 6 – tous deux relatifs à la protection des intérêts catégoriels que sont ceux des consommateurs et des travailleurs – sont rédigés en des termes suffisamment explicites pour imprimer la marque de leur impérativité<sup>146</sup>. L'article 7.2 traitant de l'application des lois de police du for semble également revêtir un caractère impératif en raison de l'expression « ne pourront pas porter atteinte »<sup>147</sup>. Dans ces différents cas, il est clairement exprimé que le choix d'une loi *x* ne pourra en aucun cas empêcher l'effet *y* de jouer : la latitude laissée aux destinataires de la règle pour s'en écarter est nulle. Dans le Règlement, seul l'article 9.2<sup>148</sup> – traitant pareillement de l'application des lois de police du for – peut aisément être identifié comme ayant un caractère impératif.

Dans ces exemples, le doute ne semble pas permis, mais ces hypothèses se révèlent minoritaires. Par ailleurs, concernant cette identification du caractère impératif ou supplétif, il faut se défier d'une forme de « faux ami » car une recherche par mot clé risquerait d'être source de confusion. En effet, la Convention comme le Règlement font à plusieurs reprises usage du terme « impératif » ou « dispositions

---

<sup>145</sup> Ce qui ne signifie pas qu'elle ne soit jamais éclairante. Ainsi, l'expression « à défaut de » est souvent usitée dans le Règlement Rome I comme le signe de la supplétivité de la disposition en cause. V. par exemple l'article 4, §1 « À défaut de choix exercé conformément à l'article 3 et sans préjudice des articles 5 à 8 », les articles 5§1 et §2, 7§1 et §2 ou encore l'article 17 en matière de compensation légale qui énonce que « à défaut d'accord entre les parties sur la possibilité de procéder à une compensation, la compensation est régie par la loi applicable à l'obligation contre laquelle elle est invoquée ». V. aussi nos propos *supra* n°57.

<sup>146</sup> « Article 5 Contrats conclus par les consommateurs

[...] 2. Nonobstant les dispositions de l'article 3, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle : si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat ; ou si le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays ; ou si le contrat est une vente de marchandises et que le consommateur se soit rendu de ce pays dans un pays étranger et y ait passé la commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente [...] ».

« Article 6 Contrat individuel de travail

1. Nonobstant les dispositions de l'article 3, dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du paragraphe 2 du présent article. [...] ».

<sup>147</sup> « Article 7 Lois de police [...]

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 ».

<sup>148</sup> « Article 9 Lois de police [...]

2. Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi. » La marque de l'impérativité est également marquée par l'expression « ne pourront porter atteinte ».

impératives», sans que l'emploi de ce terme dénote le caractère impératif de la disposition qui le contient. Par exemple, l'article 7.1 de la Convention relatif aux lois de police étrangères qui vise « les dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien » n'est pas forcément d'application impérative puisqu'il est expressément mentionné qu'il « pourra être donné effet » à ces dispositions, alors que la faculté semble se transformer en obligation pour les lois de police du for<sup>149</sup>.

Très souvent, compte tenu de la complexité de la rédaction et de l'interaction entre les différentes dispositions, le verbe employé ne sera pas vraiment révélateur du caractère de la norme. La manière dont est rédigée une disposition est souvent à elle seule insuffisante et la détermination de son caractère plus ou moins contraignant ne se contentera pas d'une simple approche littérale<sup>150</sup>.

**64. Les règles qualifiées d'impératives ou de supplétives. L'exemple des articles 4.** Prenons tout d'abord l'article 4 de la Convention intitulé « Loi applicable à défaut de choix ». Le titre suggère de manière explicite la possibilité d'un choix de loi par les parties et, s'agissant de la matière contractuelle, il concerne la loi qui régira leur contrat. Étant donné que l'article 4 détermine la loi applicable lorsque le choix n'a pas eu lieu (« Loi applicable *à défaut* de choix »), cet article n'a vocation à intervenir que pour suppléer une volonté défaillante – que ce soit volontairement ou non. Par conséquent, de par leur seul intitulé, les dispositions de l'article devraient pouvoir être qualifiées de *supplétives de la volonté des parties*. La nécessité de ce type de disposition est incontestable car si « en droit interne, il faut qu'on sache comment suppléer au silence des parties. En droit international privé, il importe de savoir quelle législation sera qualifiée d'une façon obligatoire pour remplir cette

---

<sup>149</sup> Ce que l'on désigne comme constituant des dispositions impératives visent les articles 7 et 9 en eux-mêmes, c'est-à-dire ayant trait à l'application des lois de police du for en vertu de la Convention ou du Règlement, et non les lois de police qui sont également par définition impératives. S'agissant des lois de police étrangères, même si l'on conçoit parfaitement que la loi étrangère puisse intrinsèquement revêtir un caractère impératif, les alinéas 1 de l'article 7 et 3 de l'article 9 qui prévoient l'application de ces lois de police étrangères ne sont pas dotés de ce caractère. En réalité, les dispositions étant rédigées uniquement à l'adresse du juge, l'on peut douter qu'elles puissent être qualifiées de supplétives étant donné que ce terme n'a *a priori* de sens qu'à l'égard des parties. Sur ce point v. *infra* n°82.

<sup>150</sup> V. dans ce sens : R. HENRI PALLARD, « La règle et le droit : la subjectivité et la genèse de la normativité dans l'ordre juridique », *R.R.J* 1998, p. 211-242 ; C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. 2, LGDJ, 1983 : « Il ne faut pas s'arrêter au vêtement, il faut voir le corps. Ce qui compte, ce n'est pas la forme grammaticale ; c'est la pensée ; c'est le sens de la proposition, c'est le fond de la disposition ». Pour Monsieur P. AMSELEK, « peu importe que le législateur emploie les termes « doit », « peut », « ne peut pas » ; ce n'est pas la forme de l'énoncé qui est en cause, mais le contenu de la pensée énoncé et la fonction d'encadrement de la conduite qu'on lui fait jouer et qui amène à en tirer (ou essayer d'en tirer) des obligations, des prohibitions ou des permissions (« Ontologie du droit et logique déontique », *R.D.P* 1992, p. 1014-1015).

fonction »<sup>151</sup> ; et ce sont en l'occurrence les dispositions de l'article 4 qui jouent ce rôle de suppléance<sup>152</sup>.

Évidemment, cette qualification n'enlève rien au caractère obligatoire de ces dispositions et, entre autres, des présomptions qu'elles édictent<sup>153</sup>. Aussi, en matière de droit réel immobilier, dès lors que les parties n'auront pas choisi la loi applicable à leur contrat, ce sera la loi du pays où est situé l'immeuble qui sera applicable. Cette formulation n'est pas énoncée de la sorte, mais doit être déduite de la lecture combinée des paragraphes premier et trois. Le paragraphe 1 commence par énoncer le caractère supplétif de la disposition en ce qu'il déclare « dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par... » – ce qui annonce clairement que les prescriptions qui suivent viennent pallier une absence de volonté <sup>154</sup> –, puis donne la solution supplétive à savoir que ce sera « la loi du pays avec lequel il [*le contrat*] présente les liens les plus étroits ». Mais la détermination de ces liens étroits n'est pas laissée à la libre appréciation des juges car ce pays est désigné dans le paragraphe 3 comme le lieu de situation de l'immeuble. Par conséquent, en l'absence de choix exercé par les parties, ce sera bien cette loi qui sera appliquée, à moins que les conditions du paragraphe 5 ne se réalisent, c'est-à-dire qu'« il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens étroits avec un autre pays ». Quant à l'article 4 du Règlement, malgré un indéniable renouvellement de la méthode<sup>155</sup>, le même type de raisonnement peut être tenu quant à sa qualification de disposition supplétive. Il s'écarte effectivement de la Convention en ce qu'il ne pose plus de présomption générale relative à la loi des liens les plus étroits, mais énumère plusieurs contrats nommés et leur attribue à chacun un rattachement objectif

---

<sup>151</sup> M. CALEB, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, Recueil Sirey, 1927, p. 95.

<sup>152</sup> V. sur le rapprochement entre l'article 4 et les règles supplétives : P. BOUREL, Y. LOUSSOUARN, P. DE VAREILLES SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 10ème éd., 2013, spéc. n°249 p. 238 et pour une analyse de la règle de conflit de lois objective en matière contractuelle sous l'angle de la règle supplétive : P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, préc., spéc. n°11 et s., p. 876. L'auteur renvoie lui-même J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, 1983, p. 221-222, note 7, suggérant déjà un tel rapprochement.

<sup>153</sup> Comp. J.-P. NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI*, 1927, tome 16, qui évoque une impérativité au « deuxième degré » des règles supplétives : « Les lois dites facultatives sont pour nous des lois impératives; seulement elles ne le sont pas immédiatement, disons qu'elles sont *facultatives* au premier degré ; et *obligatoires* au second degré. Elles sont alternatives. Il dépendrait des parties de s'en affranchir. Leur silence, loin d'ouvrir la porte à toutes sortes de recherches et d'investigations sur leur intention, doit entraîner, par un véritable déclenchement automatique, la mise en œuvre nécessaire de la loi dite facultative qui se transforme à ce moment en loi *impérative* » (spéc. p. 62).

<sup>154</sup> Cette formule pourrait tout aussi bien annoncer la sanction d'un choix de loi qui n'aurait pas été conforme aux dispositions de l'article 3... Mais l'application d'une autre loi peut-elle être considérée comme une sanction ? En réalité, il ne s'agit pas alors d'une sanction, mais bien d'une solution suppléante.

<sup>155</sup> V. sur ce point : T. AZZI, « La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I », *D.* 2008 p. 2169.

prédéterminé. Ce changement n'entache toutefois en rien la vocation de suppléance de ces dispositions, qui n'auront pas à intervenir si un choix de loi a été effectué par les parties conformément aux dispositions du Règlement<sup>156</sup>.

Ainsi, les dispositions concernant la détermination de la loi applicable à défaut de choix des parties, en raison de leur fonction de suppléance de la volonté défaillante, doivent être qualifiées de règles supplétives. Il semble d'ailleurs possible d'imaginer élargir ce constat à d'autres domaines que la matière contractuelle. En effet, au vu de la définition de la règle supplétive, il semble que, dès lors qu'en l'absence de choix de loi exprimé par les parties un rattachement objectif sera prévu, les règles qui détermineront ce rattachement seront d'application supplétive.

**65. L'exemple des articles 9 de la Convention et 11 du Règlement.** À la lecture de l'ensemble de la Convention, il semble que l'on puisse qualifier certaines dispositions d'impératives, non parce qu'elles excluent totalement le libre jeu de la volonté des parties, mais parce que cette volonté n'influe qu'indirectement sur la loi choisie. Prenons ainsi l'article 9 de la Convention relatif à la forme<sup>157</sup>. Le paragraphe premier énonce qu' « un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans un même pays est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de la présente convention ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu ». La première observation concerne la singularité de cette règle puisque, en l'occurrence, il ne s'agit pas d'une règle de conflit. En effet, l'article 9 pose une solution matérielle, à savoir la validité du contrat à condition qu'il remplisse les conditions de forme de la loi régissant le fond ou du lieu où il a été conclu ; mais ce constat ne porte pas atteinte à la pertinence de la recherche<sup>158</sup>.

<sup>156</sup> « Article 4 Loi applicable à défaut de choix

1. À défaut de choix exercé conformément à l'article 3 et sans préjudice des articles 5 à 8, la loi applicable au contrat suivant est déterminée comme suit : [...] ».

<sup>157</sup> « Article 9 Forme

1. Un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans un même pays est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de la présente convention ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu.

2. Un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans des pays différents est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de la présente convention ou de la loi de l'un de ces pays.

3. Lorsque le contrat est conclu par un représentant, le pays où le représentant se trouve au moment où il agit est celui qui doit être pris en considération pour l'application des paragraphes 1 et 2.

4. Un acte juridique unilatéral relatif à un contrat conclu ou à conclure est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui régit ou régirait au fond le contrat en vertu de la présente convention ou de la loi du pays dans lequel cet acte est intervenu.

5. Les dispositions des paragraphes précédents ne s'appliquent pas aux contrats qui entrent dans le champ d'application de l'article 5, conclus dans les circonstances qui y sont décrites au paragraphe 2. La forme de ces contrats est régie par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle.

6. Nonobstant les dispositions des quatre premiers paragraphes du présent article, tout contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble est soumis aux règles de forme impératives de la loi du pays où l'immeuble est situé, pour autant que selon cette loi elles s'appliquent indépendamment du lieu de conclusion du contrat et de la loi le régissant au fond ».

<sup>158</sup> V. *supra* n°51 *in fine*.



Aussi, alors que dans une tradition classique, l'on s'attachait à déceler son caractère supplétif ou impératif en fonction du rapport qu'il entretient avec la possibilité d'une expression de la liberté individuelle, peut-être serions-nous tentée de voir dans cette règle une règle supplétive, en ce qu'elle fait dépendre la solution de l'expression de cette volonté. En effet, la loi régissant le fond peut être choisie par les parties et l'on peut également imaginer que le lieu de conclusion du contrat le soit tout autant. Pourtant, il nous semble nécessaire de réfuter ce type de raisonnement car « déterminer abstraitement si la liberté individuelle peut s'exercer à l'égard des dispositions formant le droit positif est une chose, établir qu'une disposition revêt une valeur supplétive en est une autre »<sup>159</sup>. Or il semble précisément que cette possible influence de la volonté sur les prescriptions juridiques ne suffise pas à la qualifier de règle supplétive. Il s'agit plutôt de rechercher si cette règle vient pallier une absence de volonté. Tel n'est pas le cas pour la disposition qui nous concerne car, que la volonté se soit manifestée ou non, la règle qui prescrit la validité du contrat reposera toujours sur le même schéma : elle dépendra des dispositions de l'une ou de l'autre loi (loi du fond ou loi du lieu de conclusion) et les parties ne pourront donc pas décider que la forme du contrat sera soumise à une loi tierce ou qu'elle devra remplir cumulativement les conditions des deux lois désignées par l'article 9. Certes, s'ils veulent que les conditions de validité formelle soient soumises à la loi  $x$ , libres à eux de soumettre le contrat à cette loi au fond ou de conclure le contrat sur le territoire de l'État  $x$ . Mais dans ce cas, l'application de la loi  $x$  sera justifiée par sa compétence à titre de *lex contractus* ou de loi du lieu où le contrat a été conclu et non en tant que loi choisie pour régir la validité formelle du contrat. Par conséquent, le paragraphe 1<sup>e</sup> de l'article 9 semble bien pouvoir être classé dans la catégorie des règles impératives.

Les paragraphes 2 (hypothèse de deux cocontractants se trouvant dans des pays différents) et 4 (hypothèse de l'acte juridique unilatéral relatif à un contrat conclu ou à conclure) obéissant exactement à la même structure, une conclusion identique s'impose. Si le paragraphe 3 expose une directive d'interprétation lorsque le contrat a été conclu par un représentant, la solution ne supplée là encore aucune défaillance de la volonté, mais prescrit l'interprétation qui doit être donné du pays visé dans les deux premiers paragraphes. Les deux derniers paragraphes, s'ils sont construits différemment, peuvent également recevoir cette qualification. Le paragraphe 5 retire du champ d'application des précédents paragraphes les contrats entrant dans le champ de l'article 5 (contrats dits *conclus par des consommateurs*) pour lesquels une véritable règle de conflit est énoncée et se pose comme une règle impérative. Quant au paragraphe 6, il concerne les contrats ayant pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble et il les soumet aux conditions de validité formelle de la loi de situation de l'immeuble – si tant est

---

<sup>159</sup> C. PÉRÈS, *La règle supplétive*, op. cit., n°335, p 302.

qu'elles soient internationalement impératives. Ici encore, la référence aux dispositions impératives n'est pas un véritable indice de qualification.

Dans le Règlement, l'article 11 – plus judicieusement intitulé « validité formelle » –, s'il allonge la liste des lois consultées afin de valider la forme du contrat, ne change pas l'architecture des règles auxquelles on peut, pour les mêmes raisons, conférer un caractère impératif<sup>160</sup>.

66. Évidemment, que les exemples choisis pour illustrer cette tentative de qualification ne fassent pas référence à l'article 3 concernant le principe d'autonomie ne résulte pas du hasard. Il a semblé en effet nécessaire de réfléchir spécifiquement à la qualification de ce principe, tant son caractère ambigu est manifeste.

67. **La qualification délicate du principe d'autonomie**<sup>161</sup>. Comme précédemment, afin de rendre l'analyse plus précise, ce n'est pas le principe d'autonomie appréhendé de manière abstraite que l'on considère, mais tel qu'il est formulé dans la Convention et le Règlement<sup>162</sup>. Peut-être est-il avant tout nécessaire d'expliquer ce qui justifie le traitement particulier du principe d'autonomie au sein de cette étude. Outre sa nature controversée, c'est probablement parce que l'on était tenté d'avoir une idée préconçue de sa qualification qu'il est indispensable de s'y arrêter plus longuement. Une fois l'intuition doctrinale précisée, nous pourrions la

---

<sup>160</sup> « Article 11 Validité formelle

1. Un contrat conclu entre des personnes ou leurs représentants, qui se trouvent dans le même pays au moment de sa conclusion, est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu du présent règlement ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu.
2. Un contrat conclu entre des personnes ou leurs représentants, qui se trouvent dans des pays différents au moment de sa conclusion, est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu du présent règlement ou de la loi d'un des pays dans lequel se trouve l'une ou l'autre des parties ou son représentant au moment de sa conclusion ou de la loi du pays dans lequel l'une ou l'autre des parties avait sa résidence habituelle à ce moment-là.
3. Un acte juridique unilatéral relatif à un contrat conclu ou à conclure est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui régit ou régirait au fond le contrat en vertu du présent règlement ou de la loi du pays dans lequel cet acte est intervenu ou de la loi du pays dans lequel la personne qui l'a accompli avait sa résidence habituelle à ce moment.
4. Les dispositions des paragraphes 1, 2 et 3 du présent article ne s'appliquent pas aux contrats qui entrent dans le champ d'application de l'article 6. La forme de ces contrats est régie par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle.
5. 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. »

<sup>161</sup> V. déjà, s'interrogeant sur la nature du principe d'autonomie : P. BOUREL, Y. LOUSSOUARN, P. DE VAREILLES SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 10ème éd., 2013, spéc. n°249 p. 238.

<sup>162</sup> Cela ne signifie nullement que les considérations qui suivent ne seront propres qu'au principe tel qu'il est formulé dans ces deux instruments, mais seulement qu'il a semblé préférable de partir de l'analyse d'un énoncé précis, délimitation nécessaire à notre exercice de qualification. Néanmoins, l'on tâchera ultérieurement d'extrapoler les conclusions à d'autres formulations du principe d'autonomie.

confronter à une analyse approfondie du contenu de la règle d'autonomie afin d'en déduire sa qualification.

**68. L'intuition doctrinale écartée.** À l'occasion de la présentation de la distinction en droit interne, on a signalé que la doctrine avait eu souvent tendance à rapprocher la supplétivité de la liberté et à percevoir la règle supplétive comme l'« expression, dans le champ des normes, de la liberté individuelle »<sup>163</sup>. L'on comprend alors assez aisément le séduisant raccourci intellectuel qui se profile, consistant à voir dans le principe d'autonomie une forme d'expression de la liberté des parties et donc une règle supplétive. On retrouve d'ailleurs clairement cette idée sous la plume de certains qui assimilent l'autonomie de la volonté – *a fortiori* traduit dans le principe d'autonomie – à la réglementation supplétive<sup>164</sup>. Pourtant, on sait désormais trompeuse – voire simpliste –, l'idée réduisant la distinction de l'impératif et du supplétif à une opposition de la contrainte et de la liberté. C'est uniquement l'existence ou non d'une fonction de suppléance de la règle qui doit conduire à une telle qualification. Par conséquent, il convient de vérifier si le principe d'autonomie permet ou non de suppléer une volonté défaillante (que cette défaillance soit volontaire ou non).

Ce principe signifie que « les parties sont libres d'exercer leur volonté en vue du choix de la législation à laquelle elles veulent soumettre leur convention sous réserve du respect qui est dû à l'ordre social »<sup>165</sup> ; il octroie une faculté davantage qu'il ne prévoit une solution de secours<sup>166</sup>. Le principe d'autonomie ne prétend donc nullement combler une lacune, ce rôle étant dévolu aux règles prévoyant des rattachements objectifs – comme les articles 4 précités<sup>167</sup>. Ces dernières ont été à juste titre qualifiées de supplétives puisqu'elles avaient précisément pour objet de remédier à l'absence de prévisions des parties quant au choix de la loi applicable. Ces deux types de règles ont des objets bien distincts : les premières ont pour vocation de permettre une manifestation de volonté – et d'en admettre la licéité –

<sup>163</sup> C. PÉRÈS, « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet) », *D.* 2009, p. 381-387 et v. *supra* n° 27 et n°40.

<sup>164</sup> V. C. P. PAMBOUKIS, « Droit international privé holistique », *RCADI*, tome 330, 2007, p. 99. L'auteur énonce expressément que « l'autonomie de la volonté – la réglementation supplétive – tend de plus en plus à en devenir la règle ».

<sup>165</sup> M. CALEB, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, Recueil Sirey, 1927, p. 39.

<sup>166</sup> V. dans ce sens C. PÉRÈS, *La règle supplétive*, *op. cit.*, n°145 p. 134 : « l'objet de la règle supplétive est sensiblement plus réduit [*car*] on ne doit pouvoir parler de règle supplétive qu'à la condition que celle-ci énonce une solution destinée à suppléer le vouloir individuel, à combler les lacunes résultant du défaut d'exercice de leur liberté par les particuliers ». Au contraire, l'idée de permission apparaît dès à présent au cœur du principe d'autonomie et suggère déjà l'idée d'une règle *permissive*, qui octroie expressément à son destinataire une faculté de faire ou de ne pas faire V. nos propos *infra* n°92-94.

<sup>167</sup> On renvoie aux descriptions qui ont été faites précédemment : *supra* n°64.

alors que les secondes vont au contraire prendre acte de l'absence d'une telle manifestation de volonté en édictant des solutions permettant d'y suppléer<sup>168</sup>. Par conséquent, l'intuition doctrinale doit être écartée au profit de l'affirmation de ce que ne contient pas le principe d'autonomie, à savoir une règle supplétive. Mais à disqualifier l'une des deux branches de notre distinction, la règle du « tiers exclu » devrait nous faire conclure que ce principe contient une règle... impérative ! Pourtant rien ne semble plus paradoxal que cette conclusion, aussi est-il nécessaire d'analyser plus en détail ce principe tel qu'il est formulé dans nos deux instruments de référence.

**69. L'approche formaliste inopérante.** Le principe d'autonomie est matérialisé dans la Convention et le Règlement par une règle énoncée dans leurs articles 3 respectifs, dont le paragraphe 1<sup>er</sup> contient la partie substantielle. Il dispose : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ». Une approche formaliste de cet article pourrait tout d'abord – et contre toute attente – confirmer l'hypothèse dégagée précédemment. En effet, le mode indicatif de la première proposition (« le contrat *est régi* par la loi choisie par les parties »), conjugué à l'utilisation du verbe devoir (« ce choix *doit* résulter ») suggère le caractère impératif de ces dispositions. Une lecture rapide et isolée pourrait indiquer qu'en matière contractuelle les parties sont contraintes (sous peine de sanction ?) de choisir une loi pour régir leur contrat. Mais alors que déduire de la fin du paragraphe qui laisse aux parties la faculté de choisir la loi applicable à l'ensemble ou à une partie seulement du contrat ? Cela pourrait signifier que les parties sont bien obligées de choisir une loi pour régir le contrat, mais que celle-ci pourrait se contenter de n'en régir qu'une partie... Évidemment, un semblant de connaissance du droit international privé révèle le caractère parfaitement fantaisiste de cette interprétation. Une lecture de la disposition comprise par rapport à l'ensemble de l'instrument – Convention comme Règlement – permet de comprendre qu'elle n'est pas une disposition impérative. En effet, l'article 4 précité prévoit explicitement l'absence d'un tel choix sans qu'aucune sanction ne soit prévue. L'impérativité doit donc être exclue ; la règle énoncée par le principe d'autonomie ne serait donc ni impérative ni supplétive.

**70. L'approche renouvelée.** Si surprenant soit-il, ce constat peut être mis en parallèle avec le plan d'une étude sur le droit applicable au contrat d'assurance en

---

<sup>168</sup> Pour une telle analyse, v. C. PÉRÈS, *La règle supplétive*, *op. cit.*, n°145 p. 134 : « Les deux questions, tenant l'une à la détermination de la licéité d'une manifestation de volonté, l'autre à la détermination des moyens de suppléer cette volonté, ne peuvent se confondre ».

droit communautaire<sup>169</sup>. En effet, en s'intéressant à la loi applicable au contrat d'assurance, l'auteur procède à une classification des règles de conflit de lois et propose à cette fin trois catégories, déclinées en fonction de la faculté de choix laissée aux parties. Cela le conduit à étudier : « l'exclusion du choix : le rattachement impératif », puis « le choix de la loi applicable au contrat : l'autonomie de la volonté » et enfin « l'absence de choix de la loi applicable : le rattachement subsidiaire ». Même s'il s'agit d'une étude de droit spécial – qui n'entre pas dans le cadre que l'on s'est fixé – la présentation tripartite est assez originale pour retenir l'attention. S'agissant également d'une matière contractuelle, il est remarquable que l'autonomie de la volonté fasse l'objet d'un chapitre spécifique, à côté de l'hypothèse des rattachements impératifs et des rattachements subsidiaires. Or, même si elle ne se rattache pas expressément à notre distinction et à nos conclusions, on en retrouve pourtant deux idées : le principe d'autonomie devrait être classé dans une catégorie distincte et la catégorie des règles prévoyant un rattachement subsidiaire correspondrait à la catégorie des règles supplétives.

Certes, l'on pourrait objecter que les adjectifs *subsidiaire* et *supplétif* ne sont pas parfaitement synonymes, mais l'on doit reconnaître qu'une acception large de la supplétivité permet d'appréhender la subsidiarité<sup>170</sup>. En effet, celle-ci remplit deux fonctions : elle contribue à désamorcer la concurrence de deux normes en établissant un rapport de hiérarchie entre les deux – le subsidiaire vient en second lieu<sup>171</sup> – ; mais elle vient aussi pallier une défaillance de la règle principale et remplit donc une fonction de suppléance. Cette deuxième fonction rejoint celle de la règle supplétive, dont le propre est de venir suppléer l'absence de volonté individuelle. La différence réside toutefois dans cette dernière précision, car tandis que la règle supplétive vient suppléer une *volonté* défaillante, la règle subsidiaire supplée la défaillance de la *norme* de référence. Le droit international privé en fournit des exemples notables à travers les hypothèses où « l'impossibilité de mettre en œuvre la technique de rattachement pour une situation donnée (ainsi du statut personnel de l'apatride) ou qu'il soit inconnu (le meuble dont on ignore la situation) ou que connu il soit ineffectif (le meuble se situe dans un espace dépourvu de souveraineté) entraîne la défaillance objective de la règle normalement applicable » et où « la compétence subsidiaire de la loi du for pourvoit légitimement à ce manque »<sup>172</sup>. En

<sup>169</sup> B. DUBUISSON, *Le droit applicable au contrat d'assurance dans un espace communautaire intégré*, th. U.C.L., 1994.

<sup>170</sup> V. sur cette notion : A. GOUËZEL, *La subsidiarité en droit privé*, Préf. P. CROcq, Economica, 2013 et C. HABRE, *La subsidiarité en droit privé*, thèse dacty. Université Paris II-Panthéon Assas, 2014.

<sup>171</sup> V. J. RAYNARD, « À propos de la subsidiarité en droit privé », in *Mélanges Mouly*, Litec, Paris 1998, p. 131. L'auteur rappelle que le subsidiaire « assure la primauté de l'essentiel ».

<sup>172</sup> *Ibid.* Dans certains exemples du droit international privé, la subsidiarité ne vise pas tant une norme de référence défaillante qu'un rattachement défaillant. Dans la jurisprudence *Rivière* (Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 avril 1953, *Grands arrêts*, n°26), si le rattachement principal fait défaut – la nationalité commune des époux dans le cas où ceux-ci seraient de nationalités différentes –, un rattachement subsidiaire est proposé : le domicile commun des époux.

l'espèce, il s'agit bien de subsidiarité puisque la *lex fori* vient suppléer la défaillance de la norme de référence. Les règles de conflit à rattachements objectifs viennent au contraire pallier une absence de choix de loi par les parties et *a fortiori* la défaillance de leur volonté et non de celle d'une norme<sup>173</sup>. Mais cette différence n'altère en rien le constat qu'il existe une véritable parenté entre les deux règles qui ont toujours pour fonction de remédier à la défaillance d'un élément – elles interviennent à défaut d'autre chose. L'intérêt de ce rapprochement est donc qu'il permet d'écarter définitivement le principe d'autonomie de la catégorie des règles supplétives car il n'a jamais pour vocation de suppléer une quelconque défaillance mais seulement de rendre licite une manifestation de volonté.

Dans notre domaine, la manifestation de volonté est circonscrite : il s'agit de la rendre licite pour permettre aux parties d'opérer un choix de loi – et non, plus largement, pour permettre la création d'autres situations juridiques. Cette faculté accordée aux parties par le principe d'autonomie le rapprocherait alors davantage d'une règle permissive que supplétive. Tout en étant liées, les notions de règles permissives et de règles supplétives ne se confondent pas ; elles se complètent. En effet, dès lors qu'une règle permissive octroie aux parties la possibilité de faire un choix de loi applicable, une règle supplétive doit nécessairement prendre le relais dans les cas où les parties décideraient de ne pas user de la faculté. En l'absence de certitude *a priori* quant à l'utilisation ou non de cette faculté par les parties, l'existence d'une règle permissive impliquera nécessairement l'existence d'une règle supplétive et *vice-versa*<sup>174</sup>.

~

**71.** Malgré son adéquation apparente à l'étude du droit international privé contemporain, la distinction de l'impératif et du supplétif s'est révélée impropre à fournir une grille de lecture satisfaisante de la matière. En effet, comme la distinction ne parvient pas à rendre compte du principe d'autonomie, qui irrigue le droit positif, il convient d'abandonner celle-ci. Au contraire, dès lors que le concept de norme permissive permet d'appréhender le principe d'autonomie et en raison de la place particulière que ce dernier occupe en droit international privé, il nous faut interroger l'utilité de ce concept comme instrument de lecture de la matière.

---

<sup>173</sup> On devrait alors en conclure que M. DUBUISSON (*Le droit applicable au contrat d'assurance dans un espace communautaire intégré, op. cit.*) n'est pas parfaitement rigoureux lorsqu'il évoque un « rattachement subsidiaire » dans le cas d'une « absence de choix de la loi applicable », qui renvoie plutôt à une défaillance de la volonté. Pourtant, plus qu'une imprécision terminologique, l'emploi de cette expression nous semble révélatrice de la volonté, pour l'auteur, d'insister sur l'existence d'un rapport hiérarchique entre le principe d'autonomie en matière d'assurance, règle première, et la règle de conflit à rattachement objectif, règle seconde.

<sup>174</sup> En ce sens : C. PÉRÈS, *La règle supplétive, op. cit.*, n°145 p. 134. L'auteur énonce qu'« en réalité, les mécanismes qui les sous-tendent sont de nature complémentaire et se relayent successivement, le supplétif obviant au risque d'indétermination que recèle le permissif ».

**SECTION II**  
**L'INTÉRÊT DU CONCEPT DE NORME PERMISSIVE**  
**EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

72. Le constat des insuffisances de la distinction traditionnelle entre l'impératif et le supplétif, particulièrement inadaptée au droit international privé contemporain<sup>175</sup>, commande de renouveler les outils d'analyse de la matière. Il va alors s'avérer nécessaire non seulement de dépasser cette opposition binaire afin de prendre en compte la catégorie des normes permissives (§I), mais aussi, de manière plus radicale, d'abandonner l'idée d'une étude construite sur l'utilisation d'une telle distinction, pour se focaliser sur la seule catégorie des normes permissives (§II).

**§I – Intérêt de la prise en compte des normes permissives en droit international privé**

73. **Intérêt d'une étude centrée sur le droit international privé.** La nécessité d'une étude qui se cantonnerait à l'examen d'une seule discipline est confortée par l'observation qu'une telle démarche avait déjà été adoptée dans deux précédentes thèses. En effet, dans sa thèse intitulée *Normes permissives et droit public*, Monsieur C. GROULIER exclut du champ de son analyse le droit international public. Il explique d'une part que la spécificité de cette matière est telle qu'elle mériterait que lui soit consacrée une étude entière sur les liens qu'elle entretient avec la notion de norme permissive et d'autre part que « l'intérêt d'une recherche sur les normes permissives réside essentiellement dans l'étude de la liberté juridique à l'intérieur d'un cadre normatif où cette liberté n'est pas absolue »<sup>176</sup>. Le premier argument invoqué pour exclure le droit international public de son étude nous conforte dans la nécessité d'observer l'émergence des normes permissives spécifiquement en droit international privé, à l'exclusion du droit interne. Une conclusion symétrique avait été tirée par Madame C. PÉRÈS à propos de la règle supplétive dont elle cantonnait l'analyse au droit privé interne, en prenant soin d'exclure le droit international privé<sup>177</sup>. Mais si la nécessité d'une étude spécifique n'est donc discutée par personne, un obstacle demeure en raison du second argument invoqué par Monsieur C.

---

<sup>175</sup> Il n'est pas question de dire que les normes permissives n'existent pas en droit interne (l'article 1393 du Code civil en est une illustration en matière de choix du régime matrimonial par les époux) et que la distinction entre les règles impératives et supplétives serait une parfaite représentation du droit positif interne (v. sur ce point la démonstration de C. PÉRÈS, *op. cit.*) ; il s'agit seulement de constater que les normes permissives y suscitent moins d'intérêt car la figure des règles supplétives éclipe bien souvent celle des règles permissives et que la distinction, bien qu'imparfaite, peut donc s'avérer utile. Au contraire, en droit international privé contemporain, en raison de l'importance du principe d'autonomie, c'est davantage la règle permissive qui est au cœur des préoccupations et l'insuffisance de la distinction n'en est alors que plus flagrante.

<sup>176</sup> C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, th. Limoges, 2006, n°18 p. 25.

<sup>177</sup> C. PÉRÈS, *La règle supplétive*, *op. cit.*, n°18, p. 21.

GROULIER pour exclure le droit international public du champ de son étude. En effet, l'affirmation que l'étude des normes permissives ne présenterait d'intérêt que dans un cadre normatif déterminé peut sembler plus inquiétante. Comme le droit international privé se donne pour objet d'assurer la coordination d'ordres juridiques différents proposant chacun leur propre cadre normatif, il peut sembler difficile de l'appréhender comme une matière offrant en soi un tel cadre d'analyse. Néanmoins, le parallèle établi avec le droit international public n'a ici de pertinence que par l'identité terminologique et l'exclusion de l'auteur s'explique essentiellement par la faible cohérence de l'ordre international. Loin de constituer une critique, cette assertion vient de la définition même de cette matière dont les spécialistes n'hésitent pas à affirmer qu'il est un système « anarchique »<sup>178</sup>. Et s'ils admettent une comparaison entre les rapports entre États et la logique du droit privé – qui régit les relations entre particuliers –, c'est pour mieux insister sur la différence essentielle qui les sépare, à savoir que « cette logique n'est encadrée ou contrecarrée par aucun droit public comme elle l'est en droit interne »<sup>179</sup>. L'on comprend donc mieux qu'il soit impossible de parler d'un véritable *cadre* normatif en la matière puisque ce système juridique repose sur un mode proprement chaotique. Or sur ce point, le droit international privé est par nature très différent. L'on déplore peut-être la complexification de cette matière, mais le système proposé n'en constitue pas moins un véritable cadre normatif, si complexe soit-il. Ce droit n'est international que *ratione materiae*, c'est-à-dire à raison de son objet, et si cet objet est la coordination des ordres juridiques, la matière propose bien un cadre dans lequel la liberté n'est pas absolue. Aussi, l'adoption d'un tel concept en droit international privé est non seulement parfaitement concevable, mais mérite, à l'aune du concept de règle supplétive, un traitement spécifique en droit international privé. Mais en quoi constitue-il dans notre domaine un concept particulièrement intéressant ?

**74. L'appréhension de l'autonomie de la volonté à travers une catégorie de normes.** On a déjà eu l'occasion de signaler que l'autonomie de la volonté – traduite le plus souvent dans le principe d'autonomie – avait toujours occupé une place centrale dans les sujets de réflexion de la doctrine internationaliste. D'abord étudiée sous l'angle de sa nature qui a suscité de nombreuses controverses<sup>180</sup>, c'est

<sup>178</sup> V. dans ce sens : S. SUR, J. COMBACAU, *Droit international public*, Domat Droit public, Montchrestien, Paris, 9e édition 2010, p. 23. Les auteurs énoncent que « le système juridique international est [...] un système anarchique, c'est-à-dire obéissant à un mode d'organisation qui ignore le phénomène du pouvoir ».

<sup>179</sup> *Ibid.*

<sup>180</sup> Le principe d'autonomie, que d'autres appellent « règle d'autonomie », a été et continue d'être l'objet de nombreuses controverses quant à sa nature. Considéré comme l'expression d'une règle de conflit dont la volonté serait l'élément de rattachement (Sur cette qualification, v. J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et droit applicable aux contrats internationaux*, préface par J.-M. BISCHOFF, Paris, Economica, 1983), cette nature lui a ensuite été déniée par certains qui y voient davantage une règle matérielle (Sur cette qualification, v. V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, éd. Joly, 1990). Réhabilité ensuite en tant que règle de conflit (v. notamment J.-M. JACQUET, « Le principe d'autonomie



aujourd'hui le phénomène d'accroissement dont elle fait l'objet qui est principalement débattu, notamment sur le terrain de l'opportunité d'une telle extension à des domaines où elle avait été *a priori* exclue<sup>181</sup>. À ce sujet, il a été également dit que la perception de certains auteurs consistant à découvrir derrière ce phénomène un développement de la réglementation supplétive n'était pas satisfaisante, étant donné que les règles formulant le principe d'autonomie ne pouvaient s'analyser en termes de règles supplétives. Au contraire, l'appréhension des règles formulant ce principe d'autonomie à travers la catégorie des normes permissives paraît judicieuse. En effet, comme on l'a déjà énoncé<sup>182</sup>, la notion de principe d'autonomie en droit international privé a été définie par M. CALEB comme signifiant que « les parties sont libres d'exercer leur volonté en vue du choix de la législation à laquelle ils veulent soumettre leur convention sous réserve du respect qui est dû à l'ordre social »<sup>183</sup>. Si la clarté de la définition explique que l'on s'y réfère, elle mérite certaines adaptations compte tenu de l'évolution du droit international privé contemporain. Il semble ainsi que l'on puisse englober derrière ce principe la liberté des parties d'exercer leur volonté également en vue du choix de la juridiction amenée à trancher le litige<sup>184</sup>. Sans qu'il soit besoin de détailler davantage les domaines du droit international privé dans lesquels ce principe se manifeste, il

---

entre consolidation et évolution », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p.727 s.) – moyennant une modification de la fonction de rattachement de celui-ci – il est désormais fréquemment décrit comme une règle d'applicabilité (J.-M. JACQUET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », in *Le Règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, (sous la direction de) S. CORNELOUP et N. JOUBERT, Actes du Colloque de Dijon, septembre 2010, Travaux du Credimi, vol. 34, Paris, LexisNexis Litec, 2011, p. 1). Si cette question continue d'alimenter les débats, il ne semble pas nécessaire, dans le cadre de notre étude, de trancher cette question. La nature des règles que l'on se propose d'étudier est somme toute indifférente à notre tentative de qualification, tant que les règles étudiées appartiennent bien au même niveau de raisonnement. V. aussi P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste », *Rev. crit. DIP*, 1971, pp. 1 et s ; « La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats », *Trav. com. fr. DIP*, 1977, p. 205) qui justifie le principe d'autonomie en matière contractuelle par le recours au principe de « bonne volonté des lois ».

<sup>181</sup> Sur cette tendance, v. notamment dans la doctrine récente : H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions) », *RCADI*, 2004, t. 307 ; J. BASEDOW, « The Law of Open Societies — Private Ordering and Public Regulation of International Relations. General Course on Private International Law », *RCADI*, t. 360, 2013, p. 9 ; C. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, 2013 et v. également *infra* n°346.

<sup>182</sup> V. *supra* n°68.

<sup>183</sup> V. M. CALEB, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé, op. cit.*, p. 124. Nous avons retenu cette définition car elle semble à la fois relativement évocatrice et en même temps suffisamment vague, en raison de la référence au respect dû à l'ordre social. Cette référence avait elle-même été empruntée, à dessein, par l'auteur à PILLET puisque selon lui « seule l'étude des limites théoriques du principe d'autonomie pourra apporter des précisions à ce sujet ».

<sup>184</sup> Un auteur a récemment montré que le principe d'autonomie jouait un rôle croissant en matière de conflit de juridictions : v. C. ARRUE MONTENEGRO, *Autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions en droits français et panaméen*, préf. B. ANCEL, LGDJ, tome 531, 2011.

apparaît qu'il peut être défini comme une faculté de choix conférée au destinataire. Dans cette acception, il pourrait être rangé dans la catégorie des normes permissives, normes définies comme octroyant expressément une faculté de faire ou de ne pas faire à son ou ses destinataire(s)<sup>185</sup>. Le choix de cette qualification emporte toutefois une observation préalable.

**75.** En effet, il est intéressant de remarquer que si la norme permissive prévoit une faculté de *faire*, le principe d'autonomie prévoit plus spécifiquement une faculté de *choix*. La faculté est donc plus restreinte qu'elle ne pourrait l'être en droit interne, où la permission ouvre un *pouvoir-faire* beaucoup plus vaste sur le terrain des possibles matériels<sup>186</sup>. Ici c'est un *pouvoir-choix* uniquement, que vise le principe d'autonomie. Néanmoins, cette remarque ne constitue nullement un obstacle à la catégorisation du principe d'autonomie dans les normes permissives étant donné qu'il est difficilement contestable que le choix – qui correspond à l'« action de choisir, à la décision par laquelle on donne la préférence à une chose, une possibilité en écartant les autres »<sup>187</sup> – constitue bien un acte, tel qu'il peut être appréhendé par les normes permissives<sup>188</sup>.

Par ailleurs, il est nécessaire de ne pas assimiler la notion de norme permissive qui renvoie à un *pouvoir-faire* aux normes d'habilitation qui renvoient à un *pouvoir-crée*r. Systématisée par Monsieur G. TUSSEAU, la norme d'habilitation peut être schématiquement définie comme le pouvoir conféré à une entité, moyennant le respect d'une certaine procédure, de produire une norme dans un domaine déterminé<sup>189</sup>. Ainsi, l'article L. 511-3 du code de la construction et de l'habitation habilite-t-il le maire à prendre des mesures provisoires lorsqu'un immeuble menaçant ruine entraîne un péril imminent, comme l'article 38 de la Constitution habilite le gouvernement à légiférer pour un objet et une durée déterminés dans des

<sup>185</sup> V. notamment : C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, th. Limoges, 2006 ; mais surtout *infra* n°92-94.

<sup>186</sup> Pour C. GROULIER, certaines normes permissives du droit interne se contentent de délimiter une « aire de permissivité, c'est-à-dire un espace juridique dans lequel s'exercent les libertés civiles », il mentionne ainsi à titre d'exemple « la faculté de se marier, de vivre en union libre, de conclure un Pacte civil de solidarité (PACS), de reconnaître ou non un enfant, d'adopter, mais aussi de recourir à l'interruption volontaire de grossesse, de divorcer » ou encore « la faculté de se lier par convention, d'acquérir des biens, de les administrer (par exemple les louer) et d'en disposer (les vendre, les hypothéquer...) ». V. *Normes permissives et droit public, op. cit.*, n°86, p. 77

<sup>187</sup> V° « choix », *Le Petit Robert 2011*, Le Robert, 2010, sous la direction de J. REY-DEBOVE et A. REY.

<sup>188</sup> Ce type de normes permissives est également présent en droit interne, comme en atteste la faculté de choisir son régime matrimonial.

<sup>189</sup> La définition exacte est « si l'acteur *a* réalise l'action – c'est-à-dire suit la procédure – *p*, ayant la signification subjective d'une norme *n* relative au champ d'application *ca* et comprise dans le champ de réglementation *cr*, alors sa signification objective de norme doit être ». V. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2004, vol. n° 60, n°603, p. 315.

cas exceptionnels. Le principe d'autonomie devrait-il alors être aussi – plutôt ? – appréhendé comme une norme d'habilitation ? Une réponse négative s'impose pour deux raisons. D'une part, il nous semble que la faculté de choisir, quel que soit l'objet du choix, ne se confond pas avec le pouvoir conféré à une entité de produire une norme. Certes, on pourrait objecter qu'en choisissant une loi applicable à un contrat, on est en train de produire une norme. Si l'on adhère aux conceptions les plus subjectivistes de l'autonomie de la volonté, il est possible de le soutenir et d'appréhender le principe d'autonomie en tant que norme d'habilitation<sup>190</sup>. Néanmoins, théoriquement envisageable, cette conception ne reflète pas le droit positif, qui dans ses diverses consécutions du principe d'autonomie en a retenu une version mesurée<sup>191</sup>. La faculté de choix concédée par le principe d'autonomie ne se confond donc pas avec une habilitation<sup>192</sup>. Et sans l'exclure de la catégorie des normes permissives, on pourrait du moins dégager une spécificité des normes permissives en droit international privé qui offrent une faculté de choix. Peut-être sera-t-il d'ailleurs possible par la suite de préciser ce choix ou de recenser les différents choix offerts aux individus. D'autre part, si les habilitations peuvent être permissives – elles laissent le choix à l'entité habilitée de produire ou non une norme, certaines habilitations sont impératives, comme le maire qui *doit* agir – on parle alors de compétence liée – lorsque l'immeuble menaçant ruine présente un péril imminent<sup>193</sup>. S'agissant du principe d'autonomie en droit international privé, le titulaire d'une faculté n'est jamais sommé de choisir : il a seulement la *faculté* de choisir. Aussi, le concept de norme permissive implique que la permission soit envisagée de manière bilatérale : il doit s'agir d'une faculté de faire comme de ne pas faire – pour que la norme soit qualifiée de norme permissive, elle devra octroyer une faculté de choisir... ou de ne pas choisir ! Par conséquent, seules seront considérées comme permissives les normes qui permettent de choisir ; les normes qui obligent à choisir n'entreront pas dans cette catégorie.

**76.** Par conséquent, sans préjuger de ce que l'influence croissante de la volonté en droit international privé se manifesterait toujours par une norme permissive – pas

---

<sup>190</sup> V. pour une présentation des deux conceptions du principe d'autonomie : D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, n°894, p. 411 citant notamment pour la présentation de l'approche subjectiviste : J.-M. JACQUET, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Trav. Com. Fr. DIP*, 1993-1995, p. 23 ; V. HEUZÉ, P. MAYER, *Droit international privé, op. cit.*, n°730 et s. p. 517.

<sup>191</sup> V. notamment pour la Convention de Rome : P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé, op. cit.*, n°698.

<sup>192</sup> Ce n'est toutefois pas le cas pour l'autonomie de la volonté en droit interne où il est possible de considérer que l'article 1134 du code civil *habilite* les parties à produire une norme. En ce sens, v. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation, op. cit.*, p. 357. Néanmoins, encore faut-il que l'on considère le contrat comme une norme. Or, sur ce point, des arguments de différentes natures s'opposent. Pour un état récent de la question, voir B. HAFTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé. Etude dans le domaine du conflit de lois*, th. Paris II, 2009, n°336 et s.

<sup>193</sup> V. en ce sens : C. GROULIER, *Norme permissive et droit public, op. cit.*, n°70 et s. p. 66.

plus d'ailleurs de ce que les normes permissives soient constituées par des normes exprimant uniquement le principe d'autonomie –, il semble intéressant d'appréhender l'évolution de la matière sous cet angle.

## §II – Intérêt d'une étude centrée sur les normes permissives

77. Le choix d'intégrer les normes permissives dans les outils d'analyse ne dissipe pas toute difficulté. L'émergence de cette catégorie de normes et son utilisation en droit international privé pourraient nous inciter à adapter la distinction en la transposant sous la forme d'une classification tripartite. Néanmoins, outre les désavantages d'un tel choix (A), la focalisation sur la seule catégorie des règles permissives n'empêche pas d'appréhender les autres catégories de normes existantes, dans leur articulation avec les normes permissives, ce qui est le gage d'une analyse dynamique de la matière par l'étude des interactions normatives (B).

### A – Les inconvénients d'une adaptation de la distinction

78. **Problèmes de classification en science juridique**<sup>194</sup>. Dans la science juridique, le principe d'une distinction binaire est parfois érigé au rang de principe logique du droit. Le succès de la distinction entre les règles supplétives et les règles impératives en droit interne n'en est qu'une des nombreuses illustrations, nullement cantonnées au droit privé. Cet attachement pour la *summa divisio*, s'il peut surprendre le non juriste, n'est cependant pas dénué de fondement. Il procède souvent de l'argument selon lequel il serait toujours possible de rapprocher deux des termes d'une distinction tripartite pour les opposer au troisième et qu'ainsi, il suffirait de fondre les deux premiers dans une seule catégorie au prix d'une sous-division interne<sup>195</sup>. La division principale devrait être seulement bipartite car fondée sur le « trait commun et différentiel<sup>196</sup> ».

---

<sup>194</sup> Cette formule fait écho au titre de l'article de C. EISENMANN auquel nous nous référons dans le paragraphe : « Problèmes de méthodologie des définitions et des classifications », *A.P.D* 1966, p. 25.

<sup>195</sup> Cet argument est conforté par la traduction littérale de l'expression latine qui signifie « la division la plus élevée », que l'on peut rapprocher de l'idée d'une distinction irréductible.

<sup>196</sup> V. dans ce sens : C. EISENMANN, « Problèmes de méthodologie des définitions et des classifications », art. préc., p. 25 et spéc. n°16 p. 37. L'auteur attire notre attention sur « un principe élémentaire de logique qui n'est que trop souvent méconnu par les plus éminents auteurs : à savoir qu'à un même degré ou étage la distinction des divers termes d'une classification doit être fonction d'un seul et même trait ; qu'il n'est pas admissible de poser, en considération annoncée d'un même trait, c'est-à-dire d'un même principe de classification, une division tripartite – par exemple – dont deux termes, disons le second et le troisième, ont en commun un trait qui les oppose tout deux au premier, et ne se distinguent l'un et l'autre que par un trait d'une nature différente : en ce cas on doit selon la logique poser une division suprême simplement bipartite, fondée sur le trait commun et différentiel ; et c'est ensuite seulement, au degré inférieur donc, que l'on est en droit de poser une subdivision du deuxième grand terme, fondé sur son propre principe ». Il ajoute que n'est nullement en cause un « souci de purisme » mais bien « la vue si l'on peut dire panoramiques des choses considérées ».

S'il nous semble excessif d'affirmer qu'une distinction est *toujours* réductible à une opposition binaire, il nous semble en revanche toujours opportun de vérifier qu'elle ne peut pas l'être. Aussi, au lieu d'une classification tripartite entre les règles permissives, impératives et supplétives, un rapprochement des deux termes de la distinction doit être essayé.

**79. Le rapprochement des règles supplétives et permissives.** On pense tout d'abord à la parenté existant entre les règles permissives et les règles supplétives. En effet, la règle supplétive s'apparente à un corollaire de la règle permissive. La première doit en effet son existence et sa légitimité à l'existence préalable d'une règle permissive qui octroie à son destinataire la faculté de régir autrement un rapport de droit. Elle n'existe que parce qu'une règle préalable permet de choisir autre chose : la permission laisse à son destinataire la liberté de ne pas user de cette faculté et il est alors nécessaire que le droit supplée à l'absence d'exercice de la liberté par le sujet. Le permissif et le supplétif sont donc intimement liés et pourraient s'opposer à l'impératif<sup>197</sup>. En revanche, nous réfutons catégoriquement la conception de ceux qui, tout en rejetant une assimilation totale des deux notions, considèrent qu'elles peuvent se recouper, ce qui leur fait dire que « toute norme permissive n'(est) pas nécessairement supplétive<sup>198</sup> ». Il y a selon nous dans cette affirmation une véritable confusion puisqu'une norme permissive ne peut par principe être supplétive : elle est parfaitement inapte à suppléer la défaillance de volonté des parties puisqu'elle se contente d'énoncer la possibilité de l'expression de cette volonté. Par conséquent, si l'on peut rapprocher ces deux notions, c'est parce que les principes de leurs existences respectives sont liés : elles sont dans une relation de dépendance l'une vis-à-vis de l'autre, sans qu'il soit toutefois possible de les confondre. Cette absence d'identité entre les deux notions invite à rechercher un rapprochement des deux autres termes de la distinction.

**80. Le rapprochement des règles supplétives et impératives.** Bien que traditionnellement opposés par la doctrine civiliste, ces deux types de règles peuvent être rapprochés par un trait commun. Dans son effort de réhabilitation de la règle supplétive, Madame C. PÉRÈS affirme que la règle supplétive remplit une fonction de modèle. Elle n'est pas un simple « pis-aller », mais au contraire la traduction d'une solution idéale proposée par le législateur et l'« *expression d'un modèle axiologique* » à l'instar des règles impératives<sup>199</sup>. Dans cette conception, la règle supplétive peut

---

<sup>197</sup> M. CALEB sous-entend d'ailleurs cette position lorsqu'il écrit « Il faut, au contraire, opposer le droit impératif au droit dispositif [*entendu comme droit permissif*] et éventuellement, subsidiairement supplétif », v. *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, op. cit., p. 27.

<sup>198</sup> V. en ce sens C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, op. cit., n°64, p. 62.

<sup>199</sup> V. notamment C. PÉRÈS, *La règle supplétive*, op. cit., n°581 et s. p. 567 et p. 577.

alors être appréhendée comme une sorte de *devoir être (sein)*, qui se distingue toutefois du *doit être (sollen)* puisque les parties sont libres de ne pas suivre ce modèle. Il est alors intéressant de rapprocher cette vision de celle d'un auteur qui propose de classer les normes en trois catégories : celles qui énoncent que quelque chose *devrait/doit* être fait ; celles qui énoncent que quelque chose *doit ou ne doit pas* et enfin celles qui énoncent que quelque chose *peut*<sup>200</sup>. De ces trois catégories, il n'en retient que deux, car les deux premières sont fusionnées en une seule afin de distinguer les normes *d'obligation* des normes *permissives*. Les normes d'obligation prescrivent à leur destinataire un certain comportement ou une certaine action (même s'il était possible en amont d'y déroger pour les règles supplétives), tandis que les normes permissives se contentent d'offrir une faculté. Ce rapprochement des règles supplétives et des règles impératives semble effectivement tout aussi pertinent.

81. La fusion de deux des termes de la distinction dans une seule catégorie s'annonce donc difficile en l'absence d'identification d'un véritable trait commun permettant d'associer deux des termes face au troisième, puisque deux types de rapprochement sont envisageables. Le maintien d'une distinction tripartite pourrait alors s'avérer la moins mauvaise de solutions.

82. **Une distinction tripartite ? Le problème des normes adressées au juge : l'impossible règle supplétive.** S'agissant de notre étude, l'adoption d'une distinction tripartite serait donc envisageable. Pourtant, plusieurs arguments vont nous conduire à écarter cette option, moins pour des raisons d'ordre technique que pour des questions d'opportunité.

En pratique, il est vrai que l'adoption d'une distinction tripartite, si elle n'est pas impossible, suscite certaines difficultés techniques. En effet, si la distinction est particulièrement adaptée pour étudier les normes qui s'adressent spécifiquement aux parties, sa transposition est moins évidente lorsqu'il s'agit d'appréhender la nature de ces règles en se plaçant du côté du juge<sup>201</sup>. Certaines règles adressées au juge peuvent parfaitement s'analyser sous l'angle des règles permissives que l'on peut schématiquement rattacher à deux problématiques. D'abord, il existe une règle permissive à l'égard du juge lorsque ce dernier se voit conférer un pouvoir discrétionnaire. L'existence d'un tel pouvoir dénote en effet une liberté octroyée au juge par la loi<sup>202</sup>. S'il se rapproche du pouvoir souverain, il ne se confond pas avec

---

<sup>200</sup> V. G. H. VON WRIGHT, « L'analyse des normes », trad. O. TAVIOT, en collaboration avec J.-P. DELVILLE, R.R.J 2003-1, p. 19 et s.

<sup>201</sup> Sur déjà cette question et la justification de notre démarche : v. introduction, *supra* n°6.

<sup>202</sup> v. en ce sens et sur ces questions : F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge - Étude de droit privé et sciences criminelles*, t. 1 et 2, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006.

lui. L'existence d'un pouvoir souverain signifie que la Cour de cassation « ne se reconnaît pas le pouvoir de substituer son interprétation à celle retenue par les juges du fond »<sup>203</sup>, mais une obligation de motivation pèse néanmoins sur ces derniers qui doivent justifier leurs décisions<sup>204</sup>. Si les juges disposent d'une certaine liberté d'appréciation, ils subissent quand même un contrôle de la part de la Cour de cassation. Au contraire, dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, les juges du fond sont déliés de cette obligation de motivation et, par conséquent, disposent d'une plus grande liberté dans la mise en œuvre de la règle<sup>205</sup>. Les règles consacrant un pouvoir discrétionnaire aux juges constituent assurément des normes permissives et certaines règles consacrant un pouvoir souverain aux juges du fond pourront également recevoir une telle qualification<sup>206</sup>. Mais dans cette optique, les règles seront soit permissives, soit elles ne le seront pas et l'idée d'une classification tripartite ne fait pas vraiment sens en l'espèce<sup>207</sup>.

<sup>203</sup> M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation, pourvois et arrêts en matière civile, méthode du droit*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2010, p. 80.

<sup>204</sup> V. par exemple à propos de la caractérisation de l'intérêt à agir qui relève du pouvoir souverain des juges du fond Civ. 2<sup>ème</sup>, 23 septembre 1998, n°95-15687 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2009, n°07-18522.

<sup>205</sup> V. en ce sens : G. THOUVENIN, « L'obligation de motivation », Intervention à la Cour de cassation lors du colloque du 3 mai 2010 sur le thème « La Cour de cassation, garante du procès équitable », consultable en ligne à l'adresse : [https://www.courdecassation.fr/IMG/File/Thouvenin\\_3mai10.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/File/Thouvenin_3mai10.pdf). L'avocat au Conseil et à la Cour de cassation rappelle que « depuis 1994, il est constamment rappelé que "le devoir de motivation peut varier selon la nature des décisions" », et que ce devoir « ne peut se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument » (CEDH, 19 avril 1994, *Van de Hurk c/ Pays-Bas*). Au titre de la nature des décisions, on retrouve notamment le pouvoir discrétionnaire qui, dans certains domaines, affranchit le juge de toute obligation de motiver ». En ce sens, v. par exemple dans la jurisprudence, Civ. 2<sup>ème</sup>, 15 octobre 2009, n°08-14380. Alors que le pourvoi tentait d'invoquer que « le juge qui entend refuser de prononcer un sursis à statuer doit précisément motiver sa décision sur ce point », la Cour rappelle « qu'en refusant d'accorder le délai sollicité par M. X..., la cour d'appel n'a fait qu'exercer le pouvoir discrétionnaire qu'elle tient de l'article L. 613-1 du code de la construction et de l'habitation ».

<sup>206</sup> En droit privé interne, constituent donc assurément des normes permissives la règle octroyant au juge la faculté d'assortir un jugement d'une astreinte ou encore de réduire une clause pénale, même si en l'occurrence, si le juge dispose d'un pouvoir souverain, il n'est pas déchargé de son obligation. En ce sens, v. par exemple : Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 avril 1998, n° 96-14775 : « Attendu que, pour réformer ce jugement, la cour d'appel s'est bornée à énoncer que les 27 391,71 francs étaient le montant des pénalités qu'elle estimait devoir réduire au franc symbolique ; Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher en quoi le montant de la sanction pécuniaire résultant de la clause pénale susmentionnée était manifestement excessif, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé », cité par M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation, pourvois et arrêts en matière civile, méthode du droit*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2010, p. 162, qui écrivent que « les juges du fond apprécient bien évidemment souverainement le caractère excessif ou non de la peine mais ils doivent dans leur décision constater cet excès ».

<sup>207</sup> On se souvient alors de l'article de J. HÉRON précité énonçant que les règles de droit ne pouvaient être que de deux types (« Existe-t-il des règles de non-imputation ? », *Écrits en hommage à Gérard Cornu, Droit civil, procédure, linguistique juridique*, art. préc.). Ici, on serait en effet tenté d'affirmer que la règle à l'égard du juge est permissive ou non-permissive ou, pour reprendre une terminologie davantage usitée par la doctrine processualiste, qu'il dispose d'une faculté ou d'une obligation. Néanmoins, à l'image de Madame C. PÉRÈS qui énonce qu'il s'agit souvent d'une question de degré et non de nature, il semble que la même observation puisse être faite à l'égard du juge. Celui-ci dispose en effet toujours d'une certaine liberté dans la mise en œuvre de la règle de droit, ne serait-ce que dans l'appréciation des faits, mais il nous semble indéniable que dans certains cas, cette liberté est sensiblement plus grande et qu'elle mérite alors d'être appréhendée sous l'angle d'une norme permissive. La relativité de la distinction ne vient pas pour autant contredire notre

Ensuite, la recherche de règles permissives à l'égard de juge recoupe également la problématique de l'office du juge. Pour cette question, le niveau de raisonnement est différent étant donné qu'il ne s'agit plus de savoir quelle est la marge de liberté du juge dans *la mise en œuvre* de la règle de droit mais dans *l'applicabilité* des règles de droit<sup>208</sup>. La consécration d'une faculté pour le juge d'appliquer d'office une règle de droit permet de caractériser une norme permissive, là où d'autres règles vont consacrer une obligation pour le juge d'appliquer d'office une règle de droit ou au contraire une interdiction de le faire<sup>209</sup>. Là, l'idée d'une classification tripartite est concevable mais ce sont alors les termes de la distinction qui suscitent des difficultés car ils ne seraient pas identiques lorsqu'il s'agit d'étudier les normes s'adressant principalement aux parties et celles s'adressant principalement aux juges. En effet, le concept de règle supplétive, qui ferait partie de la classification tripartite, n'a pas de sens à l'égard du juge puisqu'une règle n'est jamais applicable « à défaut de volonté contraire » de celui-ci : le juge n'aurait aucune légitimité à exprimer une manifestation de volonté *contraire* à l'énoncé de la règle de droit et à s'écarter de cette règle au seul motif qu'il le voudrait<sup>210</sup>. La « volonté » du juge n'est pas prise en considération en tant que telle mais seulement en ce qu'elle tente de retranscrire les vues de l'ordre juridique dont il est l'organe. Aussi, la règle supplétive ne pourrait être appréhendée que pour les règles qui s'adressent aux parties et la distinction mériterait d'être adaptée chaque fois qu'elles s'adressent au juge. Il faudrait revenir à une distinction binaire entre les normes *permissives* et les normes *d'obligation* à l'égard de ce dernier, ce qui rendrait l'analyse complexe.

**83.** Par conséquent, bien qu'envisageable, une transposition de la distinction est porteuse de difficultés non négligeables. Si la distinction peut-être tripartite pour les règles adressées aux parties, elle est moins évidente à l'égard du juge et les termes de la distinction ne seraient pas, en tout état de cause, similaires. Par ailleurs, l'étude de la liberté octroyée aux parties va souvent dépendre de celle octroyée au juge. En effet, si les parties disposent d'une faculté que le juge peut neutraliser, alors la liberté parfois octroyée au juge va se répercuter sur celle octroyée aux parties. Au

---

constat car, malgré ces réserves sur le caractère véritablement binaire de la distinction, l'idée d'une distinction tripartite est toujours absente.

<sup>208</sup> Sur cette distinction entre la question de *l'applicabilité* des normes et celle de leur *application* – qui sera fréquemment reprise dans nos développements – v. nos propos *infra* n°118.

<sup>209</sup> On retrouve ici aussi une distinction tripartite (le juge *peut* relever d'office, le juge *doit* relever d'office, le juge *ne peut pas* relever d'office). Mais dans cette hypothèse, il semble que l'on puisse rattacher les deux derniers cas à des normes *d'obligation* (ne peut pas ou doit) par opposition aux normes *permissives*.

<sup>210</sup> Et dans les hypothèses où il a manifesté une telle volonté de ne pas appliquer une norme pourtant objectivement applicable, cette attitude n'a pas manqué de susciter les critiques de la doctrine. V. par exemple F. CHÉNEDÉ, « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *D.* 2014, p. 179.



contraire, pour assurer l'efficacité des règles permissives à l'égard des parties, il va être parfois nécessaire de brider toute initiative de la part du juge. Dans le cadre de cette étude, l'exclusion des règles qui s'adressent au juge n'est donc pas non plus une solution opportune puisque la marge de liberté octroyée aux uns se répercute sur les autres.

Pour l'ensemble de ces raisons, l'utilisation de la distinction doit être abandonnée. Au contraire, il nous semble souhaitable de nous focaliser sur la catégorie, souvent négligée, des normes permissives, dont les potentialités en tant que cadre d'étude du droit international privé contemporain n'ont pas été exploitées.

## **B – Les avantages d'une analyse à travers une catégorie de normes**

**84.** L'utilisation d'une distinction comme prisme de lecture, pour les raisons évoquées précédemment, ne semble pas l'instrument le plus adapté à l'étude que l'on s'est proposé de mener. Parallèlement, la figure des normes permissives semble occuper une place suffisamment originale pour qu'une attention particulière lui soit portée en droit international privé.

Dans cette matière, la catégorie des normes permissives envahit autant qu'elle perturbe en raison des réactions controversées qu'elle suscite et des difficultés pratiques qu'elle pose. Aussi, une focalisation de l'étude sur la place qu'occupent ces normes en droit international privé permettrait l'analyse la plus fine du droit positif. En cela, nous serions donc favorable à une posture des plus pragmatiques : sans prétendre s'astreindre à un véritable réalisme scientifique – inadapté pour la science juridique –, l'on réfute le purisme d'une construction intellectuelle pour lui préférer un « conventionnalisme méthodologique »<sup>211</sup>. L'adoption du concept va dépendre de son utilité pratique.

**85.** Par ailleurs, se focaliser sur une catégorie de normes, en l'occurrence les normes permissives, ne signifie nullement que les autres catégories de normes ne seront pas prises en compte, comme l'atteste par exemple la thèse de Madame C. PÉRÈS consacrée à la règle supplétive<sup>212</sup>. En effet, Madame C. PÉRÈS ne s'est pas contentée d'une étude intrinsèque de la notion et, à côté d'une analyse approfondie de la notion elle-même, c'est dans ses rapports à l'égard des autres règles qu'elle a été appréhendée, spécialement à l'égard des règles impératives. Pour notre part, une

---

<sup>211</sup> G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.* L'auteur s'explique sur ce qu'il entend par cette expression : « des théories différentes peuvent rendre compte du même ensemble de données sensibles. [...] En fonction des concepts adoptés, il est donc possible d'appréhender un même ensemble de phénomènes de diverses manières. Aucune ne peut se prétendre plus vraie ou plus exacte qu'une autre [...] Si rien n'impose nécessairement tel ou tel découpage du monde, une telle approche ne signifie pas pour autant l'acceptation d'un relativisme absolu. [...] Il dépend donc de son utilité en vue de la réalisation d'une certaine tâche », v. spéc. n°65.

<sup>212</sup> V. *La règle supplétive*, *op. cit.*

fois identifiées la catégorie des normes permissives, il sera possible de mesurer l'impact de ces normes et l'interaction créée entre celles-ci et les autres types de règles.

~

**86.** Une fois exposées les raisons justifiant l'abandon de la distinction de l'impératif et du supplétif pour l'analyse du droit international privé contemporain, nous avons choisi de retenir comme objet principal de l'étude le concept de norme permissive, qui semble à la fois pertinent et suffisamment novateur pour que certains éclairages lui soient apportés. Dans cette perspective, nous avons précisé que notre travail ne s'inscrira pas dans la logique d'une analyse figée sur la seule catégorie des normes permissives mais au contraire d'une analyse dynamique impliquant une réflexion sur les interactions normatives. Néanmoins, pour mener à bien une telle entreprise, il s'avère d'abord nécessaire d'approfondir l'analyse du concept de *norme permissive* afin d'être capable, ensuite, d'en saisir les différentes manifestations en droit international privé.

## CHAPITRE II

### L'ANALYSE DU CONCEPT

87. La distinction de l'impératif et du supplétif est apparue inopérante à rendre compte de manière satisfaisante du principe d'autonomie et a dû être écartée en raison du rôle essentiel que ce principe joue dans la réglementation contemporaine des relations privées internationales. Parallèlement les règles permissives, qui constituent un troisième type de règle à côté des règles supplétives et impératives, ont été identifiées et retenues comme objet de notre étude<sup>213</sup>. Il est donc nécessaire d'analyser plus précisément cette notion.

88. Si l'adjectif *permissif* est assez éloquent dans le langage courant en ce qu'il renvoie explicitement à la notion de permission, il ne permet pas d'éclairer correctement le sens de la notion de « règle permissive ». Aussi faut-il commencer par en rechercher une définition (Section I), puis compte tenu de la défiance de certains vis-à-vis de celle-ci, il s'agira d'en éprouver la pertinence (Section II).

Section I – Définition de la notion de norme permissive

Section II – Pertinence de la notion de norme permissive

---

<sup>213</sup> V. sur les raisons de ce choix : *supra* n°84-85.



## **SECTION I**

### **DÉFINITION DE LA NOTION DE NORME PERMISSIVE**

89. Notion couramment employée mais rarement définie, la norme permissive suscite de la part de la doctrine un intérêt qui, sans être nouveau, a été relativement inégal jusqu'à ce qu'une récente thèse lui soit entièrement consacrée et en propose une définition (§I). Cette dernière nous sera utile quant à l'identification des éléments constitutifs de la notion, transposée dans le champ du droit international privé (§II).

#### **§I – L'analyse doctrinale de la notion**

90. **Norme permissive, droit public et théorie générale.** La notion de norme permissive n'est pas nouvelle<sup>214</sup>. Au début et dans le courant du siècle dernier, elle avait déjà suscité l'intérêt d'une partie de la doctrine publiciste. Découverte sous la plume du doyen HAURIOU<sup>215</sup>, elle a contribué à donner des armes à ses propres adversaires puisque la notion de norme permissive a permis de réfuter la théorie de la décision exécutoire qu'il avait lui-même développée. En droit administratif, elle constitue donc davantage un moyen utile aux adversaires de cette théorie qu'une fin en soi, ce qui explique que les publicistes aient peu enrichi à cette époque l'étude de la notion elle-même.

---

<sup>214</sup> Sur l'apparition de la notion : v. C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, *op. cit.*, n°15, p. 21. L'étude de la notion de règle permissive pourrait justifier de très amples développements comme le révèle Monsieur C. GROULIER dans sa thèse *Norme permissive et droit public*, th. Limoges, 2006, consultable en ligne à l'adresse suivante : [www.unilim.fr/these/2006/droit/2006limo0518/groulier\\_c.pdf](http://www.unilim.fr/these/2006/droit/2006limo0518/groulier_c.pdf). Sans prétendre revenir sur une exégèse de la notion, on se contentera de retenir de ces différentes études ce qui nous permettra de transposer cette notion au droit international privé. Pour une approche plus approfondie de la notion elle-même, on renvoie aux ouvrages qui lui sont spécifiquement consacrés. Pour la doctrine française, outre la thèse précitée de Monsieur GROULIER, v. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, préf. de M. TROPER, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2006, p. 122 et s. ; pour la doctrine italienne : v. F. POGGI, *Norme permissive*, Giappichelli, Turin, 2004. Pour une bibliographie plus complète en langues étrangères, v. C. GROULIER, *op. cit.*, notes 84, 85 et 86 p. 26.

<sup>215</sup> Note sous CE, 26 janvier 1912, *Blot*, S. 1913, p.17, retranscrite dans M. HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Tome II, Rec. Sirey, 1929, p. 365. « De la nécessité d'admettre une catégorie de lois et règlements indicatifs ou permissifs et non complètement obligatoires (...) Dans l'hypothèse, il n'y avait pas violation de la loi, parce que la disposition de l'art. 106 du décret du 28 mai 1895 était d'une telle espèce qu'elle ne pouvait pas être violée, que c'était une simple disposition indicative ou permissive, et non pas impérative pour l'Administration (...). En droit civil, on distingue bien des dispositions de lois impératives, et des dispositions qui sont simplement *permissives*. Rien n'empêche et tout conseille de faire la même distinction en droit administratif » (c'est nous qui soulignons). Il est intéressant de noter que HAURIOU renvoie au droit civil pour évoquer l'existence de cette catégorie de lois sans préciser davantage dans quel contexte était utilisée cette distinction. On en trouve effectivement trace dans la doctrine suisse antérieure : v. E. ROGUIN, *Étude de science juridique pure. La Règle de droit. Analyse générale, spécialités, souveraineté des États, assiette de l'impôt, théorie des statuts, système des rapports de droit privé, précédé d'une introduction sur la classification des disciplines*, F. Rouge, 1889, n°27, p. 54-55, où l'auteur vise « les lois permissives » correspondant selon lui à « celles qui se bornent à proclamer une certaine liberté, à reconnaître à telle personne ou classe de personnes la faculté de faire ou de ne pas faire quelque chose, d'adopter ou de conserver une certaine situation ». Il étudie ces types de lois dans le cadre de sa recherche sur l'objet du droit et oppose notamment ces lois aux lois prohibitives.

C'est essentiellement sur le plan de la théorie générale du droit qu'on la retrouve par la suite, notamment chez KELSEN<sup>216</sup>. Ce dernier, après avoir uniquement appréhendé les normes en tant que prescriptions, accepte de les envisager autrement et admet que « commander n'est pas l'unique fonction d'une norme »<sup>217</sup> : habiliter, permettre ou abroger le sont tout autant.

Mais ce sont surtout les écrits de VON WRIGHT qui ont traité de la notion : l'auteur a tenté de faire admettre ce concept sur le plan de la logique déontique – ou logique des normes<sup>218</sup>. Plus récemment, la doctrine publiciste lui a manifesté un intérêt certain à travers plusieurs travaux. Un premier auteur s'y est intéressé de manière plutôt négative puisque dans ses « Remarques sur la notion de norme permissive », Monsieur J.- M. FÉVRIER contribue à alimenter les critiques de cette notion par une analyse visant à réduire, puis à nier radicalement, la catégorie des normes permissives<sup>219</sup>. Toujours en matière de droit administratif, un autre auteur s'y est intéressé pour conclure cette fois à la spécificité normative de celles-ci, même s'il reconnaît la grande hétérogénéité de la notion<sup>220</sup>. L'intérêt le plus remarquable porté à cette notion ces dernières années provient toutefois très certainement d'une thèse française portant sur *Norme permissive et droit public*, faisant elle-même suite à une thèse italienne sur la notion<sup>221</sup>.

**91. Norme permissive et droit privé.** En droit privé, le concept de norme permissive n'a pas fait l'objet d'une telle systématisation. Certes, l'adjectif *permissif* est courant, mais il est souvent employé, non pour qualifier une règle sur le plan de la

---

<sup>216</sup> V. not. G. KALINOWSKI, « Obligations, permissions et normes. Réflexions sur le fondement métaphysique du droit », *APD* t. 26, 1981, p. 331-343 ; G. HÉRAUD, « La validité juridique », *Mélanges offerts à Jacques Maury, Tome II : Droit comparé, théorie générale du droit et droit privé*, Paris, Librairie Dalloz et Sirey, 1961, p. 477 et s., et spéc. p. 485, « La règle permissive fait, en soulignant le permis, implicitement surgir l'interdit ». La notion se retrouve ensuite dans la doctrine privatiste suisse et belge : C. du PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Paris, Sirey, 1937, n°117, p. 88. Selon lui, la règle permissive « affirme une liberté (et) non seulement proclame l'absence de tout impératif à l'égard de la faculté garantie, mais inclut souvent une défense aux autorités de restreindre cette liberté ». Néanmoins, on décèle très clairement dans ses développements une confusion entre les règles permissives et les règles d'habilitation ; J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969, n°69, p. 82. Dans son étude des caractères de la règle de droit, DABIN envisage en premier lieu celle-ci comme imposant un précepte catégorique. Mais il concède que l'impératif juridique revêt différentes formes : il distingue ainsi les lois impératives et prohibitives, les lois supplétives, les lois interprétatives mais également les lois dites permissives qu'il associe aux lois dispositives dont elles ne constituent, selon lui, qu'une variété. V. également H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, traduit de l'Allemand par O. BEAUD et F. MALKANI, PUF, 1996.

<sup>217</sup> H. KELSEN, *Théorie générale des normes, op. cit.*, p. 1, c'est nous qui soulignons.

<sup>218</sup> *Norm and action, a logical enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London and Henley, 1977, consultable en ligne sur [www.giffordlectures.org/Browse.asp?PubID=TPNORM&Cover=TRUE](http://www.giffordlectures.org/Browse.asp?PubID=TPNORM&Cover=TRUE). L'auteur a notamment contribué à faire admettre l'autonomie de ce concept, ce pourquoi nous reviendrons sur sa théorie v. *infra* n°106.

<sup>219</sup> J.- M. FÉVRIER, « Remarques sur la notion de norme permissive », *D.* 1998, chron., p. 271-274.

<sup>220</sup> C. BARTHE-GAY, « Les normes permissives en droit administratif français », *RRJ* 2004, p. 233-259.

<sup>221</sup> V. C. GROULIER, *Norme permissive et droit public, op. cit.* ; F. POGGI, *Norme permissive, op. cit.*

logique déontique, mais pour suggérer un jugement de valeur à l'encontre de celle-ci : la règle dite *permissive* est celle qui manifeste une grande tolérance à l'égard de certains comportements. Le droit pénal fournit d'ailleurs de nombreuses illustrations de cette acception<sup>222</sup>.

En droit international privé, à côté de l'usage de l'adjectif en tant que jugement de valeur – que l'on retrouve fréquemment<sup>223</sup> –, il arrive que l'on saisisse une référence aux normes permissives en tant que catégorie de normes. En parlant des règles matérielles internationales créées unilatéralement par les États, un auteur a pu écrire que certaines d'entre elles étaient des règles permissives visant à favoriser les intérêts du commerce international et qu'elles avaient le plus souvent vocation à permettre des pratiques prohibées dans l'ordre interne<sup>224</sup>. Dans une analyse relative au phénomène du droit souple dans un passage consacré au droit dit *dur*, les règles supplétives sont opposées aux règles impératives mais aussi aux règles *permissives*<sup>225</sup>. Enfin, dans le cadre de son étude de droit international tant privé que public, c'est une « règle internationale de compétence totalement permissive » qui est expressément envisagée par Monsieur DE VAREILLES-SOMMIÈRES, même si l'auteur en réfute précisément l'existence dans le cadre de « l'activité normative de droit privé des États »<sup>226</sup>. La positivité de cette règle est en effet affirmée par

---

<sup>222</sup> V. par exemple Michel DANTI-JUAN, *Rép. droit pénal et proc. Pénale Dalloz*, V° « Ordre de la loi » ; G. VERMELLE, *Revue de science criminelle*, 2005, p. 297, note sous Crim. 4 janvier 2005. Ainsi, en droit pénal, certains comportements sont appréhendés sous cet angle : en matière de toxicomanie, on distingue parfois les normes permissives visant l'acte de consommation de drogue, des normes répressives concernant l'abus ou la vente de drogue. V. par exemple L. MAUREL, « Comparaison des systèmes de réglementation du cannabis dans le monde: Éléments pour un débat public », *Médecine et Droit*, 2003, n°58 p. 17 qui dénonce la fragilité des solutions dites « permissives ».

<sup>223</sup> Pour des exemples en droit international privé où il souvent question d'une loi étrangère plus permissive, entendue dans le sens de laxiste ou libérale, le plus souvent par opposition à des règles prohibitives : v. P. LALIVE, « Tendances et méthodes du droit international privé », *RCADI*, 1979 ; B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit de lois. Sur la crise des conflits de lois », *RCADI*, 1984, t. 186 ; BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*, 1993, t. 239 ; A. MEZGHANI, « Méthodes du droit international privé et contrat illicite », *RCADI*, 2003, t. 303.

<sup>224</sup> E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *RCADI*, 2006, t. 322, n°342, p. 145. L'auteur écrit que « certaines de ces règles [*les règles matérielles internationales*] sont des règles permissives visant à favoriser les intérêts du commerce international. Ces règles autorisent le plus souvent des pratiques interdites dans l'ordre interne. D'autres normes matérielles sont au contraire prohibitives et ont pour objet la création d'entraves au commerce international ».

<sup>225</sup> V. J.-M. JACQUET « L'émergence du droit souple (ou le droit « réel » dépassé par son double) », in *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 331. L'auteur écrit que « le droit dur oppose les règles supplétives, susceptibles de dérogation par leurs destinataires, aux règles impératives ; il oppose aussi aux règles impératives les règles *permissives* ».

<sup>226</sup> V. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé. Droit international public et droit interne privé*, préf. P. MAYER, LGDJ, t. 257, 1997, n°361 et s. p. 228. Sans que la notion ne fasse l'objet d'une définition spécifique, l'acception qu'en retient l'auteur est néanmoins proche de celle que nous proposons étant donné qu'il distingue, sans les nommer, les permissions fortes des permissions faibles, v. nos propos *infra* n°94, note de bas de page n°242.

Monsieur P. MAYER qui se réfère à de nombreuses reprises à la notion de *norme permissive*<sup>227</sup>.

Ce type de norme semble donc envisagé par la doctrine internationaliste, mais plutôt de manière extrinsèque, c'est-à-dire par opposition à d'autres catégories de normes, et sans que soit définie cette notion. Or pour qu'elle constitue une catégorie utile au droit international privé, il est nécessaire d'en proposer une définition.

## §II – Éléments constitutifs de la notion

**92. L'octroi d'une faculté au destinataire de la règle.** À défaut d'éléments proposés par les internationalistes, la doctrine publiciste, par son effort de conceptualisation de la notion, est la plus apte à satisfaire ce besoin de définition. La doctrine s'accorde dans l'ensemble autour de la notion de faculté, quelles que soient d'ailleurs les critiques élevées à son encontre. En effet, même les auteurs considérant que les normes permissives ne méritent pas de constituer une catégorie de normes à part entière reconnaissent que la particularité de celles-ci est d'octroyer une faculté<sup>228</sup>. Initialement perçue comme destinée aux seuls particuliers, il a été montré qu'elle pouvait également saisir les règles destinées à l'administration. La règle permissive peut octroyer une faculté au particulier, à l'administration, au juge... Par conséquent, le bénéficiaire est indifférent (personne privée ou personne publique) et le caractère spécifique de la norme est l'ouverture d'une faculté d'action à son destinataire, quel qu'il soit<sup>229</sup>. Évidemment, la souplesse de la définition va conduire à regrouper en son sein des normes très hétérogènes<sup>230</sup>. Pourtant, dans sa thèse sur les normes permissives, Monsieur C. GROULIER a démontré de manière convaincante la pertinence du critère et son caractère discriminant. Selon lui, le mot *faculté* recèle « une dimension objective apte à exprimer une multitude de

---

<sup>227</sup> L'auteur oppose ainsi les normes prohibitives aux « normes édictées dans le sens d'une permission (normes permissives) » (v. « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence » in *Choix d'articles de Pierre MAYER*, LGDJ, 2015, p. 101, spéc. n°104, p. 93). Il envisage également la possibilité qu'une règle permissive puisse être qualifiée de loi de police en donnant l'exemple du droit de grève (v. « Les lois de police étrangères », in *Choix d'articles de Pierre MAYER*, LGDJ, 2015, p. 21, spéc. note 59, p. 121, n°56 p. 148 et n°70 p. 160).

<sup>228</sup> V. J. –M. FÉVRIER, « Remarques sur la notion de norme permissive », art. préc., pour qui « La définition de la norme permissive, rarement explicite d'ailleurs, est menée de façon négative par rapport à la notion de décision exécutoire » ; il reconnaît toutefois que le qualificatif « permissif » vise « les normes ouvrant une faculté ».

<sup>229</sup> C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, *op. cit.*, n°207. L'auteur énonce que : « la norme permissive apparaît comme une notion juridique, regroupant un ensemble de normes ayant la caractéristique commune d'ouvrir une faculté d'action à leur destinataire ».

<sup>230</sup> Ce constat constitue l'un des principaux arguments défavorables à l'individuation de la notion, mais pour une réponse à une telle critique : v. *infra* n°112.



manifestations contingentes de la norme permissive » dont la neutralité tolère une certaine souplesse de définition. Il ajoute – en reprenant la définition du *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*<sup>231</sup> – que la faculté est le « pouvoir ou liberté de faire quelque chose » et que ce terme a le mérite d’englober très clairement « autant la notion de pouvoir que celle de liberté »<sup>232</sup>.

**93. La dimension bilatérale de la faculté.** La référence au terme de *faculté* implique de lever certaines ambiguïtés car, par son étymologie et son sens dans le langage courant, il renvoie à l’adjectif *facultatif*. Faudrait-il alors comprendre que la définition de la norme permissive englobe le droit de faire mais aussi de ne pas faire ? Et *a fortiori* faudrait-il en déduire que les règles permissives englobent les règles facultatives ? Une réponse positive s’avère *a priori* inquiétante tant le caractère obligatoire de la règle de droit constitue – d’après une importante doctrine – l’attribut essentiel de celle-ci ; il serait donc inexact de parler de règle de droit *facultative*<sup>233</sup>. Pourtant, le droit de faire quelque chose et le droit de ne pas faire quelque chose constituent les deux aspects complémentaires d’un même droit<sup>234</sup>. Une action ne peut être qualifiée de permise si, en cas d’inertie, le destinataire de la permission peut se voir contraint d’agir ou être sanctionné. La permission octroyée doit autoriser l’individu à agir comme à s’abstenir. L’affirmation peut surprendre lorsque le juge est le destinataire de la règle de droit. En effet, il a pu être affirmé qu’« il n’y a pas de règle de droit facultative pour le juge (...) ou elle n’est pas une règle de droit »<sup>235</sup>. Pourtant, si l’on reconnaît qu’il n’existe pas de norme supplétive à l’égard du juge<sup>236</sup> et que la norme supplétive s’impose au juge de la même manière que la règle impérative, il ne faut pas en déduire que *toutes* les règles de droit sont obligatoires pour ce dernier. S’agissant des règles qui s’adressent spécialement aux juges – par exemple l’article 1152 alinéa 2 qui confère au juge la faculté de moduler les pénalités financières prévues dans la clause pénale –, il est incontestable qu’il

<sup>231</sup> A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Vol. I, PUF, 1999, p. 332.

<sup>232</sup> C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, *op. cit.*, n°83.

<sup>233</sup> Sur l’utilisation de ce terme par la doctrine internationaliste, v. *supra* Section I, §I, du Chapitre I (n°18 et s.).

<sup>234</sup> P. AMSELEK considère ainsi qu’« il n’y a pas de possibilité unilatérale ; le *facultatif* et le *permis* se confondent dans une seule et même catégorie [...] intermédiaire [et qui] ne se conçoit que comme « bilatérale » dans son principe même. V. « Ontologie du droit et logique déontique », *RDP* 1992, p. 1017, cité par C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, *op. cit.*, n°38.

<sup>235</sup> H. MOTULSKY, « L’évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », *Écrits. Étude et notes de droit international privé*, préf. H. BATIFFOL, Ph. FRANCESKAKIS, Dalloz, 1978, n°11, p. 132. En l’occurrence, il s’agit davantage d’un souhait de l’auteur que du droit positif de l’époque puisqu’il écrivait sur la mise en œuvre d’office de la règle de conflit par le juge, qui ne constituait déjà pas une obligation pour le juge, mais une simple faculté.

<sup>236</sup> V. nos propos *supra* n°82.

dispose dans certains cas d'une simple faculté : il peut module ou ne pas moduler<sup>237</sup>. C'est ce qui explique que l'on parle de dimension *bilatérale* de la permission<sup>238</sup>. Si cette conception bilatérale de la permissivité n'est pas unanimement partagée par les théoriciens de la logique des normes<sup>239</sup>, elle est celle la plus répandue et il sera retenu pour notre étude que « le permissif correspond[ait] à la conjonction du permis et du facultatif »<sup>240</sup>. La norme permissive renvoie donc à l'idée d'une faculté conférée à un destinataire, faculté de faire comme de ne pas faire.

**94. Permission faible et permission forte.** Néanmoins, certaines précisions sont encore utiles car le concept de permission connaît deux sens différents. La question a pu se poser de savoir si la permission devait ou non se confondre avec la simple absence d'interdiction<sup>241</sup>. Une réponse négative doit pourtant s'imposer et des auteurs se sont efforcés de montrer que permettre ne revenait pas forcément à ne pas interdire. Il est en effet des cas où une chose est permise parce qu'elle n'a pas été interdite : la permission résulte alors de la seule absence de norme prohibitive (aspect négatif : la permission est dite *faible*) ; au contraire, une chose peut être permise parce que cela a été expressément prévu par une disposition juridique (aspect positif : la permission est dite *forte*). La distinction est essentielle car

---

<sup>237</sup> V. par exemple la jurisprudence constante à propos de l'article 564 du code de procédure civile et pour un rappel récent : Civ. 2<sup>ème</sup>, 8 janvier 2015, n°13-28336 : « Mais attendu que l'article 564 du code de procédure civile, en sa rédaction issue du décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009, ne confère au juge *que la simple faculté de relever d'office* la fin de non-recevoir tirée de la nouveauté d'une demande en appel, qui n'est pas d'ordre public » (c'est nous qui soulignons). Cela signifie très concrètement que le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir ou... ne pas relever d'office. L'absence d'obligation justifie que les juges du fond ne soient pas sanctionnées par la Cour de cassation et que le rappel de l'existence d'une simple faculté suffise à rejeter le pourvoi.

<sup>238</sup> La permissivité est d'ailleurs définie en logique déontique comme « la possibilité normative de faire quelque chose *et de s'abstenir de le faire* (permission bilatérale) ». V. A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, p. 431, note 2, c'est nous qui soulignons.

<sup>239</sup> G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique*, LGDJ, 1965, p. 82.

<sup>240</sup> C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, *op. cit.* n°320. L'auteur justifie cette acception bilatérale de la permissivité dans les paragraphes 35 et suivants dans lesquels il analyse en détail ce « permis bilatéral » tel qu'il a été étudié par les théoriciens de la logique déontique. Il déclare ainsi en parlant du « permis » que « Dans une acception plus précise, il s'agit de ce qu'il est possible de faire, dans un sens positif. À ce titre, le permis s'oppose au facultatif – ce qu'il est possible de ne pas faire – et en constitue en même temps le complément. Pour certains auteurs, ces permis et facultatif doivent être réunis car ils n'ont aucune teneur envisagés séparément. Cette situation « mixte », que l'on peut nommer droit bilatéral a finalement la même définition que ce que certains auteurs appellent l'indifférent (...) Dans ce contexte, les normes permissives, bien souvent rattachées au permis, par une évidente filiation terminologique, ne doivent pas être associées à son acception restrictive – la possibilité de faire. Cette solution se révélerait sans doute réductrice, car plus que le permis, ces normes expriment le permissif, qui implique l'ensemble de ces distinctions : l'absence d'obligation et d'interdiction, le droit de faire, celui de ne pas faire, en un mot une certaine liberté », spéc. n°39.

<sup>241</sup> G. H. VON WRIGHT s'est en effet demandé si « la permission n'[était]-elle pas quelque chose « de plus » que la simple absence de prohibition ? ». V. « On the logic of norms and action », *in Id.*, *Practical Reason. Philosophical Papers*, Volume I, Oxford, Basil Blackwell, 1983, p. 104, cité par G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, n°233.

seules les permissions fortes sont reconnues par la doctrine comme catégorie normative autonome<sup>242</sup>.

Aussi, dans le cadre d'une étude qui se propose d'appréhender différents types de normes en droit international privé, seules les permissions fortes seront-elles étudiées puisqu'elles sont les seules à s'exprimer au travers de véritables normes juridiques – contrairement aux permissions faibles qui correspondent plutôt à « la formulation d'une proposition sur l'état de l'ordonnement juridique, c'est-à-dire d'une proposition descriptive, à laquelle n'est pas nécessairement reconnue une valeur normative »<sup>243</sup>. La notion de norme permissive sera donc comprise comme *la norme octroyant expressément une faculté de faire ou de ne pas faire à un destinataire*.

~

**95.** Le concept de norme permissive suggère l'idée d'une faculté de choix octroyée à son destinataire, faculté qualifiée de bilatérale puisque son titulaire est libre d'exercer la faculté ou de s'abstenir de le faire. Ce concept implique également que la permission ne se résume pas, négativement, à une simple absence d'interdiction – permission dite *faible* – mais que la permission soit positivement envisagée par le législateur, fût-ce de manière seulement implicite – permission dite *forte*<sup>244</sup>. Les normes permissives peuvent donc être définies comme *les normes octroyant*

---

<sup>242</sup> « Un acte sera dit permis au sens faible s'il n'est pas interdit. Il sera permis au sens fort si l'autorité a considéré son statut normatif et a décidé de le permettre. La permission faible n'est pas un caractère normatif indépendant. Les permissions faibles ne sont pas des normes. Seules les permissions fortes ont un caractère normatif », v. H. G. VON WRIGHT, *Norm and action, A logical enquiry*, art. préc., p. 86, cité par G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation, op. cit.*, n°234. En droit international, c'est d'ailleurs la distinction entre permission forte et permission faible qui conduit Monsieur P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES à réfuter l'existence d'une « règle internationale de compétence totalement permissive » énoncée par Monsieur P. MAYER (v. « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », in *Choix d'articles de Pierre MAYER*, LGDJ, 2015, p. 21) car, pour l'auteur, la croyance dans l'existence d'une telle règle en droit international vient du raisonnement *a contrario* consistant à assimiler « l'absence de règle de compétence limitative à l'existence d'une règle de compétence permissive » (*La compétence internationale de l'État en matière de droit privé. Droit international public et droit interne privé, op. cit.*, n°381 et s. p. 236). Sans que l'auteur ne s'exprime en ces termes, cela vient à conforter l'affirmation précitée de VON WRIGHT, selon laquelle seules les permissions fortes peuvent être qualifiées de *normes permissives*. C'est d'ailleurs pour cette raison que, si nous reconnaissons à Monsieur P. MAYER l'emploi de cette terminologie, nous ne partageons pas la conception qu'il se fait des normes permissives puisque selon lui « la grande majorité des règles permissives résultent, soit *a contrario* de la présence d'une règle prohibitive, soit de l'absence de toute règle prohibitive dans le système à l'égard du comportement envisagé » (v. « Existe-il des normes individuelles ? », *Choix d'articles de Pierre MAYER*, LGDJ, 2015, p. 483, spéc. n°8 p. 488). Néanmoins, cette affirmation de l'auteur est probablement davantage énoncée pour réfuter la position kelsénienne, pour qui la norme est définie « par référence à l'acte de volonté qui lui donne naissance » (art. préc., n°2, p. 484) que pour proposer une véritable définition des normes permissives, puisque cela lui permet de constater qu'« on aura beau dire qu'il existait en ce sens une volonté implicite du législateur, une volonté qui n'est pas consciente de ce qu'elle veut n'est pas une volonté » (*ibid.*).

<sup>243</sup> C. GROULIER, *Norme permissive et droit public, op. cit.*, n°145 et n°353. L'auteur rappelle l'existence des deux dimensions du « permis » : en premier lieu, il fait référence à ce qui n'est pas imposé et stipule une liberté d'appréciation ; en second lieu, au permis s'identifie aussi le champ de licéité ouvert par la faculté, cette sphère dans laquelle seulement, pourra s'exercer la liberté d'option du permissionnaire.

<sup>244</sup> Il ne faut donc pas confondre les permissions faibles et les normes permissives implicites. Par exemple, le fait que le législateur n'interdise pas à sa population d'être végétarien constitue une simple permission faible. Il n'existe aucune norme permissive, même implicite, permettant de choisir d'être végétarien ou de ne pas être

*expressément une faculté de faire ou de ne pas faire à leur(s) destinataire(s)*. Si la doctrine s'accorde plutôt sur cette définition autour de la notion de faculté, la véritable controverse concerne la pertinence de cette catégorie de normes – en tant que norme à part entière –, qui est contestée par de nombreux auteurs.

---

végétarien. En revanche, il existe dans le domaine contractuel une norme permissive implicite qui « permet aux parties d'adopter les clauses qui leur conviennent chaque fois que l'ordre public (interne) ne s'y oppose pas » (V. P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981, , p. 277 et s. et nos propos supra n°2 p. 3).

**SECTION II**  
**PERTINENCE DE LA NOTION DE NORME PERMISSIVE**  
**EN TANT QUE MODÈLE D'INTELLIGIBILITÉ DU DROIT POSITIF**<sup>245</sup>

96. Avant de se doter d'une telle notion, il est nécessaire de vérifier qu'elle est apte à proposer une grille de lecture fonctionnelle du droit positif<sup>246</sup>. L'admission de la notion dans le discours juridique suscite deux types de difficultés : tout d'abord, certains relèvent l'antinomie du concept de *norme* permissive en ce que les énoncés permissifs seraient – par définition – dénués de toute valeur normative (§I). Ensuite, même en reconnaissant ce caractère normatif, encore faut-il démontrer la véritable autonomie conceptuelle de la notion dans la typologie des normes juridiques (§II).

**§I – La valeur normative des normes permissives**

97. **La normativité contestée des normes permissives.** Un auteur, qui s'est récemment intéressé au concept de norme permissive, a dénoncé ce qui lui apparaissait comme une contradiction inhérente au concept lui-même puisqu'il revenait à associer une norme, c'est-à-dire ce qui a vocation à déterminer, à ce qui semblait au contraire par nature indéterminé, à savoir la permission<sup>247</sup>. C'est le premier obstacle à surmonter si l'on souhaite admettre le concept de norme permissive tant sa normativité est débattue en doctrine. La conception impérativiste du droit étant encore largement dominante dans le discours sur la normativité<sup>248</sup>, il entraîne un raisonnement fondé sur l'idée de contrainte, d'ordre. Les *Principes* dégagés par MOTULSKY ont alors pu être invoqués au soutien de cette conception car l'auteur a entrepris de démontrer que « le caractère *normatif* congénital du droit postule le trait dominant de la règle de droit : elle ne peut avoir qu'un caractère *impératif* »<sup>249</sup>. Cette approche s'avère alors difficilement compatible avec la

---

<sup>245</sup> Nous reprenons ici les termes de Monsieur G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, n°89.

<sup>246</sup> Sur cette nécessité : v. G. TUSSEAU, *ibid.* L'auteur énonce qu'il est indispensable, avant d'introduire un nouveau concept dans le discours juridique, de vérifier qu'il est « susceptible d'offrir un modèle d'intelligibilité fonctionnel du droit positif ». Sur le confrontation de ce critère au concept de norme permissive : v. nos propos *infra* n°110 et s..

<sup>247</sup> J.-M. FÉVRIER, « Remarques sur la notion de norme permissive », art. préc. Dans ses « Remarques sur les normes permissives », J. -M. FÉVRIER introduit son propos en relevant que « la coexistence même de la norme, ce qui détermine, et de la permission, ce qui est indéterminé, ne peut que soulever de délicats problèmes logiques » ; il se demande par suite si « relevant apparemment de deux univers distincts, les deux termes sont suffisamment compatibles pour donner naissance à une catégorie juridique ? ».

<sup>248</sup> V. C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, *op. cit.*, n°298 et s. p. 209. Il insiste sur « l'attachement doctrinal pour la notion d'impératif » au sein des théoriciens du droit et montre que cet attachement persiste dans la doctrine contemporaine, voire est réaffirmée, en citant par exemple les écrits de D. de BÉCHILLON (v. *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* éd. Odile Jacob, 1997).

<sup>249</sup> H. MOTULSKY, *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Sirey, préf. P. ROUBIER, n°10, p. 13. Par ces propos, l'auteur ne vise nullement à contester l'existence de règles supplétives, par opposition aux règles impératives. Les premières comme les secondes

reconnaissance des normes permissives telles qu'on les a présentées car, par définition, la permission ne présupposerait pas le respect d'une certaine conduite mais octroierait au contraire un espace de liberté à un individu, espace dans lequel il pourrait agir comme il l'entend<sup>250</sup>.

L'idée même de norme permissive semble donc se situer aux antipodes de la contrainte puisque sa spécificité est justement que, en octroyant une faculté de faire ou de ne pas faire quelque chose, elle offre à ses destinataires une sphère de liberté : ils ont le choix d'exercer ou non cette faculté<sup>251</sup>. Certes, il est toujours possible de surmonter cette apparente antinomie en analysant la norme permissive en termes de prescription. Mais cette méthode – qui sera exposée dans des développements ultérieurs – ne semble pas nécessaire à la levée de l'argument. En effet, ce type d'analyse procède d'une confusion entre deux choses distinctes : la valeur normative de la norme et la valeur de son contenu.

#### **98. La valeur normative de la norme indifférente de son contenu.**

Lorsqu'elle traite des caractères de la règle de droit, la doctrine a eu tendance à ne pas distinguer entre ce qui relevait du contenu d'une norme – c'est-à-dire le sens dégagé de l'interprétation du texte, support de la norme – et ce qui conférerait à la norme cette qualité en tant que modèle et donc indépendamment de son contenu. BATIFFOL a systématisé cette distinction en distinguant l'élément impératif de l'élément rationnel de la loi<sup>252</sup>. L'élément impératif de la loi explique que celle-ci

---

sont bien des normes juridiques en ce qu'elles sont obligatoires pour le juge : « une règle supplétive peut, certes être écartée par la volonté des particuliers ; (...) mais si une telle volonté ne s'est pas manifestée, le juge est tenu de respecter cette norme, toute « dispositive » qu'elle puisse être » v. « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », *Écrits. Étude et notes de droit international privé*, préf. H. BATIFFOL, Ph. FRANCESKAKIS, Dalloz, 1978, n°13, p. 133. En l'espèce, le terme impératif renvoie davantage ici à l'idée de commandement, commandement qui s'impose directement aux parties ou s'impose dès lors qu'elles n'ont pas souhaité y déroger (« La règle de droit comporte, par définition, un impératif, une injonction à l'adresse d'une personne qui peut être, soit un membre de la communauté juridique, soit le détenteur de la contrainte sociale », c'est nous qui soulignons : v. H. MOTULSKY, *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Sirey, préf. P. ROUBIER, n°26, p. 29).

<sup>250</sup> « Par définition, si permettre est laisser faire ou ne pas faire quelque chose, il n'est pas question, pour celui qui permet, d'influer sur la conduite d'autrui, mais il doit laisser l'autre agir comme il le veut en toute liberté », ce qui conduit à considérer que « le permis ne constitue pas une norme, et qu'il est incohérent de parler de « norme permissives » ; v. J.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, p. 432.

<sup>251</sup> En effet, on ne nie nullement que ces facultés puissent être encadrées et donc comporter une dimension contraignante quant à leur mise en œuvre. L'on renvoie sur ce point à G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation, op cit*, n°252 et s. où l'auteur conclut que « L'articulation des facultés ouvertes aux sujets de droit avec les diverses procédures consultatives et finalités plus ou moins expresses qui peuvent être instituées révèle autant de degrés dans liberté laissée au destinataire de la norme permissive. Ces formes de contrainte n'excluent pas nécessairement la libre détermination de ce dernier. Certes, elles peuvent l'affecter, l'altérer, mais elles ne sauraient systématiquement l'abolir. Le discours selon lequel l' "élément obligatoire" ainsi réintroduit démontrerait l'inexistence de normes purement permissives, et dénaturerait la catégorie, appelle donc des réserves. Le caractère permissif d'une norme n'a pas à être exclusif pour exister ».

<sup>252</sup> V. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 2002, n°50 et s. p. 110.

s'impose : elle traduit la force de commandement du législateur qui l'a élaborée et qui justifie son application et, *a fortiori*, son respect sur un territoire donné. L'élément rationnel, c'est l'élément concret de la loi : ce qu'elle propose, impose ou suppose. Ce sont les « propositions générales applicables à des cas particuliers<sup>253</sup> ». Les deux éléments renvoient à des problématiques distinctes car si la loi s'impose en raison de sa nature, son contenu peut parfaitement conférer une liberté aux parties. Mais ce n'est alors que parce que la loi leur aura permis de se détacher du modèle proposé par la norme qu'ils pourront le faire sans risquer une éventuelle sanction ou du moins l'inefficacité de cette prise de distance. Plus récemment, en s'intéressant à la notion de *force* de la norme – qualifiée ensuite par cette même doctrine de *force normative* –, Madame C. THIBIERGE a expliqué qu'elle se déclinait à deux niveaux. Tout d'abord, l'auteur soulève la question de la force obligatoire de la norme impliquant une question fermée, à savoir « la norme s'impose-t-elle ou non ? ». Cette problématique peut rejoindre celle de l'élément impératif de BATIFFOL. Ensuite, elle pose également la question de la force contraignante de la norme, impliquant cette fois une question ouverte, à savoir « comment la norme s'impose-t-elle ? »<sup>254</sup>. Il est ici question de degrés et l'on rejoint davantage l'élément rationnel de la loi de BATIFFOL car c'est bien du contenu de la norme qu'il s'agit. Évidemment, une telle conception ne se conçoit que si l'on accepte de se détacher d'une vision purement impérativiste du droit afin d'appréhender la norme en tant que modèle<sup>255</sup>. Le droit ne se contente pas d'imposer, il propose, mais de manière singulière, car il détient une légitimité particulière en ce qu'il est en principe le seul habilité à le faire. Dans cette perspective, l'on conçoit alors parfaitement qu'il faille considérer au sein des normes juridiques deux dimensions. Pour certains, il s'agit donc de distinguer un élément impératif d'un élément rationnel ; pour d'autres, de voir à côté d' « une fonction instrumentale – celle de référence pour l'action et l'évaluation des actions et situations –, indépendantes de son contenu » ce que la norme exprime, c'est-à-dire « une injonction, une prohibition, une permission, une habilitation, *etc.*<sup>256</sup> ».

Cette distinction permet de considérer une norme permissive comme une véritable règle puisque ce qui lui attribue cette qualité serait bien son élément impératif ou sa force obligatoire, c'est-à-dire « la valeur qui lui est conférée dans

---

<sup>253</sup> V. H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Droit international privé*, Tome I, LGDJ, 1981, 7<sup>e</sup> éd.

<sup>254</sup> V. C. THIBIERGE, « Le droit souple : réflexion sur les textures du droit », *RTD Civ.* 2003, p. 499. L'auteur distingue explicitement les deux : « La force de la norme répond, sur un strict plan technique, à au moins deux interrogations : est-ce qu'elle s'impose ? C'est la question de sa force obligatoire. Comment s'impose-t-elle ? C'est celle de sa force contraignante ».

<sup>255</sup> V. sur ce point *infra* n°113.

<sup>256</sup> C. GROULIER, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative » p. 199 in *La force normative, Naissance d'un concept*, C. THIBIERGE *et al.*, L.G.D.J., 2009.

l'ordonnement juridique, tenant à sa fonction de modèle <sup>257</sup> », et ce indifféremment de son contenu. La norme juridique ne peut donc effectivement être qualifiée de permissive car le caractère obligatoire est phénoménalement assigné à la norme<sup>258</sup> ; en revanche le contenu de celle-ci le peut aisément<sup>259</sup>. La levée de cet obstacle, si elle était nécessaire, n'enlève rien à la nécessité d'éprouver l'autonomie conceptuelle de la notion.

## §II – L'autonomie conceptuelle des normes permissives

99. L'adoption du concept de norme permissive suppose que l'autonomie conceptuelle de la notion soit éprouvée. Si le concept n'apparaît pas autonome – dans le sens de non réductible à un concept déjà présent dans la science juridique – et qu'il s'apparente en réalité à la simple déclinaison d'un précédent, il sera toujours préférable de s'en tenir au concept existant. Or les réticences à l'égard du concept de norme permissive ont trait justement à son absence d'autonomie. Il faudra donc commencer par éclairer les rapports que la notion de norme permissive entretient avec celle de norme dispositive, cette dernière notion se retrouvant plus fréquemment sous la plume des internationalistes (A). Mais la principale critique soulevée à l'encontre de l'émergence du concept de norme permissive est issue des thèses réductionnistes qui tentent d'appréhender ces normes en termes de prescriptions. Elle ne nous semble pourtant pas insurmontable car – sans renier l'avantage que présente l'économie d'un concept<sup>260</sup> – la vision que proposent ces thèses relève davantage de l'artifice que de la description empirique d'une réalité du paysage juridique (B). La démonstration du caractère simpliste de cette dernière approche n'est toutefois pas suffisante pour proclamer l'indépendance de cette catégorie de normes. Encore faut-il qu'elle présente une véritable spécificité qui justifie que l'on adopte une catégorie à part entière (C).

### A – La notion de règle permissive à l'épreuve de celle de règle dispositive

100. Le qualificatif *dispositif* est souvent perçu comme un synonyme de celui de supplétif. La présence de la notion de règle dispositive sous la plume de certains

---

<sup>257</sup> *Ibid.*

<sup>258</sup> P. AMSELEK, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit : (essai de phénoménologie juridique)*, th., Paris, LGDJ, 1964, p. 282.

<sup>259</sup> V. pour une illustration de ce constat en prenant pour exemple l'hypothèse d'une directive communautaire : C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, *op. cit.*, n°293 et s. p. 205.

<sup>260</sup> G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 61 et 84 et s. L'auteur parle de « l'économie ontologique ».



auteurs – notamment des internationalistes – invite à se demander s’il faut déceler dans ces deux expressions des synonymes ou au contraire les distinguer. La tâche est délicate car la notion de règle dispositive compte presque autant de définitions qu’il existe d’auteurs tandis que ceux-ci ne se donnent que rarement la peine de préciser le sens dans lequel ils l’emploient<sup>261</sup>. Ce qui explique probablement que ses rapports avec la notion de règle permissive ne s’imposent pas avec la force de l’évidence.

**101. Règle dispositive chez GÉNY.** Dans sa thèse sur la règle supplétive, Madame C. PÉRÈS nous apprend que GÉNY fut le premier à proposer un concept de règle dispositive. Il fut en réalité le premier juriste français à le faire, car le concept, importé d’Allemagne, avait déjà fait l’objet de plusieurs travaux outre-Rhin<sup>262</sup>. L’exposé par Madame C. PÉRÈS des idées de GÉNY est très instructif car, dans son étude des différentes catégories de règles de droit, ce dernier pointe l’insuffisance de la distinction bipartite de l’impératif et du supplétif – inapte à rendre compte des « tonalités normatives, sensiblement plus variées, des règles de droit<sup>263</sup> » – pour y adjoindre une troisième catégorie de norme, à savoir celle des règles dispositives. L’on se surprend alors à imaginer que ces trois sortes de règles – supplétives, impératives et dispositives – correspondraient aux trois catégories que l’on a identifiées précédemment et que la figure des règles dispositives pourrait être assimilée à celle des règles permissives.

Cependant, Madame C. PÉRÈS poursuit en présentant les trois principes fondateurs de ces trois catégories de règles – toujours selon GÉNY – que seraient : le principe de « l’autonomie de la volonté », le principe de « l’ordre public ou de l’intérêt supérieur » et enfin le principe de « l’équilibre des intérêts privés en balance<sup>264</sup> ». Or sous cet angle, l’on voit mal comment la règle dispositive pourrait abriter la figure – même déguisée – de la règle permissive. La notion de règle dispositive repose d’ailleurs sur un critère relativement obscur puisque celle-ci vise à régir « les situations qui, "d’après leur nature même ou d’après les circonstances de leur origine", sont inaccessibles à la volonté individuelle parce qu’elles surgissent sous la forme de conflits d’intérêts entre des personnes qui n’ont pas contracté l’une avec l’autre »<sup>265</sup>.

<sup>261</sup> C. PÉRÈS, *La règle supplétive*, *op. cit.*, n°482. L’auteur observe que ceux qui emploient ce terme « ne signalent que très rarement à l’attention du lecteur l’existence d’autres définitions que celle qui retient leur préférence ».

<sup>262</sup> V. notamment VON BÜLOW, *Dispositives Zivilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, *Archiv. Für die zivilistische Praxis*, 1881, p. 3 et s., spéc., p. 71 et s., cité par C. PÉRÈS, *op. cit.*, note 26 p. 449.

<sup>263</sup> C. PÉRÈS, *La règle supplétive*, *op. cit.*, n°482.

<sup>264</sup> F. GÉNY, *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, t. II, n°170, pp. 149-150 cité par C. PÉRÈS, *op. cit.*, n°464.

<sup>265</sup> C. PÉRÈS, *op. cit.*, n°467. L’auteur cite par exemple les hypothèses d’accession ou de compensation évoquées par GÉNY, tout en réfutant que ces deux mécanismes soient « d’après leur nature même », ainsi que l’affirme GÉNY, soustraits à toute emprise de la volonté individuelle puisque selon Madame PÉRÈS

Conscient des faiblesses de cette prétendue règle dispositive, GÉNY avait finalement abandonné l'acception de celle-ci comme catégorie de règle autonome pour la réintégrer dans ce qu'il considérait comme le domaine du supplétif. Il concluait en énonçant que le droit dispositif renvoyait aux domaines où l'autonomie de la volonté occupait une place prépondérante<sup>266</sup>. *A priori* classique, sa conclusion est pourtant peu convaincante : sans appartenir à l'ordre du supplétif, il faudrait y voir, au contraire, une autre expression de la permissivité... En réalité, l'approfondissement de l'analyse révèle une absence totale de similitude entre notre conception de la règle permissive et celle proposée par GÉNY de la règle dispositive – et ce même après avoir reconsidéré celle-ci. Seule la thèse de CALEB, en utilisant cette terminologie à d'autres fins, a pu entretenir la croyance d'une possible analogie.

**102. Règle dispositive chez CALEB.** Dans son *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, CALEB commence son étude par une présentation de la nature du concept d'autonomie de la volonté en droit privé interne, dans laquelle il en vient à s'intéresser à la classification des lois. Son analyse se révèle particulièrement intéressante puisque, conscient de l'insuffisance de l'opposition binaire de l'impératif et du supplétif, il propose d'intégrer à la classification traditionnelle une catégorie intermédiaire, celle des règles dispositives. Cette nécessité vient selon lui de l'impossibilité d'appréhender les règles octroyant une faculté aux individus au travers des règles impératives ou supplétives. Ces règles, qui permettent aux individus de régir comme ils l'entendent un rapport de droit déterminé, ne sont pour lui ni des règles supplétives ni des règles impératives malgré le caractère indiscutable de leur existence. Il poursuit en expliquant que si les règles impératives et supplétives offrent des réglementations déterminées « abstraites », les règles dispositives proposent au contraire aux individus d'élaborer eux-mêmes une réglementation « concrète »<sup>267</sup>. L'affirmation de CALEB à propos du caractère

---

observe que la jurisprudence « admet (...) que l'effet prévu par l'ordre juridique ne se réalise pas lorsque les parties ont exprimé leur volonté qu'il en soit autrement » (*ibid.*).

<sup>266</sup> «Le droit dispositif » correspondrait à « ce vaste domaine du Droit, qui, par sa nature, laisse une place prépondérante à l'autonomie de la volonté ». V. F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *Élaboration technique du droit positif*, Sirey, 1921, n°237, pp. 343-344 cité par C. PÉRÈS, *La règle supplétive*, *op. cit.*, n°468.

<sup>267</sup> M. CALEB, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, *op. cit.*, p. 25 et s. L'auteur déclare à ce propos que « Les règles dites supplétives [...] s'imposent toutes les fois que la volonté individuelle n'est pas venue les écarter pour lui substituer sa réglementation concrète, sa réglementation propre. Mais ce que l'on oublie bien souvent, c'est que entre les lois impératives et les lois supplétives [...] vient s'intercaler une catégorie intermédiaire de lois : les lois dispositives. [...] La règle dispositive [...] concède à l'individu la faculté de régler de façon concrète les rapports juridiques en vertu de la volonté individuelle. La loi, dans cette hypothèse, trace les limites dans lesquelles peut se mouvoir la volonté régulatrice des individus. La loi donne une sorte d'autorisation, d'habilitation à la volonté autonome. La règle dispositive se distingue des lois impératives et supplétives en ce qu'elle ne fournit pas de réglementation abstraite, elle donne simplement ouverture à la réglementation concrète de la part de la volonté individuelle. Nous saisissons maintenant le rapport entre les dispositions supplétives et les dispositions dispositives. Ces

nécessaire de cette tierce catégorie de normes rejoint parfaitement nos conclusions et son analyse établit une parenté évidente entre les règles qu'il qualifie de *dispositives* et celles que l'on qualifie de *permissives*. Madame C. PÉRÈS approuve cette vision puisqu'elle conclut que « cette démarche conduit à voir dans la règle dispositive une forme de règle permissive<sup>268</sup> ».

Derrière une dualité de termes, il faut donc constater une identité de notions entre les règles permissives et les règles dispositives telles qu'elles sont définies par CALEB. Néanmoins, dès lors que cette acception de la règle dispositive s'avère largement minoritaire<sup>269</sup>, nous préférons, par souci de clarté, retenir définitivement le terme de règle *permissive* et écarter celui de règle *dispositive* en raison de l'ambiguïté que cette expression véhicule. Nous emprunterons à Madame C. PÉRÈS sa conclusion : « prolonger davantage ce recensement [*des différentes définitions de la notion*] n'offrirait pas grand intérêt, la démonstration étant suffisamment faite du profond – mais étonnement silencieux – désaccord régnant en doctrine sur la valeur de la règle dispositive »<sup>270</sup>. Cette clarification de la notion n'aura toutefois pas été vaine car, étant donné que certains auteurs évoquent en droit international privé le « pôle dispositif » de la réglementation internationale, on comprend alors que ce qualificatif est plus entendu au sens de *permissif* que de *supplétif*<sup>271</sup>.

**103.** En raison des imprécisions relatives au concept de norme dispositive, le concept de norme permissive ne peut lui être parfaitement assimilé et le concept de norme permissive doit lui être préféré. Il convient à présent de montrer qu'il n'est pas non plus réductible en termes de prescriptions.

## **B – L'autonomie de la notion à l'épreuve des thèses réductionnistes**

**104.** Après avoir brièvement exposé la critique qui sous-tend les thèses réductionnistes (1), nous verrons dans quelle mesure elles s'avèrent insuffisantes (2).

---

dernières viennent en première ligne donner une autorisation en blanc à la volonté individuelle dans les limites des lois impératives.

<sup>268</sup> C. PÉRÈS, *La règle supplétive*, *op. cit.*, n°482.

<sup>269</sup> V. C. PÉRÈS, *op. cit.*, n°482. Elle énonce que « sous réserve de cette dernière opinion [ *celle de M. CALEB* ], la règle dispositive désigne aujourd'hui, pour les uns, une variété de dispositions impératives mais le plus souvent, pour les autres, une espèce de dispositions supplétives ».

<sup>270</sup> v. les développements de C. PÉRÈS, *op. cit.*, n°462 et s., spéc. n°484.

<sup>271</sup> V. *supra* n°40.

## 1) Exposé des thèses réductionnistes<sup>272</sup>

**105.** Dans la théorie générale du droit, les thèses dites réductionnistes sont celles pour lesquelles le seul et unique concept de norme prescriptive permet de rendre compte de l'ensemble des énoncés présents dans le langage des acteurs juridique. Par nature hostiles à l'enrichissement de la typologie des normes, elles « visent à démontrer la réductibilité de la permission à l'obligation » et donc à faire l'économie du concept<sup>273</sup>. Par conséquent, les normes qui ne se présenteraient pas *a priori* comme des prescriptions pourraient être analysées comme des prescriptions formulées de manière indirecte.

Concernant spécifiquement l'approche des énoncés permissifs, il existe deux principales analyses réductionnistes<sup>274</sup>. Pour la première, le fait qu'un comportement soit permis désigne le fait négatif qu'il n'est pas prescrit. La seconde revient à apprécier l'énoncé permissif sous l'angle des tiers et de l'obligation faite à autrui : la permission accordée à un individu peut être perçue comme l'interdiction faite aux autres d'entraver l'exercice de la faculté accordée. Cette analyse, présente notamment chez KELSEN<sup>275</sup>, se retrouve plus récemment chez un auteur qui voit dans les règles permissives des règles prescriptives à l'égard de leurs destinataires indirects, c'est-à-dire non pas ceux qu'elles visent expressément en leur octroyant une permission, mais ceux qui subiront l'exercice potentiel de la permission octroyée. Une règle qualifiée de permissive pour les uns serait parallèlement prohibitive pour les autres<sup>276</sup>. Il n'est donc pas question, pour ces théories, de nier

---

<sup>272</sup> Pour une présentation détaillée de ces thèses : v. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, n°100 et s. Pour notre part, nous laisserons de côté les thèses dites des « fragments des normes ». Elles appartiennent aux thèses réductionnistes car elles ne retiennent que le concept de norme prescriptive, mais contrairement à celles que nous développons, elles ont pour particularité de dénier carrément la qualité de règle de droit aux normes permissives en ce qu'elles ne constitueraient que les fragments d'une norme plus complète qui énoncerait un commandement et constituerait elle seule une norme. Le manque de réalisme de ces thèses – qui explique d'ailleurs qu'aucun juriste ne s'y réfère dans une approche autre que purement théorique et abstraite – nous conduit donc à ne pas les traiter et nous renvoyons pour à : v. G. TUSSEAU, *op. cit.*, n°149 et s.

<sup>273</sup> C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, *op. cit.*, n°210.

<sup>274</sup> G. TUSSEAU, *op. cit.*, n°223 et s. qui en expose trois, mais pour écarter rapidement la première. Celle-ci consiste effet à appréhender l'énoncé comme un impératif adressé au destinataire de la permission : « Il est permis à l'individu *i* de se comporter de la manière *M* équivaut alors à *Fais comme tu veux !* ou *Décide de ton comportement !* ». L'auteur observe qu'il est relativement difficile de concevoir qu'un énoncé soit permissif et impératif en même temps !

<sup>275</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. fr. de C. EISENMANN de la 2<sup>e</sup> éd. de la *Reine Rechtslehre*, Paris, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », Vol. 7, 1962, p. 22 ; *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 179, 441, cité par G. TUSSEAU, *op. cit.*, n°225, p. 125.

<sup>276</sup> V. Dans ce sens : D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* Odile Jacob, 1997, p. 179. L'auteur définit ces destinataires indirects comme « ceux que la norme ne désigne pas explicitement, mais sur qui elle cherche néanmoins à porter ses effets ». D'après lui, « contrairement à ce qu'une vision superficielle laisse croire, ces normes véhiculent une forte dose d'obligation : en ceci qu'elles constituent un droit d'effectuer une action, elles font nécessairement défense à autrui de contester ou de porter atteinte à ce droit. Toute règle permissive pour un individu s'avère en même temps prohibitive pour l'ensemble des autres ».

l'existence des normes permissives, mais de réfuter l'idée qu'elles puissent constituer une catégorie de normes à part entière. Réductibles à des entités mieux connues, il serait alors inutile – voire néfaste – d'encombrer la théorie juridique de concepts superflus.

Quelle que soit l'analyse retenue, chacune a l'avantage de construire une logique des normes autour de la seule notion de norme prescriptive. Dans la première, il va être possible de proposer une *summa divisio* des comportements entre ce qui est prescription (obligatoire ou interdit) et son contraire (permis) ; dans la seconde, toutes les normes pourront être appréhendées à travers la notion d'obligation. Toutes deux mettent en avant « la dimension coercitive du droit <sup>277</sup>» et viennent disqualifier les normes permissives comme normes indépendantes<sup>278</sup> – ce qui est somme toute préférable puisqu'elles bouleverseraient la structure classique des règles de droit. En effet, étant donné qu'elles se contentent d'offrir une faculté à leurs destinataires, elles ne semblent pas pouvoir être violées et encore moins offrir un modèle de comportement à leurs destinataires puisqu'elles sont en principe caractérisées par l'indifférence de l'exercice ou non de la faculté. Quoique séduisante par sa simplicité apparente, cette présentation se révèle pourtant trop éloignée de la réalité du discours juridique.

## 2) L'insuffisance des thèses réductionnistes

106. Favorable à l'admission d'un concept autonome de norme permissive, H. G. VON WRIGHT a entrepris de réfuter ces thèses en prouvant l'irréductibilité de ces normes <sup>279</sup>. Toutefois, sa démonstration ne sera pas développée ici car son argumentation repose sur une analyse purement logique tandis que l'on se propose au contraire d'adopter une approche pratique s'attachant à vérifier l'utilité du concept<sup>280</sup>. Les raisons d'écarter ces théories doivent donc être recherchées, non sur le terrain de la logique des normes, mais sur celui de l'analyse pragmatique du droit positif. D'ailleurs, ce ne sont plus des arguments de pure logique déontique qui ont

---

<sup>277</sup> G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, n°215, p. 119.

<sup>278</sup> V. l'analyse de H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. fr. de C. EISENMANN de la 2<sup>e</sup> éd. de la *Reine Rechtslehre*, Paris, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », Vol. 7, 1962, p. 22 et p. 75 et s.

<sup>279</sup> V. G. H. VON WRIGHT, « *L'analyse des normes* », trad. O. TAVIOT, en collaboration avec J.-P. DELVILLE, *R.R.J* 2003-1, p. 19 et s., spéc. n°13 p. 30. C'est dans cette perspective qu'il élabore la distinction entre permission forte et permission faible : il montre ainsi que seule la permission forte est un caractère de norme et qu'au sein de celle-ci, on doit en distinguer trois sortes dont une n'est pas réductible aux obligations : la déclaration de tolérance.

<sup>280</sup> V. pour les arguments conduisant à cette conclusion : G. TUSSEAU, *op. cit.*, n°237 et 238 p. 130-131. D'après l'auteur, sa démonstration ne convainc pas car elle ne permet pas « de trancher la question de l'irréductibilité de la permission à la prescription ».

incité une certaine doctrine à se doter de ce concept, mais plutôt une forme de réalisme juridique<sup>281</sup>.

En effet, les efforts théoriques pour traduire les normes permissives en une catégorie déjà connue conduisent à des constructions – trop – simplistes, au prix d'un raisonnement – très – complexe et donc éloigné de la réalité du droit positif. Le caractère par trop artificiel de cette conception dénote d'ailleurs ce que certains théoriciens du droit ont pu qualifier de « logicisme », c'est-à-dire une utilisation exacerbée de la logique conduisant à des concepts théoriquement concevables mais totalement déconnectés du rôle effectif que ces normes concrètes jouent dans nos sociétés<sup>282</sup>. À titre cette fois d'exemple, le droit international privé peut montrer que le concept de norme permissive correspond à la réalité du droit positif. L'analyse de la règle octroyant aux parties la possibilité de choisir la loi applicable à leur contrat peut se concevoir en terme d'obligation – obligation faite au juge de respecter ce choix et aux tiers de se soumettre aux conséquences de ce choix – mais elle n'est pas souhaitable tant son caractère artificiel est évident. Une telle analyse en termes d'obligation faite aux tiers dénature la spécificité de la norme permissive<sup>283</sup> et contribue à la présenter sous un angle biaisé, qui contraint à un difficile travail d'interprétation. L'exemple de P. AMSELEK est à ce titre pénétrant : « de la règle adressée aux usagers d'un parc public *Il est interdit de marcher sur les pelouses*, on ne peut tirer automatiquement et abstraitement qu'il est permis de tout faire sur les pelouses sauf marcher. Le permissif derrière les énoncés interdictifs ne découle pas

---

<sup>281</sup> G. TUSSEAU – qui sera suivi sur ce point par C. GROULIER – conclut ainsi que « La possibilité de rendre compte des énoncés permissifs au moyen du concept de normes prescriptive semble hors de doute. Mais cette question est distincte de la décision de se doter ou non d'un concept de norme permissive. Si l'on repousse toute lecture essentialiste de cette problématique, il ne s'agit pas d'identifier une chose ou une relation qui existe objectivement, mais d'adopter des concepts fonctionnels en vue d'aborder certains discours. Il est donc possible d'envisager une argumentation pragmatique au soutien de l'admission du concept de norme permissive » ; v. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation, op. cit.*, n°239 p. 131.

<sup>282</sup> V. en ce sens : P. AMSELEK, « Ontologie du droit et logique déontique », art. préc., p. 1006-1007. L'auteur qualifie de logicisme le fait de « méconnaître complètement la « chosité » même des normes juridiques en vigueur dans nos sociétés, leur nature d'outils historiquement constitués par des démarches humaines créatrices, pour ne voir en elles que du *logos*, de simples séquences de pensée discursive, de simples propositions que l'on peut traiter, d'une manière pour ainsi dire totalement désincarnée, comme des éléments non pas d'un processus socio-historique de commandement public, mais d'un simple processus logique de pensée, de raisonnement ».

<sup>283</sup> V. C. GROULIER, *Norme permissive et droit public, op. cit.*, n°247 p. 178 : « En outre, le recours fait aux obligations et interdictions connexes à la norme permissive, c'est-à-dire celles pesant sur les tiers, est susceptible de dénaturer la perception du processus permissif et de l'intention de l'émetteur de la norme permissive : celui-ci entend en effet accorder une faculté à un, voire plusieurs destinataires identifiés – ou identifiables. C'est la situation juridique de ces derniers qui est principalement et directement affectée par l'intervention normative, comme l'est la situation d'un individu à qui est adressée une injonction. Or, les reformulations auxquelles donneraient lieu les normes permissives opèrent – du moins sur le plan de la perception – tel un mécanisme de novation, en ce qu'elles semblent substituer au sujet principal du rapport juridique, des sujets qui ne sont que secondaires. Ce faisant, elles confèrent plus d'importance aux rapports de droit corrélatifs, qu'à ceux à l'occasion desquels ces derniers existent. (...) La spécificité de la norme permissive s'apprécie donc surtout au regard de la situation de son destinataire principal, bien plus qu'en considération des tiers ou de l'émetteur de cette norme ».

d'un raisonnement *a contrario* purement formel, mais toujours de la mise en perspective (...) du sens littéral de cet énoncé et de l'explicitation des intentions d'arrière-plan prêtées au législateur »<sup>284</sup>. Il en est de même pour les normes permissives lorsque l'on tente de les traduire en termes d'interdictions faites aux tiers<sup>285</sup>.

**107.** En définitive, la nécessité de se doter d'outils aptes à appréhender le droit positif milite en faveur de l'adoption d'un tel concept, notamment en raison de son indéniable utilité fonctionnelle. Pourtant, encore faut-il vérifier qu'il mérite réellement une individuation conceptuelle. Ainsi si Monsieur G. TUSSEAU n'hésite pas à approuver les arguments invoqués au soutien de la reconnaissance d'un tel concept, il doute encore que celui-ci satisfasse les critères d'individuation des normes juridiques, doute que nous nous efforcerons de dissiper.

### **C – L'autonomie à l'épreuve des critères d'individuation des normes de G. TUSSEAU**

**108.** Après avoir présenté les critères d'individuation des normes juridiques présentées par Monsieur G. TUSSEAU (1), nous les confronterons au concept de norme permissive (2).

#### **1) Les critères d'individuation des normes juridiques**

**109.** Dans sa thèse sur *Les normes d'habilitation*, Monsieur G. TUSSEAU s'interroge sur l'utilité de se doter du concept de norme d'habilitation car la seule présence de l'expression dans le langage juridique ne permet pas de conclure à l'existence d'une catégorie en tant que telle<sup>286</sup>. Son objectif n'est donc pas de « rechercher l'essence ou la réalité de la notion d'habilitation, ni s'il existe un objet spécifique que l'on appelle *normes d'habilitation* », mais seulement de vérifier qu'elle propose « un concept susceptible d'offrir un modèle d'intelligibilité fonctionnel du droit positif »<sup>287</sup>. Pour cela, il soumet toute proposition de nouvelle catégorie de normes à quatre critères

---

<sup>284</sup> P. AMSELEK, « Ontologie du droit et logique déontique », art. préc., p. 1030. Suggérant une idée identique, v. H. MOTULSKY, *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Sirey, préf. P. ROUBIER, n°17, p. 19. L'auteur écrit que : « La règle de droit ne se confond pas, loin de là, avec l'article de la loi (...) Le plus souvent, l'article ne renferme qu'une des deux parties, présupposition ou effet juridique, ou même seulement quelques éléments épars destinés, dûment complétés, à former l'une ou l'autre ».

<sup>285</sup> V. *supra* n°69 notre analyse des articles 3 de la convention de Rome et du Règlement Rome I qui a montré qu'on ne pouvait s'en tenir à une lecture trop stricte de cette disposition, sauf à faire du choix de loi applicable au contrat une *prescription* à l'intention des parties qui seraient « sommées » de choisir.

<sup>286</sup> V. en ce sens G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, note 81, p. 10.

<sup>287</sup> G. TUSSEAU, *op. cit.*, n°89.

d'individuation afin que celle-ci ne vienne pas encombrer inutilement la science du droit : « l'individuation des normes doit aboutir à la proposition de concepts qui autorisent un découpage intellectuel pertinent du matériau juridique brut »<sup>288</sup>. En reprenant les propres mots de l'auteur, il est possible de résumer sa pensée comme suit.

Le premier critère implique que le concept proposé ne s'écarte « pas trop du langage et des concepts juridiques courants » ; il doit ensuite permettre de systématiser des normes présentant « une structure relativement simple et pouvant être facilement comprises » ; il doit aussi autoriser les distinctions et les connexions pertinentes entre différentes parties du système juridique : les situations complexes du droit positif doivent ainsi pouvoir être « décomposées de manière discriminante et être situées vis-à-vis des autres composantes de l'ordre juridique » ; enfin, « l'individuation des normes doit permettre de rendre compte de la manière dont les phénomènes juridiques orientent le comportement et le raisonnement des acteurs »<sup>289</sup>. Évidemment, l'importance de chacun de ces critères n'est pas forcément identique, mais doit révéler une certaine forme d'équilibre.

## 2) Confrontation des critères au concept de norme permissive

**110.** Si l'on confronte les normes permissives à ces différents critères, il semble qu'elles y répondent de manière plus ou moins évidente selon les cas.

**111. Intelligibilité du concept.** Les deux premiers critères peuvent être regroupés sous le terme générique d'*intelligibilité du concept*. En l'occurrence, ils ne suscitent guère de difficultés : non seulement le concept a été salué pour sa proximité avec le langage ordinaire<sup>290</sup>, mais il semble qu'une norme qui se définit comme octroyant une faculté de faire ou de ne pas faire à ses destinataires soit aisément compréhensible. Les deux critères suivants sont en revanche plus discutables.

**112. Caractère discriminant.** L'on peut en effet deviner derrière le troisième critère l'exigence d'un caractère discriminant de la catégorie de normes proposée. Elle doit présenter une véritable spécificité qui justifie l'adoption d'une catégorie à part entière : les idées distinctes ne doivent pas être artificiellement rapprochées tandis que celles qui sont au contraire liées ne doivent pas être séparées<sup>291</sup>. Or, il est

---

<sup>288</sup> G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, n°90.

<sup>289</sup> *Ibid.*

<sup>290</sup> G. TUSSEAU, *op. cit.*, n°241.

<sup>291</sup> G. TUSSEAU, *op. cit.*, n° 90.



indéniable que les auteurs qui se sont intéressés à l'étude des normes permissives – quelle que soit leur position quant à l'admission ou au refus du concept – n'ont jamais manqué de relever la grande diversité de ces normes : hétérogénéité tant par la diversité des titulaires et des destinataires dans leur application que par celle des effets produits par leur application<sup>292</sup>. Pourtant, cet éclectisme n'a pas empêché ces auteurs de les considérer comme formant une catégorie à part entière – certes « polymorphe » mais catégorie quand même – qui présente à ce titre une véritable spécificité. Déplorant son manque de discrimination conceptuelle, Monsieur G. TUSSEAU demeure sceptique à l'égard des normes permissives. La polysémie des énoncés permissifs est selon lui trop grande car les comportements rendus possibles par ces normes correspondent à des réalités très différentes et les appréhender sous l'angle d'une même catégorie conduirait à masquer des distinctions essentielles<sup>293</sup>.

Cette critique ne nous semble pas insurmontable. En effet, si cet auteur reproche aux normes permissives de n'être pas assez discriminantes, c'est surtout parce que certains proposent d'appréhender les normes d'habilitation à travers les normes permissives. Et c'est avant tout l'assimilation de ces deux types de norme qu'il réfute. Il insiste sur le fait que les thèses dites *permissivistes* qui conceptualisent les énoncés habilitants comme des normes permissives rapprochent deux notions distinctes car « alors que les habilitations autorisent la production de normes, les permissions *stricto sensu* n'autorisent que des comportements "matériels" »<sup>294</sup>. Or reconnaître la véracité de cette distinction n'oblige pas à renoncer au concept de norme permissive – tant qu'il est précisé que les normes permissives sont celles qui octroient une faculté de faire ou de ne pas faire et non celles qui donnent le pouvoir de produire une norme juridique<sup>295</sup>.

S'il est courant en effet de trouver de telles assimilations dans la doctrine<sup>296</sup>, les facultés octroyées par ces deux types de normes sont différentes. Dans un cas, il

---

<sup>292</sup> C. BARTHE-GAY, « Les normes permissives en droit administratif français », art. préc. et C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, *op. cit.*, n°120 p. 100 et n°161 et s. p. 128.

<sup>293</sup> G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, n°273. Trois fonctions principales des énoncés juridiques permissifs sont néanmoins couramment identifiées : ils peuvent limiter la validité ou l'applicabilité d'une norme prescriptive, voire l'abroger. La norme permissive est donc envisagée sous l'angle de l'autorisation : elle permet ce qui était prohibé ; ils peuvent prévenir la création d'une norme prescriptive : c'est-à-dire soit limitation de la compétence du producteur de normes, soit obligation pour lui de ne pas attenter à cette permission ; ils peuvent venir préciser le statut juridique de certains comportements et d'enlever ou de prévenir des doutes ; les énoncés permissifs peuvent donc remplir diverses fonctions juridiques. Or celles-ci ne vont pas nécessairement de pair. C'est pourquoi, si l'on décide d'admettre un concept de norme permissive, il est nécessaire, une fois identifiée une telle norme, de prolonger l'analyse afin de préciser davantage sa fonction juridique.

<sup>294</sup> G. TUSSEAU, *op. cit.*, n°277.

<sup>295</sup> Sur ce débat : v. B. HAFTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé. Etude dans le domaine du conflit de lois*, *op. cit.*, n°336 et s.

<sup>296</sup> V. par exemple : C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. 2, *op. cit.*, p. 443 qui distingue deux formes de règles : « l'une prescriptive, "impérative", l'autre simplement habilitante, "permissive" » et qui appréhende « les dispositions qui portent permission, autorisation, faculté, pouvoir, droit de se comporter d'une certaine

s'agit de permettre à un individu d'adopter un certain comportement dans des conditions plus ou moins encadrées ; dans l'autre, il s'agit de reconnaître à un individu la compétence de produire des normes juridiques. D'ailleurs, nous avons déjà signalé que, même si les pouvoirs octroyés par les normes d'habilitation sont le plus souvent permissifs – l'autorité habilitée sera libre de produire ou non une norme, elle aura donc la faculté *de faire ou de ne pas faire* quelque chose, à savoir produire la norme –, ils ne le sont pas de manière systématique. En effet, il arrive que l'autorité soit investie d'une compétence liée : elle sera alors obligée de produire une norme dans certaines conditions et ne sera plus libre de le faire ou non<sup>297</sup>. Ces deux types de normes seraient donc distincts car intervenant chacun à un niveau différent : « celui de l'existence d'une compétence et celui de son exercice<sup>298</sup> ».

Par ailleurs, on a vu également, dans la définition de la norme permissive, qu'il s'agissait d'un droit bilatéral – la liberté laissée au destinataire de la norme constituant une spécificité de la norme permissive – ; or il semble beaucoup moins évident d'octroyer à une autorité une compétence de s'abstenir<sup>299</sup>. L'habilitation ne présente donc qu'un aspect unilatéral dans la mesure où elle octroie positivement une compétence. Aussi, une fois le concept de norme permissive débarrassé de celui de norme d'habilitation, il semble apte à constituer un outil d'analyse fonctionnelle ; la faculté contenue dans la norme permissive, de par son aspect bilatéral et la liberté octroyée quant à son exercice, permet bien de discriminer certaines normes des autres. Il reste néanmoins à vérifier l'existence du quatrième critère.

**113. Fonction de modèle.** L'individuation d'une nouvelle catégorie de normes doit enfin « favoriser la compréhension du fonctionnement concret du droit en tant qu'instrument de direction des conduites »<sup>300</sup>. Il s'agit de vérifier que le concept

---

façon ou d'obtenir quelque chose » comme « des dispositions permissives, ou habilitantes ou tributives » ; C. BARTHE-GAY, « Les normes permissives en droit administratif français », art. préc. : « les règles permissives qui ouvrent une faculté à l'administration se présentent fréquemment comme des normes habilitatrices, c'est-à-dire des normes qui confèrent le pouvoir de produire du droit en édictant des actes juridiques ».

<sup>297</sup> V. sur ce point *supra* n°75, notamment l'exemple de l'article L. 511-3 habilitant impérativement le maire à prendre des mesures provisoires en cas de péril relatif à un immeuble menaçant ruine.

<sup>298</sup> G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation, op. cit.*, n°73.

<sup>299</sup> V. G. TUSSEAU, *op. cit.*, n°274 et s. Bien que rare, une telle compétence n'est pourtant pas inconnue du droit positif, comme en matière pénale où le ministère public peut décider de l'opportunité ou non des poursuites. En effet, le procureur de la République qui constate l'existence d'une infraction peut, en vertu de l'article 40-1 du Code de procédure pénale, déclencher l'action publique, mais aussi décider de ne pas poursuivre si cela lui semble opportun. Un véritable pouvoir d'appréciation lui est alors reconnu : tant pour décider d'agir que pour, au contraire, s'abstenir de le faire : v. par exemple, Crim. 28 févr. 2007, n°06-84266 (V. F. MOLINS, *Rép. Dr. pén. et proc. Pénale Dalloz*, v° « Ministère public », spéc. n°86).

<sup>300</sup> G. TUSSEAU, *op. cit.*, n°91.

proposé rend compte d'une fonction de modèle : « modèle d'action [...] la norme juridique a pour fonction d'objectiver un certain nombre de situations et de comportements »<sup>301</sup>. Certes, compte tenu de l'indifférence de la norme permissive quant à l'exercice de la faculté qu'elle octroie à ses destinataires, elle n'impose pas un modèle de conduite à ceux-ci, mais elle n'en indique pas moins « aux hommes auxquels elles sont adressées et communiquées, la mesure de leur possibilité d'agir afin qu'ils ajustent leur conduite sur cette mesure »<sup>302</sup>. Plus qu'un modèle d'action, elle se présente d'ailleurs surtout comme un modèle de référence<sup>303</sup>. Par conséquent, peu importe que la norme ne donne pas concrètement la direction à suivre par les individus, l'essentiel est qu'elle permette « d'évaluer, en amont et en aval de l'action, ce qu'il est permis de faire, où se trouvent les champs respectifs de la licéité et de l'illicéité »<sup>304</sup>. Il est donc parfaitement concevable qu'un modèle normatif permissif puisse exister, modèle qui fonctionnerait, non sur des prescriptions, mais sur des simples propositions. En effet, outre la liberté d'appréciation qu'elle octroie, la norme permissive est parfaitement apte à constituer un instrument de référence puisqu'elle délimite une aire des possibles dans laquelle la liberté des acteurs pourra s'exercer – à condition toutefois qu'elle s'astreigne à respecter les limites de cette sphère de permissivité. Au regard de ce modèle permissif, il sera donc possible d'évaluer si une action – ou au contraire une abstention – est licite<sup>305</sup>. Par conséquent, le concept de norme permissive paraît pleinement apte à remplir la fonction de modèle qui lui est assignée et rien ne s'oppose plus à l'adoption d'un tel concept. Dans le cadre d'une étude de droit international privé, il reste à en étudier les manifestations concrètes dans cette matière.

---

<sup>301</sup> V° « Règle de droit », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 1<sup>ère</sup> éd., 2003.

<sup>302</sup> P. AMSELEK, « Lois juridiques et lois scientifiques », *Droits*, n°6, 1987, p. 131.

<sup>303</sup> V. A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, chron. p. 199. L'auteur a montré que c'est de sa « vocation à servir de référence afin de déterminer comment les choses doivent être qu'un énoncé tire sa signification normative, et non d'un prétendu contenu prescriptif, prohibitif ou permissif d'une conduite.

<sup>304</sup> C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, *op. cit.*, n°349.

<sup>305</sup> V. Dans ce sens : C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, *op. cit.*, n°352 et s.

## CONCLUSION DU TITRE I

**114.** Les précédents développements ont permis de préciser le concept de norme permissive, que l'on se propose d'utiliser comme outil d'analyse du droit international privé contemporain. Dans un premier temps, nous avons montré, une fois constatée l'insuffisance des instruments traditionnels, l'intérêt d'une analyse de la discipline sous le prisme des normes permissives. En effet, parce qu'elles regroupent une grande variété de règles qui octroient à leurs destinataires une faculté de choix, les normes permissives permettent d'appréhender la tendance actuelle du droit international privé qui ménage une part croissante à l'autonomie de la volonté. Parallèlement, elles conduisent également à s'interroger sur les facultés laissées à la discrétion de magistrats. Mais une fois la nécessité d'un tel concept évoquée, il nous a semblé opportun de préciser davantage le concept même de norme permissive, définie *comme la norme qui octroie à son destinataire une faculté de faire ou de ne pas faire*. Ainsi précisée, la norme permissive est tout autant susceptible de s'adresser à une ou des parties qu'au juge. Et, quoique certains auteurs aient pu se montrer réticents à l'adoption d'une telle notion, la démonstration de sa valeur normative ainsi que son autonomie conceptuelle ont permis de vaincre les dernières hésitations. Une fois le concept de norme permissive précisé, il s'agit d'en saisir les différentes manifestations de manière plus détaillée dans le droit international privé contemporain.

## TITRE II

### LES MANIFESTATIONS DES NORMES PERMISSIVES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

**115.** Une fois identifié le concept de norme permissive et suggéré qu'il pouvait s'avérer un instrument utile à l'étude et à la compréhension du droit international privé contemporain, il est nécessaire d'éprouver ce concept par une analyse plus poussée du droit positif. Il s'agit alors d'en saisir les différentes manifestations.

La manifestation d'un certain type de norme peut être saisie à un niveau global par une confrontation du concept à la diversité des énoncés normatifs qui composent le droit positif. Cette analyse va révéler l'existence de normes permissives aux différents stades de raisonnement de la matière et en montrer la grande diversité. Un tel panorama va permettre, en dépit de cette apparente diversité, de systématiser la structure de ces normes et d'en dégager une typologie.

**116.** L'étude des énoncés normatifs qui composent le droit international privé sous l'angle des normes permissives implique que soit délimité le champ des règles soumises à notre étude. Les règles qui méritent une attention particulière sont celles qui participent directement à la construction de la démarche intellectuelle propre à cette matière. Il importe donc de distinguer plusieurs niveaux dans le raisonnement. Le premier concerne la question de la compétence des tribunaux français à trancher un litige impliquant une relation privée internationale. Une fois cette question résolue, un deuxième niveau impose de se demander à quel ordre juridique doit être soumise cette relation privée internationale lorsque le juge français s'est reconnu effectivement compétent<sup>306</sup>.

Pour viser ces différentes règles, les auteurs parlent couramment des règles intervenant dans le conflit de juridictions<sup>307</sup> et dans le conflit de lois. Par conséquent, ce seront principalement ces règles qui feront l'objet de notre étude, règles qui interviendraient à un stade que l'on pourrait qualifier de *conflictuel* en ce qu'il permet d'être opposé aux règles substantielles du droit interne français ou étranger qui interviennent une fois ces différentes questions tranchées et qui permettent de donner une solution concrète au litige.

Mais derrière ce que l'on appellera donc *stade conflictuel* (par opposition au *stade matériel*), se dessinent des normes très différentes. Il semble *a priori* difficile d'appréhender de manière uniforme les règles relatives à la compétence

---

<sup>306</sup> Parallèlement, un troisième niveau nécessite de s'interroger sur les effets que peuvent produire en France les jugements rendus à l'étranger. Nous excluons néanmoins les règles relatives à la régularité des jugements étrangers. Sur les raisons de cette exclusion, v. nos propos *infra* n°10.

<sup>307</sup> Pour le débat sur l'exactitude de l'expression « conflit de juridictions », v. *supra* n°51.

juridictionnelle en matière internationale et les règles relatives à la détermination de la loi applicable au litige ; elles devront donc être traitées dans des développements distincts. Aussi, afin de respecter le souci de chronologie du raisonnement suivi, il sera question dans un premier temps d'étudier les manifestations des normes permissives dans le domaine des conflits de juridictions (Chapitre I), puis dans un second temps d'en étudier les manifestations dans le domaine des conflits de lois (Chapitre II).

Chapitre I – Le domaine des conflits de juridictions

Chapitre II – Le domaine des conflits de lois

## CHAPITRE I

### LE DOMAINE DES CONFLITS DE JURIDICTIONS

**117. Les règles concernées.** L'évocation du conflit de juridictions suggère de prime abord le traitement de deux problématiques distinctes du droit international privé : la question de la compétence juridictionnelle internationale et celle de la reconnaissance des jugements étrangers<sup>308</sup>. Dans un cas, il s'agit des règles encadrant l'accueil de la demande auprès du juge d'un État donné ; dans l'autre, des règles encadrant l'accueil d'une décision rendue par la juridiction d'un autre ordre juridique. Néanmoins, la recherche des normes permissives révèle que si cette figure est très présente au stade de la compétence directe, elle est au contraire absente des règles de régularité internationale des décisions<sup>309</sup>. Aussi, seules les premières seront traitées dans les développements qui suivront. Il s'agira donc de saisir, dans le droit positif, les manifestations des normes permissives relatives à la compétence directe.

**118. Applicabilité et application.** L'étude des normes permissives au sein des règles de compétence nécessite d'abord d'identifier les principaux instruments contenant ces règles. En effet, si les règles de compétence des tribunaux français dans les litiges internationaux étaient traditionnellement définies en toute autonomie par le droit français<sup>310</sup>, il est indéniable que le droit de l'Union Européenne irrigue désormais très largement le conflit de juridictions<sup>311</sup>. Aussi, avant même de s'interroger sur le caractère permissif ou non de ces différentes règles de compétence directe, encore faut-il savoir dans quelle mesure elles s'appliqueront réellement.

---

<sup>308</sup> V. par exemple : D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome 1*, 3<sup>e</sup> éd., 2014, PUF ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2014, qui traitent chacun de ces deux questions dans un même titre intitulé *Conflits de juridictions*.

<sup>309</sup> V. déjà nos propos dans l'introduction : *supra* n°10.

<sup>310</sup> V. en ce sens : Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, coll. Précis, éd. 10<sup>ème</sup>, 2013, n° 693, p. 705.

<sup>311</sup> V. sur ce point : D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé, Tome 1*, 3<sup>e</sup> éd., 2014, PUF, n°40, p. 54. Lors de la refonte du Règlement Bruxelles I, il a été question d'étendre les règles de compétence énoncées dans le Règlement aux litiges faisant intervenir des défendeurs originaires de pays tiers à l'Union européenne (v. la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2010 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, COM(2010) 748 final, 2010/0383 (COD)). Néanmoins, cette proposition n'a finalement pas été retenue dans la version définitive du nouveau Règlement – applicable à compter du 10 janvier 2015 – qui renvoie pour ces litiges aux règles de compétence nationales applicables dans l'État membre de la juridiction saisie sauf pour les consommateurs et travailleurs (v. article 6.1 du Règlement UE n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale).

Cette incertitude découle de l'existence de plusieurs ensembles de réponses à une même question, qui coexistent dans l'ordre juridique français. La question de la compétence du tribunal de grande instance de Paris pour traiter d'un litige opposant une partie française à une partie sud-africaine ne recevra pas la même réponse en application d'un Règlement européen, des règles de compétence ordinaires du droit international privé commun ou encore de ses règles de compétence exorbitantes. La question de l'*applicabilité* de ces ensembles de règles doit par conséquent être évoquée.

En effet, alors que l'*application* d'une règle de droit désigne le processus de mise en œuvre de cette règle abstraite à une situation concrète, l'*applicabilité* est la vocation pour une règle – ou un ensemble de règles – à régir une situation<sup>312</sup>. En matière d'applicabilité, il s'agit par exemple de se demander si le Règlement Bruxelles I aura ou non vocation à régir le litige entre un contractant sud-africain domicilié à Cape Town et un contractant français domicilié en Allemagne. L'étude des conditions d'*applicabilité* d'un ensemble de normes – dans notre exemple le Règlement Bruxelles I – est alors essentielle puisque son applicabilité, permissive ou non, aura une incidence déterminante sur le potentiel contraignant des règles de compétence directe au stade de leur application. La question de l'*applicabilité* de certaines règles ou ensembles de règles est donc distincte de celle de leur *application* ; elle est d'un point de vue chronologique la question première puisqu'elle permettra d'identifier le contenant (Le Règlement Bruxelles I ? Les règles de compétence ordinaires du droit international privé commun ?...) de la solution recherchée (le T.G.I de Paris est-il oui ou non compétent ?). Dans le cadre du droit européen, elle est un préalable incontournable : la Cour de justice commence systématiquement par vérifier si la situation objet du litige relève bien du champ d'application du droit européen<sup>313</sup>.

---

<sup>312</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, association Henri CAPITANT, PUF, coll. Quadrige, 10ème éd., 2014 ; sur cette notion, v. M. FALLON, « Approche systémique de l'applicabilité dans l'espace de Bruxelles I et Rome I » in *Enforcement of International Contracts in the European Union*, sous la direction de J. MEEUSEN, M. PERTUGAS et G. STRAETMANS, INTERSENTIA, 2004, spéc. points 4-7 et 4-8, cité par S. POILLOT-PERRUZZETO, *JDI* 2004, p. 1219. Il énonce que l'applicabilité d'une norme traduit « la force de commandement de la règle » à l'égard du particulier qui est le « destinataire premier du droit » puis il précise que « l'applicabilité dans l'espace vise spécifiquement à l'égard de situations hétérogènes, c'est-à-dire des situations qui présentent des éléments de rattachement avec d'autres États que celui dont émane la règle ».

<sup>313</sup> V. par ex. CJCE, 2 octobre 2003, *Garvia Avello*, C-148/02, *Rec.* p. I-11613, *JDI* 2004, p. 1219, note S. POILLOT-PERRUZZETO ; v. aussi pour une applicabilité contestable des dispositions du TFUE relatives à la citoyenneté : CJCE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c/ Office national de l'emploi*, C-34/09. Dans cet arrêt, il s'agissait de se demander si l'article 20 TFUE était applicable à l'ascendant, ressortissant d'un État tiers, qui assumait la charge de ses enfants en bas âge, citoyens de l'Union. Alors que tous les gouvernements ayant soumis des observations à la Cour ainsi que la Commission européenne s'étaient prononcés contre l'applicabilité du droit de l'UE dans cette hypothèse, la Cour a au contraire conclu à l'applicabilité du droit de l'Union. Néanmoins, la portée de cette jurisprudence a été par la suite considérablement amoindrie par les arrêts : CJCE, 5 mai 2011, *Shirley McCarthy c/ Secretary of State for Home Department*, C-434/09 et CJCE, 15 nov. 2011, *Murat Dereci et a. c/ Bundesministerium für Inneres*, C-256/11. Sur l'ensemble de cette jurisprudence v. *JDI* 2012, p. 771, note S. FRANCO.



**119.** Les normes permissives doivent par conséquent être recherchées à deux niveaux distincts : au stade de l'*applicabilité* des règles de compétence, puis au stade de leur *application*. En raison de leur prééminence dans le raisonnement, il nous faudra aborder, dans un premier temps, la question de l'applicabilité des règles de la compétence juridictionnelle internationale (Section I) puis, dans un second temps, nous intéresser aux règles de compétence elles-mêmes (Section II).

Section I – Les normes permissives relatives à l'applicabilité

Section II – Les normes permissives relatives à la compétence juridictionnelle internationale



**SECTION I**  
**LES NORMES PERMISSIVES RELATIVES À L'APPLICABILITÉ**

**120. Pluralité et articulation des systèmes normatifs de compétence.** Les règles de compétence internationale sont en principe édictées unilatéralement par l'État : il lui appartient de déterminer les cas où ses tribunaux pourront se prononcer sur un litige international. Le droit commun occupe toutefois une place résiduelle en matière de compétence car la majorité des litiges entraîne l'application de règlements européens. Leur étude implique donc l'observation de règles contenues dans des instruments normatifs distincts. Le terme *instrument* mérite d'ailleurs d'être corrigé car il renvoie à l'*instrumentum* que constitue une convention internationale ou un règlement européen alors qu'il peut parfaitement s'agir de règles issues de la législation – ou de la jurisprudence en l'occurrence – interne. Au terme d'*instrument*, on préfère donc celui de *système normatif de compétence juridictionnelle*<sup>314</sup> en tant qu'ensemble cohérent de normes destiné à organiser la compétence internationale des tribunaux, que l'on désignera dans les développements qui suivront par l'expression *système de compétence*<sup>315</sup>. Aussi, du point de vue de l'ordre juridique français, il faut se reporter à plusieurs systèmes de compétence distincts.

Certaines règles sont issues de l'interprétation et de la création jurisprudentielle à partir des règles du Code civil et du Code de procédure civile ; d'autres sont tirées de conventions internationales (bilatérales ou multilatérales) ; enfin – et dans une part de plus en plus importante – les dernières proviennent de règlements européens. Les normes permissives relatives à l'applicabilité doivent donc être envisagées au sein du système de compétence que constituent par exemple le Règlement Bruxelles I (dans ses différentes versions : avant et après refonte), le Règlement Bruxelles II bis ou encore le droit international privé commun. La recherche de normes permissives invite alors à identifier le système de compétence dans lequel s'inscrivent ces règles, ce qui suppose de réfléchir à l'articulation des systèmes entre eux – notamment en se demandant quel système de compétence a vocation à s'appliquer en priorité. En effet, l'existence d'une règle permissive quant à l'applicabilité d'un système de compétence peut avoir des implications sur l'applicabilité des règles contenues dans ce dernier<sup>316</sup>.

---

<sup>314</sup> Le terme système *normatif* de compétence juridictionnelle a notre préférence par rapport à celui de système *juridictionnel* de compétence qui renvoie davantage, selon nous, à l'application d'un système qui comprendrait à la fois des normes mais également un juge chargé de les appliquer. Dans notre hypothèse, on imaginera le plus souvent le juge français saisi, ce qui explique que celui-ci ait à sa disposition plusieurs systèmes normatifs.

<sup>315</sup> Par souci de simplicité, nous adopterons dans la suite nos développements la terminologie dégagée par Monsieur F. MAILHÉ qui utilise la notion de « système de compétence » qu'il définit comme « le concept désignant des ensembles organisés de règles de compétence *large sensu* qui concourent, dans un champ déterminé, à répondre au problème de la concurrence juridictionnelle », v. *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions, Le droit de la compétence internationale face à la mondialisation économique*, th. dacty. Paris II, 2013, n°439 et s., p. 292 et s.

<sup>316</sup> V. *supra* n°118.

**121. Identification de la norme permissive.** L'identification de celle-ci n'est pas toujours évidente. Si l'on a exclu de notre définition les permissions dites faibles au motif qu'elles ne constituaient pas des figures normatives autonomes<sup>317</sup>, cela ne signifie pas que les règles permissives restantes soient toujours aisément identifiables. Elles peuvent ne pas être formulées expressément et se déduire de l'existence d'autres règles, ne figurant d'ailleurs pas nécessairement dans le même système de compétence, ce qui sera source d'hésitations.

**122. Applicabilité à l'égard du juge et à l'égard des parties.** L'applicabilité des systèmes de compétence ne peut être envisagée de manière uniforme à l'égard des parties et à l'égard du juge<sup>318</sup>. En effet, il n'existe aucune « symétrie » en la matière : une règle permissive peut exister au stade de l'applicabilité à l'égard des parties, sans qu'une telle règle n'existe à l'égard du juge. Ainsi, nous verrons par exemple qu'en matière d'arbitrage, si les parties ont la faculté, dans certains domaines, d'écarter les règles de compétence directe issues du Règlement Bruxelles I, le juge ne dispose pas d'une telle faculté<sup>319</sup>. Au contraire, dans d'autres hypothèses, seul le juge peut décider de rendre certaines règles de compétence applicables, sans qu'une telle faculté ne soit parallèlement octroyée aux parties<sup>320</sup>. Par conséquent, il convient de distinguer l'applicabilité des systèmes normatifs à l'égard des parties (§I) puis à l'égard du juge (§II)<sup>321</sup>.

## §I – Existence de normes permissives d'applicabilité à l'égard des parties

**123.** En matière d'applicabilité des systèmes de compétence, l'existence d'une norme permissive en amont est déterminante puisqu'elle va directement conditionner le potentiel contraignant de ces derniers, c'est-à-dire la mesure dans laquelle les systèmes de compétence vont ou non s'imposer aux parties sans qu'il soit possible pour elles de s'y soustraire. Il s'agit alors de se demander s'il existe une ou plusieurs règles donnant aux parties une faculté de choix quant au système de

---

<sup>317</sup> V. *supra* n°94.

<sup>318</sup> En effet, dans nos précédents développements, si nous avons montré que l'existence d'une faculté se conçoit tant à l'égard du juge qu'à l'égard des parties, chacune de ces problématiques devait être adaptée en fonction du destinataire de la règle : qu'il s'agisse du juge ou des parties, v. *supra* n°83.

<sup>319</sup> V. nos propos *infra* n°124 pour l'existence d'une telle règle permissive à l'égard des parties et au contraire nos développements *infra* n°141 et s. pour l'absence d'une telle règle à l'égard du juge.

<sup>320</sup> V. par exemple nos développements sur le for de nécessité *infra* n°156.

<sup>321</sup> La question de l'applicabilité des systèmes de compétence à l'égard des parties doit être abordée en premier car celle de l'applicabilité à l'égard du juge ne se posera que dans un second temps, c'est-à-dire une fois une juridiction étatique saisie.

compétence dans lequel seront ensuite puisées les règles de compétence directe. Autrement dit, dans un litige donné, les parties peuvent-elles décider de se soumettre à un système de compétence autre que celui qu'aurait normalement appliqué l'organe saisi ? Si les juridictions étatiques font figure de « juge naturel »<sup>322</sup>, les juridictions arbitrales passent au contraire pour des juges « d'emprunt » et la possibilité de recourir à leurs services aura une incidence décisive sur le potentiel contraignant des règles de compétence juridictionnelle au stade de l'instance directe, qui va directement dépendre de la faculté offerte aux parties de s'y soustraire en amont. Aussi, au stade de l'applicabilité des systèmes de compétence, deux constats peuvent être dégagés : tout d'abord, l'existence d'une véritable règle permissive à travers la possibilité de l'élection d'un tribunal arbitral (A) ; ensuite, l'absence d'une véritable règle permissive quant à la possibilité théorique de la saisine de n'importe quel tribunal étranger pour trancher un litige déterminé (B).

### A – Existence d'une règle permissive en faveur de l'arbitrage

**124. Existence de la règle permissive.** L'existence d'une telle règle émane de l'analyse du droit positif. En effet, il se peut que les parties aient décidé, avant ou après la naissance du litige – clause compromissoire ou compromis d'arbitrage –, de se soustraire aux juridictions étatiques pour soumettre le litige à l'arbitrage. Cette faculté est conditionnée par l'*arbitrabilité* du litige, notion désignant « la qualité qui s'applique à une matière, à une question ou à un litige, d'être soumis au pouvoir juridictionnel des arbitres »<sup>323</sup>. Il s'agit donc de se demander si une juridiction arbitrale peut être ou non substituée aux juridictions étatiques<sup>324</sup>. L'étude de cette

<sup>322</sup> V. sur cette notion : H. GAUDEMET-TALLON, « L'introuvable "juge naturel" », in *Nonagesimo anno. Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, Paris, PUF, 1999, p. 591-612. Ce postulat ne fait toutefois pas l'unanimité, notamment dans le droit du commerce international où l'arbitre fait office de « juge naturel » pour certains qui affirment que « l'arbitrage est devenu le mode normal de règlement des litiges » (v. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n°1, p.1).

<sup>323</sup> P. LEVEL, « L'arbitrabilité », *Rev. arb.* 1992, p. 213. Certains auteurs définissent cette notion comme l'aptitude d'un litige à être résolu par voie d'arbitrage, v. notamment J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, avant-propos L. BOY, préf. Ph. FOUCHARD, 1999, n°25 ; C. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale*, 2001, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz ; C. JARROSSON, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *R. J. com.* 1996, n° 1, p. 1.

<sup>324</sup> Seule cette question concerne la notion d'arbitrabilité que l'on a parfois confondu à tort avec la question de savoir si l'arbitre pouvait ou non appliquer des dispositions d'ordre public. La question de l'arbitrabilité revient à cerner « les limites données par les juges français à l'autorisation d'arbitrer » v. D. HASCHER, *Rép. Int. Dalloz*, v° « Arbitrage international », n°25 et 26. Par ailleurs, une distinction était auparavant faite entre arbitrabilité objective ou *ratione materiae* et arbitrabilité subjective ou *ratione personae*, étant ici entendu que la qualité des parties devait être compatible avec ce mode de règlement des différends. Les règles d'inarbitrabilité subjectives ont néanmoins été « désactivées » depuis les arrêts *Galakis* (Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 mai 1966, *JDI* 1966, p. 648, note P. LEVEL, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 553, note B. GOLDMAN) et *Gatoil* (Paris, 17 décembre 1991, *Rev. Arb.* 1993. 281, note H. SYNDET) notamment en ce qu'elles représentaient « une prime à la mauvaise foi dans l'hypothèse où la personne publique a violé la règle d'inarbitrabilité subjective dont elle est destinataire, en concluant une convention d'arbitrage. » En effet, « dans ce cas de figure, l'application de la règle permet à la personne publique de priver d'efficacité un consentement à l'arbitrage pourtant librement

condition est traditionnellement étudiée dans le cadre de la formation de la convention d'arbitrage, c'est-à-dire de l'accord par lequel les parties décident de recourir à l'arbitrage. L'exigence d'arbitrabilité est perçue comme la vérification du caractère licite de l'engagement souscrit par les parties. C'est elle qui va délimiter le champ des possibles qui leur est accordé, ce qui place la notion au cœur de la règle permissive.

**125. Détermination de la règle permissive applicable.** À titre préliminaire, il nous faut préciser que même si notre raisonnement adoptera le point de vue du juge français, il ne doit pas être occulté qu'il existe autant de règles permissives qu'il existe d'États, puisqu'en la matière aucune harmonisation internationale n'a été réalisée<sup>325</sup> et qu'il est peu probable qu'elle le soit un jour. Le constat opéré il y a plusieurs décennies par un éminent auteur ne peut en effet qu'être maintenu : « l'arbitrabilité d'un litige est une question trop complexe, touchant à des conceptions nationales trop particulières pour être tranchée abstraitement par un texte international »<sup>326</sup>. Il faut ainsi s'en remettre aux particularismes des règles permissives nationales et c'est en l'occurrence la règle permissive française qui retiendra notre attention. Si l'existence de la règle n'est nullement contestée, la délimitation de ses contours suscite plusieurs difficultés. La difficulté majeure vient probablement de l'insaisissabilité de la règle tant son apparence est susceptible de prendre des formes variées. Elle ne se présente pas de manière identique en fonction

---

donné. Un tel comportement peut apparaître d'autant plus injuste du point de vue du contractant de la personne publique qu'une fois la convention d'arbitrage anéantie, la seule possibilité pour lui sera généralement de saisir le juge national de son adversaire » (V. M. AUDIT, S. BOLLÉE, P. CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 2014, n°850, p. 650.) Sur la notion d'arbitrabilité et la distinction de l'arbitrabilité subjective et objective, v. B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité », *RCADI*, 2002, t. 296, n°13, p. 43 ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n°532 et s., p. 328 ; M. AUDIT, S. BOLLÉE, P. CALLÉ, *op. cit.*, n°844 et s., p. 642, C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, n°627, p. 529. Ici, la notion d'arbitrabilité désignera uniquement l'aptitude du litige à faire l'objet d'un arbitrage à l'exclusion des questions de validité et de consentement à l'arbitrage comme c'est le cas dans la conception américaine de cette notion.

<sup>325</sup> C. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale*, *op. cit.*, n°1042 p. 491 : que « la restriction, plus ou moins étendue, à la compétence de l'arbitre sera posée par une norme juridique étatique qui ne se retrouve pas forcément, ou pas dans les mêmes cas, dans un autre État ». Messieurs C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT critiquent d'ailleurs ouvertement « l'impérialisme de la solution française » en matière d'arbitrage international en observant notamment que « les règles matérielles en question restent de source française et, pour certaines, posent des solutions peu répandues en droit comparé » (C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, n°594 et s., p. 498). La singularité de la solution française par rapport aux législations étrangères est d'autant plus regrettable que, comme on l'a mentionné, toute perspective d'harmonisation est illusoire en raison de l'absence de consensus entre tous les États sur ce que doit être « l'agencement typique de valeurs collectivement admis » à un instant *t* (sur cette notion : v. A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne, essai de systématisation*, th. dactyl. Paris I, 2015, spéc. n°395-397). V. également nos développements *infra* n°454.

<sup>326</sup> Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1965, n°182, p. 107.

de la *personne* qui l'applique et du *moment* où elle est appliquée, ce qui conduit en réalité à la formulation de plusieurs règles.

Tout d'abord, l'arbitrabilité ne sera pas appréhendée de la même manière selon l'entité, du juge français ou de l'arbitre, saisie de la question<sup>327</sup>. Si c'est le plus souvent en adoptant le point de vue de l'arbitre que la question a été développée<sup>328</sup>, c'est en l'occurrence la vision du juge qui nous intéresse et qui fera l'objet de nos développements. Ensuite, la délimitation de l'arbitrabilité peut également varier selon le moment où le juge est appelé à vérifier cette condition. Il est amené à le faire dans trois circonstances : lors d'une demande d'annulation ; lors d'une demande d'exécution de la sentence ; lors de l'appréciation de la licéité de la convention d'arbitrage. Dans cette dernière hypothèse, force est d'admettre, en raison du principe de Compétence-Compétence, que le juge ne sera qu'exceptionnellement confronté à cette question, puisqu'il appartient en priorité à l'arbitre d'apprécier sa compétence notamment en ce qui concerne cette condition<sup>329</sup>. Même si elles sont qualifiées d'illusoires par certains<sup>330</sup>, les hypothèses de nullité ou d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage réservent toutefois au juge des occasions de se prononcer, ce qui justifie que l'on s'y arrête. Il s'agira de l'hypothèse où un juge étatique est saisi par une des parties – probablement la partie défenderesse à la procédure d'arbitrage déjà entamée ou sur le point de l'être – d'une contestation de la validité de la convention d'arbitrage au motif de l'arbitrabilité du litige en cause. Dans les trois hypothèses évoquées, le juge peut être amené à s'interroger sur l'arbitrabilité ou non du litige et il convient donc de voir comment celui-ci procède.

**126.** Lors de l'examen de l'arbitrabilité du litige, le juge devrait dans un premier temps s'astreindre à déterminer la règle permissive *spécialement* applicable parmi celles des États potentiellement intéressés. La recherche de cette règle devient alors celle de la loi applicable à la question de l'arbitrabilité, qui en constitue le préalable

---

<sup>327</sup> En ce sens, v. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international, op. cit.*, n°559, p. 345.

<sup>328</sup> v. J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, avant-propos L. BOY, préf. Ph. FOUCHARD, 1999, n°25 ; C. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale*, 2001, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz.

<sup>329</sup> Le juge français ne sera alors saisi qu'en tant que juge d'appui ou en tant que juge saisi au mépris d'une convention d'arbitrage (v. en ce sens C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, n°592, p. 496). V. pour un rappel du principe de Compétence-Compétence : Com. 25 novembre 2008, D. 2009, p. 1516, note G. PELLET ; pour un rappel spécialement en matière d'arbitrabilité : Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 mars 2004, arrêt 554 F-P, *Gros c/ Sté Painewebber*, D. 2004, p. 2458, note I. NAJJAR.

<sup>330</sup> V. dans ce sens : E. LOQUIN, « Les illusions perdues du contrôle de l'arbitrabilité du litige international », in *Justice et droits fondamentaux, Etudes offertes à J. Normand*, Litec, 2003, p. 339.

nécessaire<sup>331</sup>. Si cette question est aujourd'hui résolue par l'application d'une règle matérielle de droit international privé<sup>332</sup>, elle a dans un premier temps été traitée sous l'angle de la méthode conflictuelle<sup>333</sup>. Au titre de cette dernière, on a pu être tenté de chercher la réponse dans la Convention de New York étant donné la ratification de cette convention par la France et son champ d'application assez vaste<sup>334</sup>.

Deux dispositions de cette convention concernent l'arbitrabilité du litige, les articles II (1) (3) et V (1a) (2), mais seul l'article II l'envisage lorsque la question est posée à un tribunal étatique saisi concurremment au tribunal arbitral<sup>335</sup>. Néanmoins, si cet article traite de l'arbitrabilité, il n'envisage pas la question de la loi applicable et c'est à l'occasion de l'application de ce texte que la Cour de cassation a dû rechercher la réponse. Rejetant désormais toute analyse conflictuelle, c'est en réalité au regard de la *lex fori* que la Cour de cassation examine cette question ou du moins « dans les limites assignées par l'ordre public international français à la convention d'arbitrage »<sup>336</sup>. Cette étape préliminaire d'identification de la règle permissive applicable est donc tout simplement éludée par le juge français puisqu'il applique

---

<sup>331</sup> V. L. IDOT, « L'arbitrabilité des litiges, l'exemple français », *R. J. Com.* 1996, n°1, p. 6. Les termes mêmes de cette question invitent à y répondre au prix d'un détour par la méthode conflictuelle, ce qui peut sembler surprenant – voire incohérent – si l'on s'en tient à la démarche – chronologique – retenue : v. sur ce point J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, n°256 et s. ; C. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale*, *op. cit.*, n°1047 et s.

<sup>332</sup> V. notamment les arrêts Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 décembre 1993, *Dalico*, *JDI* 1994, p. 432, note E. GAILLARD, et p. 690, note E. LOQUIN ; *Rev. Crit. DIP* 1994, p. 663, note P. MAYER, *Rev. arb.* 1994, p. 116, note H. GAUDEMET-TALLON ; Civ. 1<sup>ère</sup> 21 mai 1997, *V 2000*, *Rev. arb.* 1997, p. 537, note E. GAILLARD, *Rev. Crit. DIP* 1998, p. 87, note V. HEUZÉ, *JDI* 1998, p. 969, note S. POILLOT-PERUZZETO ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 janvier 1999, *Rev. arb.* 1999, p. 260, note Ph. FOUCHARD, *Rev. Crit. DIP* 1999, p. 546, note D. BUREAU, *RTD com.* 1999, p. 380, obs. E. LOQUIN ; *JDI* 1999, p. 784, note S. POILLOT-PERUZZETO et Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 mars 2004, *Unikod*, *RTD com.* 2004 p. 443, obs. E. LOQUIN ; *Rev. arb.* 2005, p. 961, note Ch. SERAGLINI ; *JDI* 2006, p. 127, note S. BOLLÉE. Pour un exposé de cette jurisprudence et pour son évolution : v. C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, n°588 et s., p. 490. Pour l'arrêt *Unikod*, les auteurs parlent d'un « timide et hypothétique retour à la méthode conflictuelle », v. spéc. n°591, p. 494.

<sup>333</sup> V. sur cette question : B. HANOTIAU, « La loi applicable à l'arbitrabilité », *Rev. Dr. Aff. Int.*, 1998-7, p. 755 ; et pour une analyse en terme conflictuel : Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 avril 1964, *JCP* 1965, II 4406, note P. LEVEL ; *JDI*, 1965, p. 646, note B. GOLDMAN ; *Rev. crit. DIP* 1966, p. 68, note H. BATIFFOL ; pour une présentation de la méthode conflictuelle en matière d'arbitrage international : C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, n°578 et s., p. 484.

<sup>334</sup> Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958, v. sur ses conditions d'application : PH. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, n°247 p. 142 et VAN DER BERG, *The Art of Arbitration*, p. 45 (cité par B. HANOTIAU, *JDI* 1994, p. 919, note 68).

<sup>335</sup> v. B. HANOTIAU, *JDI* 1994, n°27 p. 920. Il observe d'ailleurs, ce sur quoi nous reviendrons par la suite, que la définition de l'arbitrabilité ne semble pas être la même dans les articles II et V.

<sup>336</sup> D. HASCHER, *Rép. Int. Dalloz*, v° « Arbitrage international », spéc. n°25 et 26.



directement la sienne<sup>337</sup>, consacrée en tant que règle matérielle de droit international privé<sup>338</sup>. Mais une fois cette question résolue – ou en l'occurrence écartée –, encore faut-il en déterminer le contenu. Pour cela, il est permis de s'interroger sur le contenu des règles françaises du droit interne de l'arbitrage international.

**127. Contenu de la règle permissive française.** En droit français, ce sont les articles 2059 et 2060 du Code civil qui régissent cette question en traitant « *Du compromis* »<sup>339</sup>. Le législateur français y énonce un critère, celui de la libre disponibilité des droits, en même temps qu'il énumère les matières expressément exclues de son champ, parmi lesquelles figurent *toutes celles qui intéressent l'ordre public*. L'utilisation de ces dispositions dans l'arbitrage international a suscité des difficultés inégales qui seront successivement étudiées<sup>340</sup>.

**128. L'article 2059 et le critère de la libre disponibilité des droits.** L'article 2059 pose un critère de *libre disponibilité* des droits. Un droit subjectif est qualifié de disponible lorsqu'il est sous l'entière maîtrise de son titulaire qui doit être en mesure de l'aliéner ou d'y renoncer à son gré<sup>341</sup>. Bien qu'il suscite des hésitations liées à sa définition, ce critère est considéré comme satisfaisant par une partie de la doctrine, spécialement arbitragiste<sup>342</sup>. Certains ont tenté d'opérer des distinctions entre les matières qui seraient par nature inarbitrables (inarbitrabilité *per se*) et donc par principe exclues du pouvoir de l'arbitre (droit pénal, droit fiscal, droit de la famille), des matières qui ne contiendraient que certains droits indisponibles et ne poseraient donc que des restrictions ponctuelles à son pouvoir. La distinction ne suffit pourtant

---

<sup>337</sup> V. Sur ce constat v. L. IDOT, « L'arbitrabilité des litiges, l'exemple français », art. préc., *RJ com.* 1996, spéc. n°2, p. 6 citant elle-même le constat déjà opéré en 1989 par B. GOLDMAN, *JCl. inter.*, v° « Arbitrage – convention d'arbitrage », fasc. 586-3, spéc. n°36.

<sup>338</sup> B. HANOTIAU, « La loi applicable à l'arbitrabilité », *op. cit.*, 1998-7, p. 755, spéc. p. 758.

<sup>339</sup> Article 2059 du Code civil : « toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition » ; article 2060 al. 1 : « on ne peut compromettre sur les questions d'État et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps (...) et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public » ; article 2061 « sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ».

<sup>340</sup> V. s'agissant de l'article 2061, la Cour de cassation a expressément affirmé qu'il était « sans application dans l'ordre international ». v. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 mai 2010, *Rev. Arb.* 2010, p. 2933, note T. CLAY.

<sup>341</sup> V. B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 272, Paris, L.G.D.J., 1996, n°92 et s., p. 57. Sur cette notion, v. également nos développements *infra* n°217 et 453 et s.

<sup>342</sup> V. P. LEVEL, « L'arbitrabilité », *Rev. Arb.* 1992, p. 213-240, qui observe que la doctrine est « très largement unanime dans la louange à l'égard de l'article 2059 » ; C. JARROSSON, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », art. préc. : « l'article 2059 mérite un coup de chapeau, pour sa clarté et sa justesse », spéc. n°22 ; L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, 2012, n°162 et s., p. 164. Néanmoins, cet avis n'est pas partagé par tous. Sur les difficultés qu'il engendre, v. *infra* n°453 et s.

pas à résoudre la difficulté<sup>343</sup> et la proposition de lui substituer celle du caractère patrimonial ou non de la cause a subi les mêmes critiques<sup>344</sup>. Si la référence à la patrimonialité n'est pas fautive – quoique véhiculant une conception largement libérale de l'arbitrage – elle recoupe les frontières de la libre disponibilité des droits et n'apporte pas de réelle valeur ajoutée à cette notion. Seule importe en définitive l'identification des matières ou des droits jugés par trop essentiels pour permettre qu'ils soient soustraits aux juridictions étatiques<sup>345</sup>. Un auteur avait ainsi résumé cette problématique en énonçant que « la non-arbitrabilité d'un litige tient à l'impossibilité d'examiner une question de droit en raison même de sa nature et indépendamment de la réponse susceptible de lui être apportée, et non des caractères découverts après que la question a été tranchée »<sup>346</sup>.

L'idée de substitution du critère de la libre disponibilité des droits par celui de la patrimonialité ayant été écartée, l'opportunité de l'adjonction d'un critère concernant l'existence ou non d'une compétence exclusive des autorités étatiques a été plus sérieusement débattue<sup>347</sup>. Il semble en effet difficile, au moins au premier abord, d'admettre la soustraction d'un litige aux autorités étatiques lorsque sa résolution est de leur compétence exclusive<sup>348</sup>, car cela reviendrait à amoindrir considérablement l'impérativité d'une telle compétence dont l'intensité serait conditionnée par le non recours à l'arbitrage. Pour éviter ces situations, il faut que les hypothèses de compétence exclusive coïncident parfaitement avec les contours de la libre disponibilité des droits<sup>349</sup>. Au soutien de cette vision, un auteur invoque notamment l'arrêt *Almira* de la Cour d'appel de Paris du 16 février 1989 dans lequel la Cour décida que « l'arbitrabilité d'un litige devait s'entendre entre autre de l'interdiction faite aux arbitres de statuer dans une matière relevant par sa nature de

---

<sup>343</sup> En ce sens : C. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale*, *op. cit.*, n°1042 p. 491 citant également P. LEVEL, « L'arbitrabilité », *Rev. Arb.* 1992, art. préc., spéc. n°11, p. 22.

<sup>344</sup> Sur ces questions, v. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, n°532 et s.

<sup>345</sup> En ce sens, C. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale*, *op. cit.*, n°1042 p. 490. En réalité, on est porté à croire que la recherche d'un tel critère est vaine dans la mesure où la détermination de la libre disponibilité des droits dépend de ce qu'un auteur a appelé « un agencement typique de valeurs collectivement admis » : v. A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne, essai de systématisation*, th. dactyl. Paris I, 2015, spéc. note de bas de page n°887, p. 197 et nos propos *infra* n°454.

<sup>346</sup> B. OPPEIT, « Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international », *JDI* 1987, p. 5, spéc. p. 8

<sup>347</sup> V. par exemple J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.* : « la démarche consisterait ainsi à vérifier que le litige dévolu à l'arbitre ne ressort pas de la compétence exclusive d'une juridiction pour déclarer le litige arbitral », spéc. n°78 p. 48.

<sup>348</sup> V. en ce sens : J.-B. RACINE, *op. cit.*, n°65 et s. p. 40.

<sup>349</sup> Pour une telle affirmation : V. P. LEVEL, « L'arbitrabilité », *Rev. Arb.* 1992, art. préc., n°17.

la compétence exclusive de la juridiction étatique »<sup>350</sup>. L'adjonction d'un critère relatif à l'existence ou non d'une compétence exclusive, absent de l'article 2059, pourrait *a fortiori* révéler que cet article n'est pas applicable en matière d'arbitrage international, ce que certains n'hésitent d'ailleurs pas à affirmer clairement<sup>351</sup>. Au regard de cet article, il faut pourtant admettre que la lisibilité de la règle permissive française n'est pas assurée, alors même que cette lisibilité s'avère essentielle dans le cadre des règles de l'arbitrage international puisque le législateur français devrait avoir à cœur que l'article 2059, soumis à la lecture d'un juriste étranger, suffise à son information<sup>352</sup>. La compréhension de la règle est en effet primordiale notamment en ce qu'elle éclaire du même coup les champs d'impérativité. C'est pourquoi de nombreux auteurs regrettent les ambiguïtés de l'article 2060 qui mériterait selon eux d'être rayé « d'un trait de plume législative »<sup>353</sup>.

**129. L'article 2060 et le critère de l'ordre public.** Dans notre analyse de la règle permissive en matière d'arbitrage international, le rôle joué par l'article 2060 du Code civil est source de difficultés. L'article 2060 suscite en effet un consensus mais quant à l'unanimité de sa critique, notamment s'agissant de la référence à l'ordre public. Cette référence peut d'ailleurs paraître surprenante tant il est avéré que toute matière peut à un moment donné intéresser l'ordre public<sup>354</sup>. Aussi, si certains concluent encore de manière radicale à son inapplicabilité dans l'ordre international<sup>355</sup>, la doctrine majoritaire s'accorde sur l'inadaptation, voire l'inutilité du critère<sup>356</sup>, d'autant qu'il a longtemps été source de confusions. Était en effet confondue la question de l'arbitrabilité d'un litige avec celle de l'application par l'arbitre de dispositions internationalement impératives. L'existence de telles règles n'empêche nullement l'arbitre de disposer d'un pouvoir juridictionnel<sup>357</sup>, il sera

<sup>350</sup> *Rev. arb.* 1989, p. 711, note L. IDOT.

<sup>351</sup> V. D. HASCHER qui considère plus simplement que « Les articles 2059 et 2060 du Code civil ne sont pas, par voie de conséquence, applicables à l'arbitrage international pour délimiter l'arbitrabilité », *Rép. Int. Dalloz*, v° « Arbitrage international », spéc. n°25 et 26.

<sup>352</sup> Inquiétude déjà formulée par P. LEVEL, « L'arbitrabilité », *Rev. Arb.* 1992, art. préc.

<sup>353</sup> C. JARROSSON, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *R. J. com.* 1996, p.1

<sup>354</sup> V. sur l'inadaptation du critère des matières intéressant l'ordre public : J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, avant-propos L. BOY, préf. Ph. FOUCHARD, 1999, n°42 p. 29.

<sup>355</sup> V. D. HASCHER, *Rép. Int. Dalloz*, v° « Arbitrage international », spéc. n°25 et 26.

<sup>356</sup> V. sur l'inadaptation du critère des matières intéressant l'ordre public : J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, avant-propos L. BOY, préf. Ph. FOUCHARD, 1999, n°42 p. 29.

<sup>357</sup> V. néanmoins sur l'origine de ce « pouvoir » : V. HEUZÉ, « Une variété de transaction : la convention d'arbitrage », *Rev. arb.* 2015, p. 1. L'auteur pointe l'incohérence du droit français de l'arbitrage international à concéder à l'arbitrage une origine conventionnelle et une nature juridictionnelle. Pour l'auteur, l'arbitre ne dispose nullement d'un « pouvoir de juridiction » lorsqu'il tient son pouvoir d'une convention des parties. Le pouvoir de l'arbitre est d'origine conventionnelle, ce qui explique que la sentence rendue ne soit pas un acte

simplement sanctionné si lors du prononcé de la sentence il ne respecte pas ces dispositions. Par conséquent, si cette référence présentera un intérêt au moment de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence, elle est parfaitement inutile au moment de la définition de la notion d'arbitrabilité elle-même et l'on ne peut que recommander, à l'instar de l'article 2061, son inapplicabilité dans l'ordre international<sup>358</sup>. Précisons toutefois qu'il n'est pas question ici d'approuver ou non le contenu de la règle permissive française en matière d'arbitrage international. Mais dans le cadre d'une analyse qui se propose, à ce stade, de saisir les différentes manifestations des normes permissives dans le droit positif, on ne peut que regretter que la compréhension de la règle permissive soit malaisée, quel que soit par ailleurs son contenu<sup>359</sup>.

**130.** Au demeurant, et bien que les contours du champ d'application de la règle soient relativement incertains, il faut donc voir dans le droit français de l'arbitrage international une règle permissive offrant aux parties la faculté de se soustraire aux juridictions étatiques par le choix d'un arbitre. Si cette règle n'est pas envisagée en droit international privé sous cette forme, le constat de son existence et de son importance est avéré. Il n'y a pas de compétence ou d'incompétence de l'arbitre *per se*, mais bien, telle qu'elle a été décrite, une norme qui édicte expressément ou implicitement, mais de façon impérative, sa compétence ou son absence de compétence.

Conformément à la définition de cette règle, les parties sont parfaitement libres de recourir ou non à l'arbitrage. La conséquence immédiate est que l'arbitrabilité de ces matières altère le caractère des règles de compétence juridictionnelle qui les régissent et relègue du même coup le système de compétence auquel elles appartiennent dans le champ du supplétif.

Parallèlement à l'existence d'une telle faculté octroyée aux parties de recourir à l'arbitrage, il est permis de se demander si la possibilité matérielle pour les parties – quoique souvent théorique – de saisir n'importe quelle juridiction pour trancher leur litige, permet de conclure à l'existence d'une règle permissive. Il s'agirait alors d'une

---

juridictionnel mais bien une forme de transaction. Il n'est « un organe juridictionnel d'aucun Etat en particulier », spéc. n°43 p. 31.

<sup>358</sup> Cette disposition réserve la validité des clauses compromissoires aux contrats conclus à raison d'une activité professionnelle et n'est pas applicable dans l'ordre international : v. pour l'affirmation explicite de cette exclusion : Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 janvier 1999, *Zanzi*, *Rev. arb.* 1999, p. 260, note Ph. FOUCHARD : « Vu le principe de validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité, et celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence ; Attendu qu'il en résulte que la juridiction étatique est incompétente pour statuer, à titre principal, sur la validité de la clause d'arbitrage, et que l'article 2061 du Code civil est sans application dans l'ordre international » (c'est nous qui soulignons).

<sup>359</sup> Dans leur récent ouvrage *Droit de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*, MM. SERAGLINI et ORTSCHIEDT, tout en attestant d'une position très critique quant à l'opportunité de la solution française en matière d'arbitrage international, considèrent que, même en approuvant la solution retenue, on ne peut que constater les nombreuses imprécisions qui entourent la règle permissive française, v. spéc. n°596, p. 499.

règle permissive générale en matière d'applicabilité de *tout* système de compétence. Une réponse négative s'impose.

## **B – L'absence de règle permissive générale en matière de compétence juridictionnelle**

**131.** Dans la mesure où l'applicabilité d'un système de compétence est liée à la saisine d'une juridiction, les parties sont en pratique toujours libres de se détourner d'un juge qui aurait des liens étroits – ou du moins des liens – avec le litige pour se tourner vers un juge qui n'entreprendrait que peu ou aucun lien réel, en vue d'un résultat substantiel plus favorable. Ce mécanisme bien connu des internationalistes est désigné sous le nom de *forum shopping*<sup>360</sup>. Ainsi, les plaideurs pourront toujours chercher à contourner un système de compétence en s'y soustrayant en amont. Les raisons peuvent être multiples et les exemples ne manquent pas.

Les adeptes du *forum shopping* en matière de diffamation – encore appelé *libel tourism* – révèlent l'existence de cette pratique puisqu'ils saisissent les tribunaux anglais dans l'espoir souvent justifié d'obtenir des dommages et intérêts là où, ailleurs, la protection de la liberté d'expression l'aurait emporté face à la protection de la réputation. À cet égard, l'affaire *Ehrenfeld* en propose une parfaite illustration. En l'espèce, une citoyenne israélo-américaine qui avait publié aux États-Unis un ouvrage sur le financement du terrorisme avait été atraite devant le juge londonien avec son éditeur par l'homme d'affaire saoudien Khalid bin Mahfouz et condamnée pour avoir affirmé que celui-ci soutenait des groupes terroristes proches d'Al-Qaïda. L'ouvrage n'avait pourtant pas été diffusé en Angleterre ; seules des commandes y avaient été passées et le premier chapitre y était accessible depuis un site internet américain<sup>361</sup>. Loin d'être anecdotique, l'exemple rappelle que, du point de vue des parties, l'applicabilité de certains ensembles de règles n'est toujours que relative, voire « virtuelle » à l'image des liens qui unissent le litige au juge saisi. Étant donné le point de départ de notre raisonnement constitué par la saisine d'un juge – fût-il ou

---

<sup>360</sup> V. notamment sur cette notion : P. de VAREILLES SOMMIERES, « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *TCFDIP* 2000-2002, p. 49 et *infra* n°316.

<sup>361</sup> V. Jugement de la *High Court of Justice* du 3 mai 2005. Sur ce thème : D. CHEKROUN, *La diffamation mondialisée*, [www.laviedesidees.fr](http://www.laviedesidees.fr), publié le 15 juillet 2010 ; et plus généralement : D. COHEN, « Contentieux d'affaires et abus de forum shopping », *D.* 2010, p. 975 et J. ALLARD, A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation, La nouvelle révolution du droit*, La République des idées, Seuil, 2005, p. 1. ; *La mondialisation du droit*, dir. E. LOQUIN et C. KESSEDJIAN, Litec, 2000 ; V. également l'étude de H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé (l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions) », *RCDAl*, 2004, t. 307 ; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *Trav. Com. fr. DIP* 1998-2000, p. 49 s., spéc. p. 51 et note 10 ; M.-L. NIBOYET, « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *JDI* 2006, p. 937, spéc. p. 938, n° 2 ; A. NUYTS, « Forum shopping et abus de forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *Mélanges J. Kirkpatrick*, Bruylant, 2004, p. 745 et s. ; E. CORNUT, « Forum shopping et abus du choix du for en droit international privé », *JDI* 2007, p. 27 ; T. HARTLEY, « "Libel Tourism" & Conflict of Laws », *ICLQ* vol 59, janvier 2010, p. 25 et s.

non compétent –, il est nécessaire de garder à l'esprit que les parties disposent à ce titre d'une liberté d'action. Faut-il alors en déduire l'existence d'une règle permissive à leur égard ? Il ne le semble pas.

**132.** En effet, il a été expliqué précédemment que la notion de norme permissive renvoyait à une permission dite *forte* et que l'existence d'une permission dite *faible* – c'est-à-dire une absence d'interdiction – ne permettait pas de conclure à l'existence d'une règle permissive. Une véritable faculté doit au contraire être expressément envisagée par l'auteur de la règle, ce qui justifie qu'il soit ensuite obligé de reconnaître, voire de protéger, l'effet engendré par l'exercice de la faculté. Par exemple, l'hypothèse d'une règle permissive qui autorise les parties à recourir à l'arbitrage implique qu'au stade de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale, l'exercice de cette faculté ne sera pas privé d'effet par la voie d'un refus de reconnaissance de la sentence intervenue pourtant conformément aux prescriptions de la règle permissive.

Au contraire, face à une permission dite *faible* – déduit de la simple absence de règle qui interdirait expressément de saisir un tribunal éloigné du litige –, si les parties peuvent concrètement saisir une juridiction fantaisiste pour des raisons purement opportunistes, outre le fait que rien ne leur assure que celle-ci se reconnaîtra compétente, même dans le cas où elle le serait, le juge français ne serait pas tenu par les effets juridiques – l'obtention d'une décision étrangère sur le litige en question – résultant de ce comportement des parties ayant profité de l'absence d'interdiction<sup>362</sup>. Par conséquent, la possibilité théorique résultant de l'absence d'interdiction expresse ne garantit en aucun cas la possibilité effective d'une telle saisine, pas plus que l'effectivité de la décision obtenue. Dans le cadre de la saisine du tribunal d'un État non membre de l'Union, le juge français pourra refuser de reconnaître la décision ainsi obtenue pour absence de compétence indirecte du juge étranger. Il faut en conclure qu'une telle règle n'existe pas même si cela ne signifie nullement que les parties ne tentent pas de profiter de cette permission – faible – dans le choix du juge pour trancher leur litige.

**133.** Toutefois, dans les domaines où le litige n'est pas arbitral ou lorsque les parties n'ont pas souhaité recourir à l'arbitrage, il convient de s'interroger sur l'applicabilité des différents systèmes de compétence à l'égard du juge.

---

<sup>362</sup> En effet, encore faudrait-il que la décision étrangère remplisse les conditions de régularité internationale des jugements étrangers, notamment qu'elle satisfasse à l'exigence de la compétence indirecte du juge étranger et donc aux trois sous-conditions (existence d'un lien caractérisé avec le litige, absence de fraude et absence de compétence exclusive du juge français) posées par la jurisprudence *Simitch* (Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 févr. 1985, *Grands Arrêts*, n°70). Sur cette condition, v. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, n° 264 et s., p. 303.

## §II – Caractère résiduel des normes permissives d'applicabilité à l'égard du juge

**134.** Une fois l'hypothèse de l'arbitrage écartée – que ce soit en raison de l'inarbitrabilité du litige ou de l'absence de volonté des parties en ce sens –, les différents systèmes de compétence reçoivent chacun un domaine d'application auquel il semble *a priori* impossible de se soustraire. À raisonner à partir de l'ordre juridique français, l'applicabilité de ces systèmes normatifs se conçoit mal autrement que de manière obligatoire pour le juge, ce qui exclurait, dans la plupart des cas, l'existence d'une règle permissive à son égard<sup>363</sup>. La part croissante des règles européennes dans le droit français de la compétence internationale invite néanmoins à vérifier cette affirmation étant donné les divergences de culture juridique en Europe<sup>364</sup> quant à la fonction juridictionnelle dans l'ordre international.

**135. Les droits de *common law*.** Dans les pays de *common law*, le pouvoir modérateur – discrétionnaire diront certains – dont dispose le juge dans l'appréciation de sa compétence – tant comme correctif que comme extension de celle-ci – se traduit techniquement par une faculté accordée à son profit<sup>365</sup>, qui peut être analysée sous la forme d'une règle permissive.

Cette doctrine, qu'elle s'exprime à travers l'exception de *forum non conveniens* ou l'exigence de *forum conveniens*<sup>366</sup>, voire à travers le caractère facultatif du dessaisissement du juge en présence d'une clause attributive de juridiction désignant un juge étranger – même si le principe est celui du respect de la clause –, traduit dans chacune de ces hypothèses une réelle liberté du juge. Celle-ci correspond à la définition de la règle permissive lorsqu'elle s'adresse spécialement à un juge car il dispose de la faculté de faire ou ne pas faire quelque chose, à savoir se dessaisir s'il estime qu'il n'est pas bien placé pour trancher le litige. Certes, la neutralité dans l'exercice de cette faculté n'est jamais totale pour le juge puisque, s'il dispose d'un pouvoir discrétionnaire, la décision doit être conditionnée par un impératif de justice<sup>367</sup>, mais cela ne remet pas en cause la qualification de norme *permissive*.

---

<sup>363</sup> Ce qui ne signifie pas qu'il n'existe pas certaines exceptions, comme en atteste l'article 92 du Code de procédure civile, sur lequel v. nos propos *infra* n°155.

<sup>364</sup> Ces divergences culturelles expliquent également que certaines règles permissives existent à l'égard du juge dans les règles de compétence internationale elles-mêmes, sur ce point v. nos propos *infra* n°192 et s.

<sup>365</sup> V. sur ce thème, v. C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, PUAM, 2000, préf. H. MUIR WATT.

<sup>366</sup> Sur cette notion, v. A. NUYSITS, *L'exception de Forum non conveniens (Etude de Droit International Privé Comparé)*, coll. ILB, 2003.

<sup>367</sup> Contrairement aux hypothèses où la faculté est octroyée aux justiciables et où l'exercice de la faculté par son titulaire est en principe neutre pour l'auteur de la norme, v. *supra* n°92. En effet, si les différents facteurs pouvant guider le juge dans sa décision de mettre en œuvre ou non la faculté peuvent varier, l'octroi d'une faculté par le biais d'une norme permissive n'est en principe jamais indifférent à l'auteur de la norme, quel

**136. Les droits de tradition civiliste.** Au contraire, si l'exercice par le juge français de sa compétence en matière internationale n'est pas exclusif de tout pouvoir modérateur de sa part<sup>368</sup>, l'existence d'une règle permissive à son égard, qui lui permettrait de ne pas appliquer une règle de compétence qui aurait vocation à l'être, est plus douteuse. En principe, s'il constate que les conditions de sa saisine sont remplies, il est obligé de trancher le litige. L'existence d'une règle permissive en la matière reviendrait à lui reconnaître un pouvoir discrétionnaire quant à sa faculté de se dessaisir, qu'il n'a manifestement pas<sup>369</sup>. Certes, ce dernier constat vise davantage la question de l'existence d'une règle permissive dans les règles de compétence directe elles-mêmes que dans l'applicabilité de ces règles, mais ce rapprochement s'explique par la confusion des deux questions dans certaines circonstances<sup>370</sup>.

**137.** Cette différence de conception invite à se poser la question de l'applicabilité de certains systèmes de compétence à l'égard du juge en tenant compte de

---

qu'il soit – ou du moins il ne devrait jamais l'être. S'agissant du juge, l'auteur de la norme ne peut donc lui octroyer une faculté sans se sentir concerné par les conditions de son exercice. Par exemple, lorsqu'elle étudie « les facteurs conditionnant le dessaisissement du juge du for dans le cadre de la doctrine du *forum non conveniens* », Madame L. USUNIER évoque une pluralité de facteurs comme la « commodité procédurale », la « bonne application de la loi compétente », et plus généralement des « fins de justice », voire « des facteurs d' "intérêt public", tel que l'encombrement des juridictions du for ou les difficultés que suscite, pour le juge du for, la résolution de questions de conflit de lois complexes » dans le cas du juge américain (v. *La régulation de la compétence internationale juridictionnelle en droit international privé*, préf. H. MUIR WATT, Éd. Economica, 2008, n°157 et s., p. 126). Par conséquent, si l'octroi de la faculté par l'auteur de la norme ne doit pas être « gratuit », son exercice par le juge ne doit pas l'être non plus. Dans le cas contraire, où le juge mettrait en œuvre la faculté selon son « bon-vouloir », le pouvoir du juge pourrait être qualifié d'arbitraire or « si le pouvoir de dessaisissement dont disposent les juges de *common law* en vertu de la doctrine du *forum non conveniens* constitue bien un pouvoir discrétionnaire, il ne s'agit (...) pas pour autant d'un pouvoir arbitraire, car les facteurs permettant d'identifier le for le plus approprié pour trancher le litige sont clairement établis » (v. spéc. n°163). Parallèlement, un constat identique peut dès à présent être fait à propos du juge français, de tradition civiliste, où la Cour de cassation rappelle régulièrement que, lorsqu'une faculté est octroyée au juge, le législateur « s'en remet à la prudence des magistrats pour apprécier l'opportunité d'en faire usage selon les circonstances de la cause » (v. par exemple, Civ. 2<sup>ème</sup>, 7 décembre 1973, 73-10187 et Civ. 2<sup>ème</sup>, 30 juin 1976, 75-10033).

<sup>368</sup> Sur cette question et sur une tentative d'adaptation d'un pouvoir modérateur en droit judiciaire international privé français à partir d'une étude du pouvoir discrétionnaire dans les pays de *common law* : C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *op. cit.*

<sup>369</sup> V. pour un exposé complet de cette différence de conception, L. USUNIER, *La régulation de la compétence internationale juridictionnelle en droit international privé*, préf. H. MUIR WATT, Éd. Economica, 2008, n°139 et s. ; pour une adaptation de ce pouvoir modérateur en droit judiciaire international privé français, v. C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, PUAM, 2000, préf. H. MUIR WATT.

<sup>370</sup> D'ailleurs, cette confusion semble parfois entretenue par certaines juridictions, comme pourrait le laisser penser l'attitude des juridictions anglaises, lorsqu'elles ont essayé de faire jouer le mécanisme du *forum non conveniens* alors même que la règle à l'origine de leur compétence internationale émanait d'un instrument européen, comme le Règlement Bruxelles I. Cela revenait à créer une règle permissive implicite à leur égard puisque les juges auraient été libres d'en écarter l'application si cela leur semblait préférable : v. *infra* n°146.



l'influence qu'a pu exercer la doctrine anglo-américaine sur le fonctionnement des réglementations européennes de la compétence internationale. Le constat est alors le suivant : si l'applicabilité des systèmes de compétence est en principe obligatoire pour le juge – quelle qu'en soit la source – (A), les hypothèses d'une applicabilité permissive, rares pour les règles issues de sources internes, ont tendance à s'accroître sous l'influence du droit international privé européen (B).

### **A – Le principe : exclusion d'une règle permissive à l'égard du juge**

**138.** Il s'agit de vérifier, au stade de l'applicabilité des systèmes de compétence – qu'ils soient issus du droit commun ou de Règlements européens –, s'il existe ou non des règles permissives à l'égard du juge qui lui permettraient d'écarter l'application de ces instruments et donc les règles qu'elles contiennent. Nous verrons que si l'applicabilité des règles nationales de compétence internationale et des conventions internationales exclut toute règle permissive à l'égard du juge, l'existence d'une telle règle quant à l'applicabilité de certains Règlements européens, spécialement le Règlement Bruxelles I, a néanmoins pu être discutée.

**139. Applicabilité des règles nationales de compétence internationale et des conventions internationales.** L'absence de règle permissive quant à l'applicabilité des règles nationales de compétence internationale, comme des conventions internationales bilatérales, ne semble pas douteuse. S'agissant des règles nationales de compétence internationale, dont certaines d'entre elles demeurent le droit commun<sup>371</sup>, la plupart sont d'application résiduelle, c'est-à-dire qu'elles ne s'appliquent que dans les cas où un instrument autre – fréquemment européen – n'est pas applicable. Leur applicabilité intervient alors par défaut sans que la question de leur caractère permissif ne soit le plus souvent pertinente<sup>372</sup>. Dans ce cas, le juge français est évidemment tenu d'appliquer les règles de compétence

---

<sup>371</sup> Certains Règlements européens sont venus se substituer au droit commun. C'est le cas en matière d'obligations alimentaires (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 matrimoniale et de responsabilité parentale (Règlement (CE) n°2201/2003 du conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions), en matière de procédure d'insolvabilité (Règlement (CE) n°1346/2000 du conseil du 29 mai 2000) et en matière de successions (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). Cette substitution est également envisagée dans la proposition de Règlement en matière de régimes matrimoniaux (Proposition de règlement du conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, COM(2011) 126/2). La question s'est posée lors de la refonte du Règlement Bruxelles I, mais en définitive le texte adopté maintient une application subsidiaire du droit national (v. *infra* n°143).

<sup>372</sup> Nous verrons néanmoins que, même dans le cadre de l'applicabilité des règles nationales de compétence internationale, la question d'une applicabilité permissive par le juge peut se poser, à titre exceptionnel, notamment dans le cadre du mécanisme du *forum necessitatis* : v. *infra* n°156.

internationale françaises et seuls les chefs de compétence eux-mêmes pourront s'avérer permissifs.

Il en est de même pour les conventions internationales bilatérales ; c'est le droit des traités qui régit cette question, car il se peut que la convention en cause soit soumise à une condition de réciprocité. Quoi qu'il en soit, la permissivité à l'égard du juge n'est pas de mise dans un domaine où il est tenu de respecter les engagements internationaux pris par la France. C'est seulement dans la convention elle-même qu'il s'agira de regarder s'il existe une forme de souplesse dans la mise en œuvre des chefs de compétence directe eux-mêmes. En réalité sur ce point, seuls les Règlements européens ont suscité de réelles difficultés. Toutefois, il s'agira de se demander si la difficulté les concernant n'est pas moins de déterminer leur caractère éventuellement permissif pour le juge que leur champ exact d'application.

**140. L'impérativité de principe des règlements européens.** Sans prétendre être exhaustif dans l'étude des Règlements européens concernant la compétence, il est indéniable que l'applicabilité de ceux-ci se veut par principe impérative. Ce caractère tient d'ailleurs davantage à la nature même de l'instrument qu'à la question particulière que constitue celle de la compétence. En effet, l'applicabilité impérative de l'instrument vient principalement d'une hiérarchisation des systèmes de compétence, elle-même tirée de la hiérarchie des normes<sup>373</sup> ; en vertu de la supériorité des conventions internationales ratifiées sur la loi et notamment de la primauté du droit européen, si un règlement européen est applicable, la Cour de cassation et la Cour de justice de l'Union européenne veillent au respect des règles de compétence que toutes les juridictions sont tenues de respecter<sup>374</sup>. Les Règlements, dotés d'un effet direct, contiennent par nature des dispositions qui s'imposent dans tous leurs éléments aux États-membres et, partant, à leurs juridictions. Il en est ainsi pour les Règlements CE n°1346/2000 du conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité ou 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 de responsabilité parentale<sup>375</sup> ou encore du

<sup>373</sup> V. sur ce thème : J-S. BERGÉ, « Hiérarchies des normes et application du droit au niveau national, international et Européen », in *La Hiérarchie des normes*, éd. L'Harmattan - collection des travaux de l'association des lauréats de la Chancellerie des Universités de Paris (ALCUP) – sous la direction de G. TEBOUL et L. SOUBELET, à paraître ; *L'application du droit national, international et européen – Approche contextualisée des cas de pluralisme juridique mondial*, éd. Dalloz, coll. Méthodes du droit, mars 2013.

<sup>374</sup> V. en ce sens : Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre*, *Rev. crit. DIP*, 1976, p. 347, note J. FOYER et D. HOLLEAUX ; *JDI* 1975, p. 801, note D. RUZIÉ, *Grands Arrêts*, n°55 ; CJCE, 27 Avril 2004, *Turner c. Grovit*, C-159/02.

<sup>375</sup> V. cependant sur la particularité de ce Règlement : *Rep. inter. Dalloz*, E. GALLANT, v°« Règlement Bruxelles II bis ». L'auteur affirme que : « ce n'est donc pas en termes d'applicabilité du règlement lui-même qu'il faut raisonner, mais en termes d'applicabilité de chacune de ses dispositions. C'est dire que le règlement n° 2201/2003 ne contient aucune disposition générale permettant de délimiter le champ d'application géographique de ses règles. Dépourvu d'une telle règle générale, le règlement Bruxelles II bis apparaît d'emblée d'une utilisation complexe. La notion de litige communautaire étant a priori absente du règlement, il

Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable en matière de successions<sup>376</sup>. La proposition de Règlement concernant, entre autre, la compétence en matière de régimes matrimoniaux n'échappe pas à cette règle<sup>377</sup>. Leur applicabilité à l'égard du juge n'est pas spécialement problématique puisque la Cour de justice s'attache à une vision civiliste de la compétence judiciaire. Elle se montre assez réticente au pouvoir discrétionnaire du juge sauf à encadrer de manière stricte l'espace de liberté qui lui est laissé. Le caractère obligatoire de l'applicabilité découle aussi plus simplement du fondement même de ces Règlements qui visent une plus grande sécurité et prévisibilité juridique<sup>378</sup>. Le Règlement Bruxelles I a pu malgré tout soulever certaines difficultés quant à son applicabilité, ce qui a pu suggérer un temps l'existence d'une règle permissive à l'égard du juge.

**141. L'applicabilité délicate du règlement Bruxelles I**<sup>379</sup>. L'applicabilité du Règlement est conditionnée par la réunion de trois éléments : un critère matériel, un critère temporel et un critère spatial. Le critère temporel ne suscite pas de difficultés : il est précisé à l'article 66.1 du Règlement qu'il s'applique aux actions intentées postérieurement à son entrée en vigueur<sup>380</sup>. Le critère matériel est exposé à l'article 1.1 : le Règlement est applicable « en matière civile et commerciale » et prévoit certaines exclusions expresses dans son article 1.2. Le critère spatial est quant à lui davantage problématique car il peut être compris de deux manières distinctes.

Dans une première optique, ce critère semble rempli dès lors que le lieu de situation de la juridiction saisie se trouve sur le territoire de l'Union<sup>381</sup>, peu importe

---

convient de rechercher et d'énumérer les cas d'application du texte qui résulteront de l'accomplissement dans un État membre de l'un des critères retenus par ce même texte. Ainsi, doit être sérieusement nuancée l'affirmation fréquente selon laquelle si le règlement s'applique quelle que soit la nationalité des parties il faut en revanche que l'un des plaideurs ait sa résidence habituelle sur le territoire d'un État membre ».

<sup>376</sup> 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, ci-après appelé Règlement *Rome IV*.

<sup>377</sup> Proposition de règlement du conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, COM(2011) 126/2).

<sup>378</sup> V. par exemple le considérant 11 du Règlement Bruxelles I.

<sup>379</sup> Le règlement n°44/2001 du 22 décembre 2000 dit « Bruxelles I » a fait récemment l'objet d'une refonte législative. Il est remplacé depuis le 10 janvier 2015 par le Règlement n°1215/2012 du 12 décembre 2012. Dans la suite des développements, il sera question par souci de simplicité du Règlement Bruxelles I pour le règlement n°44/2001 et du Règlement Bruxelles I refondu pour le Règlement n°1215/2012.

<sup>380</sup> L'article 76 indique qu'il s'agit du 1er mars 2002, excepté pour le Danemark et les nouveaux entrants.

<sup>381</sup> La lecture de l'ouvrage de référence Madame GAUDEMET-TALLON (*Compétence et exécution des jugements en Europe, op. cit.*, n°53 et 61 et s.) invite à tirer une telle conclusion sur l'applicabilité du Règlement car, en évoquant le champ d'application dans l'espace de celui-ci, il n'est question que de détermination de l'étendue

alors les circonstances concrètes du litige et le lieu du domicile du défendeur – sur le territoire de l'Union ou non. Si les deux autres critères – matériels et temporels – sont réunis, le juge saisi appliquera le Règlement qui pourra ne régir qu'indirectement la compétence juridictionnelle en renvoyant aux règles du droit national par le biais de l'article 4. Cet article, qui dispose que « si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, la compétence est, dans chaque État membre, réglée par la loi de cet État membre (...) », régit effectivement la compétence juridictionnelle, même si en l'occurrence elle le fait par renvoi. Il ne s'agirait donc pas d'une règle d'applicabilité du Règlement mais bien d'une règle de compétence d'attribution principalement dans le cas où le domicile du défendeur n'est pas situé sur le territoire de l'Union européenne<sup>382</sup>. Quoique cette conception nous semble pertinente, elle est minoritaire en France dont la doctrine exige traditionnellement que des éléments tangibles confortent le critère spatial au-delà du simple contact du litige avec une juridiction située sur le territoire de l'Union Européenne.

En effet, dans seconde optique, majoritairement admise, le litige doit être *intégré* au territoire pour justifier l'applicabilité du Règlement<sup>383</sup>. Cela signifie que le critère spatial est réputé rempli : lorsque le défendeur possède son domicile dans un État membre (article 4/ ex-article 2) ; en raison de la réalisation d'un chef de compétence exclusif sur le territoire de l'Union (article 24/ ex-article 22) ; en raison de la désignation d'une juridiction située sur le territoire d'un État membre par le biais d'une clause attributive de juridiction (article 25/ex-23) ou encore, depuis la refonte du Règlement Bruxelles I, lorsque le consommateur ou le travailleur possède sa résidence habituelle sur le territoire de l'Union (articles 18 et 21-2<sup>o</sup>)<sup>384</sup>.

Bien que le choix de l'une ou l'autre de ces deux conceptions n'ait pas véritablement d'implication pratique à ce stade, elles méritaient d'être respectivement présentées puisque c'est bien de l'application impérative ou non du Règlement qu'il s'agit et qu'il est nécessaire d'identifier les règles objets de notre

---

du territoire de l'Union mais jamais du domicile du défendeur, pas plus qu'autres critères de rattachement. Néanmoins, Madame GAUDEMET-TALLON ne manifeste pas la même position dans : H. GAUDEMET-TALLON, « Les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen : quelques repères », in *Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, Martinus Nijhoff 1996, p. 85.

<sup>382</sup> V. notamment sur ces questions à propos de l'applicabilité du Règlement Bruxelles I : F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions, Le droit de la compétence internationale face à la mondialisation économique*, th. dacty. Paris II, 2013, n°286-290.

<sup>383</sup> V. notamment : E. PATAUT, « Qu'est-ce qu'un litige "intra-communautaire" ? » : réflexions autour de l'article 4 du Règlement Bruxelles I », in *Études offertes à Jacques Normand*, Litec 2003, p. 365 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen : quelques repères », in *Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, Martinus Nijhoff 1996, p. 85.

<sup>384</sup> C'est-à-dire que les dispositions relatives au consommateur et au salarié seront applicables dès lors que ceux-ci auront leur domicile dans l'Union européenne, peu importe qu'ils soient défendeurs ou demandeurs et par conséquent sans considération du domicile du défendeur professionnel ou employé. V. en ce sens D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, n°124, p. 154.

étude étant donné que, en définitive, seul le critère spatial a pu soulever de réelles difficultés sur ce point<sup>385</sup>. Par conséquent, par souci de pragmatisme, nous retiendrons pour les développements ultérieurs la seconde conception, majoritairement adoptée en France.

**142.** S'agissant de l'applicabilité du Règlement, il est donc nécessaire d'identifier clairement deux problématiques distinctes : la question de la délimitation exacte de son champ d'application, puis celle de savoir si, une fois les critères remplis, il est possible d'écarter les règles établies par le système, quelle que soit la force contraignante intrinsèque de chacune des règles.

En réalité, nous verrons que ces deux questions sont liées en raison de la confusion de leurs enjeux respectifs. Dès lors que le litige se situe clairement dans le champ d'application du Règlement, l'impérativité de son applicabilité n'est pas contestée ; en revanche, lorsque le litige se situe à la marge de celui-ci, certains États ont tenté de faire valoir l'existence d'une sphère de permissivité quant à son application. Cette problématique révèle l'importance cruciale de la détermination du domaine d'un instrument qui n'avait pas vocation à devenir le droit commun. La connaissance exacte des critères d'application du texte en cause devient primordiale car, à défaut, une insécurité pourrait se réintroduire là où l'adoption de tels instruments avait vocation à la supprimer.

**143. L'identification difficile des critères d'applicabilité du Règlement.** Les règles d'applicabilité du « système de Bruxelles<sup>386</sup> » devraient en toute logique figurer au début de l'instrument qui l'organise car elle est la première question qu'il convient de se poser : le Règlement Bruxelles I est-il applicable à la question soulevée ? La réponse est d'autant moins évidente que le Règlement n'opère pas de distinction explicite entre les règles d'applicabilité et les règles de compétence directe. La perspective de refonte du Règlement, engagée en avril 2009, avait pu laisser envisager une disparition de ces difficultés. En effet, la proposition initiale prévoyait une extension des règles de compétence du Règlement aux litiges impliquant des défendeurs originaires d'États tiers ; ses règles avaient vocation à devenir le droit commun dans tous les États membres et à exclure le recours subsidiaire aux règles nationales de ces derniers<sup>387</sup>. Pourtant, cette proposition a finalement été écartée et,

---

<sup>385</sup> En effet, la détermination du domaine matériel du Règlement (la matière « civile et commerciale ») a pu également susciter des difficultés mais elles n'ont pas eu d'implication sur l'applicabilité impérative ou non du Règlement.

<sup>386</sup> Pour cette terminologie, v. M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 2007 qui évoquent le « système de Bruxelles ».

<sup>387</sup> V. Proposition de Règlement du Parlement et du Conseil du 14 décembre 2010 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (COM(2010) 748 final / 2010/0383 (COD)). Sur les raisons de cette extension v. spéc. p. 9. Sur les raisons de cet « échec » qualifié par certains de « provisoire » : v. aussi chron. L. D'AVOUT, « La refonte du Règlement Bruxelles 1 »,

en ce qui concerne l'applicabilité du Règlement, le dispositif reste dans son principe identique. Aussi, il demeure que pour que le tribunal d'un État membre se déclare compétent au titre du Règlement, il doit vérifier l'existence de deux conditions. Dans un premier temps, il faut que le Règlement soit applicable au litige et, dans un deuxième temps seulement, qu'il existe un chef de compétence fondant sa compétence<sup>388</sup> – ce qui justifie le caractère chronologique de notre démarche. Or s'il est indéniable qu'il s'agit là de problématiques et de règles distinctes, elles ont tendance à se confondre dans le Règlement car leur traduction écrite repose souvent dans une même disposition.

**144. Applicabilité du Règlement au litige.** Pour que la première condition soit remplie, il faut que le litige, outre des critères temporel et matériel, remplisse des conditions spatiales qui constituent autant de « points d'entrées »<sup>389</sup> différents dans le Règlement. L'applicabilité du Règlement Bruxelles I est conditionnée sur ce terrain par trois éléments principaux : le lieu du domicile du défendeur sur le territoire de l'Union Européenne, la désignation d'un tribunal de l'Union Européenne ou la réalisation d'un élément prévu par l'article 22 – article 24 de la version révisée – sur le territoire de l'Union Européenne et que le litige soit pourvu d'un élément d'extranéité<sup>390</sup>. La version refondue en ajoute un quatrième pour les consommateurs ou les professionnels dans le cas où il existerait des rattachements pertinents avec l'Union européenne (Articles 18, paragraphe 1 et 21, paragraphe 2

---

D. 2013, p. 1014, spéc. n°10 p. 1018.

<sup>388</sup> V. notamment R. LIBCHABER, note sous CJCE (5<sup>e</sup> Ch.). - 15 sept. 1994, *W. Brenner et P. Noller c. Dean Witter Reynolds Inc.*, *Rev. Crit. DIP* 1995, p. 754.

<sup>389</sup> V. pour l'emploi de cette expression : B. AUDIT, « Le critère d'application des conventions judiciaires multilatérales », in *Le droit international privé, Esprit et méthode, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 19-35.

<sup>390</sup> Bien que le Règlement ne le mentionne pas expressément, un élément d'extranéité est requis quant à l'applicabilité du Règlement. La Cour de justice l'a énoncé en 2011 : « le règlement n°44/2001 doit être interprété en ce sens que l'application des règles de compétence établies par celui-ci suppose que la situation en cause dans le litige dont est saisie une juridiction d'un État membre est de nature à soulever des questions relatives à la détermination de la compétence internationale de cette juridiction », CJUE, 17 nov. 2011, *Hypotecni Banka*, C-327/10, *RCDIP* 2012, p. 411, note M. REQUEJO et G. CUNIBERTI ; D. 2011, p. 2876 et 2012 p. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *Rev. Europe* 2012, comm. 53 par L. IDOT. Pour la jurisprudence française, v. Com. 30 janv. 2001, *ING Bank*, *RCDIP* 2001, p.539, note S. POILLOT-PERUZZETTO, D. 2002, p. 1392, obs. B. AUDIT et l'arrêt censuré : Paris 29 oct. 1998, D. 1999, somm. p. 293, obs. B. AUDIT. L'auteur critiquait alors fermement l'arrêt de la Cour d'appel dans lequel elle avait refusé l'application de la Convention de Bruxelles « s'agissant d'un conflit entre deux sociétés néerlandaises dont les relations sont régies par le droit néerlandais », alors même que la lettre de confort litigieuse était relative à une filiale située à l'étranger et que le litige présentait donc un caractère international. L'arrêt *ING Bank* (préc.) est venu censurer cette décision. Sur le caractère néanmoins utile de caractériser cette condition pour l'applicabilité du Règlement : v. F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions, Le droit de la compétence internationale face à la mondialisation économique*, *op. cit.*, spéc. n°285, 287 et 288. V. aussi sur cette question mais concernant plus particulièrement l'applicabilité au titre de l'article 23 du Règlement : Com., 23 sept. 2014, n°12-26585, *Sté Compass Group Holdings*, *Gaz. Pal.*, 10 mars 2015, n° 69, p. 18, obs. M. NIOCHE ; *JDI* 2015, n°2, comm. 10, note A. SINAY-CYTERMANN.

de la version refondue). Il existe donc des règles d'applicabilité tenant compte : du domicile des parties, de l'objet du litige et de la volonté des parties<sup>391</sup>.

Si le Règlement prévoit qu' « il est obligatoire dans tous ses éléments », son applicabilité impérative découle de toute façon de la nature juridique des Règlements européens<sup>392</sup>. Le rapport sur la convention d'adhésion de 1978 dit « Rapport SCHLOSSER »<sup>393</sup> l'exprime très clairement et est suivi sur ce point tant par la doctrine<sup>394</sup> que par la jurisprudence qui déclare que « les questions relatives au champ d'application de la Convention, qui déterminent la compétence juridictionnelle dans l'ordre international, doivent être considérées comme d'ordre public »<sup>395</sup>. Même s'il s'agissait en l'occurrence de la Convention de Bruxelles<sup>396</sup>, l'affirmation est tout aussi valable pour le Règlement. Il convient donc d'étudier séparément chacun des titres d'applicabilité du Règlement afin de se demander s'il

---

<sup>391</sup> Avec la version refondue du Règlement, il faudra ajouter : le lieu d'exécution habituelle du travail voire le lieu de situation de l'établissement qui a embauché le travailleur (article 21 paragraphe 2).

<sup>392</sup> L'article 76 du Règlement prévoit que « Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans les États membres conformément au Traité instituant la Communauté européenne ». Cette disposition semble donc rappeler l'effet direct des dispositions du Règlement mais également son applicabilité directe, consacrée par l'arrêt : CJCE, 15 juin 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64 : Rec. p. 1141. Sur la distinction de ces deux notions, Madame JEAUNEAU rappelle : « souvent confondus, "applicabilité directe" ou "immédiate" et "effet direct" ne se situent pas sur le même plan. Le principe d' "applicabilité directe" résout une question de rapport de systèmes : il signifie que le droit de l'Union s'intègre dans l'ordre juridique national sans mesures de réception. Autrement dit, le droit de l'Union interdit aux États membres d'être dualistes à son égard, alors que le droit international classique les laisse en principe libres de leur décision sur ce point. L'applicabilité immédiate bénéficie à tout le droit de l'Union, y compris les directives, qui déploient certains effets dans l'ordre juridique national indépendamment de leur transposition (sur ce point, v. Guy ISAAC et Marc BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 9e éd., Paris : Sirey, Université, 2006, sp. pp. 263- 266 ; Denys SIMON, « Invocabilité du droit communautaire », in *Lamy procédures communautaires*, Étude 210, janv. 2005, sp. n° 210-10). L' "effet direct" vise l'aptitude de la norme à créer des droits et obligation dans le chef des particuliers, qui doivent être à ce titre sanctionnées par le juge national [...]. Le principe de "primauté" opère, lui, en aval de l'applicabilité directe. En tant que règle de conflit, il ne trouve à s'appliquer qu'en présence d'une antinomie, fût-elle largement conçue (v. Léna GANNAGE, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, préf. Y. Lequette, Paris : LGDJ, 2001, sp. n° 123-129 et 169) entre une norme d'origine européenne et, non pas seulement une norme nationale, mais, plus largement toute "mesure nationale" (qui peut consister, par exemple en l'application d'une loi étrangère commandée par une règle de conflit d'origine nationale : v. CJUE, 18 avr. 2013, *Mulders*, C-458/11) », v. *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne, essai de systématisation*, th. dactyl. Paris I, 2015, spéc. n° 33, p. 37.

<sup>393</sup> P. SCHLOSSER, « Rapport sur la convention relative à l'adhésion du Royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (signée à Luxembourg le 9 octobre 1978) » (ci-dessous « Rapport SCHLOSSER »), *JOCE* n° C 59/71 du 5 mars 1979.

<sup>394</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5<sup>ème</sup> éd., LGDJ, Paris, 2015, n°77 p. 82 qui conclut à « l'obligation d'appliquer d'office la convention de Bruxelles ou le règlement n° 44/2001 ».

<sup>395</sup> C.J.C.E., 19 janvier 1993, C-89/91, *Shearson Lehman Hutton Inc c. TVB*, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 325, note H. GAUDEMET-TALLON, *JDI* 1993, , p. 466, obs. A. HUET, point 10.

<sup>396</sup> Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale remplacée par le Règlement Bruxelles I.

appartient au juge, une fois les critères réunis, de se déclarer compétent ou au contraire incompétent, sur un fondement autre que celui prévu par le Règlement.

**145. Premier point d'entrée du Règlement : applicabilité au titre du critère de principe, le domicile du défendeur.** S'agissant du critère de principe, l'on peut hésiter entre l'article 2 – article 4 du Règlement refondu – qui établit un critère de rattachement du litige au Règlement par le domicile du défendeur et l'article 4 interprété *a contrario*<sup>397</sup> – article 6 du Règlement refondu. L'article 2, bien que le plus souvent cité, est fréquemment source de confusions car, outre son rôle potentiel de critère d'applicabilité du Règlement, il constitue également un chef de compétence directe. Or s'il est parfaitement envisageable que la simple réalisation d'un chef de compétence du Règlement entraîne, de ce seul fait, son applicabilité, cela ne semble pas être le cas concernant l'article 2<sup>398</sup> puisque cette circonstance est réservée aux chefs de compétence dit exclusifs.

Pourtant, la jurisprudence de la Cour de justice elle-même n'aide pas à clarifier cet aspect car elle entretient parfois la confusion entre les questions d'applicabilité et d'impérativité des chefs de compétence. L'arrêt *Owusu* du 1 mars 2005<sup>399</sup> est à ce titre remarquable en ce que le Cour de justice n'est pas suffisamment précise sur l'impérativité de l'article 2. En effet, lorsqu'elle déclare que « l'article 2 a un caractère impératif et que, ainsi qu'il ressort de ses termes mêmes, il ne peut être dérogé à la règle de principe qu'il énonce que dans des cas expressément prévus par ladite convention » (point 37), elle semble évoquer le chef de compétence qu'il établit, alors que la question posée à la Cour ne portait pas tant sur ce point que sur celui de l'applicabilité de la Convention. Elle poursuit d'ailleurs en parlant « du caractère obligatoire du système de compétence mis en place par la convention de Bruxelles » et renvoie aux arrêts *Gasser* et *Turner*, respectivement des 9 décembre 2003 et 27 avril 2004<sup>400</sup>. Or si l'impérativité est réelle à l'égard du juge quant à l'applicabilité du système de compétence de Bruxelles I, il est difficile de tirer les mêmes conclusions sans réserve sur le terrain des chefs de compétence directe<sup>401</sup>. Malgré les imprécisions de cette jurisprudence, il semble raisonnable de

<sup>397</sup> V. Sur le débat autour de cette analyse, v. *supra* n°141.

<sup>398</sup> V. dans le sens de l'extension d'un tel mécanisme : R. LIBCHABER, note sous CJCE (5<sup>e</sup> Ch.). - 15 sept. 1994, *W. Brenner et P. Noller c. Dean Witter Reynolds Inc.*, *Rev. Crit. DIP* 1995, p. 754.

<sup>399</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> mars 2005, C-281/02, *Owusu*, *D.* 2006, Pan. p. 1259, obs. C. NOURISSAT ; *JDI* 2005, p. 1177, note G. CUNIBERTI et WINCKLER ; *Rev. Crit. DIP* 2005, p. 698, note C. CHALAS ; *Gaz. Pal.* 2005, n° 148, note M.-L. NIBOYET.

<sup>400</sup> C.J.C.E., 9 décembre 2003, C-116/02, *Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl*, *D.* 2004, p. 1046, note Ch. BRUNEAU, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 444, note H. MUIR WATT, *JDI* 2004, p. 641, obs. A. HUET et C.J.C.E., 27 avril 2004, C-159/02, *Turner c. Grovit*, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 654, note H. MUIR WATT, *Gaz. Pal.* janvier-février 2005, Som. 399 (2<sup>ème</sup> esp.), note M.-L. NIBOYET.

<sup>401</sup> V. nos propos *infra* n°200.



conclure à l'applicabilité impérative du système de Bruxelles et donc d'exclure toute permissivité à cet égard.

**146.** La condamnation expresse du recours à la doctrine du *forum non conveniens*, qui est sur ce plan la traduction d'une règle permissive, est également absente. Mais cette absence d'interdiction non équivoque doit encore s'analyser en une permission faible – adage *tout ce qui n'est pas interdit est permis* – qui ne suffit pas à caractériser une règle permissive. En effet, avant même sa condamnation officielle par la Cour de justice dans l'arrêt *Omusu*<sup>402</sup>, la doctrine s'accordait sur l'idée qu'un tel mécanisme était exclu par le Règlement, en s'appuyant notamment sur son considérant 11<sup>403</sup> et il était traditionnellement admis que ce mécanisme ne pouvait être admis, en dehors d'une règle explicite, dans les rapports intra-européens. Dans l'arrêt précité, la question s'était d'ailleurs posée dans le cadre de rapports avec des États tiers puisque, excepté les tribunaux anglais, aucun autre tribunal d'un État membre n'était compétent en vertu du Règlement. Les tribunaux anglais avaient alors pu s'interroger sur l'existence d'une règle permissive dans cette hypothèse, ce à quoi la Cour de justice a répondu par la négative<sup>404</sup>. Néanmoins, ce n'était pas tant l'applicabilité impérative ou permissive du Règlement qui était en cause que l'applicabilité elle-même. La question qui se posait ne devait être que celle de savoir si la situation réclamait ou non l'application du Règlement or, dans l'espèce précitée, la seule situation du domicile du défendeur sur le territoire de l'Union devait suffire à le rendre applicable s'agissant du critère spatial<sup>405</sup>.

---

<sup>402</sup> « La convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, telle que modifiée par la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, par la convention du 25 octobre 1982 relative à l'adhésion de la République hellénique et par la convention du 26 mai 1989 relative à l'adhésion du royaume d'Espagne et de la République portugaise, 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 contractant ne se pose pas ou que ce litige n'a aucun autre lien de rattachement avec un autre État contractant », v. CJCE, 1er mars 2005, C-281/02, *Omusu*, D. 2006, Pan. p. 1259, obs. C. NOURISSAT ; *JDI* 2005, p. 1177, note G. CUNIBERTI et WINCKLER ; *Rev. Crit. DIP* 2005, p. 698, note C. CHALAS ; *Gaz. Pal.* 2005, n° 148, note M.-L. NIBOYET.

<sup>403</sup> En ce sens : H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5<sup>ème</sup> éd., *op. cit.*, n°81, p. 88. Considérant 11 du Règlement Bruxelles I : « Les règles de compétence doivent présenter un haut degré de prévisibilité et s'articuler autour de la compétence de principe du domicile du défendeur et cette compétence doit toujours être disponible, sauf dans quelques cas bien déterminés où la matière en litige ou l'autonomie des parties justifie un autre critère de rattachement ». L'auteur énonce à propos de ce considérant que « Bien que ne figure pas l'expression "*forum non conveniens*", on peut déduire de ce considérant que si la compétence du juge du domicile « doit toujours être disponible », c'est qu'il est impossible d'écarter cette juridiction au motif qu'il ne serait pas le for "*convenient*" ».

<sup>404</sup> v. spécialement les points 37 et s., CJCE, 1er mars 2005, C-281/02, *Omusu*, préc.

<sup>405</sup> Dans l'affaire *Omusu* précité, bien que la réponse de la Cour ait découlé d'arguments juridiques, il est difficile de nier les enjeux politiques de ces questions qui constituent les véritables moteurs de l'évolution des réponses. En la matière, si la tendance est de se rattacher à l'analyse juridique, il s'agit bien moins d'un débat technique que purement idéologique sur le devenir de l'Union Européenne. En ce sens, v. M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, n°417, p. 359 et

**147. Autres points d'entrée du Règlement.** Sous l'égide du Règlement Bruxelles I, il fallait ajouter deux autres titres d'applicabilité de celui-ci : par le biais de l'article 22 – article 24 dans le Règlement refondu – et de l'article 23 – article 25 dans le Règlement refondu. L'article 22 illustre l'hypothèse d'une confusion entre les conditions d'applicabilité et les critères de compétence directe. Dans cette hypothèse, la réalisation d'un chef de compétence prévu par l'article 22 suffit à emporter l'application du Règlement. C'est donc le caractère plus ou moins contraignant de ceux-ci qui va se répercuter sur l'application du Règlement lui-même. S'agissant de chefs de compétence impératifs, le juge sera alors obligé, dans ces hypothèses, de s'en tenir au Règlement. Quant à l'article 23, l'absence de règle permissive n'est pas contestée, la principale difficulté demeurant de déterminer si le litige entre bien dans le cadre du Règlement.

Si ces titres d'applicabilité du Règlement ont été maintenus dans la version refondue, il en existe deux autres depuis le 10 janvier 2015, date à laquelle le Règlement n° 1215/2012 s'est substitué au Règlement n° 44/2001. Il s'agit de « la localisation en Europe du rattachement pertinent de protection du salarié ou du consommateur »<sup>406</sup>. En effet, le domicile du consommateur sur le territoire de l'Union Européenne devient un titre d'applicabilité du Règlement<sup>407</sup>, au même titre que l'accomplissement habituel de son travail par le travailleur sur ce territoire<sup>408</sup>.

**148.** En définitive, les développements qui précèdent ont permis de montrer que, s'agissant de l'applicabilité des systèmes de compétence et même de Règlements européens, la permissivité était exclue et ne suscitait en réalité guère de difficulté. Seules des considérations propres à la hiérarchie des normes et, par suite, à la détermination du champ d'application de ces instruments expliquent les difficultés rencontrées. Mais si l'existence d'une règle permissive à l'égard du juge semble par principe exclue, cela ne signifie nullement qu'il ne puisse pas exister certaines exceptions. Encore faut-il s'attacher à déterminer celles qui peuvent réellement recevoir ce qualificatif.

---

les observations sur la question de l'internationalisation du Règlement Bruxelles I refondu dans la 4<sup>ème</sup> édition de l'ouvrage (2013) : n°498, p. 354.

<sup>406</sup> L'expression est empruntée à L. D'AVOUT dans sa chronique « La refonte du Règlement Bruxelles 1 », *D.* 2013, p. 1014, spéc. n°10 p. 1018.

<sup>407</sup> Cette applicabilité est néanmoins soumise à certaines conditions comme, par exemple, le fait que le consommateur soit demeuré passif, v. les articles 6 et 18 du Règlement refondu.

<sup>408</sup> À défaut de travail habituel sur le territoire de l'Union européenne, le lieu d'embauche du salarié pourra également déclencher l'applicabilité du Règlement, v. les articles 6 et 21 du Règlement refondu.

## **B – Exceptions : l'applicabilité permissive des systèmes de compétence à l'égard du juge**

**149.** Si l'applicabilité permissive des systèmes normatifs de compétence à l'égard du juge peut être qualifiée d'exceptionnelle (2), c'est parce que doivent être éliminées les hypothèses où la permissivité n'est qu'apparente (1).

### **1) La permissivité seulement apparente**

**150.** Les débats soulevés par l'implication d'un État tiers auraient pu s'interpréter comme manifestant l'existence d'une sphère de permissivité quant à l'applicabilité du Règlement. La question s'est posée lorsque le défendeur est domicilié sur le territoire d'un État membre mais qu'il existe une clause attributive de juridiction en faveur d'un État tiers ou que le tribunal d'un État tiers a été saisi en premier soulevant une exception de litispendance internationale. Néanmoins, nous verrons que dans chacune de ces situations à la marge du Règlement Bruxelles I, il n'existe pas de règle permissive à l'égard du juge.

**151. Existence d'une clause attributive de juridiction en faveur d'un État tiers.** Dans l'hypothèse où une clause attributive de juridiction désignait les juridictions d'un État tiers, l'existence d'une règle permissive à l'égard du juge quant à l'applicabilité du Règlement a pu être envisagée. Une juridiction française avait pu conclure, dans cette hypothèse, en faveur de l'applicabilité du Règlement au titre de l'article 2<sup>409</sup>. La solution était d'autant plus surprenante que la condition de domicile n'était réputée remplie qu'au prix d'une déformation du concept de siège social tel que prévu dans le Règlement. Par ailleurs, un arrêt de la Cour Suprême anglaise aurait également pu favoriser une interprétation en termes d'applicabilité permissive puisqu'il réservait au juge un pouvoir modérateur quant à l'exercice de sa compétence dans ce cas<sup>410</sup>. Pourtant, malgré ces exemples – au demeurant assez

---

<sup>409</sup> V. Cour d'appel de Versailles (1<sup>re</sup> Ch. A.), 26 septembre 1991, *G. Bruno c. Soc. Citibank*, note H. GAUDEMET-TALLON, *Rev. Crit. DIP* 1992, p. 333 : « L'article 53 de la Convention de Bruxelles dispose que le domicile d'une société est le lieu du siège de cette société en l'occurrence situé à New-York. L'article 5-5° permettant d'attirer le défendeur devant le tribunal du lieu d'une succursale, agence ou tout autre établissement n'aurait pas été plus utile puisque l'option de compétence n'est ouverte que lorsque le défendeur est domicilié dans un État contractant et compétence du for de la succursale n'existe que si la contestation est « relative à l'exploitation de la succursale », c'est-à-dire « aux engagements pris par le centre d'opérations (...) et qui doivent être exécutés dans l'État contractant où ce centre d'opérations est établi » (V. CJCE, 22 nov. 1978, *Somafér*, aff. 33/78, *Rec.* 2183, concl. MAYRAS, *JDI* 1979, p. 672, obs. A. HUET, *D.* 1979, *Inf. rap.* 458, obs. B. AUDIT). Par ailleurs, « La Convention de Bruxelles ne doit pas servir à faire du domicile du défendeur sur le territoire communautaire, la source d'une sorte de "privilège de juridiction" auquel on ne pourrait même pas renoncer par une clause attributive de compétence au tribunal d'un État tiers ».

<sup>410</sup> *High Court of Justice (Queen's Bench Division, Commercial Court)*. - 10 mai 2005, *Konkola Copper Mines PLC v. Coromin*, *Rev. Crit. DIP* 2005, p. 722, note H. MUIR WATT.

isolés –, il semble plus raisonnable de conclure à l'inapplicabilité pure et simple du Règlement dans cette hypothèse. La lecture du rapport SCHLOSSER ne peut que conforter cette idée puisque la convention de Bruxelles, pas plus que le Règlement, n'avait selon lui vocation à régir les rapports des États membres avec les États tiers. C'est encore une fois un problème de détermination du champ d'application du Règlement qui est en cause, en l'occurrence quant aux hypothèses de conflits de juridictions visées par celui-ci. La version refondue du Règlement ne modifie nullement cet aspect : les clauses attributives de juridiction désignant un État tiers demeurent soumises au droit commun. C'est donc parce que, dans une telle hypothèse, le Règlement est par principe inapplicable que le juge anglais dispose d'un tel pouvoir et que le juge français en est au contraire exclu, en vertu de leurs droits nationaux respectifs.

**152. Litispendance avec un État tiers.** La même question a pu être débattue lorsqu'en cas de litispendance internationale, la juridiction première saisie appartenait à un État tiers. Dans l'affaire *Owusu*, si la question préjudicielle a été posée explicitement à la Cour sans qu'elle n'y réponde, la Cour de cassation a apporté une réponse négative à l'existence d'une règle permissive en la matière. C'est le plus souvent s'agissant du Règlement Bruxelles II bis qu'elle a eu l'occasion de se prononcer, plus spécialement dans des affaires de divorce. En effet, si le Règlement Bruxelles II bis s'est substitué aux règles du droit international privé commun en ce qui concerne les règles de compétence juridictionnelle, ce n'est pas le cas s'agissant des règles applicables à la litispendance internationale. L'article 19 de ce Règlement a vocation à trancher les seules hypothèses de litispendance dans un cadre européen puisque cet article vise la saisine de juridiction d'États membres différents. L'exception de litispendance internationale avec un État tiers demeure alors régie par le droit commun et le juge n'a pas la possibilité d'appliquer le Règlement Bruxelles II bis<sup>411</sup>.

La problématique est la même s'agissant de l'applicabilité du Règlement Bruxelles I dans ce cas de figure. Une fois encore, le problème de l'impérativité ou non de cet instrument se déplace : celle-ci n'est pas douteuse dès lors que les conditions d'applicabilité sont réunies mais toute la difficulté concerne justement la détermination de ces critères. Elle est visible notamment concernant l'article 23. Son applicabilité est en effet dissociée du reste du Règlement car l'article 23 pose ses propres conditions (conditions tenant au tribunal désigné et au domicile des parties) mais certaines hypothèses, qui n'ont pas été expressément exclues, sont ambiguës. C'est l'hypothèse où des parties domiciliées sur le territoire de l'Union conviennent

---

<sup>411</sup> V. en ce sens Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 octobre 2012, n° 11-12621 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 octobre 2012, n° 11-25278. Dans ces deux arrêts, si la Cour de cassation reconnaît que le Règlement Bruxelles II bis est bien applicable à la détermination de la compétence internationale des juridictions françaises, elle reconnaît également la non applicabilité du Règlement s'agissant de la résolution de l'exception de litispendance internationale.

d'une clause attributive de juridiction à l'égard d'un ou des tribunaux d'un État tiers. Lors de la survenance d'un litige, il se peut qu'une partie décide de saisir une juridiction d'un État membre, en violation de la clause, et la question se pose alors de savoir si le tribunal saisi doit accueillir l'exception d'incompétence soulevée par le défendeur ou s'il doit vérifier au préalable la validité de la clause au regard de l'article 23 du Règlement. La doctrine la plus autorisée réfute l'applicabilité de l'article 23 dans ce cas et considère que le tribunal ne doit apprécier la validité de la clause qu'au regard du droit international privé commun<sup>412</sup>. Pareille question se posait sous l'égide du Règlement Bruxelles I lorsque des parties non domiciliées sur le territoire de l'Union Européenne attribuaient compétence au juge d'un État membre. Celui-ci devait-il apprécier sa compétence et la validité de la clause au regard de son droit commun ou au regard de l'article 23 du Règlement ? Cet aspect a néanmoins été tranché dans la version refondue du Règlement puisque l'article 25 vise désormais les cas de désignation d'une juridiction d'un État membre, « sans considération du domicile des parties ». La validité au fond de la clause continue toutefois d'être régie par le droit national des États membres, mais désormais par renvoi exprès du Règlement.

**153.** Par conséquent, une fois le recours à l'arbitrage écarté, l'impérativité de l'application du Règlement ne sera plus douteuse. L'on peut néanmoins regretter que la Cour de justice ne soit pas sur ce point plus claire dans la distinction entre l'application impérative du Règlement *dans son ensemble* – il s'agit bien alors d'*applicabilité* – et l'application impérative *des chefs de compétence*. S'agissant de l'applicabilité du Règlement, la question ne concerne pas tant l'existence d'une règle permissive ou impérative qui serait posée par le Règlement lui-même, que son champ d'application. La réelle question est donc de savoir si certaines situations doivent ou non être soumises au Règlement : dans l'affirmative, celui-ci s'applique sans réserve ; dans la négative, son application n'est pas permissive pour le juge et devrait tout simplement être exclue – sauf à imaginer que le droit international privé commun du juge saisi lui permette de l'appliquer à une telle hypothèse située à la marge. Dans ces situations qui présentent des liens avec des États tiers, le problème est donc uniquement de délimiter le champ d'application des règles de compétence. Cette détermination se fera le plus souvent de manière unilatérale par la Cour de justice lorsqu'elle n'a pas été suffisamment précisée par l'instrument lui-même<sup>413</sup>.

---

<sup>412</sup> V. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5<sup>ème</sup> éd., LGDJ, Paris, 2015, n°131 p. 144.

<sup>413</sup> Sur les avancés du Règlement Bruxelles I bis en la matière : v. L. D'AVOUT, « La refonte du Règlement Bruxelles 1 », *D.* 2013, p. 1014, art. préc., spéc. n°17 et s. pour les difficultés de mise en œuvre des clauses attributives de juridiction et de litispendance internationale avec des États tiers.

À côté de ces hypothèses où la permissivité n'est qu'apparente, l'existence d'une sphère de liberté octroyée au juge, quant à l'applicabilité des systèmes de compétence, est parfois réelle.

## 2) L'application véritablement permissive

**154.** Les règles permissives relatives à l'applicabilité des règles de compétence internationale ne sont pas absentes de celles issues du droit national, comme en atteste l'article 92 du Code de procédure civile, même si, en l'occurrence, la faculté qui est octroyée au juge lui permet non de se déclarer compétent mais de relever d'office son incompétence. S'agissant des règles issues du droit européen, le mécanisme du *forum necessitatis* ou for de nécessité, consacré dans certains Règlements, atteste également de cette applicabilité permissive, tout comme la règle jurisprudentielle autorisant le juge français à y recourir dans certains cas.

**155. Incompétence des tribunaux français.** L'article 92 du Code de procédure civile consacre une règle permissive à l'égard du juge français, quel qu'il soit. Cet article vise en effet les hypothèses où les juges disposent du pouvoir de relever d'office leur propre incompétence. Si les cas où il dispose de ce pouvoir sont limitativement énumérés (violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public ou non-comparution du défendeur), il est clair qu'il ne s'agit toujours que d'une simple faculté. S'agissant spécialement de la compétence internationale des tribunaux français, c'est-à-dire dans les cas où le litige « échappe à la connaissance de la juridiction française »<sup>414</sup>, il est remarquable que la règle permissive est octroyée tant aux juges du fond qu'aux juges de la Cour de cassation. Ils peuvent ainsi exciper de leur incompétence à tout moment. Pour les parties, cela signifie qu'elles ne pourront pas, devant la Cour de cassation, invoquer un moyen tiré de l'incompétence des juges, puisque ces derniers n'avaient pas l'obligation de le relever mais la simple faculté de le faire. Au contraire, la Cour de cassation dispose toujours, pour sa part, de la faculté de relever d'office cette incompétence<sup>415</sup>.

---

<sup>414</sup> Article 92 du code de procédure civile :

« L'incompétence peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public ou lorsque le défendeur ne comparait pas. Elle ne peut l'être qu'en cas.

Devant la cour d'appel et devant la Cour de cassation, cette incompétence ne peut être relevée d'office que si l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive ou administrative ou échappe à la connaissance de la juridiction française ».

<sup>415</sup> V. en ce sens : M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation, pourvois et arrêts en matière civile, méthode du droit*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2010, p. 136. V. pour un exemple de moyen relevé d'office par la Cour de cassation en application de l'article 92 alinéa 2 mais en matière fiscale et en raison de la compétence du juge administratif : Com., 11 mars 2003, n°00-20737 : « Mais, sur le moyen relevé d'office, après avertissement donné aux parties : Vu l'article 92, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, ensemble l'article L. 281 du Livre des procédures fiscales ; Attendu que si l'affaire relève de la compétence du juge administratif, la Cour de cassation peut relever d'office le moyen pris de l'incompétence du juge judiciaire » ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 novembre 1982, n°81-15550 : « il résulte de l'article 92 du même code que la

**156. *Forum necessitatis*.** Quant à l'applicabilité de certains systèmes de compétence, le mécanisme exceptionnel du *forum necessitatis*<sup>416</sup> suggère l'existence d'une règle permissive octroyée au juge. Cette institution au demeurant très ancienne consiste à reconnaître la compétence de certains tribunaux alors même qu'aucune disposition spécifique ne le prévoit, dans le cas où il existe un risque de déni de justice.

Un tel mécanisme, qui se développe en droit européen, se retrouve en droit positif à travers les articles 7 du Règlement Aliments<sup>417</sup> et 11 du Règlement Successions<sup>418</sup>. Il est aussi envisagé dans les propositions de Règlement sur les régimes matrimoniaux<sup>419</sup> et les partenariats enregistrés<sup>420</sup> et avait été initialement envisagé dans la proposition de refonte du Règlement Bruxelles I, même s'il n'a finalement pas été retenu dans la version définitive<sup>421</sup>.

---

possibilité pour la Cour de cassation de soulever d'office l'exception n'est qu'une faculté » ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juillet 1981, n°80-11846 : « Attendu, ensuite, qu'il résulte de l'article 92, alinéa 2, du nouveau code de procédure civile, que l'incompétence *peut être* relevée d'office par une cour d'appel, lorsque l'affaire échappe à la connaissance de la juridiction française ; qu'ainsi, le moyen n'est fondé en aucune de ses branches » (c'est nous qui soulignons).

<sup>416</sup> Sur cette notion : v. V. OTHENIN-GIRARD, « Quelques observations sur le for de nécessité en droit international privé suisse », *Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht*, 1999. 251 ; L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, PUAM, 2004 ; V. RETORNAZ, B. VOLDERS, « Le for de nécessité : tableau comparatif et évolutif », *Rev. crit. DIP* 2008, p. 225.

<sup>417</sup> Article 7 - Forum necessitatis

« Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 3, 4, 5 et 6, les juridictions d'un État membre peuvent, dans des cas exceptionnels, connaître du litige si une procédure ne peut raisonnablement être introduite ou conduite, ou se révèle impossible dans un État tiers avec lequel le litige a un lien étroit.

Le litige doit présenter un lien suffisant avec l'État membre de la juridiction saisie ».

<sup>418</sup> Article 11 - Forum necessitatis

« Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu d'autres dispositions du présent règlement, les juridictions d'un État membre peuvent, dans des cas exceptionnels, statuer sur la succession si une procédure ne peut raisonnablement être introduite ou conduite, ou se révèle impossible dans un État tiers avec lequel l'affaire a un lien étroit.

L'affaire doit présenter un lien suffisant avec l'État membre dont relève la juridiction saisie ».

<sup>419</sup> Article 7 - Forum necessitatis

« Lorsqu'aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 3, 4, 5 ou 6, les juridictions d'un État membre peuvent, à titre exceptionnel et à condition que l'affaire présente un lien suffisant avec cet État membre, statuer sur le régime matrimonial si une procédure se révèle impossible ou ne peut raisonnablement être introduite ou poursuivie dans un État tiers ».

<sup>420</sup> Article 7 - Forum necessitatis

« Lorsqu'aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 3, 4, 5 ou 6, ou que la juridiction a décliné sa compétence, les juridictions d'un État membre peuvent, à titre exceptionnel et à condition que l'affaire présente un lien suffisant avec cet État membre, statuer sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés si une procédure se révèle impossible ou ne peut raisonnablement être introduite ou poursuivie dans un État tiers. »

<sup>421</sup> Article 26 de la Proposition de refonte du Règlement Bruxelles I

Évidemment, la nature de la question suscite une hésitation : s'agit-il d'une question d'applicabilité ou faut-il y voir un chef de compétence directe permissif à l'égard du juge ? En réalité, l'introduction de ce mécanisme semble manifester l'existence à la fois d'une règle édictant un chef de compétence permissif et d'une règle permissive relative à l'applicabilité des règles de compétence<sup>422</sup>. Néanmoins, dans le cadre de ces développements, seule l'existence de cette dernière sera vérifiée en prenant pour exemple l'article 7 du Règlement Aliments<sup>423</sup>.

Comme ce Règlement a vocation à se substituer au droit commun des États Membre, les difficultés liées à son applicabilité se trouvent sensiblement réduites. En effet, dès lors que le litige entre dans le champ matériel du Règlement, celui-ci s'applique et si aucune juridiction d'un État membre n'est compétente et que le juge décide de mettre en œuvre ce mécanisme dérogatoire, c'est bien en application des dispositions du Règlement. Néanmoins, la mise en œuvre de ce for de nécessité aura pour conséquence de rendre les autres dispositions du Règlement applicables, notamment au stade de la reconnaissance et de l'exécution des décisions. Par conséquent, un litige qui, d'après le jeu « normal » du Règlement, aurait dû en être exclu va se trouver réintégré dans le champ de celui-ci. Ce qui nous incite à voir dans ce type de mécanisme une forme d'entrée dans le Règlement pour laquelle le juge dispose d'une certaine marge d'appréciation : il s'agit bien pour le juge d'une règle permissive d'applicabilité d'un système de compétence.

Dans le droit international privé d'origine nationale, les tribunaux français ont pu également accepter, à titre exceptionnel, d'exercer leur compétence alors même que le litige ne relevait d'aucune règle de compétence juridictionnelle internationale, afin d'éviter un déni de justice. Ce mécanisme fut notamment utilisé pour remédier au principe d'incompétence des tribunaux français dans les litiges entre étrangers<sup>424</sup>. Cette institution est généralement perçue comme offrant une

---

« 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 :

- a) si une procédure ne peut raisonnablement être introduite ou conduite, ou se révèle impossible dans un État tiers avec lequel le litige a un lien étroit ; ou
- b) lorsque la décision rendue dans un 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 ».

<sup>422</sup> L'existence de la seconde se répercute sur celle de la première, si bien qu'il est difficile de distinguer les deux. En effet, le juge peut disposer d'une règle permissive l'autorisant à appliquer le Règlement dans un cas où il n'aurait pas été applicable et, pour se reconnaître compétent, il va mettre en œuvre un chef de compétence permissif.

<sup>423</sup> Sur la question de savoir si la consécration de ce mécanisme peut également être analysée comme une règle conférant au juge un chef de compétence permissif : v. nos propos *infra* n°198 et 201.

<sup>424</sup> V. en ce sens : B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, n°417, p. 374. Depuis l'arrêt Patiño du 21 juin 1948 (*Rev. crit. DIP* 1949, p. 557, note FRANCESKAKIS) qui a définitivement abandonné le principe d'incompétence entre étrangers, cette utilisation est néanmoins devenue sans objet.



certaine liberté au juge dans l'appréciation de sa compétence, mais le for de nécessité est plutôt décrit comme un chef de compétence permissif<sup>425</sup>. Néanmoins, comme en matière de droit international privé européen, dans la mesure où l'acceptation par le juge français de sa compétence emporte application de l'ensemble des règles de compétence internationale, il est également permis de voir dans ce mécanisme une règle permissive au stade de l'applicabilité des règles de compétence<sup>426</sup>.

~

**157.** En se proposant d'identifier les normes permissives relatives à l'applicabilité, il s'agissait de se demander si les parties et/ou le juge disposaient dans certains cas d'une marge de liberté pour décider de la vocation d'un ensemble de normes (les règles de compétence internationale de droit commun, un Règlement européen...) à régir une situation donnée. L'existence d'une règle permissive au stade de l'applicabilité des systèmes de compétence constitue en effet un enjeu important puisqu'elle peut, par exemple, permettre aux parties de court-circuiter l'application de certaines règles de compétence directe en écartant, en amont, l'application des instruments qui les contiennent, ou au juge de rendre applicables certaines règles de compétence qui ne l'étaient pas *a priori*. S'agissant des règles s'adressant aux parties, il a ainsi été montré que la règle qui les autorisait à recourir à l'arbitrage pouvait s'analyser en une règle permissive au stade de l'applicabilité et qu'elle leur permettait ainsi d'écarter les règles de compétence directe issues du Règlement Bruxelles I. Au contraire, s'agissant des règles s'adressant au juge, l'existence de règles permissives à son profit est le plus souvent exclue même si certaines difficultés liées à la délimitation du champ d'application de certains instruments ont pu laisser penser le contraire. Une fois étudié l'applicabilité impérative ou permissive des systèmes de compétence dans leur ensemble, il s'agit à présent de s'interroger sur l'existence de règles permissives au niveau des règles de compétence juridictionnelle elles-mêmes.

---

<sup>425</sup> V. notamment en ce sens : P. LAGARDE, « Le principe de proximité », *RCADI* 1986-I, t. 196, p. 9, spéc. n°133, p. 137, qui remarque qu'« un autre exemple de compétence laissée à l'appréciation du juge est fourni par les fors dits de nécessité. Lorsque le demandeur ne peut trouver un juge à l'étranger et qu'il n'existe pas dans le pays du for de juge formellement compétent pour connaître de son action, les tribunaux du for pourront quand même se reconnaître compétents pour éviter un déni de justice, mais à la condition qu'il existe tout de même un certain lien de rattachement entre la cause et le pays du for ». Et v. nos propos *infra* n°198.

<sup>426</sup> À rapprocher de nos propos *infra* n°198 relatifs à l'arrêt, Soc., 10 mai 2006, n°03-46593, *Eoux Monkarim c/ Isopébi*, *JCP* 2006, II 10121, note S. BOLLÉE ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 856, note PATAUT et HAMMJE ; *RDC* 2006, p. 1260, note DEUMIER, *JDI* 2007, p. 531, note J.-M. JACQUET ; *D.* 2006, p. 1400, note P. GUIOMARD.



**SECTION II**  
**LES NORMES PERMISSIVES RELATIVES À**  
**LA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE INTERNATIONALE**

**158.** Les règles de compétence juridictionnelle internationale déterminent l'aptitude des tribunaux du for à connaître des litiges présentant un élément d'extranéité. Elles s'adressent au juge en délimitant le champ de sa compétence, mais également aux justiciables en leur indiquant les juridictions qu'ils peuvent ou doivent saisir. Les règles interviennent donc à un double niveau. D'une part, elles répondent à la question : quel juge peut-on ou doit-on saisir ? Elles visent ici à guider les parties dans le choix d'un juge compétent. D'autre part, elles permettront au juge saisi de vérifier concrètement sa compétence. Elles lui sont alors directement adressées et lui laissent une plus ou moins grande marge de manœuvre. Par conséquent, ces règles peuvent être appréhendées sous deux angles différents étant donné qu'elles sont contemplées par les justiciables puis par le juge qui dispose parfois d'une certaine latitude quant à l'admission de sa propre compétence. Dans certains cas, les règles s'adressent essentiellement aux individus et la tâche du juge se limitera à la vérification du bon usage de la règle par les parties qui doivent saisir le « bon » juge ou un des juges appropriés ; ces règles devront être étudiées sous l'angle des parties. Au contraire, certaines règles s'adressent plus spécialement au juge dans la mesure où il dispose d'un pouvoir propre. Il s'agit donc d'identifier, au sein des différents types de règles de compétence, les normes permissives à l'égard des parties (§I), puis à l'égard du juge (§II).

**§I – Les normes permissives à l'égard des parties**

**159.** Les règles permissives sont celles qui octroient à une ou plusieurs parties une faculté de faire ou de ne pas faire quelque chose. Cette définition peut néanmoins désigner deux types de règles : soit la faculté s'adresse aux deux – ou plusieurs – parties et leur offre la possibilité de conclure un accord pour en user ; soit la faculté s'adresse à une seule partie qui décide alors de manière unilatérale d'en user ou non. Si la première forme de règle correspond à l'archétype même de la règle permissive en matière de compétence, il est nécessaire de vérifier si la seconde entre bien dans cette catégorie et, dans l'affirmative, quelles en sont les principales figures. Le travail d'identification des règles véritablement permissives, conduira, une fois celles-ci cernées, à en cerner la morphologie. Nous étudierons dans un premier temps les règles qui octroient une faculté aux deux parties (A), puis celles qui n'octroient une faculté qu'à l'une des parties (B).

## A – Les règles qui octroient une faculté aux deux parties

**160. Les règles autorisant les clauses d'élection de for ou la figure classique des règles permissives.** Une fois écartées les règles autorisant les parties à recourir à l'arbitrage<sup>427</sup>, l'archétype même de la règle permissive en matière de règle de compétence est celle qui autorise la clause attributive de juridiction ou clause d'élection de for. Cette clause est un acte par lequel les parties vont attribuer une compétence à un tribunal spécifique ou plus généralement aux tribunaux d'un État. Traditionnellement, on enseigne que son originalité vient de ce que le tribunal élu se voit reconnaître une compétence dont il est en principe dépourvu<sup>428</sup> ; l'objet de la clause serait précisément de lui conférer cette compétence. En réalité, ces clauses contribuent parfois plus modestement à désigner par avance un tribunal choisi parmi une liste de tribunaux *a priori* compétents<sup>429</sup>.

**161.** Si la clause en elle-même est une figure connue, l'objet de notre étude est la règle qui l'autorise car, pour produire un effet attributif ou électif, encore faut-il qu'une règle préalable pose le principe de son admission et encadre plus ou moins ses modalités<sup>430</sup>. L'intérêt porté à cette règle soulève la délicate question de son origine car la règle française qui autorise ce type de clause en matière internationale

---

<sup>427</sup> Il a été dit dans le paragraphe précédent que la règle permissive autorisant les parties à recourir à l'arbitrage intervenait au stade de l'applicabilité des systèmes normatifs de compétence (v. *supra* n°123 et s.).

<sup>428</sup> Sur les débats terminologiques en la matière : v. C. ARRUE-MONTENEGRO, *Autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions en droits français et panaméen*, préf. B. ANCEL, LGDJ, tome 531, 2011, n°33, p. 17 ; B. AUDIT, « Observations sur la convention de La Haye du 30 juin 2005 relative aux accords d'élection de for », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, p. 170, spéc. p. 173.

<sup>429</sup> Derrière ces deux cas de figure, un auteur a récemment mis en évidence deux types de conventions distinctes : les conventions d'élection de for « attributives de juridiction » et celles « non attributives de juridiction » (V. sur cette distinction opérée entre les conventions d'élection de for attributives et non attributives de juridiction : V. HEUZÉ, « Faut-il confondre les clauses d'élection de for avec les conventions d'arbitrage dans les rapports internationaux ? », *Mélanges en l'honneur du Professeur P. MAYER*, LGDJ, 2015, p. 295. Lorsqu'il s'agit d'englober les deux types de clauses, l'auteur préfère donc parler « d'élection de for », même s'il dénonce « l'injustifiable efficacité » des conventions d'élection de for attributives de juridiction, puisqu'il n'y a, selon lui, aucune raison d'accepter que des parties puissent, de par leurs seules volontés, attribuer « pouvoir de juger » à un juge qui en serait sinon dépourvu. Le juge devrait dans ce cas être assimilé à un arbitre, dont la mission est de nature contractuelle pour V. HEUZÉ (V. en ce sens : « Une variété de transaction : la convention d'arbitrage », *Rev. arb.* 2015, p.1 et s.)). Pour l'auteur, les premières présenteraient cette spécificité qu'elles prétendraient « attribuer au juge qu'elle désigne un pouvoir – le « pouvoir juridictionnel » – qu'il ne tient pas de l'État qui l'a institué ». La clause ne viendrait donc pas conférer une compétence au juge mais, plus radicalement, lui attribuer un « pouvoir de juger ». Néanmoins, quoique la distinction nous semble très pertinente, elle ne sera pas intégrée à ce stade de notre étude étant donné que le droit positif ne consacre jamais une telle dichotomie (quant aux implications de cette distinction, v. article préc.).

<sup>430</sup> M.- L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE rappellent ainsi sans la nommer l'exigence d'une règle permissive : « Il est donc indispensable pour que la clause produise de tels effets de poser *une règle préalable* qui admette la licéité d'un tel accord de volonté et qui en fixe les limites » (c'est nous qui soulignons), *Droit international privé*, 4<sup>ème</sup> éd., *op. cit.*, v. n°417, p. 311.

va par exemple permettre à des parties françaises de choisir un tribunal non français. Or il se peut que le tribunal élu ne retienne pas la même règle permissive et donc la même solution... La règle permissive émanant de la loi française pourra constater l'effet négatif de la clause – « écarter la compétence normale du tribunal exclu » –, mais seule la loi du for élu pourra constater son effet positif – « étendre celle du tribunal élu »<sup>431</sup>. D'où l'importance de l'identification de l'origine de la règle.

**162.** On en trouve des illustrations à travers le droit commun français dégagé par la jurisprudence – auquel s'est substituée la Convention de La Haye sur les conventions d'élection de for<sup>432</sup> (ci-après « la Convention de La Haye ») – et dans le droit européen à travers certains Règlements (Règlements Bruxelles I<sup>433</sup> dans ses deux versions, Règlement Aliments<sup>434</sup> et Règlement Successions<sup>435</sup> ainsi que dans la proposition de Règlement en matière de régimes matrimoniaux<sup>436</sup>). Ces règles qui permettent aux parties de se mettre d'accord sur le choix d'un tribunal entrent bien

<sup>431</sup> Dans ce sens M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *ibid.*

<sup>432</sup> Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les conventions d'élection de for. La décision 2014/887/UE relative à l'approbation, par l'Union européenne, de ladite convention a été publiée le 10 décembre 2014 au Journal officiel de l'Union européenne et l'instrument d'approbation a ensuite été déposé le 11 juin 2015. La convention est entrée en vigueur le 1 octobre 2015. Sur cette convention : v. 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 ; C. KESSEDJIAN, « La convention de La Haye du 30 juin 2005 », *JDI* 2006, p. 813 ; M. DOGAUCHI, T. C. HARTLEY, *Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, Rapport explicatif*, 20<sup>e</sup> session de la Conférence de La Haye de droit international privé (disponible sur internet : [www.hcch.net](http://www.hcch.net)) ; R. A. BRAND, P. M. HERRUP, *The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements, Commentary and Documents*, Cambridge University Press, 2008 ; B. AUDIT, « Observations sur la Convention de La Haye du 30 juin 2005 relative aux accords d'élection de for », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 171 ; M. ATTAL, « Union européenne et convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for : vers un droit communautaire de source non communautaire », *D.* 2009, p. 2379. À propos de l'entrée en vigueur de la Convention, Monsieur V. HEUZÉ a pu observer que l'existence de la règle permissive telle que consacrée dans la Convention de La Haye avait pour effet de rendre bon nombres de règles de compétence internationale supplétives : « Mais parce qu'elle n'est pas sujette à des ratifications partielles, elle n'a pas été conçue comme ayant pour objet de seulement uniformiser le régime des clauses d'élection de for dérogeant aux règles de « compétence » auxquelles les États contractants estiment devoir attribuer un caractère facultatif : c'est « la compétence internationale », entendue comme un bloc homogène, qu'elle a voulu envisager pour en faire elle-même une « matière » à la discrétion des parties. Bien plus, dans les pays de l'Union européenne, les institutions de celle-ci ont eu la prétention, en vertu d'une analyse identique, de priver ses membres du pouvoir de se prononcer sur le caractère impératif ou facultatif de leurs propres règles de « compétence » : c'est l'UE qui a négocié et conclu la Convention, et c'est à elle qu'elle s'est à elle-même attribué le pouvoir de la ratifier » (v. « Faut-il confondre les clauses d'élection de for avec les conventions d'arbitrage dans les rapports internationaux ? », art. préc.).

<sup>433</sup> V. article 23 du règlement n°44/2001 dit « Bruxelles I » ; article 25 du règlement n°1215/2012 parfois nommé « Bruxelles I bis ».

<sup>434</sup> V. article 4 du Règlement (CE) n°4/2009.

<sup>435</sup> V. article 6 du Règlement (UE) n° 650/2012.

<sup>436</sup> Proposition de Règlement du Conseil du 16 mars 2011 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, COM(2011) 126/2.

dans la catégorie des règles permissives : elles octroient une faculté de choix aux parties qui sont libres d'en user ou non. Dans la négative, il suffit de se reporter aux règles supplétives de compétence. Ces règles permissives, quelle qu'en soit l'origine, viennent toujours préciser plusieurs éléments de leur mise en œuvre. Elles sont en effet construites à partir de trois caractères différents : la règle permissive a un champ d'application déterminé dans lequel pourra s'exercer la faculté, elle encadre l'exercice même de cette faculté et enfin elle détermine l'objet plus ou moins large de la faculté.

## 1) Le domaine matériel de la faculté

**163.** Tout d'abord, la règle précise son champ d'application. Lorsque la règle est contenue dans un instrument particulier – l'on pense principalement aux Règlements européens –, son champ d'application est conditionné par celui de l'instrument qui la contient. L'article 23 du Règlement Bruxelles I<sup>437</sup> et l'article 4 du

---

### 437 Article 23 (Règlement Bruxelles I)

« 1. Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État membre sont compétents. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties. Cette convention attributive de juridiction est conclue :

- a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, ou
  - b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, ou
  - c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée.
2. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite.
3. Lorsqu'une telle convention est conclue par des parties dont aucune n'a son domicile sur le territoire d'un État membre, les tribunaux des autres États membres ne peuvent connaître du différend tant que le tribunal ou les tribunaux désignés n'ont pas décliné leur compétence.
4. Le tribunal ou les tribunaux d'un État membre auxquels l'acte constitutif d'un trust attribue compétence sont exclusivement compétents pour connaître d'une action contre un fondateur, un trustee ou un bénéficiaire d'un trust, s'il s'agit des relations entre ces personnes ou de leurs droits ou obligations dans le cadre du trust;
5. Les conventions attributives de juridiction ainsi que les stipulations similaires d'actes constitutifs de trust sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 13, 17 et 21 ou si les tribunaux à la compétence desquels elles dérogent sont exclusivement compétents en vertu de l'article 22. »

### Article 25 (Règlement Bruxelles I dans sa version refondue ou « Bruxelles I bis »)

« 1. Si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes, sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet État membre. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties. La convention attributive de juridiction est conclue:

- a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite;
  - b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles; ou
  - c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties ont connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée.
2. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite.

Règlement Aliments<sup>438</sup> en sont de bonnes illustrations. Les règles énoncées par ces articles sont toutes les deux subordonnées à l'applicabilité desdits Règlements : la règle énoncée à l'article 23 du Règlement Bruxelles I n'aura vocation à s'appliquer qu'autant que le litige se rattache à la matière civile et commerciale et remplit les conditions d'applicabilité générale du Règlement. À l'identique, la faculté octroyée par l'article 4 du Règlement « Aliments » ne concerne que les actions relatives à des obligations alimentaires découlant de relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance. Il s'agit d'une première circonscription du domaine de la règle. Aussi, dès lors que la règle permissive sera insérée dans un instrument délimitant avec précision son domaine d'application, le champ d'application de celle-ci devrait du même coup être limité, tant par les aspects qu'il entend appréhender que par ceux qu'il entend exclure. Cette première délimitation n'est toutefois pas systématique car la règle permissive peut également venir du droit commun interne, comme c'est le cas en droit français où elle a été posée par la jurisprudence<sup>439</sup>. Dans ce cas, il appartient à la règle elle-même de déterminer son champ d'application.

---

3. Les juridictions d'un État membre auxquelles l'acte constitutif d'un trust attribue compétence sont exclusivement compétentes pour connaître d'une action contre un fondateur, un trustee ou un bénéficiaire d'un trust, s'il s'agit des relations entre ces personnes ou de leurs droits ou obligations dans le cadre du trust.

4. Les conventions attributives de juridiction ainsi que les stipulations similaires d'actes constitutifs de trust sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 15, 19 ou 23 ou si les juridictions à la compétence desquelles elles dérogent sont exclusivement compétentes en vertu de l'article 24.

5. Une convention attributive de juridiction faisant partie d'un contrat est considérée comme un accord distinct des autres clauses du contrat.

La validité de la convention attributive de juridiction ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable. »

<sup>438</sup> Article 4 (Règlement « Aliments »)

« Élection de for

1. Les parties peuvent convenir que la juridiction ou les juridictions ci-après d'un État membre sont compétentes pour régler les différends en matière d'obligations alimentaires nés ou à naître entre elles:

a) une juridiction ou les juridictions d'un État membre dans lequel l'une des parties a sa résidence habituelle;

b) une juridiction ou les juridictions de l'État membre dont l'une des parties a la nationalité;

c) en ce qui concerne les obligations alimentaires entre époux ou ex-époux:

i) la juridiction compétente pour connaître de leurs différends en matière matrimoniale, ou

ii) une juridiction ou les juridictions de l'État membre qui a été celui de leur dernière résidence habituelle commune pendant au moins un an.

Les conditions visées aux points a), b) ou c) doivent être réunies au moment de la conclusion de la convention relative à l'élection de for ou au moment de l'introduction de l'instance.

La compétence attribuée par convention est exclusive, sauf si les parties en disposent autrement.

2. Une convention relative à l'élection de for est conclue par écrit. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite.

3. Le présent article n'est pas applicable dans un litige portant sur une obligation alimentaire à l'égard d'un enfant de moins de dix-huit ans.

4. Si les parties sont convenues d'attribuer une compétence exclusive à une juridiction ou aux juridictions d'un État partie à la convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (1), signée le 30 octobre 2007 à Lugano (ci-après dénommée « la convention de Lugano »), dès lors que celui-ci n'est pas un État membre, ladite convention s'applique sauf en ce qui concerne les litiges visés au paragraphe 3. »

<sup>439</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 déc. 1985, *CSEE c/ Sté Sorelec*, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 537, note H. GAUDEMET-TALLON, *D.* 1986, IR 265, obs. B. AUDIT, *Grands arrêts*, n° 72.

**164.** Outre une délimitation indirecte, la règle peut circonscrire son propre champ d'application : soit parce qu'étant une règle de droit commun ayant vocation à régir toute situation, les conditions de son application doivent être précisées ; soit parce qu'elle délimite son domaine de manière plus stricte que celui de l'instrument qui la contient.

Un critère récurrent des règles autorisant le choix de juridiction est l'exigence du caractère international du litige. En droit interne, la formulation de la règle permissive vient directement de la jurisprudence. Le principe de licéité des clauses d'élection de for émane de l'arrêt *Cie de signaux et entreprises électriques c. Soc. Sorelec*<sup>440</sup> qui énonce par ailleurs les caractères de la règle, y compris le domaine de la faculté. Il n'est pas alors question de son domaine matériel, mais seulement de son domaine spatial : la règle est cantonnée aux hypothèses « où il s'agit d'un litige international »<sup>441</sup>. Si le droit commun et la Convention de La Haye énoncent clairement cette condition, elle n'est pas moins pertinente en droit européen<sup>442</sup>.

Mais ces règles définissent souvent leur champ d'application de manière négative, c'est-à-dire par voie d'exclusions expresses. Par exemple, la règle permissive de l'article 23 du Règlement Bruxelles I ne s'applique pas en matière de contrats conclus par des consommateurs, de contrats individuels de travail et de contrats d'assurance<sup>443</sup>. Cette délimitation du champ d'application est évidemment impérative : outre l'exigence d'une question relevant de la matière civile ou commerciale (circonscription indirecte), la clause projetée ne doit pas porter sur une des matières exclues par la règle (circonscription directe). Les mêmes exigences se rencontrent dans la Convention de La Haye qui n'appréhende que les accords conclus en matière civile et commerciale et prévoit également une liste –

---

<sup>440</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 déc. 1985, *préc.*

<sup>441</sup> *Ibid.*

<sup>442</sup> V. L'article 1 de la Convention de la Haye qui limite son application, et *a fortiori* le domaine d'application de la règle permissive, « aux situations internationales » ; pour le Règlement Bruxelles I : v. nos propos *supra* n°144, note de bas de page n°390 où il est mentionné que, malgré l'absence de toute référence textuelle à cette condition, doctrine et jurisprudence en réclament de manière quasi unanime la satisfaction. Sur cette question : v. Com., 23 sept. 2014, n° 12-26585 et Com., 23 sept. 2014, n°12-26585, *Sté Compass Group Holdings*, *Gaz. Pal.*, 10 mars 2015, n° 69, p. 18, obs. M. NIOCHE. Contra. v. G. A. L. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun (Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, *Bibl. dr. inter. priv.*, vol. 13, Dalloz, 1972, n° 207 et s. L'auteur considérait que l'article 17 de la Convention pouvait viser des rapports purement internes. Sur cette problématique, v. P. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, th. dacty., Paris X, 2000, consultable en ligne [www.glose.org](http://www.glose.org).

<sup>443</sup> L'article 23.5 énonce que :

« Les conventions attributives de juridiction ainsi que les stipulations similaires d'actes constitutifs de trust sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 13, 17 et 21 ou si les tribunaux à la compétence desquels elles dérogent sont exclusivement compétents en vertu de l'article 22. »

Il est permis de regretter cette formulation qui gagnerait en clarté à exclure dès les premières dispositions de l'article que celui-ci ne s'applique pas dans les matières régies par les articles 13, 17 et 21. On peine à saisir l'intérêt de la formulation « sont sans effet si (...) » alors qu'il existe des articles traitant spécialement des clauses attributives de juridiction dans ces matières.



relativement dense – d'exclusions<sup>444</sup>. Pareillement, l'article 4 du Règlement « Aliments » précise que la règle *n'est pas applicable dans un litige portant sur une obligation alimentaire à l'égard d'un enfant de moins de dix-huit ans*. Dans toutes ces hypothèses, il est clair que la règle permissive exclut de son champ d'application les parties réputées *a priori* faibles : les salariés, les consommateurs, les mineurs.

**165.** Néanmoins, si le champ d'application de ces règles permissives paraît encadré, ses contours demeurent parfois incertains. Lorsque certains domaines peuvent être expressément visés et d'autres exclus, le droit international privé commun limite ce champ d'application par une référence au caractère impératif des autres compétences. Le domaine de la règle permissive s'arrête là où commence celui de la règle impérative. L'arrêt *Cie de signaux* n'admet la validité des clauses attributives de juridiction qu'à condition qu'elles ne fassent pas « échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française<sup>445</sup> », ce qui sous-entend une connaissance – et *a fortiori* une identification préalable – de ces compétences impératives. Malheureusement – ou heureusement si l'on est partisan d'une grande souplesse dans la délimitation du champ d'application de la règle permissive –, il n'existe aucune liste de ces compétences. Si certaines paraissent incontestables (règles de compétence en matière de droit réel immobilier, de succession immobilière, de voie d'exécution<sup>446</sup>) l'hésitation est permise sur certaines d'entre elles. Par ailleurs, il faut évidemment approuver l'idée que la détermination de ces compétences impératives ne doit pas être calquée sur l'impérativité interne<sup>447</sup>. La question des clauses attributives de juridictions en matière de contrat de travail en fournit une illustration.

**166. Le cas des clauses attributives de juridictions en matière de contrat de travail.** Les hésitations de la Cour de cassation concernant l'admissibilité de telles clauses insérées dans un contrat de travail proviennent directement de ce que la règle permissive en la matière est trop peu précisée<sup>448</sup>. *Quid* en effet du caractère

<sup>444</sup> V. les articles 1 et 2 de la Convention de La Haye, sur les limitations : v. L. USUNIER, « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for. Beaucoup de bruit pour rien ? », art. préc.

<sup>445</sup> L. USUNIER, « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for. Beaucoup de bruit pour rien ? », art. préc., note n°7.

<sup>446</sup> V. dans ce sens : G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, M.-L. NIBOYET, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., 2013, n°420, p. 312.

<sup>447</sup> A. SINAY-CYTERMANN, *L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale*, Th. dactyl. Strasbourg, 1980, p. 89, qui écrit que « l'impérativité internationale ne doit pas être la reproduction de l'impérativité interne mais répondre à des justifications propres ».

<sup>448</sup> La jurisprudence a toujours été particulièrement incertaine sur ce point, même si une chambre mixte s'était pourtant prononcée sur la question dans un arrêt du 28 juin 1974 (*Rev. crit. DIP* 1975, p. 110, note P. LAGARDE ; *JDI* 1975, p. 82, note D. HOLLEAUX) en retenant une solution médiane puisque si une clause attributive de juridiction pouvait faire échec aux privilèges de juridiction, un tel effet était refusé à

internationalement impératif de la compétence territoriale des juridictions françaises en matière de contrat de travail ? Le code du travail prévoit dans son article R1412-1 que le tribunal compétent est « 1. Soit celui dans le ressort duquel est situé l'établissement où est accompli le travail ; 2. Soit, lorsque le travail est accompli à domicile ou en dehors de toute entreprise ou établissement, celui dans le ressort duquel est situé le domicile du salarié » et que « le salarié peut également saisir les conseils de prud'hommes du lieu où l'engagement a été contracté ou celui du lieu où l'employeur est établi »<sup>449</sup>, étant précisé que toute clause dérogeant à ces règles de compétence est réputée non écrite<sup>450</sup>. Si le caractère impératif de la compétence est expressément affirmé en droit interne, rien n'indiquait que cette qualification dût l'emporter en droit international. Profitant de ce silence, la Cour d'appel de Paris avait ainsi eu l'audace, le 11 décembre 2008<sup>451</sup>, de définir le champ

---

l'égard des règles de compétence posées par l'article R. 517-1. Suite à la modification de cet article par un décret du 12 septembre 1974 ajoutant des chefs objectifs de compétence au profit du salarié, le décryptage de la jurisprudence fut encore difficile. Illustrant cette jurisprudence hésitante, v. notamment : Soc. 8 juillet 1985, n°84-40284 (arrêt publié au bulletin), *Rev. crit. DIP* 1986, p. 113, note H. GAUDEMET-TALLON : « dès lors que ce contrat de travail revêtait le caractère d'un contrat international, il s'ensuivait que les parties avaient pu valablement déroger aux règles de l'article R. 517-1 du code du travail et que celles-ci avaient pu renoncer au bénéfice des articles 14 et 15 du Code civil », en l'espèce le contrat s'exécutait en Colombie ; Soc., 7 mai 1987, n° 84-42986 (Publié au bulletin), *Rev. crit. DIP* 1988, p. 78, note H. GAUDEMET-TALLON : « Ayant relevé que le travail du salarié avait été effectué en dehors de tout établissement, la cour d'appel a exactement déduit, toute clause qui directement ou indirectement déroge aux dispositions des trois premiers alinéas de l'article R. 517-1 du Code du travail étant réputée non écrite, que le conseil de prud'hommes du domicile de M. X... était compétent » en l'espèce le pourvoi invoquait une exécution au Niger tandis que la Cour de cassation retient que le travail a été effectué en dehors de tout établissement ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juin 1987, n°85-11940 (Non publié au bulletin) ), *Rev. crit. DIP* 1988, p. 78, note H. GAUDEMET-TALLON : « Attendu cependant que les pilotes exerçaient exclusivement leur activité sur des appareils ayant la nationalité ivoirienne en vertu de la convention de Chicago du 7 décembre 1944, ce dont il résultait qu'ils n'exécutaient pas leur contrat de travail en France ; qu'il s'ensuit que les litiges relatifs à cette exécution n'étaient pas soumis aux dispositions des lois françaises de compétence interne et que les parties avaient pu valablement convenir de la compétence de la juridiction du lieu de l'emploi » ; Soc. 30 janvier 1991, n° 87-42086 (Publié au bulletin) : « Mais attendu, d'une part, que la cour d'appel n'a pas fait dépendre la compétence juridictionnelle de la loi applicable au contrat de travail, mais s'est bornée à relever son caractère international ; que, d'autre part, en l'état de ses constatations, elle a pu décider que la clause attributive de compétence, incluse dans un contrat conclu entre le salarié français et une société étrangère pour être exécuté à l'étranger, et désignant expressément les juridictions de Kinshasa, était valide, qu'elle excluait l'application de l'article R. 517-1 du Code du travail, et qu'elle emportait renonciation de M. X... au bénéfice des dispositions de l'article 14 du Code civil ; que le moyen n'est donc fondé en aucune de ses branches » ; Soc. 21 janvier 2004, *Rev. crit. DIP*, p. 645, note F. JAULT-SESEKE : « Mais attendu que la cour d'appel, qui a constaté que les parties avaient convenu, par la note au personnel approuvée par la salariée lors de son transfert sur la base de Roissy, que le contrat de travail qui les liait et qui s'exécutait aux Etats-Unis restait régi par la loi américaine même après le changement d'affectation, en sorte que la clause attributive de compétence prévue par ladite note, qui n'était pas contraire à la conception française de l'ordre public international, était opposable à l'intéressée, a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision ». Sur cette question v. notamment P. MAYER, « Les clauses relatives à la compétence insérées dans les contrats de travail », in *Mélanges dédiés à D. Holleaux*, Litec, 1990, p. 263 ; A. SINAY-CYTERMANN, « La protection de la partie faible en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, p. 737 ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, n°936, p. 465.

<sup>449</sup> Article R. 1412-1 créé par le décret n°2008-244 du 7 mars 2008 - art. (V) qui parle en réalité de « conseil » compétent.

<sup>450</sup> Article R. 1412-4 créé par le décret n°2008-244 du 7 mars 2008 - art. (V) : « Toute clause d'un contrat qui déroge directement ou indirectement aux dispositions de l'article R. 1412-1, relatives aux règles de compétence territoriale des conseils de prud'hommes, est réputée non écrite ».

<sup>451</sup> CA Paris - CH. 22 C - 07/01970 - 11 décembre 2008.

d'application de la règle permissive en énonçant que « par exception aux principes posés par les articles 14 du Code civil, 48 du code de procédure civile et L. 1221-5 du code du travail, les clauses prorogant la compétence internationale sont licites et doivent être respectées *dès lors qu'elles ne concernent pas l'état des personnes, ne font pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française, sont invoquées dans un contrat international et que le pays désigné a un lien sérieux avec le litige* » (c'est nous qui soulignons). Elle avait ensuite considéré, s'agissant de la condition d'absence de contrariété à une compétence impérative, que l'article R. 1412-1 attribuant compétence au conseil des prud'hommes dans le ressort duquel le salarié travaille n'était pas d'ordre public au motif que « le texte autoris(ait) le salarié à saisir d'autres juridictions parmi lesquelles, celle du lieu d'engagement ou de l'établissement de l'employeur ». La Cour de cassation avait sanctionné cette position en affirmant dans un arrêt du 29 septembre 2010 qu' « une clause attributive de compétence incluse dans un contrat de travail international ne peut faire échec aux dispositions impératives de l'article R. 1412-1 du code du travail applicables dans l'ordre international »<sup>452</sup>. Par cet arrêt, on aurait pu croire que la Cour de cassation entendait mettre fin à de longues années d'hésitations jurisprudentielles sur la question. Néanmoins, si le caractère internationalement impératif des règles de compétence en la matière semble affirmé, la portée réelle du domaine de la règle permissive est encore douteuse<sup>453</sup>. Certains auteurs proposent toutefois d'interpréter cette jurisprudence en distinguant « selon l'intensité des liens qu'entretient la France avec le contrat de travail<sup>454</sup> » : dès lors que celui-ci serait exécuté en France, la règle permissive serait exclue mais serait applicable si le contrat est au contraire exécuté à l'étranger.

Une autre solution eût été que le champ d'application de la règle permissive soit encadré par la règle impérative d'un droit spécial, en l'occurrence le droit du travail, c'est-à-dire en retenant un critère matériel et non spatial. En effet, la Cour de cassation aurait pu décider de proclamer le caractère internationalement impératif de l'article L. 1221-5 qui prohibe de telles clauses dans les contrats de travail<sup>455</sup>. Elle aurait ainsi exclu expressément la règle autorisant le choix de la juridiction en droit

---

<sup>452</sup> Soc. 29 sept. 2010, *D.* 2010, p. 2370 ; *RDT* 2011. 271, obs. F. JAULT-SESEKE ; *LPA* 2011, obs. J. GUILLAUMÉ ; *JDI* 2011, p. 134, note J. BURDA ; « La paralysie des clauses attributives de juridiction insérées dans les contrats de travail en droit commun des conflits de juridictions », *Gaz. Pal.*, 11 août 2011, n°223, p. 5, Ph. GUEZ ; *RDC* 2011, p. 565, obs. P. DEUMIER.

<sup>453</sup> Sur le constat de commentaires contradictoires de la décision précitée : v. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, note 2, p. 467.

<sup>454</sup> *Ibid.*

<sup>455</sup> Article L. 1221-5 « Toute clause attributive de juridiction incluse dans un contrat de travail est nulle et de nul effet ».

du travail<sup>456</sup>. La délimitation du champ d'application de la règle dans le droit commun est donc essentielle et mériterait d'être clairement affirmée<sup>457</sup>.

<sup>456</sup> Sur les enjeux de cette question : v. C. ARRUE MONTENEGRO, *Autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions en droits français et panaméen*, préf. B. ANCEL, LGDJ, tome 531, 2011, n°304, p. 173.

<sup>457</sup> Il est également permis de se demander si la règle permissive existe ou non en matière délictuelle. Certes, il pourra être rétorqué que, par définition, la question ne se posera que rarement dans ce domaine étant donné qu'il est peu fréquent qu'une clause ne soit conclue avant la survenue du fait générateur du dommage. Néanmoins, une clause attributive de juridiction est envisageable dans certaines hypothèses spécifiques : cas d'une usine située à proximité de la frontière dont l'activité serait potentiellement dangereuse qui conclurait une telle clause avec les riverains en cas de dommages causés par son activité ou encore de personnes en relations d'affaires établies en cas de dommage intervenant dans le cadre de ces relations, quelle que soit l'origine contractuelle ou délictuelle du dommage. Dans cette dernière hypothèse, il arrive en effet que des parties qui ont des relations commerciales établies prévoient une telle clause et que, suite à la rupture de ces relations, l'une d'entre elles intente une action pour rupture brutale d'une relation commerciale établie fondée sur l'article L. 442-6 du Code de Commerce. La question a ainsi pu se poser de savoir si une telle clause devait recevoir application ou non. Néanmoins, le débat s'est alors souvent cristallisé autour de l'interprétation de l'objet de la clause contractuelle qui ne pouvait viser, pour certains, qu'un litige contractuel. Comment faut-il par exemple interpréter une clause qui énonce que « La juridiction de l'État x aura compétence pour connaître de tous les litiges nés du présent contrat » ? Il est en effet fréquent que les clauses soient rédigées de la sorte et qu'elles suscitent un doute quant au fait qu'elles englobent les litiges qui ne sont pas directement liés à l'exécution du contrat, ce qui explique que le débat se reporte alors sur l'interprétation de l'objet de la clause. La question ainsi posée conduit ainsi à éluder la question de la validité des clauses attributives de juridiction pour ne s'interroger que sur la nature délictuelle ou contractuelle d'une action fondée sur l'article L. 442-6 du code de commerce. Sur cette qualification, et quoique la doctrine ait pu pointer certaines incohérences de la jurisprudence, il semble que la Cour de cassation retienne une qualification délictuelle (V. en ce sens à propos de l'action en rupture des relations commerciales établies en droit interne : Com. 6 févr. 2007, n° 04-13178, D. 2007, AJ. 653, obs. E. CHEVRIER ; et Pan. 1688, obs. A. BALLOT-LENA, E. CLAUDEL, B. THULLIER et F.-X. TRAIN ; RTD civ. 2007. 343, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RDC 2007. 731, obs. J.-S. BORGHETTI, JCP 2007. II. 10108, note F. MARMOZ ; en droit international : Com., 13 décembre 2011, n°11-12024 : « Vu l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce, ensemble l'article 5, paragraphe 3, de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 ; Attendu que le fait, pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels, engage la responsabilité délictuelle de son auteur », c'est nous qui soulignons). Un arrêt du 6 mars 2007 avait pu néanmoins faire douter de cette qualification en matière internationale (v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2007, n°06-10946, D. 2007, AJ. 951, obs. E. CHEVRIER ; RTD com. 2008, p. 210 note Ph. DELEBECQUE et aussi : C. NOURISSAT, « Rupture brutale d'une relation commerciale établie : du curieux effet du franchissement d'une frontière sur la nature de l'action », *RLDA*, septembre 2007, p. 67) puisque la Cour de cassation, en se retranchant derrière le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, avait décidé que « après avoir souverainement relevé, sans dénaturation, que la clause attributive de juridiction, figurant dans la confirmation de commande et les factures de la société Blaser qui avait été acceptée par la société Frankonia, s'appliquait à tout litige découlant de la rupture des relations contractuelles entre les parties, la cour d'appel a exactement décidé que cette clause jugée valable au regard de l'article 23 du Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 (Bruxelles I) donnait compétence exclusive à la juridiction de l'Etat contractant désigné ». Certains commentateurs avaient alors pu lire dans cette approbation des juges du fond, d'avoir donné effet à la clause, la reconnaissance du caractère contractuel de l'action, ce qui nous empêcherait une fois encore de nous prononcer sur l'existence d'une règle permissive en matière délictuelle. Pourtant, cet arrêt n'affirme selon nous rien de tel : il se contente de dire que, d'après l'interprétation qui a été faite de la clause, la rupture des relations commerciales devait être considérée comme entrant effectivement dans l'objet de la clause. Les arrêts ultérieurs confirmant le caractère délictuel de cette action nous confortent dans cette interprétation (v. Com., 13 décembre 2011, n°11-12024, préc.) qu'en définitive, la nature de l'action importait peu dès lors que le litige entrait bien dans l'objet de la clause (V. en ce sens les observations de D. BUREAU et H. MUIR WATT (*Rev. Crit. DIP* 2009, p. 1) et F. JAULT-SESEKE (*D.* 2009, p. 200) à propos de l'arrêt du 22 octobre 2008). Par conséquent, l'éviction de la clause attributive dans le cas de la reconnaissance d'un fondement délictuel ne signifie pas que ces clauses sont interdites pour ce type de rapport mais seulement qu'elles ne peuvent trouver à s'appliquer en raison du libellé de la clause elle-même qui vise souvent les litiges *découlant de l'exécution du contrat*. C'est donc bien parce que ces clauses n'appréhendent pas ce type d'action qu'elles sont

**167. Domaine de la règle et domaine de la faculté : le problème des accords exclusifs. Dispersion de la règle permissive dans des instruments distincts.**

On a vu que lorsque l'on s'intéressait au domaine d'une règle permissive, il s'agissait d'identifier les circonstances dans lesquelles cette faculté de s'accorder sur le choix d'un tribunal était possible : quelles sont les personnes qui peuvent effectuer ce choix ? Pour quels types de litiges ? Bien que l'on ait pu parler alors du domaine de la règle permissive, ce sont en réalité des considérations relatives au domaine de la faculté. Si la distinction entre le domaine de la faculté et le domaine de la règle permissive n'est pas évidente à saisir, c'est parce que les deux sont le plus souvent identiques. Le champ d'application de la règle permissive se confond alors avec le domaine de la faculté, comme dans le Règlement Bruxelles I. Néanmoins, il arrive que tel ne soit pas le cas et que, alors qu'une situation entre dans le domaine de la faculté de la règle permissive – par exemple si deux professionnels souhaitent désigner une juridiction étatique à l'occasion d'un contrat de distribution –, elle n'entre pas dans le champ d'application de la règle permissive. En effet, la Convention de La Haye de 2005, dont l'objet est précisément de définir une règle permissive en matière de compétence directe, nous précise dans son article premier au premier paragraphe que « la Convention s'applique, dans des situations internationales, aux accords *exclusifs* d'élection de for conclus en matière civile ou commerciale » (c'est nous qui soulignons). Si l'on comprend aisément que la règle – et donc la faculté – est réservée à des situations internationales, dans des matières civiles ou commerciales, la référence à un accord *exclusif* d'élection de for est moins justifiée. Contrairement aux deux autres prescriptions, il s'agit ici de délimiter le champ d'application de la règle permissive : seuls les accords exclusifs seront concernés par cette règle. Par conséquent, elle ne régirait pas les accords désignant le tribunal de commerce de Londres *ou* de Paris. Néanmoins, cela ne signifie nullement que ces accords sont exclus de la règle permissive générale en matière de compétence directe. Ces accords ne sont simplement pas régis par la règle permissive de la Convention de La Haye et il appartiendra à une autre règle – le plus

---

évincées et non parce que la règle permissive exclut ces questions de son champ d'application. (v. dans ce sens : Com. 20 mars 2012, n°11-11570, *Journal des Sociétés*, 2013, n°110, p. 25, note E. FLAICHER-MANEVAL, A. REYGROBELLET ; CCC août 2012, comm. 208 : « l'arrêt relève encore que cette clause, qui attribue compétence aux juridictions allemandes pour tous les litiges découlant des relations contractuelles, est suffisamment large et compréhensive pour s'appliquer à ceux découlant de faits de rupture brutale partielle des relations commerciales établies entre les parties, peu important à cet égard la nature délictuelle ou contractuelle de la responsabilité encourue [...] qu'en l'état de ces constatations et appréciations dont il ressort que la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à la recherche inopérante, visée par la troisième branche et a procédé à celle visée par la septième branche, a, sans violer le principe de la contradiction ni qualifier de contractuelle l'action en réparation des effets d'une rupture brutale, souverainement interprété la portée de la clause attributive de compétence et, en caractérisant exactement le lieu de rattachement entre les mesures demandées et les droits en cause, à bon droit appliqué cette clause tant à la demande relative à la rupture brutale des relations commerciales qu'à celles tendant à faire cesser les pratiques de parasitisme ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches »).

souvent l'article 23 du Règlement Bruxelles I – de venir l'encadrer. Il est cependant évident que l'absence de coïncidence du domaine de la faculté avec le domaine de la règle n'est pas judicieuse. La règle permissive existe mais son régime est éclaté dans des instruments normatifs différents ce qui rend son application malheureusement complexe<sup>458</sup>, puisque le domaine de la faculté est constitué par la réunion des domaines des différentes règles permissives qui consacrent cette faculté.

## 2) Les modalités d'exercice de la faculté – formelles et temporelles

**168.** Lorsqu'une faculté de faire est octroyée, encore faut-il savoir comment et quand celle-ci pourra s'exprimer. Il faut en effet s'assurer que les parties se sont effectivement accordées sur l'utilisation de celle-ci. C'est pourquoi les règles permissives encadrent les conditions particulières d'exercice de la permission, qu'il s'agisse de la prescription de certaines formes ou du moment plus ou moins strictement déterminé de cette acceptation. L'encadrement de la permission se veut par principe impératif : si des modalités sont prescrites afin de s'assurer de la volonté réelle des parties d'user de la faculté, il est nécessaire qu'elles ne puissent s'y soustraire<sup>459</sup>. Néanmoins, si certaines se retrouvent fréquemment dans ces règles –

---

<sup>458</sup> V. pour une critique de cette limitation : L. USUNIER, « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for. Beaucoup de bruit pour rien ? », art. préc.

<sup>459</sup> Ainsi, une telle question a pu se poser lorsque des parties, sans convenir expressément d'une clause attributive de juridiction, ont convenu du lieu d'exécution du contrat dans le but de déterminer un for compétent et alors même que ce lieu ne présenterait pas de lien véritable avec le contrat. Dans un arrêt du 20 février 1997 (CJCE, *Mainschiffahrts-Genossenschaft Eg c/ Les Gravières Rhénanes*, Rec. I, p. 913, concl. G. TESAURO ; *Rev. crit. DIP* 1997, p. 663, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1997, p. 625, obs. A. HUET ; *Europe* 1997, n° 130, obs. L. IDOT), la Cour de justice a ainsi dû se prononcer sur cette possibilité de contournement des prescriptions formelles édictées en matière d'exercice de la faculté de choix, en l'occurrence celles de l'article 17 de la Convention de Bruxelles. En l'espèce, une lettre de confirmation commerciale avait été envoyée à l'une des sociétés dans laquelle était insérée la mention pré-imprimée « Le lieu d'exécution et celui du for auquel toute compétence est attribuée est Wuerzburg ». Si le *Bundesgerichtshof* saisi du litige reconnaissait la validité d'une telle convention sur le lieu d'exécution au regard du droit allemand, applicable en l'espèce, il exprimait « des doutes quant à la validité de telles conventions "abstraites" au regard de la convention [de Bruxelles] dans la mesure où elles comportent un risque d'abus, c'est-à-dire un détournement des règles de forme de l'article 17 ». Saisie de deux questions préjudicielles, la Cour de justice a alors eu l'occasion de réaffirmer (pt. 14) que « les dispositions de l'article 17 de la convention (...) sont d'interprétation stricte quant aux conditions y fixées », en se référant à sa jurisprudence antérieure *Estasis Salotti et Segoura* (CJCE, 14 décembre 1976, C-24/76, Rec. p. 1831, point 7 et C-25/76, Rec. p. 1851, point 6). Elle en a par la suite déduit que « si les parties sont libres de convenir d'un lieu d'exécution des obligations contractuelles différent de celui qui serait déterminé en vertu de la loi applicable au contrat, sans être tenues de respecter des conditions de forme particulières, elles ne sauraient pour autant, au regard du système établi par la convention, fixer, dans le seul but de déterminer un for compétent, un lieu d'exécution ne présentant aucun lien effectif avec la réalité du contrat et auquel les obligations découlant du contrat ne pourraient pas être exécutées suivant les termes de celui-ci » (pt. 31). Par conséquent, elle a pu considérer que « la fixation d'un lieu d'exécution ne présentant aucun rapport effectif avec l'objet réel du contrat devient fictive et a comme seul objectif la détermination d'un lieu du for. Or, une telle convention attributive de juridiction est régie par l'article 17 de la convention et est ainsi soumise à des conditions de forme précises » (pt. 33). La convention de Bruxelles devait donc être interprétée « en ce sens qu'un accord verbal sur le lieu d'exécution, qui vise non pas à déterminer l'endroit où le débiteur devra exécuter effectivement la prestation qui lui incombe, mais exclusivement à établir un lieu de for déterminé, n'est pas régi par l'article 5, point 1, de la convention, mais

comme l'exigence d'un écrit, papier ou électronique –, elles diffèrent selon la règle en cause.

**169.** En droit interne, l'article 48 du Code de procédure civile prévoit à cet égard que la clause doit avoir « été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ». S'il est avéré que la jurisprudence *Sorelec* a exclu de la prohibition de l'article 48 les clauses prorogant la compétence internationale<sup>460</sup>, les termes de l'arrêt ne permettent pas de trancher de manière certaine le point de savoir si la prescription formelle relative à une « spécification très apparente » de la clause devait également être exclue en matière internationale ou au contraire maintenue. Rien n'indique expressément que l'article 48 ne s'applique pas du tout dans les litiges internationaux et il n'est pas évident que la Cour ait voulu supprimer toute exigence formelle, exigence qui a d'ailleurs existé de la première version de l'article 23 du Règlement Bruxelles I<sup>461</sup> à l'actuelle convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for. Certains auteurs sont toutefois favorables à l'exclusion pure et simple de cette exigence qui devrait se limiter aux clauses conclues dans l'ordre interne entre commerçants et proposent de se contenter d'une acceptation certaine – même tacite<sup>462</sup>. La Cour de cassation a parfois conforté cette position en se contentant de vérifier que les clauses sont conformes aux usages internationaux<sup>463</sup>, tandis qu'elle se réfère régulièrement en matière interne à leur

---

par l'article 17 de celle-ci et n'est valide que lorsque les conditions y énoncées sont respectées ». Comme dans la Convention, les articles 23 et 25 des Règlements Bruxelles I et Bruxelles I révisé imposent donc des prescriptions formelles impératives.

<sup>460</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 déc. 1985, *CSEE c/Sté Sorelec*, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 537, note H. GAUDEMET-TALLON, *D.* 1986, IR 265, obs. B. AUDIT, *Grands arrêts, op. cit.*, n° 72.

<sup>461</sup> C'est-à-dire l'article 17 de la Convention de Bruxelles qui exigeait dans sa première mouture une convention écrite – du moins verbale mais confirmée par écrit. v. Décret n° 73-63 du 13 janvier 1973 portant publication de la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée à Bruxelles le 27 septembre 1968, article 17 « Si, *par une convention écrite ou par une convention verbale confirmée par écrit*, les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un Etat contractant, ont désigné un tribunal ou les tribunaux d'un Etat contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet Etat sont seuls compétents » (c'est nous qui soulignons). La référence aux usages du commerce international n'a été ajoutée qu'en 1978 et celle relative aux formes que les parties ont établies entre elles qu'en 1989. Quant à l'article 25 du Règlement n°1215/2012, il conserve des prescriptions identiques à celles de l'article 23 du Règlement Bruxelles I.

<sup>462</sup> En ce sens : v. H. GAUDEMET-TALLON, v° « Compétence civile et commerciale », *Rép. Internat. Dalloz*, août 2007, n°100. Certains se contentent de proposer une adaptation de la règle : v. P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, 11<sup>e</sup> éd., spéc. n° 314. Si ces auteurs attestent de l'importance de la prescription de l'article 48 qui protège une partie contre les possibles manœuvres de l'autre, ils reconnaissent qu'elle « nécessite une adaptation dans le sens de la souplesse » dans les litiges internationaux afin de tenir compte des usages du commerce international et d'aligner le droit commun sur l'article 23 du Règlement. Pour un arrêt dans ce sens, v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 févr. 2010, n° 08-12.749, *D.* 2010, p. 588, obs. X. DELPECH ; *RTD. com.* 2010. 460, obs. P. DELEBECQUE et spécialement l'interprétation de N. JOUBERT, « De l'opposabilité d'une clause attributive de juridiction insérée dans un contrat d'adhésion relatif au contrôle aérien », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 525.

<sup>463</sup> V. par exemple Civ. 1, 25 novembre 1986, *Rev. Crit. DIP* 1987, p. 396, note H. GAUDEMET-TALLON qui observe que les juges, après avoir rappelé l'attendu de principe de l'arrêt *Sorelec*, se contentent de ce que la

aspect formel à travers les « conditions matérielles de présentation de la clause »<sup>464</sup> pour satisfaire l'exigence d'une spécification très apparente. Si les impératifs du commerce international pourraient justifier une telle adaptation, la jurisprudence demeure relativement incertaine, n'ayant jamais tranché la question. Ainsi, si certains arrêts s'attachent à la seule conformité aux usages internationaux, d'autres continuent de faire référence à une spécification « très apparente » de la clause<sup>465</sup>. La différence est évidemment perceptible puisque, alors que dans un cas la clause pourrait être considérée comme acceptée de façon certaine s'il est manifeste que les parties entretenaient des relations d'affaires continues, elle ne pourrait pas l'être dès lors que la clause n'apparaît pas expressément sur le contrat. Par conséquent, si certains regrettaient déjà il y a quelques années le manque de lisibilité de la jurisprudence sur ce point<sup>466</sup>, il est avéré que la situation ne s'est guère améliorée<sup>467</sup>.

---

cour d'appel avait constaté que la clause était conforme « aux usages des transports maritimes internationaux » ; ce dont elle déduit que « les exigences contenues dans l'article 48 Nouv. c. pr. civ., en particulier la nécessité que la clause "ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée" n'ont pas à entrer en ligne de compte et que seule importe ici la conformité aux usages internationaux ».

<sup>464</sup> V. par exemple : Com., 10 novembre 2009, n° 08-15127 : « Mais attendu que l'arrêt relève que la clause litigieuse est insérée de façon suffisamment apparente dans les conditions générales d'achat et de vente dactylographiées en petits caractères ; qu'ayant ainsi indiqué en quoi cette clause satisfaisait à l'exigence de l'article 48 du code de procédure civile eu égard aux conditions matérielles de sa présentation, compte tenu de la typographie du texte dans lequel elle s'insère, la cour d'appel a légalement justifié sa décision » ; Com., 18 septembre 2007, n° 05-21395 « Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans indiquer en quoi la clause litigieuse figurant sur les bons de livraison et sur les factures dont la société Benthor avait été destinataire ne satisfaisait pas aux exigences du texte susvisé eu égard aux conditions matérielles de sa présentation, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

<sup>465</sup> Com. 30 janvier 1990, n° pourvoi 88-10466, « Attendu, d'autre part, qu'ayant constaté que la clause attributive de compétence, qui était imprimée de façon très lisible, ne pouvait manquer d'attirer l'attention de la société Verbano, la cour d'appel a souverainement considéré *qu'elle était spécifiée de façon très apparente au sens de l'article 48 du nouveau Code de procédure civile* » (c'est nous qui soulignons).

<sup>466</sup> V. A. HUET, « Relations habituelles d'affaires et acceptation tacite d'une clause attributive de juridiction », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, 2001, Bruylant, p. 501 et s.

<sup>467</sup> Sur l'opposabilité de la clause, v. aussi : Com. 21 février 2012, n°11-16156, *Rev. crit. DIP* 2012, p. 630, note D. BUREAU ; *D.* 2013, p.1503, note F. JAULT-SESEKE : « Mais attendu qu'après avoir estimé dans l'exercice de son pouvoir souverain que la société SDV LI étant un acteur important du secteur du transport, elle organise pour ses clients des transports internationaux et conclut des contrats dans lesquels il est d'usage que ses partenaires commerciaux étrangers fassent figurer des clauses attributives de compétence, l'arrêt relève que la société Qatar navigation a présenté un devis sur lequel il est stipulé que les termes et conditions applicables sont ceux des conditions générales de Qatar navigation dont copie était disponible sur demande ; que l'arrêt constate encore que le contrat fait directement référence à ces conditions générales qui contiennent la clause attributive de compétence laquelle est expressément et clairement stipulée ; qu'il relève enfin que la société SDV LI, qui a mis près de trois mois à réception du devis pour le signer, ne prétend pas qu'il ne lui a pas été possible, contrairement aux stipulations contractuelles, de prendre connaissance des conditions générales en cause ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a, sans inverser la charge de la preuve, pu déduire que la clause attributive de juridiction contenue dans les conditions générales auxquelles renvoie le contrat était opposable à la société SDV IL » ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 février 2012, n°11-27967, *D.* 2013, p. 2293, note L. D'AVOUT, p. 1503, note F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 725, note D. BUREAU ; *RTD com.* 2013, p. 324, note B. BOULOC.



Un arrêt du 17 février 2010<sup>468</sup> a néanmoins pu apporter un certain éclairage sur cette question. En l'espèce, la Cour de cassation avait eu à se prononcer sur l'opposabilité d'une clause attributive de juridiction au regard de deux fondements juridiques différents. En effet, la convention contenant la clause litigieuse liait une société chargée de la sécurité de la navigation aérienne en Afrique et à Madagascar avec des compagnies aériennes, l'une congolaise et l'autre belge. Ces deux sociétés ont été assignées devant le tribunal de commerce de Paris dont elles contestaient la compétence en raison de l'inopposabilité de la clause, l'une sur le fondement de l'article 48 du Code de procédure civile et l'autre sur le fondement de l'article 23 du Règlement Bruxelles I. Outre l'apport de l'arrêt sur les conditions d'admission d'une acceptation tacite dans le cadre de relations d'affaires anciennes, son intérêt réside surtout dans la formulation d'une réponse unique aux deux pourvois dont les fondements juridiques étaient pourtant distincts, semblant ainsi aligner le régime de la clause en droit international privé commun et en droit européen<sup>469</sup>. La Cour de cassation répond en effet que « compte tenu de l'ancienneté de leurs relations d'affaires avec la société de contrôle aérien, les deux sociétés ne pouvaient soutenir ignorer la clause attributive de juridiction, reproduite sur chacune des factures » et que la Cour d'appel avait donc « pu en déduire, par une décision motivée et *sans encourir les griefs de violation des articles 48 du code de procédure civile et 23 du règlement CE du 22 décembre 2000*, que la clause était opposable aux deux sociétés et que le tribunal de commerce de Paris était compétent »<sup>470</sup>. Cette lecture permettrait du moins d'aligner les régimes en retenant des modalités identiques, ce que l'on ne peut qu'approuver.

**170.** Néanmoins, cette unification ne suffit pas à lever toutes les difficultés liées à ces questions car les modalités de l'article 23, bien qu'expressément énoncées au paragraphe premier n'en sont pas moins relativement vagues<sup>471</sup>, spécialement pour les points 1b) et 1c). En effet, les références à « une forme conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles »<sup>472</sup> ou aux « usages du commerce

---

<sup>468</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 févr. 2010, n° 08-12.749 et n° 08-15024, *D.* 2010, p. 588, obs. X. DELPECH ; *RTD. com.* 2010. 460, obs. P. DELEBECQUE, *Rev. Crit. DIP* 2010, p. 525, note N. JOUBERT.

<sup>469</sup> V. pour une interprétation dans ce sens : N. JOUBERT, « De l'opposabilité d'une clause attributive de juridiction insérée dans un contrat d'adhésion relatif au contrôle aérien », art. préc., spéc. n°22 et s. Cet alignement n'était d'ailleurs pas évident notamment car un arrêt du 23 janvier 2008 (Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 2008, n° 06-21898, *D.* 2008, AJ. 490) avait exprimé très clairement que dans le cadre d'un litige communautaire, il fallait expressément se référer aux conditions de l'article 23 et non à celles de l'article 48 laissant ainsi planer le doute sur la question de savoir si le fait que le litige ne soit pas communautaire aurait permis au pourvoi de faire valoir l'argument selon lequel la clause ne ressortait pas d'une spécification très apparente.

<sup>470</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 févr. 2010, n° 08-12749 et n° 08-15024, préc.

<sup>471</sup> V. en ce sens H. GAUDEMET-TALLON, , *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4<sup>ème</sup> éd., *op. cit.*, n°146 : « La formule retenue reste toutefois bien vague et risque de donner lieu à des difficultés de preuve ».

<sup>472</sup> Cette possibilité a été ajoutée par la Convention d'adhésion de 1989 à la lumière de l'article 9-1 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises et de la jurisprudence *Tilly Russ* (CJCE, 19 juin 1984, aff.71/83) de la Cour de justice qui avait assoupli l'exigence formelle de l'article 17 dans le cas de « rapports commerciaux courants » existant entre les parties (V., sur

international » ont fait l'objet d'une jurisprudence abondante dont la systématisation est difficile. Bien que la doctrine tente régulièrement de dégager certaines règles, aidée par certaines prescriptions de la Cour de justice, l'étude de la jurisprudence de la Cour de cassation révèle une approche essentiellement casuistique. Il est d'ailleurs notable que si les pourvois mentionnent expressément les points 1b) ou 1c) des articles 17 et 23, la Cour de cassation ne prend souvent pas la peine de préciser le fondement précis et se contente de viser l'article 17-1 ou 23-1. Elle s'en tient le plus fréquemment aux seules prescriptions de la Cour de justice qui énonçait déjà, à propos de la version originale de l'article 17, que « les formes exigées par l'article 17 ont pour fonction d'assurer que le consentement entre parties soit effectivement établi »<sup>473</sup>, objectif qui a toujours été réaffirmé par la Cour de justice malgré les assouplissements formels<sup>474</sup>. C'est en définitive à la réalité de l'acceptation de la clause que la Cour s'attache, qu'elle soit expresse ou tacite. Et si une telle acceptation s'avère nécessaire, elle est le plus souvent suffisante. Nécessaire car peu importe à la Cour l'existence de relations d'affaires antérieures<sup>475</sup> ou d'un autre contrat lié (un contrat cadre par rapport à des contrats d'application<sup>476</sup>) dès lors qu'il n'y a pas eu véritablement d'acceptation ; suffisante car lorsqu'elle a eu lieu, peu importe que ce ne soit pas conformément aux habitudes des parties<sup>477</sup> ou que ce ne

---

cette évolution, H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5<sup>ème</sup> éd., *op. cit.*, n° 144).

<sup>473</sup> CJCE, 14 déc. 1976, *Estasis Salotti c/ Rueva*, aff. 24/76, Rec. 1831, concl. F. CAPOTORTI ; *Rev. crit. DIP* 1977, p. 576, note E. MEZGER ; *JDI* 1977, p. 734, obs. J.-M. BISCHOFF ; *D.* 1977. IR 349, obs. B. AUDIT ; CJCE, 14 déc. 1976, *Segoura c/ Rahim Bonakdarian*, aff. 25/76, Rec. 1976 p. 1851.

<sup>474</sup> V. pour s'en convaincre les deux arrêts plus récents de la Cour de justice qui le rappellent clairement : CJCE, 9 novembre 2000, *Coreck Maritime*, C-387/98, (point 14) « Toutefois, si l'article 17 de la convention a pour objectif de protéger la volonté des intéressés, il doit être interprété de façon à respecter cette volonté dès lors qu'elle est établie. L'article 17 se fonde en effet sur la reconnaissance de l'autonomie de la volonté des parties en matière d'attribution de compétence aux juridictions appelées à connaître de litiges relevant du champ d'application de la convention, autres que ceux qui sont expressément exceptés en vertu de son quatrième alinéa » ; CJCE, 20 février 1997, *Les Gravières Rhénanes*, C-106/95, Rec. 1997 p. I-00911 (point 17) « Cet assouplissement introduit à l'article 17 par la convention d'adhésion de 1978 ne signifie pourtant pas qu'un accord de volontés entre les parties sur une clause de prorogation de compétence ne devrait pas nécessairement exister, la réalité du consentement des intéressés étant toujours l'un des objectifs de cette disposition. En effet, il convient de protéger la partie contractante la plus faible en évitant que des clauses attributives de juridiction, insérées dans un contrat par une seule partie, ne passent inaperçues ».

<sup>475</sup> Com., 18 janvier 2011, n° 10-11885, *D.* 2011, p. 366, obs. X. DELPECH, *RTD Com.* 2011 p. 406, obs. B. BOULOC. Dans cet arrêt, si le pourvoi fait expressément référence « aux habitudes établies entre les parties », la Cour le rejette au motif – suffisant – que la cour d'appel n'avait pas constaté d'acceptation préalable de la clause, même si elle ne conteste pas l'existence de relations d'affaires suivies entre les parties.

<sup>476</sup> Com., 3 octobre 2000, n° 97-14433. Dans cet arrêt, si la clause a bien été connue et acceptée pour des contrats d'application, rien n'indiquait qu'elle avait été connue et acceptée pour le contrat cadre.

<sup>477</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 novembre 2010, n° 09-12131, *D.* 2010, p. 2933, note T. CLAY. La Cour vise expressément l'article 23-1-a mais uniquement pour rappeler qu'en présence d'un écrit, peu importe que la forme de la clause adoptée ne soit pas conforme aux habitudes des parties dès lors qu'elle a été acceptée par écrit.

soit pas dans la bonne langue<sup>478</sup> ou qu'elle n'apparaisse pas dans un contrat global<sup>479</sup>.

Par conséquent, il est permis de douter du réel progrès effectué par la modification de l'article 17 et de l'assouplissement de ses conditions afin de mieux répondre aux impératifs du commerce international. L'insécurité engendrée par cette appréciation casuistique est tout aussi préjudiciable aux impératifs du monde des affaires que des prescriptions formelles trop rigides. Pourtant, le Règlement Bruxelles I dans sa version refondue n'a apporté aucune modification sur ce point, ce que l'on peut regretter d'autant que la Convention de la Haye, au contraire, revient à une formulation très proche de celle qui était initialement retenue dans la Convention de Bruxelles<sup>480</sup>.

Mais, en définitive, ce qu'il convient de déplorer avant tout est l'absence d'unification du régime de ce type de règles permissives. D'un point de vue matériel, elles ont en effet vocation à s'appliquer dans les mêmes types de litige, l'arbitrage se faisant en fonction du lieu de résidence des parties<sup>481</sup>. Une telle disparité des modalités d'exercice de la règle se justifie difficilement et est donc source d'un abondant contentieux. Aussi, tandis que les règles permissives en matière civile et commerciale sont moins encadrées par souci de souplesse au vu des impératifs du monde des affaires, l'absence de cadre ne conduit pas forcément à l'efficacité escomptée<sup>482</sup>.

**171.** En ce qui concerne les autres règles permissives, celles qui posent expressément l'exigence d'un écrit susciteront probablement moins de difficultés. C'est d'ailleurs ce que prévoit l'ensemble des nouveaux ou futurs instruments

---

<sup>478</sup> Com. 12 novembre 1992, n° 91-10093. Dans cet arrêt, l'acceptation écrite n'est pas remise en cause, mais le pourvoi invoque la langue employée afin de contester la compréhension de la clause, argument que la Cour écarte dès lors qu'« "est mentionné sous la signature une acceptation expresse des conditions générales comportant une clause attributive de juridiction" et que la société "ne conteste pas avoir eu communication des conditions écrites" qui comportaient au verso un article 9 ayant un titre très apparent "juridiction" ».

<sup>479</sup> Civ. 1re, 12 déc. 2006, pourvoi n° 05-21388, *D.* 2007, AJ. 221, obs. E. CHEVRIER ; *RTD Com.* 2007 p. 630, obs. P. DELEBECQUE. Dans cet arrêt, le pourvoi conteste l'existence d'un écrit puis d'une forme conforme aux usages, mais la Cour se contente de relever que la signature globale du contrat constitue un écrit suffisant à exprimer le consentement du cocontractant.

<sup>480</sup> V. l'article 3 c) de la Convention de La Haye : « un accord exclusif d'élection de for doit être conclu ou documenté : i) par écrit ; ou ii) par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement ».

<sup>481</sup> V. article 26, §6 de la Convention de La Haye qui dispose que « La présente Convention n'affecte pas l'application des règles d'une Organisation régionale d'intégration économique partie à cette Convention, que ces règles aient été adoptées avant ou après cette Convention : a) lorsque aucune des parties ne réside dans un Etat contractant qui n'est pas un Etat membre de l'Organisation régionale d'intégration économique ; b) en ce qui a trait à la reconnaissance ou l'exécution de jugements entre les Etats membres de l'Organisation régionale d'intégration économique » (c'est nous qui soulignons).

<sup>482</sup> V. sur ce point nos propos *infra* n°445 et 450.

européens qui élargissent le champ d'application de ce type de règle : l'article 4 du Règlement Aliments impose une convention conclue par écrit (voie électronique incluse) et la proposition de Règlement en matière de Régimes Matrimoniaux un accord formulé par écrit daté et signé des deux parties<sup>483</sup>.

**172.** Quant au moment de cette acceptation, les différentes versions de la réglementation se montrent plutôt souples, visant un litige né ou à naître, voire « à tout moment, y compris en cours de procédure » pour le cas particulier des régimes matrimoniaux où il s'agit de proroger la compétence d'un tribunal qui est déjà compétent en matière de divorce, séparation de corps ou d'annulation du mariage. Il faut en revanche remarquer qu'en matière contractuelle, l'encadrement de la règle est plus strict lorsque nous sommes en présence d'une partie réputée faible puisque dans certains cas, il ne permet de s'accorder sur le choix d'un tribunal que postérieurement à la naissance du différend<sup>484</sup>. Cela nous conduit à un autre caractère de la faculté à savoir la question de son objet.

### 3) L'objet de la faculté

**173.** Les parties ont la faculté de choisir un tribunal, mais encore faut-il regarder précisément quel peut être l'objet de ce choix. Le choix est-il illimité ou au contraire encadré ? Il existe deux grands types d'objet : soit l'on permet aux parties de se mettre d'accord par avance sur la juridiction à saisir parmi des juridictions qui seraient en tout état de cause compétentes – les « conventions d'élection de for non attributives »<sup>485</sup> – ; soit on leur permet de désigner une juridiction qui n'était pas *a priori* compétente. Dans ces deux hypothèses, il s'agit assurément de règles permissives, mais l'objet de la faculté est différent : accord préalable sur la juridiction dans un cas ; volonté de déroger aux règles de compétence dans l'autre. Si un objectif de prévisibilité se justifie dans un cas, il est plus discutable dans l'autre qui peut manifester, moins un souci de prévisibilité que de convenance des parties à l'égard du juge choisi, voire d'« *opt out* » ou de court-circuitage.

**174.** L'étude des principales sources sur cette question révèle cette dichotomie dans les règles permissives. Si l'article 23 du Règlement Bruxelles I, la Convention de La Haye de 2005 et le droit international privé offrent un choix quasiment illimité

---

<sup>483</sup> Proposition de Règlement du Conseil du 16 mars 2011 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, COM(2011) 126/2 ; Proposition de Règlement du Conseil du 16 mars 2011 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, COM(2011) 127/2.

<sup>484</sup> Articles 17, 21 et 13 du Règlement Bruxelles I.

<sup>485</sup> V. HEUZÉ, « Faut-il confondre les clauses d'élection de for avec les conventions d'arbitrage dans les rapports internationaux ? », *Mélanges en l'honneur du Professeur P. MAYER*, LGDJ, 2015, p. 295 et nos propos *supra* n°160, spéc. note de bas de page 429.

de juridictions (possibilité de convention d'élection de for attributive de juridiction), d'autres règles circonscrivent au contraire ce choix de manière très stricte en permettant seulement aux parties de s'accorder *a priori* sur le choix d'un tribunal compétent au regard des autres règles de compétence internationale directe (convention non attributive). C'est la figure qu'offre l'article 4 du Règlement « Aliments » : la règle permet de choisir entre les juridictions d'un État dans lequel l'une des parties a sa résidence habituelle ou dans lequel les parties ont eu une résidence habituelle commune pendant au moins un an, ou d'un État dont l'une des parties a la nationalité ou la juridiction compétente pour connaître des différends en matière matrimoniale. Il existe un éventail de choix entre des juridictions placées au même niveau. D'ailleurs, ce choix est réputé exclusif même si la règle précise elle-même que ce caractère est décidé à titre supplétif : les parties peuvent décider que ce choix ne sera pas exclusif mais dans le silence de celles-ci, il le sera.

Il arrive aussi que ce choix soit encore restreint : les propositions de Règlement du 16 mars 2011 sur les régimes matrimoniaux et les effets des partenariats enregistrés en attestent : les parties peuvent décider de proroger la compétence du tribunal qui est déjà saisi pour statuer sur le divorce ou sur une demande en dissolution ou annulation d'un partenariat enregistré. Le choix est alors particulièrement limité puisqu'il ne permet qu'une prorogation de compétence d'un tribunal déjà compétent.

Il existe enfin des règles permissives qui encadrent le choix en favorisant l'une des parties, telles que dans les contrats comportant une partie dite faible où, lorsqu'il est opéré *a priori*, le choix ne peut alors se faire qu'à la faveur de celle-ci. C'est le cas par exemple des articles 17 et 21 du Règlement Bruxelles I<sup>486</sup>. Il s'agit dans chacune de ces dispositions d'une règle permissive que l'on pourrait qualifier de *restrictive*<sup>487</sup>. Outre le moment, l'objet de la faculté est particulièrement fermé. Ces règles sont à distinguer des options unilatérales car, si elles ne sont édictées qu'en faveur de l'une des parties, il doit bien y avoir un accord entre les deux parties – la faculté s'adresse aux deux – et seul *l'objet* de la faculté présente une particularité : il ne peut que permettre à l'une d'entre elle – la partie faible – de saisir d'autres tribunaux que ceux prévus par le Règlement. La faculté ne s'exerce en principe qu'à la faveur du salarié ou du travailleur<sup>488</sup>.

---

<sup>486</sup> Devenus les articles 19 et 23 dans le Règlement Bruxelles I bis.

<sup>487</sup> H. GAUDEMET-TALLON parle à leur égard de « principe d'interdiction » même si elle reconnaît qu'elles sont exceptionnellement autorisées dans deux hypothèses, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5<sup>ème</sup> éd., 2015, n°290, p. 376.

<sup>488</sup> V. Pour une illustration de cette faveur octroyée à la partie réputée faible en matière de contrat de travail international : Soc. 10 nov. 2009, n° 09-40029. En l'espèce, le Règlement Bruxelles I n'était pas applicable – il s'agissait du droit international privé commun – mais la même idée prévaut : lorsqu'elle n'est pas dans l'intérêt du salarié qui peut seul l'invoquer, la clause ne lui est pas opposable (« *la clause de la convention de détachement invoquée par l'employeur dérogeant à cette règle ne lui (le salarié) était pas opposable, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »). V. également CJUE, 19 juillet 2012, C-154/11, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 217, note E. PATAUT où cette faveur à l'égard du salarié est pareillement exprimée.

La détermination de l'objet du choix, lorsqu'il est délimité, se fait toujours de manière impérative car il est alors précisé qu'« il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions » répondant aux différentes conditions précédemment énoncées. Seul le caractère exclusif de l'accord est supplétif<sup>489</sup>.

**175.** Rappelant ce mécanisme, un autre type de clause issue de la pratique doit être mentionné. Il s'agit des cas où la clause prévue par les parties désigne une juridiction mais réserve la possibilité à l'une des parties seulement d'attirer l'autre devant tout autre tribunal compétent<sup>490</sup>. En d'autres termes, cela signifie que l'une des parties est liée par la clause tandis que l'autre peut encore se soustraire à cette désignation. Si ce type de clause octroie alors une faculté unilatérale à l'une des parties, il ne faut pas pour autant y voir une faculté unilatérale octroyée par la règle permissive elle-même. En effet, dans ces hypothèses, il s'agit d'une faculté unilatérale qui est *conventionnellement* prévue par les parties dans le cadre d'une règle permissive bilatérale<sup>491</sup>. La question qui se pose est en réalité celle de savoir si cet objet rentre bien dans le cadre de la règle permissive : la règle consacrée par l'article 23 du Règlement permet-elle aux parties de se mettre d'accord<sup>492</sup> pour que, tout un choisissant un tribunal, une des parties puisse saisir n'importe quel tribunal compétent autre que le tribunal désigné ? La lecture de l'article 23 du Règlement Bruxelles I, comme de l'article 25 de sa version refondue, ne permet pas de répondre à cette question. En effet, seule est envisagée la possibilité que l'accord ne

---

<sup>489</sup> V. Article 4 du Règlement Aliments et article 23 du Règlement Bruxelles I.

<sup>490</sup> V. notamment Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 septembre 2012, n°11-26022, *D.* 2012, p. 2876, note D. MARTEL ; *RLDC* nov. 2012, p. 12, obs. C. LE GALLOU ; *JCP G* 2012, 1065, obs. E. CORNUT ; *Gaz. Pal.* 14 nov. 2012, n° 228, p. 7, note J.-G. MAHINGA ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 256, note D. BUREAU ; *RDC* 2013, p. 565, obs. J. KLEIN, p. 661, note J.-B. RACINE ; *JCPE* 2013, 1003, n° 9, obs. P. GRIGNON ; *RLDA* mars 2013, p. 51, obs. C. NOURISSAT ; *JCP G* 2013, 105, note L. DEGOS et D. AKCHOTI ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mars 2015, n°13.27264, *PA* 16 juin 2015, n°119, p. 8, note J.-G. MAHINGA ; « Pour une réhabilitation des clauses attributives de juridiction dissymétriques », *JCP G* 2015, n°21, 600, note L. D'AVOUT. Antérieurement, v. déjà CA Aix-en-Provence, 11 octobre 2007, 07/01534 ; CA Paris, 5 juill. 1989, *JDI* 1990, p. 151, obs. A. HUET . Dans cette hypothèse, la clause permettait à l'une des parties – le vendeur dans le cas d'un contrat de vente – de désigner « tout – en Angleterre ou ailleurs » et la Cour avait alors considéré que « cette clause aboutit à donner à une des parties un choix sans limite de la juridiction compétente et à permettre ainsi toute fraude destinée à faire obstacle ou à entraver la mise en œuvre d'une bonne administration de la justice. » v. également sur ce type de clause : J. BARBET, P. ROSHER, « Les clauses de résolution de litiges optionnelles », *Rev. arb.* 2010, p. 45, et spéc. p. 83.

<sup>491</sup> Le fondement invoqué au soutien des arrêts est d'ailleurs l'article 23 du Règlement Bruxelles I ou l'article 23 de la Convention de Lugano.

<sup>492</sup> Même si, s'agissant par exemple de contrats d'adhésion, il est en réalité fort peu probable qu'il y ait eu un accord des parties sur ce point.

soit pas un accord exclusif<sup>493</sup>, mais qu'en est-il des cas où cet accord ne le serait qu'« à moitié » – c'est-à-dire pour une des parties seulement ? Dès lors que la règle permissive ne répond pas directement à cette question, on a pu s'interroger sur l'identité de la loi dans laquelle il fallait chercher cette réponse<sup>494</sup>. Si la Cour de cassation rejette désormais la validité de ce type de clause, il est difficile de se satisfaire du fondement juridique de cette solution, puisque la Cour de cassation invalide la clause au motif de sa potestativité<sup>495</sup>. Mais il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation qu'elle apprécie également cette validité au regard de l'objectif de sécurité et de prévisibilité de la règle permissive<sup>496</sup>. La problématique est donc celle de savoir si ce type de clause remplit bien cet objectif, la Cour de justice ayant déjà eu l'occasion de préciser que devaient être écartées les clauses qui ne permettaient pas d'identifier le tribunal compétent<sup>497</sup>.

**176.** En matière de compétence, à côté des règles permissives dont la faculté s'adresse à deux parties, certaines règles peuvent prévoir que la faculté ne s'adresse qu'à une seule partie. Pour les premières, nous avons pu constater qu'il s'agissait des règles autorisant les conventions de juridiction dont la variété a été démontrée. Pour les secondes, il peut exister certaines réserves quant leur à qualification en tant que

---

<sup>493</sup> On a déjà eu l'occasion de dire que le for désigné est réputé exclusif *sauf convention contraire*, ce qui signifie que les parties peuvent y déroger.

<sup>494</sup> V. en ce sens D. BUREAU, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 256, note préc.

<sup>495</sup> V. Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 septembre 2012, n°11-26022, préc. : « Mais attendu qu'ayant relevé que la clause, aux termes de laquelle la banque se réservait le droit d'agir au domicile de Mme X ou devant « tout autre tribunal compétent », ne liait, en réalité, que Mme X... qui était seule tenue de saisir les tribunaux luxembourgeois, la cour d'appel en a exactement déduit qu'elle revêtait un caractère potestatif à l'égard de la banque, de sorte qu'elle était contraire à l'objet et à la finalité de la prorogation de compétence ouverte par l'article 23 du règlement Bruxelles I ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches » sur la critique d'un tel fondement : v. *Rev. crit. DIP* 2013, p. 256, note D. BUREAU et *RDC* 2013, p. 565, obs. J. KLEIN, p. 661 ; contra. *RDC* 2013, p. 661, note J.-B. RACINE.

<sup>496</sup> V. Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mars 2015, n°13-27264, préc. : « Attendu que, pour accueillir l'exception d'incompétence soulevée par la société Crédit suisse sur le fondement de la clause attributive de juridiction, l'arrêt, après avoir rappelé que la société ICH, laquelle faisait valoir que la rédaction de cette clause, dans un contrat d'adhésion, était particulièrement favorable à la banque, relève que le déséquilibre dénoncé, consubstantiel à une clause attributive de juridiction convenue entre deux contractants de pays différents, ne suffit pas à la rendre irrégulière au regard de la convention de Lugano ; Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si le déséquilibre dénoncé, en ce que la clause litigieuse réservait à la banque le droit d'agir contre l'emprunteur devant « tout autre tribunal compétent » et ne précisait pas sur quels éléments objectifs cette compétence alternative était fondée, *n'était pas contraire à l'objectif de prévisibilité et de sécurité juridique poursuivi par le texte susvisé*, la cour d'appel a privé sa décision de base légale » ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 octobre 2015, n°14-16898, « Mais attendu qu'ayant relevé que la clause d'élection de for imposait à la société eBizcuss d'agir devant les juridictions irlandaises tandis qu'était réservée à son cocontractant, de manière optionnelle, la faculté de saisir une autre juridiction, la cour d'appel en a exactement déduit que cette clause, qui permettait d'identifier les juridictions éventuellement amenées à se saisir d'un litige opposant les parties à l'occasion de l'exécution ou de l'interprétation du contrat, *répondait à l'impératif de prévisibilité auquel doivent satisfaire les clauses d'élection de for* ; que le moyen n'est pas fondé sur ce point » (c'est nous qui soulignons).

<sup>497</sup> CJCE, 9 nov. 2000, *Coreck Maritime*, C-387/98, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 359, note F. BERNARD-FERTIER.

règle permissive. Aussi convient-il à présent de s'intéresser à ces différents types de règles qui octroient une faculté à une seule partie.

## **B – Les règles qui octroient une faculté à une seule partie**

**177.** Les règles qui octroient une faculté à une seule partie en matière de choix de juridiction sont nombreuses. Néanmoins, elles ne répondent pas toutes à la qualification de règle permissive. Tout d'abord, il faut remarquer qu'en matière de compétence juridictionnelle, il existe *ab initio* un large choix à l'égard des parties. La partie qui est à l'origine de la saisine du juge est en théorie libre de saisir n'importe quelle juridiction. Les règles du droit international public ne déterminent pas *a priori* un cadre restreint de juridictions éligibles<sup>498</sup>. Mais l'éventail de choix est évidemment bien théorique puisqu'il appartiendra ensuite aux tribunaux saisis de vérifier leur propre compétence et l'on peut supposer qu'un tribunal qui n'aurait aucun lien avec le litige refusera très certainement d'examiner la demande qui lui est soumise. Il convient donc dès à présent d'écarter cette faculté purement théorique de choix universel<sup>499</sup>.

**178.** Reste que les autres facultés demeurent nombreuses : que ce soit sous forme d'options de compétence, d'offre de chefs de compétence alternatifs et non hiérarchisés, de faculté de comparaître volontairement devant un juge non compétent, de privilège de juridiction du demandeur... La liste est longue et révèle une réalité hétérogène sur laquelle il convient de s'arrêter car si chacune de ces règles accorde une faculté – et *a fortiori* une certaine liberté – à une partie, l'étude de leur fondement révèle des préoccupations diverses et il nous faut donc vérifier, dans chaque cas, s'il s'agit ou non d'une règle permissive. Nous traiterons ainsi des règles unilatérales élargissant le choix des juridictions éligibles (1), celles permettant la comparution volontaire du défendeur (2) et enfin celles consacrant un privilège de juridiction (3).

### **1) Les règles unilatérales élargissant le choix des juridictions éligibles**

**179. Les options de compétence.** Ce que l'on appelle communément les options de compétence correspond à la possibilité offerte à une partie dans un type de litige déterminé de saisir, outre le for de principe, un autre for censé être particulièrement adapté à la nature du litige en raison de sa proximité. On en trouve tant dans le droit international privé commun, que dans le droit européen ou

---

<sup>498</sup> V. en ce sens : P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », in *Choix d'articles de Pierre MAYER*, LGDJ, 2015, p. 21.

<sup>499</sup> V. déjà nos propos en matière d'applicabilité : *supra* n°131-132.



conventionnel. Les figures les plus connues sont probablement les options de compétence prévues en matière délictuelle ou contractuelle. Par exemple, l'article 5-1 du Règlement Bruxelles I (7-1 du Règlement Bruxelles I bis) prévoit qu'une personne peut être atraite « en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée » ou, en vertu de l'article 5-3 du Règlement Bruxelles I (7-3 du Règlement Bruxelles I bis), « en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ». La formulation n'indique bien qu'une simple faculté : il *peut* être attrait mais ne le *doit* pas forcément. S'il semble alors commode de conclure à l'existence d'une règle permissive, cette première impression doit pourtant être nuancée.

Le fait qu'une partie puisse avoir le choix dans la saisine de la juridiction qui tranchera son litige n'implique pas nécessairement l'existence d'une règle permissive, c'est-à-dire d'une permission « forte », qui aurait été expressément prévue par l'auteur de la norme. La règle qui offre au demandeur une option de compétence *est un objet* de choix, tandis que la règle permissive *a pour objet* de conférer ce choix. L'existence d'options de compétence concurremment à la compétence de principe du domicile du défendeur peut certes suggérer l'existence d'une permission « faible » de saisir, par exemple, le for du domicile du défendeur ou celui du lieu d'exécution du contrat, mais pas plus l'article 5-1 que l'article 2 ne peut, intrinsèquement, être analysé comme une règle permissive. La conjugaison de ces deux articles rend *matériellement* possible l'exercice d'un choix, en raison de la pluralité des règles entre lesquelles le justiciable peut arbitrer. Mais il se peut que cet arbitrage soit paralysé par l'exercice de la faculté de choix spécialement consacré par l'article 25 du Règlement (ex-23), exercice qui alors neutraliser l'article 5-1 comme l'article 2 qui doivent donc être analysés comme des règles supplétives.

Dans le cadre des options de compétence, il ne s'agit donc pas d'octroyer au demandeur une faculté de faire ou de ne pas faire dont il serait libre ou non d'user. Cette faculté de saisine existe en dehors de toute règle permissive, en vertu de l'existence de plusieurs règles de compétence directe qu'elles soient contenues dans le Règlement Bruxelles I ou issues de l'interprétation du Code de procédure civile. Si la partie souhaite que son litige soit tranché, elle est obligé d'agir en saisissant un juge et donc d'opérer un choix parmi les juges potentiellement compétents. Par conséquent, il ne s'agit pas d'une faculté telle qu'on l'a définie et qui correspond à l'attribut principal de la règle permissive. Les options de compétence ont pour *effet* pratique d'élargir l'éventail des juridictions pouvant être saisies, elles n'ont pas pour *objet* de consacrer une faculté de choix. D'ailleurs, il se peut que l'option de compétence se révèle théorique car le for désigné peut parfaitement ne pas être localisé sur le territoire d'un État membre et l'option de compétence s'avère dans ce cas inexistante. En réalité, il est plus judicieux de rapprocher ces options de compétence des chefs de compétence alternatifs et non hiérarchisés prévus par

certaines textes comme le Règlement Bruxelles II bis. En effet, bien qu'elles apparaissent comme des compétences « spéciales » d'après le Règlement, il n'existe pas de hiérarchie entre les articles 2 et 5. Ceux qui y voient une hiérarchie confondent l'article 2 en tant que règle de compétence juridictionnelle avec l'article 2 en tant que critère d'applicabilité du Règlement. La différence essentielle – outre évidemment la vocation générale de l'un et spéciale de l'autre – réside dans le fait que si l'on est assuré, dès lors que le Règlement est applicable, que l'article 2 permettra effectivement de désigner un tribunal qui acceptera sa compétence, rien n'indique que les compétences spéciales de l'article 5 le permettront également. Aussi convient-il de se pencher sur les chefs de compétence alternatifs non hiérarchisés.

**180. Les chefs de compétence alternatifs non hiérarchisés.** L'exemple le plus caractéristique est probablement le Règlement Bruxelles II bis, dont le modèle a été repris par le Règlement « Aliments »<sup>500</sup>. En effet, les articles 3 de ces deux Règlements prévoient plusieurs rattachements qui, contrairement au droit commun, ne sont pas hiérarchisés. Est donc proposé à celui qui prend l'initiative du procès un choix plus ou moins important de fors présentés comme fongibles<sup>501</sup>. Mais dans la même mesure que précédemment, le fait que l'on laisse au demandeur un large éventail de juridictions ne suffit pas à qualifier ces règles de permissives. Il ne s'agit pas plus ici qu'en matière d'options de compétence d'une faculté de faire *ou de ne pas faire*, puisque si le demandeur souhaite que son litige soit tranché, il devra forcément agir : il n'est pas libre d'user ou non de cette faculté sachant que le meilleur signe de l'existence d'une règle permissive est l'existence d'une règle supplétive venant palier une absence d'action. Prenons, par exemple, l'article 3 du Règlement Bruxelles II bis qui énumère un certain nombre de fors alternatifs. Cette règle doit assurément être qualifiée d'impérative car si elle concède une certaine marge de liberté – un choix parmi ces fors –, elle impose au demandeur – s'il souhaite que ce choix soit efficace – de saisir un juge parmi ceux désignés par la règle de compétence. Dans le système de Bruxelles II bis, il n'existe en effet aucune règle permettant aux parties de choisir un tribunal autre que ceux limitativement désignés. L'absence de règle permissive conduit à qualifier ce type de règle de compétence d'impérative.

---

<sup>500</sup> Article 3 :

« Sont compétentes pour statuer en matière d'obligations alimentaires dans les États membres:

a) la juridiction du lieu où le défendeur a sa résidence habituelle, ou  
 b) la juridiction du lieu où le créancier a sa résidence habituelle, ou  
 c) la juridiction qui est compétente selon la loi du for pour connaître d'une action relative à l'état des personnes lorsque la demande relative à une obligation alimentaire est accessoire à cette action, sauf si cette compétence est fondée uniquement sur la nationalité d'une des parties, ou d) la juridiction qui est compétente selon la loi du for pour connaître d'une action relative à la responsabilité parentale lorsque la demande relative à une obligation alimentaire est accessoire à cette action, sauf si cette compétence est fondée uniquement sur la nationalité d'une des parties. »

<sup>501</sup> En ce sens, v. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, tome II, n°755.

L'existence d'une certaine liberté n'est donc en rien incompatible avec l'idée d'impérativité. En l'occurrence, s'il y a bien une liberté offerte aux plaideurs, elle n'est pas de même nature que dans la règle permissive dont l'objet est de conférer une faculté de choix qui pourra parfaitement ne pas être exercée. En revanche, en ce qui concerne le Règlement en matière d'obligations alimentaires, la règle de compétence de l'article 3, qui prévoit des chefs de compétence alternatifs et non hiérarchisés, est une règle supplétive car l'article 4 de ce même Règlement est quant à lui une véritable règle permissive.

**181.** Le parallèle entre ces règles de compétence et les règles prévoyant des « options de compétence » est donc assez net. Pour les deux, il peut s'agir dans certains cas de règles impératives, dans d'autres de règles supplétives en fonction de l'existence ou non d'une règle permissive mais elles ne peuvent recevoir ce dernier qualificatif en l'absence d'une véritable faculté de faire ou ne pas faire. La faculté n'est en effet que théorique puisque ces options ou l'énumération de différents chefs ne permet pas au demandeur de s'assurer de la compétence de chacun d'entre eux. Au contraire, les règles permissives offrent la possibilité de s'en remettre à une autre juridiction, aux parties de choisir un tribunal qui, selon toute probabilité, acceptera sa compétence.

## 2) La comparution volontaire du défendeur

**182.** Les prorogations volontaires de compétence sont présentées comme pouvant revêtir deux formes distinctes : elles peuvent s'effectuer par la conclusion d'une clause attributive de juridiction mais également par la comparution volontaire du défendeur, considérée comme une prorogation *tacite* de compétence<sup>502</sup>. Cette hypothèse correspond aux situations où, alors qu'un tribunal non objectivement compétent a été saisi par le demandeur, le défendeur se présente devant lui et se défend au fond – la prorogation n'étant effective que si la comparution n'a pas pour objet de contester la compétence. Ce mécanisme est prévu par certains textes européens comme les Règlements Bruxelles I<sup>503</sup> et Bruxelles I refondu ou le

---

<sup>502</sup> V. par exemple pour l'emploi de cette terminologie H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 86 ; M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 4<sup>ème</sup> éd., op. cit., n°534 p. 375 ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, op. cit., n°180, p. 211 ; P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, op. cit., n°366 p. 258 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n°631 et s., p. 553 ; et pour une critique de cette terminologie : C. ARRUE MONTENEGRO, *Autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions en droits français et panaméen*, op. cit., n°130, p. 77.

<sup>503</sup> « Article 24

1. Outre les cas où sa compétence résulte d'autres dispositions du présent règlement, le juge d'un État membre devant lequel le défendeur comparait est compétent. Cette règle n'est pas applicable si la comparution a pour objet de contester la compétence ou s'il existe une autre juridiction exclusivement compétente en vertu de l'article 22 ».

Règlement « Aliments »<sup>504</sup>. Si leur portée n'est pas immédiatement perceptible, ces règles sont pourtant réellement permissives à l'égard du défendeur – même si la faculté n'est octroyée qu'à une seule partie – car le résultat de leur mise en œuvre conduit à donner compétence à une juridiction qui en était en principe dépourvue. On pourrait en déduire qu'il existe également une règle permissive à l'égard du demandeur qui semble libre de saisir n'importe quelle juridiction, même si elle n'est pas compétente. Néanmoins, cette hypothèse correspond davantage à ce que l'on a appelé précédemment une *permission faible*<sup>505</sup> : il n'est en effet pas interdit aux justiciables de saisir des tribunaux qu'ils sauraient pourtant être dépourvus de compétence objective. Cependant, l'effet de cette saisine est aléatoire : son efficacité dépend d'une part du tribunal qui n'acceptera sa compétence que dans le respect des compétences exclusives concurrentes des autres États et, d'autre part, du défendeur dont il faudra qu'il accepte cette dérogation en comparaisant. Il s'agit donc moins d'une règle permissive au sens que nous lui avons donné que d'une simple faculté pouvant éventuellement produire un effet juridique. Ce mécanisme est donc comparable à un accord tacite entre le demandeur et le défendeur de déroger, une fois le litige né, aux règles normales de compétence – voire de renoncer à l'effet d'une clause attributive de juridiction. La faculté n'appartient qu'à une seule partie car c'est la comparution éventuelle du défendeur sur le fond qui va être déterminante. En saisissant une juridiction qui n'est *a priori* pas compétente, le demandeur ne fait qu'une offre d'élection de for que le défendeur a la faculté discrétionnaire d'accepter en comparaisant devant le tribunal saisi ou de refuser en ne comparaisant pas ou en se contentant de soulever une exception d'incompétence<sup>506</sup>.

**183. Domaine, modalités et objets des règles permissives. Règlements Bruxelles I et Bruxelles I refondu.** L'exemple de l'article 24 du Règlement Bruxelles I illustre donc une figure particulière de règle permissive. Contrairement à l'article 23<sup>507</sup> et alors qu'ils appartiennent tous les deux à la section traitant de la

---

<sup>504</sup> « Article 5 - Compétence fondée sur la comparution du défendeur

Outre les cas où sa compétence résulte d'autres dispositions du présent règlement, la juridiction d'un État membre devant laquelle le défendeur comparait est compétente. Cette règle n'est pas applicable si la comparution a pour objet de contester la compétence ».

<sup>505</sup> Sur cette notion v. *supra* n°94.

<sup>506</sup> C'est pour cette raison que lors de la refonte du Règlement Bruxelles I, il a été décidé d'éclairer expressément le défendeur sur les conséquences juridiques de cette comparution afin de vérifier la réalité de son consentement à l'offre qui lui était faite : v. nos observations *infra* n°184.

<sup>507</sup> Cette différence n'existe plus dans le Règlement Bruxelles I refondu étant donné que l'article 25 a supprimé la référence au domicile. Toutefois, si l'exigence du domicile de l'une des parties sur le territoire de l'Union a été supprimée, les observations qui suivent n'en demeurent pas moins valables. En effet, alors que l'article 24 transformé en article 26 ne fait aucune mention de ce point, le nouvel article 25 qui va remplacer l'article 23 précise toujours son champ d'application : il le fait cette fois de manière négative en indiquant que le domicile des parties n'est plus une condition d'application de cet article. La mention « *sans considération de*

prorogation de compétence, il ne prévoit aucune condition relative au domicile des parties. Faut-il pour autant en conclure, à l'instar de certains, que la règle est applicable sans aucune considération de domicile et que la seule comparution d'un défendeur devant la juridiction d'un État membre suffit à rendre la disposition applicable et *a fortiori* la juridiction compétente<sup>508</sup> ? Si la controverse qu'a suscitée cette question invite à la prudence dans la réponse, le système mis en place par le Règlement devrait pourtant conduire à une réponse négative. En effet, on a vu que le domaine de la règle permissive peut être délimité de manière indirecte par l'instrument normatif qui la contient, ce qui semble précisément être le cas. L'applicabilité du Règlement est conditionnée par le domicile du défendeur sur le territoire de l'Union, ce qui signifie qu'en son absence il faut se référer non aux dispositions du Règlement Bruxelles I mais aux règles du droit international privé commun (l'article 92 du Code de Procédure civile en droit français). Si l'on conçoit que certaines dispositions de ce Règlement soient applicables en l'absence de domicile du défendeur sur le territoire de l'Union, encore faut-il que celles-ci prévoient leurs propres conditions d'applicabilité. C'est le cas de l'article 23 qui énonce des conditions distinctes de celles du Règlement puisqu'il se contente du domicile de l'une des parties (peu importe que ce soit le demandeur ou le défendeur) sur le territoire de l'Union. Comme il n'existe rien de tel pour l'article 24, on ne voit pas bien ce qui conduirait à écarter cette condition de domicile du défendeur, sauf à considérer l'article 24 isolément ; ce qu'il semble difficile de faire étant donné que, sauf cas particuliers comme par exemple pour l'article 23 du Règlement, la disposition doit être appréhendée par rapport au système de compétence auquel elle appartient et notamment de ses conditions d'applicabilité. Il n'existe pas de doute que l'article 24 ne sera applicable que si le litige relève matériellement du domaine du Règlement, alors pourquoi en serait-il autrement quant aux autres conditions d'applicabilité de celui-ci<sup>509</sup> ? Par conséquent, si la condition de domicile du défendeur ne devrait pas présenter de spécificité particulière, elle n'en est pas moins

---

*leur domicile* » vient préciser le champ d'application de la règle permissive en énonçant justement que celle-ci ne doit pas en tenir compte.

<sup>508</sup> V. en ce sens : P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé, op. cit.*, n°366 p. 258. Contra : v. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5<sup>ème</sup> éd., *op. cit.*, n°164. Dans l'avant-dernière édition de son ouvrage (4<sup>ème</sup> éd., 2010), Madame GAUDEMET-TALLON considérait qu'aucune condition de domicile n'était requise pour que l'article 24 soit applicable. Néanmoins, l'auteur a modifié sa position dans la 5<sup>ème</sup> éd., dans laquelle elle insiste précisément sur l'importance de cette condition de domicile, en révélant notamment les inconvénients (« la seule volonté du demandeur et la passivité du défendeur suffiraient... et la décision serait ensuite facilement reconnue et exécutée dans tous les États de l'UE ») mais surtout les risques (« se contenter de la passivité du défendeur ouvre la voie à des manœuvres contre lesquelles il faut lutter ») que cette absence d'exigence de rattachement avec l'Union européenne engendre, *comp. op. cit.*, 5<sup>ème</sup> éd., n°164, p. 188 et *op. cit.*, 4<sup>ème</sup> éd., n°164, p. 152.

<sup>509</sup> Une fois encore, la confusion renaît quant au domicile du défendeur qui se trouve être à la fois une condition d'applicabilité en même temps qu'un chef de compétence.

exigée même si ce n'est que de manière indirecte<sup>510</sup>. En revanche, l'article 24 nous donne deux indications sur son domaine car il est précisé que *cette règle n'est pas applicable si la comparution a pour objet de contester la compétence ou s'il existe une autre juridiction exclusivement compétente en vertu de l'article 22*.

La délimitation du champ d'application de la règle a toutefois suscité certaines difficultés quant à son articulation avec les règles relatives aux contrats conclus par des parties réputées faibles. L'on s'est parfois demandé si le mécanisme de la comparution volontaire, qualifié à juste titre de « simple et brutal »<sup>511</sup>, était compatible avec les règles protectrices dont bénéficient ces parties. La règle permissive de l'article 24 vient en effet court-circuiter cette protection. Pourtant, la réponse de la Cour de justice est sans équivoque car elle affirme expressément que les exceptions au champ d'application de cette disposition sont par principe d'interprétation stricte et que seule l'hypothèse d'une compétence exclusive d'un autre État membre ferait échec à son application<sup>512</sup>. Mais autant la précision quant aux compétences de l'article 22 restreint le champ d'application de la règle permissive, autant celle concernant l'objet de la comparution apparaît davantage comme une modalité de celle-ci. Pour que la faculté soit correctement exprimée, il faut un comportement particulier du défendeur, la comparution, mais encore faut-il que la défense de celui-ci s'opère sur le fond. Le défendeur qui comparaitrait volontairement en se contentant de contester la compétence ne remplirait pas les conditions d'expression de l'acceptation de cette permission – et à juste titre puisque sa volonté ferait alors défaut. La problématique essentielle suscitée par cette disposition fut d'ailleurs la détermination du moment auquel devait être soulevée

---

<sup>510</sup> L'on ne peut donc que s'étonner que la Cour de justice, dans un litige ayant pour objet la détermination du champ d'application personnel de la Convention de Bruxelles – mais à raison d'un demandeur domicilié dans un Etat non contractant –, ait énoncé dans les motifs de sa décision que « conformément à l'article 18 de la convention, la comparution volontaire du défendeur fonde la compétence de la juridiction d'un État contractant saisie par le demandeur, *sans que le lieu du domicile du défendeur soit pertinent* » (point 44, c'est nous qui soulignons). V. CJCE, 13 juillet 2000, *Group Josi Reinsurance Company SA contre Universal General Insurance Company (UGIC)*, C-412/98, et v. également les remarques de Madame GAUDEMET-TALLON dans la dernière édition de son ouvrage observant qu'« il ne s'agissait que d'un passage de l'arrêt, peu convaincant, (pts 44 et 45), et alors que celui-ci portait sur une autre question », v. n°164, p. 188.

<sup>511</sup> V. E. PATAUT, *Rev. crit. DIP* 2010, p. 575.

<sup>512</sup> CJUE, 20 mai 2010, *Česká podnikatelská pojišťovna as, Vienna Insurance Group contre Michal Bilas*, C-111/09, *Rev. crit. DIP* 2010, p. 575, note E. PATAUT. « L'article 24, seconde phrase, du règlement n° 44/2001 prévoit des exceptions à cette règle générale. (...) Cette seconde phrase contient une norme qui délimite le champ d'application de la règle générale. Partant, (...) elle doit être considérée comme une exception et doit être interprétée restrictivement. (...) Il s'ensuit que la seconde phrase de l'article 24 du règlement n° 44/2001 ne peut pas être entendue comme permettant d'exclure l'application de la règle générale énoncée dans la première phrase du même article pour des litiges autres que ceux auxquels elle se réfère expressément. (...) Dès lors, bien que, dans les domaines visés par les sections 3 à 5 du chapitre II du même règlement, les règles de compétence aient pour but d'offrir à la partie la plus faible une protection renforcée (...), la compétence juridictionnelle déterminée par ces sections ne pourra pas être imposée à cette partie. Si celle-ci décide délibérément de comparaître, le règlement n° 44/2001 lui laisse la possibilité de se défendre au fond devant une juridiction autre que celles déterminées sur le fondement desdites sections ».

cette exception d'incompétence<sup>513</sup>. Il est ainsi regrettable que sur ce point, la modalité de la règle permissive soit en partie conditionnée par le droit national procédural : si le droit européen encadre ce droit national (l'exception ne peut être soulevée « après le moment de la prise de position considérée par le droit procédural national comme la première défense adressée au juge saisi »), la réponse demeure tributaire de la solution nationale. Il convient de préciser que certains auteurs contestent l'idée d'une prorogation tacite de compétence dans le sens où le juge se contenterait de constater l'effet *ex lege* du comportement des parties sans se soucier de la réalité d'un accord entre elles<sup>514</sup>. L'interprétation de l'article 24 par la Cour de justice dans l'arrêt précité ne conforte toutefois pas cette opinion<sup>515</sup>.

**184.** Sur cette question de la délimitation du champ d'application de la règle, les difficultés d'articulation avec les règles protectrices des parties faibles ont néanmoins été en partie prises en compte lors de la refonte du Règlement. Compte tenu du caractère brutal du mécanisme de la comparution volontaire, l'article 26 du Règlement Bruxelles I refondu prévoit dans son paragraphe 2 une protection particulière à l'égard des parties faibles – c'est-à-dire celles considérées comme telles par les sections 3, 4 et 5 du Règlement. Le juge doit s'assurer lorsqu'elles sont en situation de défendeurs à l'action qu'elles ont été informées de leurs droits de « contester la compétence de la juridiction », mais surtout des « conséquences d'une comparution ou d'une absence de comparution »<sup>516</sup>. À ce titre, la version définitivement adoptée semble plus judicieuse que celle initialement proposée, dans laquelle il était question de prévoir l'inscription dans l'acte introductif d'instance

---

<sup>513</sup> CJCE, 24 juin 1981, *Elefanten Schuh*, 150/80, Rec. 1981 p. 1671, point 10.

<sup>514</sup> C. ARRUE MONTENEGRO, *Autonomie de la volonté dans les conflits de juridictions, En droits français et panaméen, op. cit.*, LGDJ, 2011, n°130, p. 77.

<sup>515</sup> V. toutefois : CJUE, 20 mai 2010, C-111/09, où « Les gouvernements tchèque et slovaque ont souligné, dans leurs observations, que, pour qualifier la comparution du défendeur de prorogation de compétence dans un litige tel que celui au principal, le défendeur, partie la plus faible, devrait être mis en mesure d'avoir pleine connaissance des effets de sa défense au fond. Le juge saisi devrait ainsi vérifier d'office, dans l'intérêt de la protection de la partie la plus faible, que la manifestation de volonté de celle-ci est effectivement consciente et vise à fonder sa compétence. Il y a lieu de relever qu'une telle obligation ne pourrait être imposée que par l'introduction dans le règlement n° 44/2001 d'une règle expresse à cet effet. Toutefois, il est toujours loisible au juge saisi de s'assurer, compte tenu de l'objectif des règles de compétence résultant des sections 3 à 5 du chapitre II de ce règlement qui est d'offrir une protection renforcée de la partie considérée comme la plus faible, de ce que le défendeur attrait devant lui dans ces conditions a pleine connaissance des conséquences de son acceptation de comparaître. » Cela signifie que, pour l'instant, le juge n'a pas à s'assurer de la réalité du consentement. Néanmoins, cela ne change pas le fondement de cette compétence qui demeure la volonté des parties, ce dont attestent les propositions de la Cour de justice et ce qu'est venu confirmer le Règlement Bruxelles I révisé.

<sup>516</sup> Le Règlement Bruxelles I révisé a ajouté un paragraphe 2 à l'article 26 qui dispose que « Dans les matières visées aux sections 3, 4 ou 5, lorsque le preneur d'assurance, l'assuré, un bénéficiaire du contrat d'assurance, la victime, le consommateur ou le travailleur est le défendeur, avant de se déclarer compétente en vertu du paragraphe 1, la juridiction s'assure que le défendeur est informé de son droit de contester la compétence de la juridiction et des conséquences d'une comparution ou d'une absence de comparution ». Cette nouveauté est justifiée par le souci d'amélioration de l'accès à la justice par la création notamment d'une « obligation d'informer un défendeur comparant sur les conséquences juridiques auxquelles il s'expose s'il ne conteste pas la compétence de la juridiction saisie ».

d'indications informant le défendeur de son droit de contester la compétence de la juridiction et des conséquences d'une comparution ; avant de se déclarer compétente le juge devait veiller à ce que ces informations aient bien été communiquées au défendeur. La proposition de refonte s'attachait donc à certaines prescriptions formelles, tandis que la version définitive s'attache plus simplement, mais aussi plus directement, à la seule compréhension par la partie faible de la portée de son comportement. Peu importe en effet la manière dont le défendeur est informé dès qu'il appartient au juge de s'assurer qu'il l'a été et qu'il a saisi les potentielles conséquences d'une telle comparution. Cette exigence est d'ailleurs une préoccupation au cœur de la règle permissive de l'article 25 (ex-article 23) du même Règlement et la rigueur impose qu'elle soit pareillement vérifiée pour la comparution volontaire puisqu'il s'agit d'une règle permissive ayant en substance les mêmes effets – même si elle se contente d'un accord tacite.

**185. Règlement Aliments.** En ce qui concerne l'article 5 du Règlement Aliments, le texte ne prévoit d'autre condition d'applicabilité que celles ayant trait principalement à la matière concernée (le Règlement s'étant substitué au droit international privé commun des États membres). À ce titre, le décalage entre la règle permissive de l'article 4, qui encadre strictement la permission, et celle de l'article 5, qui ne pose aucune condition, est remarquable. En effet, la prorogation tacite produisant les mêmes effets qu'une prorogation expresse, on ne peut que s'étonner de cette absence de précaution et il semblerait opportun d'introduire, à l'instar du Règlement Bruxelles I bis, un paragraphe permettant de vérifier que celui qui comparait a bien conscience des conséquences juridiques de ce comportement – spécialement si celui-ci est mineur. Si ce mécanisme est particulièrement radical en droit européen, certaines règles du droit français le sont tout autant et démontrent que la figure de la règle permissive n'est pas nouvelle.

### 3) Les privilèges de juridiction

**186.** Les articles 14 et 15 du Code civil octroient aux justiciables la faculté de saisir les tribunaux français d'un litige (demandeur français ou étranger) ou au contraire de refuser de comparaître devant un tribunal étranger <sup>517</sup> (défendeur français

---

<sup>517</sup> Ce qui se traduit, en pratique, au stade de la reconnaissance de la décision étrangère ou au stade de son exequatur, ce qui explique que l'article 15 ne soit pas directement évoqué dans nos développements. Il convient toutefois de remarquer que, pendant un temps, la règle de l'article 15 a été détournée par la jurisprudence à l'égard des plaideurs étrangers, puisque la faculté octroyée a été transformée en obligation. Le plaideur étranger n'avait plus la *faculté* de traduire ou non le défendeur français devant une juridiction française, mais elle était *contrainte* de le faire si elle voulait ensuite voir la décision exécutée en Franc. L'arrêt *Prieur* (Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mai 2006, *D.* 2006, p. 1846, chron. B. AUDIT et pan. 1751, obs. P. COURBE ; *JCP* 2006, 10134, note P. CALLÉ ; *Rev. Crit. DIP* 2006, p. 870, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 2006, p. 1377, note Ch. CHALAS ; *LPA* 22 sept. 2006, p. 10, obs. P. COURBE ; *Grands Arrêts* n°87) a heureusement mis un terme à cette déformation de la règle posée par l'article 15.



uniquement) en considération de leur seule nationalité française : celle du demandeur (article 14) ou celle du défendeur (article 15)<sup>518</sup>.

**187. Une qualification délicate.** La détermination de la nature de ces règles est dès lors délicate. En effet, si ces règles peuvent s'analyser en termes de faculté laissée à la discrétion des parties et donc suggérer la qualification de règle permissive, elles peuvent également être rapprochées des options de compétence, dont on a montré qu'elles devaient être au contraire considérées comme des règles supplétives. Afin de trancher cette hésitation, il faut s'interroger sur la possibilité pour le juge de relever d'office cette compétence.

Cette question est en effet essentielle car pour qu'il s'agisse véritablement d'une règle permissive à l'égard d'une partie, il doit appartenir à elle seule de mettre en œuvre la faculté, à l'exclusion du juge qui ne doit pas pouvoir relever d'office la mise en œuvre de l'article 14. Mais la réponse à cette question est difficile à déceler dans la jurisprudence car, le plus souvent, la partie va invoquer expressément ce fondement ou au contraire y renoncer et, par conséquent, que ce soit par la renonciation expresse ou par l'invocation du privilège, le juge sera lié. Seules les hypothèses où le demandeur français saisit une juridiction française et invoque sa nationalité sans se fonder expressément sur l'article 14 peut apporter des éléments de réponse à cette question. En effet, si l'article 14 s'applique alors même que le demandeur ne l'a pas invoqué, cela signifie qu'il ne s'agit plus d'une règle permissive mais d'une règle supplétive qui s'applique à défaut de volonté contraire des parties – elle s'appliquerait dans le silence du demandeur. Or cette qualification a une incidence sur le régime : si la règle est supplétive pour les parties, le juge pourra alors accepter sa compétence en relevant d'office l'application de l'article 14. Au contraire, s'il s'agit d'une véritable règle permissive, le juge ne doit pas pouvoir relever d'office sa compétence car dès lors que le demandeur n'invoquera pas son privilège de juridiction, étant donné l'absence de règle de compétence ordinaire, le juge devra se déclarer incompétent.

Bien que la qualification de règle supplétive ait plutôt les faveurs de la doctrine<sup>519</sup>, l'étude de la jurisprudence permet au contraire de retenir la qualification de règle permissive. Ainsi, par un arrêt du 26 mai 1999<sup>520</sup>, la Cour de cassation a

---

<sup>518</sup> V. sur l'origine de l'article 14, v. H. GAUDEMET-TALLON, *Recherche sur les origines de l'article 14 du Code civil*, *op. cit.*, 1961 et nos propos *infra* n°305.

<sup>519</sup> V. en ce sens : V. HEUZÉ, note sous Civ. 1<sup>re</sup> 20 déc. 2000, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 689 ; pour cet auteur le fait que le juge n'ait pas relevé d'office l'article 14 ne peut se justifier par le caractère facultatif de celui-ci dès lors que « le droit que consacre une règle facultative existe aussi longtemps que son titulaire n'y a pas renoncé. Or il serait évidemment déraisonnable de prétendre déduire du fait qu'un demandeur français ne s'est pas spécialement prévalu de l'article 14, qu'il a renoncé au bénéfice de ses dispositions lorsque, par hypothèse même, elles constituent le seul fondement possible de la compétence de la juridiction française qu'il a saisi » ; quant à M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, ils regrettent une conception extrême du caractère facultatif de ces articles, v. *Droit international privé*, 4<sup>ème</sup> éd., *op. cit.*, n°489, p. 349.

<sup>520</sup> V. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mai 1999, n° de pourvoi : 97-15433 et 97-16128.

censuré les juges d'appel pour avoir relevé d'office l'application de l'article 14 du Code civil alors même que le demandeur ne l'avait pas expressément invoquée, ce qui semble conforter l'existence d'une règle permissive à l'égard du demandeur.

S'agissant de l'article 14, il est néanmoins indéniable que la frontière entre la qualification de la règle de permissive ou de supplétive est difficile à tracer car la distinction repose sur l'expression de la manifestation de volonté (positive dans un cas et négative dans l'autre – le silence), dont la portée n'est pas évidente à saisir dès lors que l'on accepte des manifestations de volonté implicites<sup>521</sup>. Toutefois, si la Cour de cassation semble autoriser la renonciation tacite aux privilèges de juridiction, le parallèle ne peut pas s'établir parfaitement à l'égard de l'acceptation tacite.

Afin de conforter la qualification de règle permissive, il est nécessaire de s'arrêter sur les caractères de cette règle pour s'assurer qu'elle présente la même structure que les figures traditionnelles de règle permissive à l'égard des parties.

**188. Domaine de la règle.** L'élément le plus remarquable est probablement son domaine extrêmement restreint. En effet, depuis la jurisprudence *Sté Cognac and Brandies*<sup>522</sup>, ces dispositions sont subsidiaires : on ne peut s'y référer que s'il n'existe aucun autre chef de compétence ordinaire. À ce titre, si l'on a déjà eu l'occasion de dire que les règles supplétives n'étaient pas forcément des règles subsidiaires, cet exemple le confirme puisqu'on est en présence ici d'une règle permissive subsidiaire : la faculté ne pourra être exercée par la partie que si les règles ordinaires de compétence ne permettent pas de fonder la compétence d'une juridiction française<sup>523</sup>. Si elle est subsidiaire, c'est qu'elle vient en second ordre ce qui induit un champ d'application limité. Compte tenu de ce caractère, le domaine de la règle est conditionné par le défaut d'applicabilité d'autres règles, quelles qu'en soient les origines : il peut s'agir d'une règle de compétence ordinaire du Code civil, d'une règle de compétence objective émanant d'un Règlement européen<sup>524</sup>, d'une

---

<sup>521</sup> Dans l'arrêt précité, la Cour d'appel n'avait pas tant appliqué la règle de l'article 14 en tant que règle supplétive que détourné la règle permissive en permettant d'assimiler l'invocation de la nationalité française à une manifestation implicite mais nécessaire du souhait de saisir une juridiction française. Or bien que la faculté soit plutôt favorable à son bénéficiaire, la Cour de cassation a souhaité manifestement encadrer ses modalités d'acceptation.

<sup>522</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 novembre 1985, *Sté Cognacs and Brandies from France*, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 712, note Y. LEQUETTE, *JDI* 1986, p. 719, note A. HUET, *D.* 1986, p. 362, note J. PRÉVAULT, *D.* 1986, IR 268, obs. B. AUDIT, *JCP* 1987. II. 20810, note P. COURBE, *Grands arrêts*, n° 71.

<sup>523</sup> Ce qui conforte également la distinction avec les règles consacrant des options de compétence qui sont en elles-mêmes des *objets de choix*, contrairement à la règle permissive de l'article 14 qui *a pour objet* de conférer ce choix, v. nos propos *supra* n°179.

<sup>524</sup> Certains Règlements comme les Règlements Bruxelles I et Bruxelles II bis excluent expressément le jeu de ces règles dès lors que le litige entre dans le domaine du Règlement.

convention internationale ou encore d'une clause attributive de juridiction. Dans ces hypothèses, la règle permissive n'aura pas vocation à s'appliquer. Il importe également de préciser qu'un arrêt récent, rappelant que l'article 14 énonçait une règle de compétence directe, est venu mentionner une autre limite : l'absence de saisine préalable d'un tribunal étranger<sup>525</sup>. Une fois ces limites écartées, son domaine tel qu'il a été dégagé par la jurisprudence va bien plus loin que la lettre des articles 14 et 15 ; il leur a été donné une portée générale non cantonnée aux seules obligations<sup>526</sup>. Et s'il existe des limites à ce domaine, elles sont rares : seules les actions réelles immobilières et demandes de partage portant sur des immeubles situés à l'étranger, ainsi que les demandes d'exécution forcée pratiquées hors de France sont exclues<sup>527</sup>.

**189. Modalités d'exercice de la faculté.** Concernant les modalités de la règle, les articles eux-mêmes ne sont pas explicites et tant l'acceptation de la faculté que son refus, à travers une renonciation, peuvent susciter des difficultés, comme nous l'avons précisé à l'occasion de la qualification de l'article 14 de règle permissive<sup>528</sup>. Ces débats appuient toutefois l'idée que certains modes d'exercice de la faculté peuvent être admis à l'exclusion d'autres, même si la jurisprudence a pu se montrer fluctuante sur leurs conditions.

**190. Objet de la faculté.** Quant à l'objet de la faculté, il n'appelle pas de développements particuliers : il s'agit, au stade de la compétence directe, de permettre la saisine d'une juridiction française (pour un demandeur français ou étranger).

---

<sup>525</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 1 juillet 2009, n°08-15955, *JCP G* 2009, n°29, p. 10, note E. CORNUT, *JDI* 2010, p. 825, note L. SINOPOLI, *Gaz. Pal.* 2009 du 28/11/2009, n°331, p. 8, note M.-L. NIBOYET. L'arrêt énonce que : « Attendu que ce texte énonce une règle de compétence directe, qui, sauf renonciation ou traité international, permet à un demandeur français de saisir un tribunal français, lorsqu'aucun critère ordinaire de compétence territoriale n'est réalisé en France et qu'un tribunal étranger n'a pas été préalablement saisi ».

<sup>526</sup> V. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 mai 1970, *Rev. Crit. DIP* 1971, p. 113, note H. BATIFFOL ; *Grands arrêts, préc.*, n°72.

<sup>527</sup> Pour un rappel de cette exception : v. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 avril 2010, n°09-11909, qui énonce qu'une cour d'appel « a justement rappelé que l'article 14 du Code civil, qui permet au plaideur français d'attirer un étranger devant les juridictions françaises, doit être exclu pour des demandes relatives à des voies d'exécution pratiquées hors de France ».

<sup>528</sup> La question de la renonciation présentait un intérêt essentiellement au stade de l'appréciation de la compétence indirecte, lorsque ce chef de compétence était encore considéré comme un chef de compétence exclusive susceptible de faire échec à la reconnaissance d'une décision étrangère. Or, outre le fait que nous nous intéressons ici à la compétence directe, les arrêts *Prieur* et *Ferrométal* ont fait perdre toute utilité à cette question (v. sur cette question H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. int. Dalloz*, v° « Compétence civile et commerciale », n°139). Elle conserve toutefois tout son intérêt en matière de compétence directe puisqu'en cas de renonciation les juridictions françaises perdent toute compétence pour le litige.

191. Les paragraphes précédents ont permis d'identifier les principales figures de règles permissives octroyées essentiellement à l'égard des parties. Il convient à présent de s'intéresser à celles qui sont spécialement destinées au juge.

## §II – Les règles permissives à l'égard du juge

192. Lorsqu'il s'agit du juge, la frontière entre les règles impératives et les règles permissives est parfois délicate à déterminer. En effet, même dans les hypothèses où le juge est tenu par une règle impérative, c'est à partir de son appréciation qu'il décide de la réunion ou non des éléments composant le présupposé de la règle de compétence applicable. Cette liberté d'appréciation, inhérente à la fonction de juger, n'est pas forcément révélatrice de l'existence d'une règle permissive. En matière de compétence juridictionnelle, dès lors que le juge français aura estimé ce présupposé rempli, il sera le plus souvent tenu de lui donner effet. Contrairement aux règles des pays de *common law* qui s'apparentent, pour la plupart, à des règles permissives, les pays de tradition civiliste offrent au juge des règles essentiellement impératives<sup>529</sup>. Néanmoins, à côté de ces nombreuses règles impératives, certaines règles permissives sont parfois octroyées au juge français<sup>530</sup>. Et si le droit international privé commun est davantage empreint des premières, le développement du droit européen entraîne la multiplication des secondes dans les instruments récents, même si la marge d'appréciation laissée au juge est particulièrement encadrée. Pour cette raison, nous envisagerons successivement les règles permissives en droit international privé français (A) puis en droit international privé européen (B).

### A – La permissivité résiduelle des règles de compétence internationale en droit français

193. Les règles de compétence internationale s'imposent au juge. Si les textes n'édicte pas toujours expressément le caractère impératif des règles de

---

<sup>529</sup> V. nos propos *supra* n°135-136.

<sup>530</sup> Si certains de ces mécanismes ont déjà été évoqués, la recherche d'éventuelles règles permissives à l'égard du juge ne s'est faite qu'au stade de l'*applicabilité* des systèmes de compétence. Ainsi, le mécanisme du *forum necessitatis* tel que consacré par le droit de l'Union a déjà été traité dans le cadre de l'étude de l'applicabilité permissive du Règlement Aliments par le biais de son article 7 : v. nos propos *supra* n°156. Dans les développements suivants, ce mécanisme sera cette fois étudié sous l'angle de son *application*, c'est-à-dire de sa mise en œuvre concrète par le juge. Il s'agira de se demander si le juge dispose ou non, dans ce cas exceptionnel, d'une règle permissive dans l'appréciation de sa propre compétence. Quant aux conflits de procédure, si les règles du Règlement Bruxelles I en matière de litispendance ont déjà été évoquées, il a été montré qu'elles ne consacraient pas de règle permissive quant à l'applicabilité du Règlement (v. *supra* n°152). Il s'agit à présent de voir si ces règles consacrent des règles permissives dans le cadre de la résolution des conflits de procédure par le juge et, une fois encore, au stade de l'*application* de ces règles, non plus de leur *applicabilité*.

compétence à son égard, la Cour de cassation n'a eu de cesse de le rappeler aux juges du fond, souvent tentés d'introduire une marge d'appréciation de leur propre compétence. A ainsi été sanctionnée une cour d'appel qui avait retenu que « l'article 14 du Code civil n'édicte[ait] pas au profit du demandeur français une règle de compétence exclusive de nature à interdire au juge français, saisi d'un litige international, de rechercher à quelle juridiction, française ou étrangère, le litige [devait] être rattaché » ; la Cour avait en l'espèce considéré que le litige présentait « les éléments de rattachement les plus caractérisés » avec une juridiction étrangère<sup>531</sup>. Cette décision de la Cour de cassation rappelle donc au juge qu'il n'a pas à apprécier l'opportunité de sa saisine dès lors que les parties n'ont pas renoncé au privilège de juridiction de l'article 14 ou qu'il n'a pas été expressément exclu par le jeu d'une convention internationale<sup>532</sup>.

**194.** Toutefois, le juge français en application de son droit international privé n'est pas totalement dénué d'un certain pouvoir d'appréciation et le droit commun édicte certaines règles permissives à son profit<sup>533</sup>. Ainsi en est-il du mécanisme exceptionnel du for de nécessité et des règles en matière de conflits de procédures.

---

<sup>531</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 18 décembre 1990, *Rev. Crit. DIP* 1991, p. 759, note B. ANCEL ; Civ. 1<sup>re</sup>, 27 janvier 1993, *D.* 1993. 602, note J. MASSIP.

<sup>532</sup> Les arrêts *Prieur* et *Fercométal* (Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mai 2006, *Prieur*, *D.* 2006.1880, chron. B. AUDIT, « La fin attendue d'une anomalie jurisprudentielle : retour à la lettre de l'article 15 du Code civil », *D.* 2006, p. 1846, *JCP* 2006.II.10134, note P. CALLÉ, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 870, note H. GAUDEMET-TALLON, *JDI* 2006, p. 1377, note C. CHALAS ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 mai 2007, *Fercométal*, *D.* 2007, p. 2548, chron. B. AUDIT ; *JDI* 2007, p. 956, note B. ANCEL et H. MUIR-WATT ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 610, note H. GAUDEMET-TALLON ; *Gaz. Pal.* 2007. Jur. 1918, note M.-L. NIBOYET), qui ont dénié aux articles 14 et 15 tout caractère exclusif en matière de compétence indirecte, ont suscité des doutes quant à la pérennité de cette solution. La question s'est en effet posée de savoir s'il fallait étendre cette jurisprudence à la compétence directe, d'autant que dans les faits de l'arrêt *Fercométal*, il s'agissait effectivement d'une hypothèse de compétence directe. Néanmoins, un arrêt du 30 septembre 2009 (*D.* 2010, p. 58, note B. AUDIT) est venu lever ce doute en proclamant que les articles 14 et 15 conservent un caractère qualifié d'« inconditionnel » à l'égard du juge en tant que règle de compétence directe. La faculté est donc bien entre les mains des parties : elles seules ont à leur disposition une règle permissive puisqu'elles peuvent renoncer au bénéfice qui s'imposera avec force au juge. L'absence de marge d'appréciation du juge a d'ailleurs été rappelée récemment dans un arrêt de la Cour de cassation du 7 décembre 2011 (Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 décembre 2011, n°10-30919, *JCP G* 2012, p. 414, note L. D'AVOUT ; « Crash aérien : les options de compétence de la Convention de Montréal sont des prérogatives propres aux demandeurs », *D.* 2012, p. 254, P. DELEBECQUE) relativement à l'application d'une convention internationale. Il s'agissait en l'espèce d'une règle de compétence prévue dans la convention de Montréal qui offrait aux parties de nombreuses options dans le choix du for. La Cour a alors eu l'occasion de rappeler que le juge français, saisi en application de l'une de ces options de compétence, n'avait pas à apprécier l'opportunité de sa saisine car l'option « implique, pour satisfaire aux objectifs de prévisibilité, de sécurité et d'uniformisation poursuivis par la Convention de Montréal, que le demandeur dispose, et lui seul, du choix de décider devant quelle juridiction le litige sera effectivement tranché » (c'est nous qui soulignons).

<sup>533</sup> Monsieur P. LAGARDE a d'ailleurs observé cette possibilité en remarquant que « si nous revenons sur le continent, nous constatons que la plupart des règles de compétence sont des règles strictes, fixes, dont l'application n'est pas laissée à la libre appréciation du juge. Il n'est pas impossible pourtant de trouver quelques exemples de règles flexibles en fonction du lien de proximité entre le litige et le for saisi ». L'auteur a pris comme exemple l'arrêt *Nassibian* de la Cour de cassation du 6 novembre 1979 (*JDI* 1980, p. 95, rapport A. PONSARD ; *Rev. crit. DIP* 1980, n°588, note G. COUCHEZ ; *Grands Arrêts*, n° 59) en relevant qu'« il est remarquable que cette extension de la compétence française à la question de l'existence de la créance ait été

**195. Les conflits de procédures.** En droit international privé commun, le juge dispose d'une règle permissive dans l'hypothèse de procédures parallèles. Il s'agit des cas où un juge français est saisi d'un litige alors que ce dernier est déjà pendant devant un juge étranger et que les deux juridictions sont concurremment compétentes ou encore qu'il existe un lien de connexité entre le litige dont il est saisi et celui dont est saisi le juge étranger<sup>534</sup>. Si l'exception de litispendance a été consacrée dans la jurisprudence depuis 1974<sup>535</sup>, il a fallu attendre un arrêt de la Cour de cassation du 22 juin 1999 pour qu'il en soit officiellement de même en matière de connexité internationale<sup>536</sup>. Néanmoins, dans les deux cas, il est particulièrement remarquable que l'existence d'une règle permissive soit explicitement reconnue dans la doctrine et majoritairement approuvée<sup>537</sup>.

**196.** En matière de litispendance internationale, le domaine de la règle permissive est relativement clair : le juge dispose d'une telle faculté lorsqu'il existe une identité

---

énoncée sous une forme facultative. Cette forme facultative ne peut avoir qu'une signification. Si le tribunal français constate qu'il n'existe entre la France et le litige aucun autre lien que la présence en France de biens à saisir, il pourra refuser d'exercer sa compétence sur le fond et renvoyer les parties à mieux se pourvoir », v. « Le principe de proximité », *RCADI* 1986-I, t. 196, p. 9, spéc. n°132, p. 136. L'auteur justifie l'existence d'une règle permissive à l'égard du juge par le principe de proximité (v. *ibid*).

<sup>534</sup> Sur cette question, v. notamment pour des études d'ensemble : D. HOLLEAUX, « La litispendance internationale », *Trav. com. fr. DIP*, 1971-1973, p. 211. ; H. GAUDEMET-TALLON, « La litispendance internationale dans la jurisprudence française après la communication de Dominique Holleaux au comité français de droit international privé », in *Mélanges dédiés à D. Holleaux*, Litec, 1990, p. 121 ; M.-L. NIBOYET, « Les conflits de procédures », *Trav. com. fr. DIP*, 1995-1998, p. 71 et s. ; S. LEMAIRE, « La connexité internationale », *Trav. com. fr. DIP*, 2008-2010, p. 95.

<sup>535</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 novembre 1974, *Soc. Miniera di Fragne*, *Rev. crit. DIP* 1975, p. 491, note D. HOLLEAUX ; *JDI* 1975, p. 108, note A. PONSARD ; *Grands arrêts*, n° 54.

<sup>536</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 1999, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 42, note G. CUNIBERTI.

<sup>537</sup> V. notamment M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> édition. S'agissant de l'exception de litispendance, les auteurs s'interrogent sur le caractère facultatif ou impératif de la règle à l'égard du juge (n°565, p. 390) et concluent que « En droit commun, même si toutes les conditions de la litispendance sont réunies, le juge français n'est pas contraint de se dessaisir au profit du juge étranger. La spécificité de la litispendance internationale, tenant à la mise en concurrence de deux systèmes juridictionnels différents et à la difficulté d'apprécier a priori la régularité de la décision à intervenir, justifie pleinement cette adaptation des règles internes de procédure, lors de leur projection dans l'ordre international. *Le juge français saisi en second doit pouvoir écarter, en opportunité, l'exception de litispendance* s'il constate que la saisine du juge étranger fait apparaître une précipitation suspecte du demandeur ou s'il estime mieux placé pour connaître du litige. La doctrine est dans l'ensemble favorable à un tel dessaisissement, voire d'un simple sursis à statuer en attendant d'être mieux éclairé sur le déroulement de la procédure étrangère » (c'est nous qui soulignons) et le renvoi note 23 aux références citées par M. HUET, *J.-Cl. Int.*, fasc. 581-43, n°36 et s. ; v. également S. LEMAIRE, « La connexité internationale », *Trav. com. fr. DIP*, 2008-2010, p. 95 : « En droit français, il existe une grande liberté en matière de sursis à statuer. La Cour de cassation consacre même un pouvoir discrétionnaire des juges du fond », spéc. n°43, p. 105. Néanmoins pour le droit européen, la règle permissive à l'égard du juge n'existe qu'en matière de connexité internationale ou pour les situations impliquant des États tiers : v. nos propos *infra* n°203-205.

de litiges<sup>538</sup>, qu'il a été saisi en second, qu'il est compétent en vertu des règles françaises de compétence internationale et que le juge étranger est *apparemment* compétent<sup>539</sup>. Sur cet aspect, il n'existe pas de pouvoir spécifique d'appréciation de la part des juges : la faculté ne leur sera octroyée que si ces conditions sont réunies<sup>540</sup>. Mais dès lors qu'elles le sont : le juge pourra librement apprécier si, oui ou non, l'exception doit être accueillie<sup>541</sup>. L'objet de la faculté est alors également

---

<sup>538</sup> La constatation de l'identité du litige se fait en vertu des règles de procédure civile française, notamment telles que modifiées par la jurisprudence *Césaréo* (Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10672, *JCP G* 2006.I.183, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *D.* 2006, p. 2135, note L. WEILLER).

<sup>539</sup> V. en ce sens : M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> édition, n°563. Les auteurs rappellent qu'au stade de la recevabilité de l'exception, le juge n'a pas à en vérifier le bien-fondé, il peut se contenter de ce que le juge étranger s'estime compétent.

<sup>540</sup> V. par exemple, Soc. 28 janvier 2015, n°13-22994 13-22995 13-23003 13-23004 13-23005 13-23006 : « Attendu, enfin, qu'ayant constaté que l'instance pendante devant les juridictions congolaises ne concernait que la seule société Comilog tandis que l'instance dont elle était saisie visait aussi les trois sociétés Comilog France, Comilog Holding et Comilog International, la cour d'appel a décidé exactement qu'il n'y avait pas litispendance internationale au sens de l'article 100 du code de procédure civile » (c'est nous qui soulignons) ; Civ. 1, 3 décembre 2014, 13-25802 : « Et sur le moyen relevé d'office, après avertissement donné aux parties : Vu les principes qui régissent la litispendance internationale, ensemble l'article 100 du code de procédure civile ; Attendu que la litispendance internationale suppose qu'une instance soit toujours en cours à l'étranger devant une juridiction internationalement compétente et dont la décision est susceptible d'être reconnue en France ; Attendu que l'arrêt, après avoir écarté la compétence des juridictions françaises au profit de celle des juridictions américaines, a accueilli l'exception de litispendance internationale ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte des pièces de la procédure qu'une juridiction américaine avait prononcé le divorce des époux X...-Y... par un jugement définitif du 10 septembre 2012, ce qui excluait l'existence d'une situation de litispendance internationale, la cour d'appel a violé le texte et les principes susvisés » : ici la Cour de cassation relève d'office la violation du domaine de la règle permissive qui veut que le litige soit pendant devant la juridiction étrangère alors que, en l'espèce, la décision avait déjà été rendue par le juge étranger.

<sup>541</sup> V. néanmoins pour un cas où la Cour de cassation a semblé dénier aux juges du fond tout pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre de l'exception : Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 1997, *Rev. crit. DIP* 1998, p. 454, note B. ANCEL : « Attendu qu'après avoir exactement énoncé que les juridictions algériennes étaient internationalement compétentes pour statuer sur le divorce des époux X..., de nationalité algérienne et domiciliés en Algérie, les juges du fond ont pu retenir l'état de litispendance internationale imposant le dessaisissement de la juridiction française saisie par l'épouse, en constatant que M. X... avait antérieurement engagé l'instance en divorce devant la juridiction algérienne, dont la décision était susceptible d'être reconnue en France ». Mais pour une critique de cette solution, v. la note précitée : « la Cour de cassation attache à cet état de litispendance un effet radical : le dessaisissement du juge français. C'est bien la solution de l'article 100 n° c. pr. civ., qui rend cette issue obligatoire pour la juridiction saisie en second lieu sans lui laisser la moindre marge d'appréciation discrétionnaire. Mais ce qui va bien pour le droit interne n'est pas forcément adapté au droit international. S'il n'y a pas de raison de penser que le jugement du tribunal de Guéret sera de moindre qualité que celui du tribunal de Cusset, il n'y a pas non plus de raison de ne pas se satisfaire du seul critère chronologique pour départager les deux juridictions ; l'ordre des saisines, non le juge, tranchera. Les choses sont moins simples ou moins claires avec la litispendance internationale. Si le juge français envisage de renoncer à connaître d'une affaire, c'est parce qu'il peut espérer que le juge étranger premier saisi rendra une décision de qualité équivalente, en tout cas susceptible d'être reconnue en France ; il lui faut alors, avant de se prononcer, procéder à un pronostic de régularité de la décision qui achèvera l'instance étrangère. Cette évaluation ne repose pas seulement sur la compétence indirecte, pour la vérification de laquelle les éléments existent déjà ; elle repose aussi sur les autres conditions de régularité internationale qui souvent ne courront être appréciées que plus tard, au terme du procès étranger. A l'égard de ces dernières, il ne faut pas attendre plus qu'une anticipation plus ou moins aléatoire. C'est pourquoi, il peut paraître plus sage de "différencier les effets procéduraux de la litispendance internationale... suivant le plus ou moins haut degré de certitude du pronostic" (D. Holleaux, *Comm. préc.*, p. 218) et de reconnaître ainsi au juge français "un certain pouvoir d'appréciation sur la valeur probable du jugement étranger... une discrétion dans l'accueil ou le rejet de l'exception" (H. Batiffol, note sous Civ., 6 mai 1962, cette *Revue*, 1963 p. 103) qui pourrait déboucher sur une position d'attente : le sursis (v. aussi J. Pellerin, "L'exception de litispendance internationale" *Bull. Ch. av. Paris*,

clair : il s'agit de son dessaisissement pur et simple au profit du juge étranger premier saisi.

**197.** En matière de connexité internationale, tant le domaine de la règle que l'objet de la faculté sont davantage discutés. Dans cette hypothèse, une identité des litiges n'est pas requise mais il doit exister un lien de connexité entre les deux affaires, ce qui est traduit par la Cour de cassation par un « lien de nature à créer une contrariété »<sup>542</sup> de décisions. Toutefois, il peut alors sembler difficile de distinguer le cas de litispendance de la connexité puisqu'une véritable contrariété de décisions ne peut exister qu'en présence d'une identité de litiges, ce qui est par définition exclu en matière de connexité internationale<sup>543</sup>. C'est pourquoi certains auteurs proposent de retenir le critère du risque d'incohérence des décisions<sup>544</sup> ou encore d'incompatibilité intellectuelle<sup>545</sup>. Quant à l'objet de la faculté et dès lors que les arrêts sont peu nombreux en la matière, il peut exister une hésitation entre le dessaisissement du juge français premier saisi ou le simple sursis à statuer<sup>546</sup>. L'absence de doute quant à l'existence d'une simple faculté à l'égard du juge permet néanmoins de qualifier une telle règle de permissive.

**198. For de nécessité.** Déjà évoqué dans le cadre du droit international privé européen, ce cas de figure vise les hypothèses exceptionnelles où le juge va admettre sa compétence pour éviter un déni de justice, alors même qu'aucune règle ne lui confère une compétence pour trancher le litige. Outre que ce mécanisme peut traduire une règle permissive d'applicabilité<sup>547</sup> – en l'occurrence des règles de conflit

---

1991.125, spéc. p. 157). Mais évidemment ceci demande aussi de dégager la litispendance internationale de l'emprise des schémas sur lesquels s'est construite l'exception de litispendance interne ».

<sup>542</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 1999, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 42, note G. CUNIBERTI.

<sup>543</sup> Si cette affirmation se conçoit s'agissant d'une contrariété de décision au sens strict, elle doit néanmoins être nuancée dans certaines hypothèses – hypothèse de deux litiges impliquant l'un la caution et l'autre le débiteur principal – où, quoique les litiges ne soient pas strictement identiques, une telle contrariété se conçoit en pratique. Il se peut par exemple qu'un premier procès se soit tenu devant le juge tunisien impliquant un débiteur et un créancier à propos d'un contrat de bail pour lequel un contrat de cautionnement aurait été souscrit. Le débiteur pourrait alors invoquer la nullité du contrat principal, ce qui serait refusé par le juge tunisien, condamnant le débiteur à payer. Le créancier pourrait par la suite poursuivre la caution, dans le cas où le débiteur principal serait insolvable, et la caution, dans un second procès devant le juge français, pourrait chercher à se défendre en invoquant la résolution du contrat principal (Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 décembre 1988 : *Bull. civ. I*, n°368). Dans cette hypothèse, si le juge français accepte de prononcer la résolution du contrat principal, on aboutit bien à une contrariété de décisions alors même que les litiges n'étaient pas identiques.

<sup>544</sup> S. LEMAIRE, « La connexité internationale », *Trav. com. fr. DIP*, 2008-2010, n°26, p. 101.

<sup>545</sup> M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> édition, n°566, p. 392.

<sup>546</sup> V. en ce sens : S. LEMAIRE, « La connexité internationale », *Trav. com. fr. DIP*, 2008-2010, spéc. n°37 p. 104.

<sup>547</sup> V. nos propos *supra* n°156.



de juridictions françaises –, il est souvent considéré comme un chef de compétence permissif à l'égard du juge<sup>548</sup>. Les contours de la règle permissive, d'origine jurisprudentielle, sont néanmoins assez flous.

Sa mise en œuvre nécessite avant tout l'impossibilité de saisir les tribunaux d'un État tiers ou du moins la perspective de difficultés considérables qui en résulteraient, au stade du procès lui-même ou de la reconnaissance et de l'exécution de la décision. Sur cet aspect, les auteurs ne s'accordent pas tous quant au contenu exact de la condition et le même constat s'impose concernant l'exigence d'un lien de rattachement avec la France qui divise la doctrine<sup>549</sup>. Un arrêt très remarqué en 2006 a ainsi mis en œuvre ce mécanisme dans une affaire « d'esclavage moderne » où la situation n'avait *a priori* que peu de liens avec la France. Une jeune nigériane avait été placée par sa famille pour travailler chez des époux anglais pour une rémunération dérisoire et avec l'interdiction de partir puisque les époux retenaient son passeport. S'agissant de parties de nationalité nigériane ou britannique, pour l'exécution d'un contrat conclu en langue anglaise et s'exécutant au Nigéria, l'ordre juridique français semblait donc peu concerné. Mais, il se trouve que lors d'un séjour des époux dans le Sud de la France, la jeune fille a pu s'enfuir et saisir un tribunal prudhommal à Nice. Alors que les règles normalement applicables à cette situation internationale auraient dû conduire le tribunal niçois à se déclarer incompétent, la Cour de cassation a considéré 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 »<sup>550</sup>.

Par conséquent, si le droit français n'accorde que de manière exceptionnelle une telle faculté au juge, l'imprécision de la règle permissive semble lui conférer une

<sup>548</sup> V. L. USUNIER, *La régulation de la compétence internationale juridictionnelle en droit international privé*, préf. H. MUIR WATT, Éd. Economica, 2008, n°166 p. 130 qui reconnaît qu'une telle compétence peut être analysée comme « un chef de compétence facultatif ».

<sup>549</sup> V. les arrêts cités par L. USUNIER, *Ibid*, pour une illustration des différents liens retenus par les juges : TGI Paris, 1<sup>er</sup> octobre 1976, *D.* 1977.535, note A. HUET (résidence stable du demandeur sur le territoire français) ; Cass. soc., 25 janvier 2005, *D.* 2005.1540, note F. VIANGALLI, *Rev. crit. DIP* 2005, p. 477, note I. PINGEL, *JDI* 2005, p. 1142, note L. CORBION, (nationalité française du demandeur). Il semble néanmoins que plusieurs arrêts récents aient abandonné l'exigence d'un lien avec la France : v. notamment Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2005, *Rev. arb.* 2005.693, note H. MUIR WATT, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 140, note Th. CLAY. Ce dernier auteur a tiré de cet arrêt l'abandon de ce critère de l'existence d'un rattachement avec la France pour la mise en œuvre de la compétence du juge français.

<sup>550</sup> Soc., 10 mai 2006, 03.46593, *Epoux Monkarim c/ Isopebi*, *JCP* 2006, II 10121, note S. BOLLÉE ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 856, note PATAUT et HAMMJE ; *RDC* 2006, p. 1260, note DEUMIER, *JDI* 2007, p. 531, note J.-M. JACQUET ; *D.* 2006, p. 1400, note P. GUIOMARD.

assez grande souplesse dans sa mise en œuvre, qu'on ne retrouve pas en droit européen<sup>551</sup>.

**199. Le renvoi juridictionnel : absence de règle permissive.** Par ailleurs, il est permis de s'interroger sur la qualification d'un autre mécanisme utilisé de manière dérogatoire par les tribunaux français, qui a pu être qualifié de « renvoi juridictionnel<sup>552</sup> ». En droit international privé, le mécanisme du renvoi correspond aux situations où la règle de conflit du for désigne une loi étrangère qui ne se reconnaît pas compétente et renvoie la question soit à la loi du for – renvoi au premier degré –, soit à une loi tierce – renvoi au second degré<sup>553</sup>. Cette hypothèse s'explique par l'utilisation d'une catégorie ou d'un rattachement différent par la règle de conflit du for – qui retiendrait par exemple la nationalité – et par la règle de conflit étrangère – qui retiendrait au contraire le domicile. Ce mécanisme intervient traditionnellement au stade de la recherche de la loi applicable au litige, ce pourquoi il est parfois désigné sous le nom de « renvoi législatif », c'est-à-dire d'une loi à une autre. Le renvoi juridictionnel va plus loin : il permet d'admettre la compétence du juge français par l'effet du renvoi effectué par la règle de conflit étrangère à la loi française. Le renvoi législatif va donc se doubler d'un renvoi juridictionnel et il est permis de s'interroger sur la nature de la règle qui fonde ce mécanisme. En effet, si la doctrine du *forum non conveniens* conduit à renvoyer l'affaire à une autre juridiction qu'elle estime mieux à même de trancher le litige, peut-on voir dans la consécration du renvoi juridictionnel une forme de règle permissive à l'égard des juges ? Excepté le nom du mécanisme qui peut effectivement prêter à confusion, tel ne nous semble pas être le cas. L'origine jurisprudentielle de la règle ne préjuge en rien de son caractère permissif ou non, tel qu'on a pu le voir avec la compétence tirée du risque de déni de justice, pour autant, le mécanisme du renvoi juridictionnel, s'il est également exceptionnel, n'a rien en commun avec cette dernière. Un arrêt récent de la Cour de cassation en date du 23 juin 2010<sup>554</sup> utilise ce type de renvoi en matière

---

<sup>551</sup> Bien qu'il s'agisse d'ailleurs d'une des rares figures de règle permissive à l'égard du juge clairement reconnue comme telle par la doctrine, il est intéressant de noter que dans l'arrêt précité du 10 mai 2006, la Cour de cassation a, pour mettre en œuvre le for de nécessité, exciper de l'exception d'ordre public international. Or, nous verrons dans les développements qui suivront (v. *infra* n°264 et s.) que la mise en œuvre de cette exception par le juge français ne traduit pas l'existence d'une règle permissive à son égard. Ce parallèle pourrait alors faire douter de la qualification ainsi retenue. Néanmoins, compte tenu de la faible jurisprudence sur cette question, il nous est difficile, dans le cadre de notre démarche qui ne vise qu'à saisir les manifestations des normes permissives dans le droit positif, de réfuter pleinement cette qualification de règle permissive en matière de for de nécessité.

<sup>552</sup> L'expression « renvoi juridictionnel » revient à Madame H. PÉROZ. Elle fait écho à l'expression « renvoi législatif », parfois utilisée pour évoquer ce qui est traditionnellement appelé le *renvoi* en droit international privé (v. note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 23 juin 2010, *JDI* 2010, p. 1263).

<sup>553</sup> Sur cette notion, v. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, n°492 et s. et les références citées par les auteurs.

<sup>554</sup> Sur cet arrêt, v. D. 2010, p. 2955, note L. D'AVOUT ; *Rev. Crit. DIP* 2011, p. 53, note B. ANCEL, *AJ famille* 2010, p. 401, obs. A. BOICHE ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 224, p. 13, avis P. CHEVALIER ; *JDI* 2010,

successorale, en l'occurrence des juridictions espagnoles vers les juridictions françaises. Mais si la Cour aurait parfaitement pu introduire dans la formulation de sa règle une forme de souplesse faisant implicitement référence à la doctrine du *forum more convenient*, il semble qu'elle ait voulu au contraire consacrer le caractère automatique de cette compétence en exprimant que la compétence des juridictions française était consacrée « par l'effet de ce renvoi » de la loi espagnole à la loi française. Le droit européen semble quant à lui plus souple quant à l'admission de règles permissives en la matière.

## **B – La permissivité des règles de compétence internationale en droit européen**

**200.** L'étude de l'impérativité ou de la permissivité des chefs de compétence directe à l'égard du juge n'est pas aisément séparable de la question de leur applicabilité tant les deux questions ont souvent tendance à se mêler<sup>555</sup>. Il semble néanmoins que certains mécanismes doivent être envisagés davantage sous l'angle d'une application permissive d'un chef de compétence directe, malgré les observations faites précédemment<sup>556</sup>. À cet égard, il est possible d'identifier plusieurs mécanismes révélant une forme de permissivité à l'égard du juge : le mécanisme du *forum necessitatis* (1), celui du *forum non conveniens* ou *forum more convenient* (2) et enfin, à l'instar du droit international privé commun, dans le cadre de procédures parallèles (3).

### **1) Le cas du *forum necessitatis***

**201.** Précédemment décrit, ce mécanisme contribue à octroyer un pouvoir d'appréciation au juge dans la reconnaissance de sa compétence alors même qu'aucune juridiction d'un État membre ne se retrouve compétente. L'objectif de ce mécanisme est d'éviter un déni de justice, ce qui explique que son application soit circonscrite à des cas exceptionnels. En effet, si le juge dispose d'une marge d'appréciation, il est indéniable qu'elle est extrêmement encadrée. Non seulement chacune des dispositions qui le prévoit rappelle que les juridictions ne peuvent l'employer qu' « à titre » ou « dans des cas exceptionnels », mais des conditions précises sont en outre exigées : certaines négativement (une procédure ne doit pas pouvoir être introduite ou conduite de manière raisonnable devant les juridictions d'un État tiers voire être impossible), les autres positivement à travers l'exigence –

---

p. 1263, note H. PÉROZ ; *JCP* 2010. 748, obs. E. CORNUT ; *JCP N* 2010, p. 1308, obs. A. DEVERS ; *Deffrénois*, 2010, p. 1805, note P. CALLÉ ; *Dr et patr.* 2010, n° 198, p. 118, obs. M.-É. ANCEL.

<sup>555</sup> v. *supra* n°136.

<sup>556</sup> v. *supra* n°156.

cette fois explicite – d'un lien suffisant entre le juge qui se reconnaîtra compétent et le litige. Mais si cette compétence est encadrée, l'absence d'automatisme dans sa mise en œuvre permet de reconnaître dans cette institution, telle que consacrée par les textes européens, un chef de compétence permissif à l'égard du juge.

## 2) *Le forum non conveniens ou forum more convenient*

**202.** Ce type de mécanisme, propre aux traditions de *common law*, a pourtant vu le jour en droit européen dans le droit de la famille. En effet, l'article 15 du Règlement Bruxelles II bis intitulé « Renvoi à une juridiction mieux placée pour connaître l'affaire » consacre un réel pouvoir d'appréciation au juge<sup>557</sup>, ainsi que l'article 6 a) du Règlement Rome IV en matière de successions<sup>558</sup>. La distinction avec le

---

<sup>557</sup> V. en ce sens L. USUNIER, *La régulation de la compétence internationale juridictionnelle en droit international privé*, *op. cit.*, n°171 p. 133 et pour une application de cet article par le juge français, v. TGI Bernay, 26 janvier 2006, *Procédures* 2006, comm. n° 275, obs. C. NOURISSAT.

« Article 15 - Renvoi à une juridiction mieux placée pour connaître de l'affaire

1. À titre d'exception, les juridictions d'un État membre compétentes pour connaître du fond peuvent, si elles estiment

qu'une juridiction d'un autre État membre avec lequel l'enfant a un lien particulier est mieux placée pour connaître de l'affaire, ou une partie spécifique de l'affaire, et lorsque cela sert l'intérêt supérieur de l'enfant:

a) surseoir à statuer sur l'affaire ou sur la partie en question et inviter les parties à saisir d'une demande la juridiction de cet autre État membre conformément au paragraphe 4, ou

b) demander à la juridiction d'un autre État membre d'exercer sa compétence conformément au paragraphe 5.

2. Le paragraphe 1 est applicable

a) sur requête de l'une des parties ou

b) à l'initiative de la juridiction ou

c) à la demande de la juridiction d'un autre État membre avec lequel l'enfant a un lien particulier, conformément au paragraphe 3. Le renvoi ne peut cependant être effectué à l'initiative de la juridiction ou à la demande de la juridiction d'un autre État membre que s'il est accepté par l'une des parties au moins.

3. Il est considéré que l'enfant a un lien particulier avec un État membre, au sens du paragraphe 1, si

a) après la saisine de la juridiction visée au paragraphe 1, l'enfant a acquis sa résidence habituelle dans cet État membre, ou b) l'enfant a résidé de manière habituelle dans cet État membre, ou

c) l'enfant est ressortissant de cet État membre, ou

d) l'un des titulaires de la responsabilité parentale a sa résidence habituelle dans cet État membre, ou

e) le litige porte sur les mesures de protection de l'enfant liées à l'administration, à la conservation ou à la disposition de biens détenus par l'enfant et qui se trouvent sur le territoire de cet État membre.

4. La juridiction de l'État membre compétente pour connaître du fond impartit un délai durant lequel les juridictions de l'autre État membre doivent être saisies conformément au paragraphe 1.

Si les juridictions ne sont pas saisies durant ce délai, la juridiction saisie continue d'exercer sa compétence conformément aux articles 8 à 14.

5. Les juridictions de cet autre État membre peuvent, lorsque, en raison des circonstances spécifiques de l'affaire, cela est dans l'intérêt supérieur de l'enfant, se déclarer compétentes dans un délai de six semaines à compter de la date à laquelle elles ont été saisies sur base du paragraphe 1, point a) ou b). Dans ce cas, la juridiction première saisie décline sa compétence. Dans le cas contraire, la juridiction première saisie continue d'exercer sa compétence conformément aux articles 8 à 14.

6. Les juridictions coopèrent aux fins du présent article, par voie directe ou par l'intermédiaire des autorités centrales désignées conformément à l'article 53 ».

<sup>558</sup> V. 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, article 6 a) :

« Déclinatoire de compétence en cas de choix de loi

Lorsque la loi choisie par le défunt pour régir sa succession en vertu de l'article 22 est la loi d'un État membre, la juridiction saisie en vertu de l'article 4 ou 10:

a) peut, à la demande de l'une des parties à la procédure, décliner sa compétence si elle considère que les

mécanisme précédent est notable puisque dans ces hypothèses, une juridiction d'un État membre a été reconnue compétente sur le fondement du Règlement. Il n'est donc nullement question d'éviter un déni de justice mais bien de permettre au juge de décider qu'il n'est pas le mieux placé.

Dans ces deux cas, la mise en œuvre de la faculté va être conditionnée à l'atteinte d'un objectif clairement précisé : l'intérêt de l'enfant est expressément visé dans l'article 15 du Règlement Bruxelles II bis et, s'il n'apparaît pas tel quel dans l'article 6 a) du Règlement Rome IV, l'exposé des motifs de la proposition de Règlement visait également un intérêt particulier, à savoir celui des intérêts du défunt, des héritiers, légataires et créanciers. Si l'encadrement de la faculté n'est donc pas surprenant, le rôle joué par les parties dans la mise en œuvre de cette faculté est remarquable. En effet, les deux dispositions prévoient toujours l'accord d'au moins l'une d'entre elles quant à son exercice : dans le Règlement Bruxelles II bis, lorsqu'elle n'est pas faite à la demande de l'une des parties, le juge ne peut mettre en œuvre le renvoi que s'il est accepté par l'une des parties au moins (article 2 c) ; dans le Règlement Rome IV, le renvoi ne pourra s'effectuer qu'à la demande d'une partie. Au vu des objectifs qui sous-tendent ces règles, il semble en effet cohérent que le juge ne puisse renvoyer à une autre juridiction en invoquant l'intérêt des parties concernées alors même que celles-ci – excepté le défunt – s'y opposeraient. Il n'en demeure pas moins que, à cette condition, le juge dispose bien d'une marge d'appréciation dans la mise en œuvre du renvoi.

### 3) Règles permissives dans le cadre de procédures parallèles

**203.** En matière de procédures parallèles, le droit européen consacre également plusieurs règles permissives à l'égard du juge. Néanmoins, lorsque le juge français est saisi sur le fondement d'un Règlement européen, les situations de connexité ou de litispendance internationale peuvent se rencontrer dans deux hypothèses

---

juridictions de l'État membre dont la loi a été choisie sont mieux placées pour statuer sur la succession compte tenu des circonstances pratiques de celle-ci, telles que la résidence habituelle des parties et la localisation des biens (...) ».

Dans la proposition de Règlement (COM(2009)154 final, 2009/0157 (COD)), un tel mécanisme était déjà prévu à l'article 5, sous l'appellation «*Renvoi aux juridictions mieux placées pour connaître de l'affaire*», à l'instar du Règlement Bruxelles II bis :

« Article 5 - Renvoi aux juridictions mieux placées pour connaître de l'affaire

1. Lorsque la loi d'un État membre a été choisie par le défunt pour régir sa succession conformément à l'article 17, la juridiction saisie conformément à l'article 4 peut, à la demande d'une partie et si elle considère que les juridictions de l'État membre dont la loi a été choisie sont mieux placées pour statuer sur la succession, sursoir à statuer et inviter les parties à saisir d'une demande les juridictions de cet État Membre.

2. La juridiction compétente conformément à l'article 4 impartit un délai durant lequel les juridictions de l'État membre dont la loi a été choisie doivent être saisies conformément au paragraphe 1er. Si les juridictions ne sont pas saisies durant ce délai, la juridiction saisie continue à exercer sa compétence.

3. Les juridictions de l'État membre dont la loi a été choisie se déclarent compétentes dans un délai maximum de huit semaines à compter de la date à laquelle elles ont été saisies conformément au paragraphe 2. Dans ce cas, la juridiction première saisie décline sans délai sa compétence. Dans le cas contraire, la juridiction première saisie continue d'exercer sa compétence ».

différentes : la juridiction première saisie est soit une juridiction d'un État membre, soit d'un État tiers. La marge de manœuvre octroyée au juge n'est alors pas la même.

**204.** Dans le Règlement Bruxelles I, lorsque la juridiction première saisie est une juridiction d'un État membre, le juge ne dispose d'une règle permissive qu'en matière de connexité<sup>559</sup> prévue à l'article 28 du Règlement<sup>560</sup>. Le critère retenu pour mettre en œuvre l'exception est similaire aux conditions retenues en droit international privé commun puisque le lien de connexité est défini comme l'existence « d'un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ». Si l'existence de la règle permissive n'est pas douteuse quant à la mise en œuvre de l'exception<sup>561</sup>, il existe en revanche un doute quant à l'appréciation plus ou moins libre de la réunion des conditions par les juges du fond. Il semble toutefois qu'en la matière, la Cour de cassation s'en remette à l'appréciation souveraine des juges du fond dès lors que la décision est suffisamment motivée<sup>562</sup>.

---

<sup>559</sup> En matière de litispendance, dès lors que les conditions sont réunies, le juge doit sursoir à statuer d'office puis se dessaisir si la juridiction première saisie accepte sa compétence : v. Article 27 du Règlement et pour un exemple de rappel du caractère obligatoire de cette mise en œuvre par le juge rendu au visa de l'article 27 du Règlement : v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 2015, n°13-24742 et 14-11208 : « Qu'en statuant ainsi, alors que le litige devant les deux juridictions saisies opposait les mêmes parties, avait le même objet, que la demande en référé n'avait été formée qu'en vue d'éviter un dépérissement de la preuve et que la juridiction française avait été saisie en second lieu et ne pouvait pas se prononcer sur la compétence de celle première saisie, la cour d'appel, qui a ajouté une condition que le texte susvisé ne comporte pas, l'a violé ».

<sup>560</sup> v. aussi CJCE, 6 déc. 1994, *The ship Tatry*, C-406/92, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 588, note E. TICHADOU, *JDI* 1995, p. 469, obs. A. HUET, la Cour reconnaît la possibilité d'une situation de connexité dans « tous les cas où il existe un risque de contrariété de solutions, même si les décisions peuvent être exécutées séparément et si leurs conséquences juridiques ne s'excluent pas mutuellement » ; V. aussi sur la notion de demande connexe CJCE 14 octobre 2004, *Maersk Olie & Gas*, C-39/02, pt. 40, *Rev. crit. DIP*, 2005. 118, note E. PATAUT, point 40.

<sup>561</sup> V. en ce sens M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 4<sup>ème</sup> éd., *op. cit.*, n°575, p. 397.

<sup>562</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 juin 2000, n°98-18747 : « Mais attendu que la cour d'appel a retenu que la contre-garantie donnée par les époux X... à la société Monte dei Paschi di Siena par un acte dont aucune disposition ne dérogeait à la compétence naturelle du juge italien, constituait une garantie autonome par rapport au contrat de crédit consenti à Mlle X... et que la mention de ce contrat selon laquelle la garantie était donnée dans l'intérêt de leur fille, ne saurait suffire à faire suivre à cette garantie le régime applicable au contrat de crédit ; que par ces énonciations, la cour d'appel a souverainement décidé l'absence de lien de connexité » ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 octobre 1992, n° 90-21661 : « Mais attendu qu'aux termes des deux premiers alinéas de l'article 22 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, lorsque les demandes connexes sont formées devant des juridictions d'États contractants différents et sont pendantes au premier degré, la juridiction saisie en second lieu peut surseoir à statuer ; que cette juridiction peut également se dessaisir à la demande d'une partie à condition que sa loi permette la jonction d'affaires connexes et que le Tribunal saisi en premier lieu soit compétent pour connaître les deux demandes ; qu'il résulte de ces dispositions que la notion de " demande pendante au premier degré " n'a pour effet d'empêcher le dessaisissement que dans la mesure où celui-ci priverait une partie d'un degré de juridiction ; que dès lors, le dessaisissement était admissible en l'espèce où la demande en paiement du prix se trouvait toujours pendante devant le tribunal d'Almelo, également compétent en application de l'article 2 de la Convention, pour connaître des demandes formées contre la société Boa ; qu'ensuite, abstraction faite du motif surabondant critiqué par la quatrième branche, la cour d'appel a prononcé le dessaisissement en vertu d'une appréciation souveraine de la connexité, légalement justifiée par les motifs selon lesquels la résistance de

**205.** Dans les hypothèses où le premier tribunal saisi est le tribunal d'un État tiers, le Règlement Bruxelles I n'apportait pas de réponse spécifique et la question s'était alors posée de savoir s'il fallait ou non faire application des règles du droit international privé commun des États membres<sup>563</sup>. Désormais, le règlement de telles procédures parallèles est envisagé par le Règlement Bruxelles I refondu lorsque la juridiction première saisie est la juridiction d'un État tiers. En la matière, qu'il s'agisse de litispendance ou de connexité, le juge dispose toujours d'une règle permissive quant à l'opportunité de la mise en œuvre de l'exception<sup>564</sup>.

~

**206.** Une fois saisies les principales manifestations des règles permissives au stade du conflit de juridictions, tant à l'égard des parties qu'à l'égard du juge, il est nécessaire d'effectuer la même recherche au stade du conflit de lois.

---

la SNPAA à payer le solde du prix de l'installation n'avait pas été étrangère aux incidents de fonctionnement de celle-ci ni au préjudice en résultant ; qu'ainsi, la cour d'appel a légalement justifié sa décision et que les troisième, quatrième, cinquième et sixième branches du moyen ne sont pas fondées » (c'est nous qui soulignons) ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 avr. 2004, n° 01-13.831, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 808, note V. MOISSINAC MASSENAT ; *RTD com.* 2005, p. 486, obs. E. LOQUIN : « qu'en se prononçant par des motifs hypothétiques, imprécis ou inopérants, la cour d'appel, qui, sans établir le fondement juridique des instances tant en France qu'en Suède, n'a pas caractérisé l'absence de risque de contrariété des décisions en cause, alors qu'elle avait relevé que le recours devant la Cour suprême de Suède était toujours pendant et que, si la décision d'irrecevabilité était annulée, le Tribunal de première instance de Stockholm demeurerait saisi, n'a pas donné de base légale à sa décision ». En l'espèce, c'est un manque de base légale qui est reproché aux juges du fond et il n'est donc pas possible d'en déduire une absence de règle permissive quant à la constatation de la réunion des conditions d'une situation de connexité.

<sup>563</sup> V. pour un exemple où la Cour de cassation a mis en œuvre les règles du droit commun : Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 2009, n°08-12456, *Rev. crit. DIP* 2010, p. 170, note E. PATAUT.

<sup>564</sup> V. les articles 33 et 34 du Règlement Bruxelles I dans sa version refondue.





## CHAPITRE II

### LE DOMAINE DES CONFLITS DE LOIS

**207.** Une fois le juge saisi, il doit résoudre un litige impliquant une relation privée internationale. Il est donc amené à trancher un conflit de lois, c'est-à-dire qu'il doit déterminer la règle substantielle applicable à la question de droit soulevée par des faits impliquant plusieurs États<sup>565</sup> car il existe alors autant de réponses à la question de droit soulevée que d'ordres juridiques impliqués. Si la compatibilité des solutions proposées par chacun d'entre eux n'est pas forcément exclue, elle ne peut être considérée comme le principal remède au règlement du conflit<sup>566</sup>. Par conséquent, le juge doit disposer d'instruments lui permettant la désignation d'une disposition unique et c'est cet « outillage normatif particulier »<sup>567</sup> qui fera l'objet de cette section.

**208. Règle et raisonnement.** La spécificité de l'outillage normatif est indéniable en droit international privé. Le problème de la méthodologie constitue le débat essentiel de la discipline<sup>568</sup> puisque le conflit de lois est susceptible d'être résolu par différents types de méthodes<sup>569</sup>. Le terme de *méthode* vise de manière générique une démarche intellectuelle propre à une discipline ou, dans un sens plus étroit, les *procédés* techniques, scientifiques utilisés à cette fin<sup>570</sup>. En droit international privé, le juge est saisi d'une question de droit et le propre de la matière est de déterminer les techniques par lesquelles celui-ci va sélectionner la règle qui permettra de donner une réponse concrète à la question posée<sup>571</sup>. La description des procédés implique

---

<sup>565</sup> V. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome 1, 3<sup>e</sup> éd., 2014, PUF, n°323.

<sup>566</sup> Certains auteurs proposent néanmoins de distinguer les « vrais conflits » des « faux conflits ». Sur cette notion, v. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd., 2014, PUF, n°343, p. 389 et les références citées par les auteurs.

<sup>567</sup> v. B. ANCEL, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, v° « Droit international privé ».

<sup>568</sup> v. B. OPPETIT, « Le droit international privé, droit savant », *RCADI*, 1992, tome 234, p. 375.

<sup>569</sup> v. V. HEUZÉ, P. MAYER, *Droit international privé*, 11<sup>e</sup> éd., n°112 et s., p. 91 ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, n°346 et s. ; il est d'ailleurs remarquable que les thèses de MM. S. BOLLÉE (*Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences internationales*, Economica, 2004) et P. MAYER (*La distinction entre règles et des décisions et le droit international privé*, Dalloz 1973) commencent toutes les deux par une réflexion sur le droit international privé en termes de méthode.

<sup>570</sup> V° « méthode », *Le Petit Robert 2011*, Le Robert, 2010, sous la direction de J. REY-DEBOVE et A. REY. V. également B. ANCEL qui parle d'« algorithme conflictuel », *Analyse critique de l'érosion du paradigme contractuel*, Cours Master 2 Recherche Droit international privé et du commerce international, Université Paris II, 2005-2006, p. 67.

<sup>571</sup> Ces techniques, qui permettent de sélectionner la disposition applicable, doivent être perçues comme de véritables procédés scientifiques davantage que comme une simple démarche intellectuelle, v. en ce sens : L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica 2006, p. 422. L'auteur confirme l'idée

que les étapes du raisonnement soient décomposées et cette opération entraîne nécessairement l'identification des règles qui en permettent la mise en œuvre. Or s'agissant de notre étude, l'identification préalable de ces règles, en tant que permettant la mise en œuvre de ces procédés, s'avère essentielle<sup>572</sup>. À côté de la méthode conflictuelle dite *classique*, dont l'instrument principal réside dans la règle bilatérale de conflit de lois mais qui prévoit des correctifs à travers l'application de lois de police et la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international, il existe concurremment la méthode de la reconnaissance<sup>573</sup>. La présentation académique de ces méthodes passe principalement par la description d'un raisonnement, d'un procédé, et si certains regrettent que l'attention porte essentiellement sur les règles qui en constituent les éléments<sup>574</sup>, le constat ne semble pas tout à fait exact, du moins en ce que seules certaines règles sont couramment décrites à l'exclusion de certaines autres, souvent implicites, qui n'en jouent pas moins un rôle essentiel. L'identification des règles au sein des différentes méthodes n'est pas la seule difficulté, car il est ensuite nécessaire de s'intéresser à ce stade aux seules règles de droit international privé.

**209. Règles de droit international privé.** Les règles dont il doit être question sont les règles propres au droit international privé, c'est-à-dire celles qui permettent de trancher un conflit de lois. Face à la diversité de celles-ci, certains auteurs ont tenté d'en établir une classification. Aussi dans leur ouvrage, MM. MAYER et HEUZÉ les divisent en trois grandes catégories : les règles qui imposent le respect de droits acquis à l'étranger, les règles de droit international privé qui désignent une règle substantielle et les règles qui sont des règles substantielles. Dans la continuité de ce qui a été mentionné précédemment, les dispositions substantielles internes applicables ne seront pas étudiées, puisque c'est la règle intervenant en amont qui fera l'objet de nos développements. Mais parmi ces dispositions substantielles qui permettront de donner une réponse concrète au litige, certaines ont la particularité de n'être applicables qu'aux litiges internationaux. Par conséquent, il serait inopportun de les exclure même si ce sont probablement les règles commandant l'applicabilité de celles-ci qui nous intéresseront davantage.

---

selon laquelle, lorsqu'il est question de *méthode* en droit international privé, il s'agit véritablement de procédés techniques.

<sup>572</sup> On renvoie ici à D. BODEN qui montre dans sa thèse que les raisonnements comme les règles sont des objets normatifs et qu'il est donc tout autant possible de violer une règle que de violer un raisonnement (v. *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, th. Paris I, dactyl., 2002, n°46 p. 42 et s.).

<sup>573</sup> Pour le choix d'une telle présentation : v. D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé, Tome 1*, 3<sup>e</sup> éd., 2014, PUF.

<sup>574</sup> D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, th. Paris I, dactyl., 2002.

**210.** Il convient donc de saisir les manifestations des règles permissives en s'intéressant aux règles qui relèvent spécifiquement du droit international privé. Comme en matière de compétence, cette étude doit être menée à deux niveaux : d'abord, en recherchant l'existence de règles permissives au stade de l'applicabilité des règles (Section I), puis, une fois l'applicabilité des règles acquise, en s'interrogeant sur le caractère permissif ou non des règles elles-mêmes, au stade de leur application (Section II).

Section I – Les normes permissives dans les règles d'applicabilité des règles de droit international privé

Section II – Les normes permissives dans les règles de droit international privé



**SECTION I**  
**LES NORMES PERMISSIVES**  
**DANS LES RÈGLES D'APPLICABILITE DES REGLES**  
**DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

211. Une fois encore, il est nécessaire de distinguer l'applicabilité à l'égard du juge et à l'égard des parties. Dans le chapitre précédent, où il était question de la compétence internationale, l'étude de l'applicabilité des règles à l'égard des parties devait être première puisqu'il est indéniable qu'avant la concrétisation du litige devant un juge, celles-ci sont nécessairement à l'origine de la saisine du juge et donc, d'un point de vue chronologique, premières. Ce constat est inversé au stade du conflit de lois puisque le juge est réputé saisi. C'est alors à celui-ci qu'il convient de s'intéresser en premier lieu, même si les règles de la procédure civile orientent son pouvoir en fonction de ce qui lui est demandé par les parties<sup>575</sup>. Par conséquent, nous étudierons d'abord les normes permissives à l'égard du juge (§I), ensuite les normes permissives à l'égard des parties (§II).

**§I – Les normes permissives à l'égard du juge**

212. La question de l'existence de normes permissives au stade de l'applicabilité des règles de droit international privé se confond avec celle de l'office du juge. Le plus souvent, il s'agit de se demander si un juge peut ou non relever d'office l'application d'une disposition et, dans l'affirmative, s'il s'agit d'une obligation – ce qui exclut l'existence d'une règle permissive – ou s'il s'agit d'une simple faculté – ce qui confirme au contraire son existence. En la matière, trois principales problématiques peuvent être soulevées. Tout d'abord, la question de l'applicabilité permissive ou non de la règle de conflit par le juge, (A) ; ensuite, la problématique de la clause d'exception (B) et enfin, la question de l'applicabilité des lois de police étrangères (C).

**A – L'autorité de la règle de conflit**

213. **Les normes permissives et l'autorité de la règle de conflit.** La question de l'applicabilité plus ou moins obligatoire pour le juge de la règle de conflit est le plus souvent traitée par les internationalistes sous couvert de l'expression d'*autorité de la règle de conflit*<sup>576</sup>. La question qu'elle soulève consiste à se demander si, dans le cadre d'un litige présentant un élément d'extranéité, la règle de conflit va obligatoirement s'appliquer ou obligatoirement ne pas s'appliquer ou, au contraire,

---

<sup>575</sup> Ce choix demeure toutefois en partie arbitraire étant donné que, comme nous l'enseigne l'article 12 alinéa 3, les parties peuvent lier le juge et qu'il doit répondre à la demande formée par les parties.

<sup>576</sup> Elle est envisagée tant à l'égard du juge qu'à l'égard des parties.

s'il sera loisible au juge d'ignorer cet élément dans la mesure où les parties ne l'ont pas invoqué. Derrière ce débat, c'est bien celui de l'existence ou non d'une règle permissive à l'égard du juge quant à l'applicabilité de la règle de conflit qui est posé. La réponse à cette question a varié au cours des cinq dernières décennies. Toutefois, il semble aujourd'hui raisonnable d'affirmer le caractère principalement impératif de la règle de conflit à l'égard du juge, la permissivité de celle-ci ne demeurant qu'exceptionnelle. Néanmoins, compte tenu de l'instabilité des réponses apportées à cette question, il est nécessaire de rappeler brièvement les principales étapes de cette évolution (1), avant de s'intéresser à la situation actuelle et de montrer que si l'existence d'une règle permissive, bien que résiduelle, est avérée, les contours de celles-ci sont en pratique relativement flous (2).

### 1) Évolution de l'autorité de la règle de conflit

**214. Première période : le caractère permissif de la règle de conflit dans le système *Bisbal*<sup>577</sup>.** L'arrêt *Bisbal*<sup>578</sup> a permis de dégager les prémices d'une théorie de l'autorité de la règle de conflit. Toutefois, il demeurait encore ancré dans la tradition du droit international privé qui tenait compte, principalement, de l'identité de la loi désignée par la règle de conflit pour en fixer le caractère obligatoire. C'est donc par une opération intellectuelle un peu surprenante que la détermination de la loi applicable par la règle de conflit permettait *a posteriori* de déterminer si celle-ci devait être appliquée d'office ou non. Néanmoins, cette conclusion n'aboutit qu'au prix d'un raisonnement quelque peu anachronique étant donné que les ouvrages et les arrêts de l'époque visaient expressément la question de l'application d'office de *la loi étrangère* et non de la règle de conflit elle-même<sup>579</sup>. Si l'arrêt *Bisbal* semble exprimer clairement que les règles de conflit ont un caractère supplétif – du moins en tant que règles qui ne sont pas d'ordre public – l'explicitation donnée par la Cour de cassation (« en ce sens qu'il appartient aux parties d'en rechercher l'application ») révélerait, non pas la présence d'une règle supplétive, mais plutôt l'existence d'une règle permissive à l'égard des parties puisqu'elles doivent manifester la volonté de la voir appliquée. Plus encore que l'arrêt *Bisbal*, c'est surtout l'arrêt *CACB c.*

---

<sup>577</sup> Sur cette question, v. aussi nos propos *supra* n°35.

<sup>578</sup> Civ. 12 mai 1959, *Bisbal*, D. 1960, p. 610, note P. MALAURIE ; JCP 1960.II.11733, note H. MOTULSKY ; *Rev. crit. DIP* 1960, p. 62 note H. BATIFFOL ; *JDI* 1960, p. 812, note J.-B. SIALELLI ; *Grands arrêts* n° 32.

<sup>579</sup> H. BATIFFOL, *Traité de droit international privé*, 1<sup>re</sup> éd., 1949, n°336 p. 357 ; P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2001. L'auteur énonce que : « si le tribunal peut, il n'est pas tenu d'appliquer d'office la loi étrangère lorsqu'il n'est pas parvenu à une connaissance certaine » et que « les juges du fond ne sont pas tenus d'appliquer d'office une loi étrangère dont les plaideurs négligent d'invoquer ou d'établir les dispositions », n°315, p. 364.

*Chemouny*<sup>580</sup> qui permet de considérer le caractère proprement permissif de la règle de conflit à l'égard du juge puisqu'il est expressément mentionné qu'« il était loisible à la Cour d'appel de procéder elle-même à la recherche et de préciser les dispositions du droit libanais compétent ». Dès lors que les parties ne l'ont pas invoquée, le juge aurait donc la faculté d'effectuer la recherche de la loi étrangère ou de ne pas la faire. Cela sous-entend néanmoins que lorsque les parties ont invoqué l'application de la loi étrangère, le juge était tenu de l'appliquer, mais à condition toutefois que les parties en établissent le contenu – en fassent *la preuve* puisque la loi étrangère était alors considérée comme un fait. Par conséquent, en dehors des cas où le juge était lié par la demande des parties, l'applicabilité de la règle de conflit était permissive dès lors qu'elle conduisait à l'application de la loi étrangère. La jurisprudence chaotique qui a suivi est venue modifier cette règle.

**215. Deuxième période : le renforcement de l'impérativité de la règle de conflit.** Par la suite, la jurisprudence est venue supprimer toute forme de règle permissive à l'égard du juge ; mais cette solution catégorique, consacrée par les arrêts *Reboub et Schule*, devait être de courte durée<sup>581</sup>. L'impérativité de la règle de conflit a d'abord vu ses contours restreints par l'arrêt *Coveco*<sup>582</sup> qui fixa deux exceptions à son caractère obligatoire : si la matière du litige n'est pas soumise à une convention internationale ou si elle met en jeu des droits disponibles. L'arrêt *Mutuelle du Mans*<sup>583</sup> est venu supprimer la première, ce qui a conduit à ériger en véritable critère la notion de libre disponibilité des droits. Au vu de la jurisprudence *Mutuelle du Mans*, il est désormais constant que, pour les droits dont les parties n'ont pas la disposition, le juge est tenu d'appliquer d'office la loi étrangère et également d'en rechercher le contenu. Si cette jurisprudence a laissé une place pour une règle permissive à l'égard du juge, son champ d'application a considérablement rétréci – malheureusement de manière très incertaine.

## 2) L'existence d'une règle permissive à l'égard du juge

**216. Caractère résiduel de la règle permissive à l'égard du juge.** Si l'évolution jurisprudentielle a laissé subsister une règle permissive, il est nécessaire d'identifier

<sup>580</sup> Civ.1<sup>re</sup>, 2 mars 1960, *CACB c. Chemouny*, *Rev. crit. DIP*, 1960, p. 97, note H. BATIFFOL, *JDI* 1961, p. 408 note B. GOLDMAN ; *JCP* 1960.II.11734, note H. MOTULSKY ; *Grands arrêts*, n° 33.

<sup>581</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 11 oct. et 18 oct. 1988, *Reboub et Schule*, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 368 et note Y. LEQUETTE, p. 277 ; *JDI* 1989, p. 349 note D. ALEXANDRE ; *JCP* 1989.II.21237, note P. COURBE ; *Grands arrêts*, n° 74.

<sup>582</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 déc. 1990, *Sté COVECO*, *JDI* 1991, p. 371, note D. BUREAU ; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 558, note M.-L. NIBOYET ; *Grands arrêts*, n° 76.

<sup>583</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 mai 1999, *Mutuelles du Mans*, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 707, 1<sup>ère</sup> esp., note H. MUIR WATT ; *Gaz. Pal.* 2000, n° 61 et 62 obs. M.-L. NIBOYET ; *Grands Arrêts*, n° 77 et v. aussi : Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mai 1999, *Belaid*, *Rev. Crit. DIP* 1999, p. 707, note H. MUIR WATT ; *Grands arrêts*, n° 74-78.

les hypothèses où le juge disposera d'une liberté effective quant à l'application de la règle de conflit. Au vu de la jurisprudence *Mutuelle du Mans* précitée, le critère de la libre disponibilité des droits en cause semble avoir clairement délimité le champ de la règle permissive. Pour les droits dont les parties n'auraient pas la libre disposition, le juge serait confronté à l'existence d'une règle impérative quant à l'applicabilité de la règle de conflit. Au contraire, lorsque les droits en jeu sont disponibles, il retrouverait alors une marge d'appréciation à l'image de celle qui était la sienne dans le système *Bisbal*. Une fois le domaine de la règle précisé, il faudra s'intéresser aux modalités d'exercice de la règle.

a) *Essai de détermination du domaine de la règle permissive*

**217. L'existence d'un droit disponible : un critère flou.** La notion de libre disponibilité des droits est au cœur de la délimitation du domaine de la règle permissive puisque cette dernière n'intervient qu'à condition que soient en cause des droits disponibles. Encore faut-il savoir ce que recouvre cette catégorie de droits. Le dictionnaire juridique nous apprend qu'il s'agit de la « qualité juridique du droit dont on peut librement disposer »<sup>584</sup> ; le même dictionnaire renvoyant, quant à la définition du verbe *disposer*, au substantif *disposition*. Plusieurs auteurs ont tenté de préciser ces éléments afin de forger une définition qui soit davantage explicite et la notion de renonciation a semblé la mieux à même d'éclairer celle de libre-disponibilité<sup>585</sup>.

Détaché du caractère impératif ou supplétif de la règle qui l'énonce, le droit disponible est celui auquel il est permis de renoncer<sup>586</sup>, ce qui a permis de séparer la question de l'impérativité de la règle source du droit et celle de sa libre disponibilité<sup>587</sup>. Reste à déterminer les droits auxquels il est permis de renoncer. Pour ce faire, certains auteurs se sont attachés à l'intérêt protégé par le droit en cause : si le droit concerne l'intérêt public, il sera alors indisponible ; si au contraire il concerne l'intérêt privé, il sera alors disponible, quand bien même la règle l'édicte

<sup>584</sup> V° « Disponibilité », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, association Henri CAPITANT, PUF, coll. Quadrige, 10ème éd., 2014.

<sup>585</sup> Sur ce critère : V. B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 272, Paris, L.G.D.J, 1996 ; C. PÉRÈS, *La règle supplétive*, *op. cit.*, n°250 et s.

<sup>586</sup> V. sur l'inaptitude de ce critère quant à la détermination du caractère disponible ou non du droit en cause : B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, *op. cit.*, n°153 et s. p. 93 et s. ; C. PÉRÈS, *La règle supplétive*, L.G.D.J, 2004, n°222 p. 199. Quant à définition par rapport à la renonciation : B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, *op. cit.*, n°187 et s. p. 113.

<sup>587</sup> Il arrive ainsi que des règles qualifiées d'ordre public édictent des droits pourtant disponibles car susceptibles de renonciation, comme en matière de transaction où l'existence d'une règle impérative n'empêche nullement les parties de recourir à ce mécanisme : V. C. BOILLLOT, *La transaction et le juge*, th. dactyl. Paris I, 2001, n°396 et s., p. 221 et n°1043 et s., p. 532, cité par C. PÉRÈS, *La règle supplétive*, *op. cit.*, n°252, note 287.



serait d'ordre public<sup>588</sup>. Dans cette dernière hypothèse, il est toutefois nécessaire de vérifier le caractère acquis du droit en cause : dans la négative, le souci de protection du législateur dans l'édiction de la règle à l'origine du droit serait neutralisé par une renonciation prématurée de la partie protégée à un droit édicté en sa faveur. Elle ne devrait pouvoir renoncer à celui-ci qu'une fois dégagée de sa situation de faiblesse et donc une fois le droit en cause acquis<sup>589</sup>. Malgré cet éclairage, il demeure parfois délicat d'opérer une césure claire entre les deux d'autant qu'en la matière les distinctions ont tendance à se brouiller : alors que traditionnellement le droit des contrats était l'apanage des droits disponibles, les droits indisponibles s'y multiplient, tandis que les droits disponibles voient leur part croître en droit de la famille<sup>590</sup>.

Se pose également la question d'un éventuel dépeçage dans l'hypothèse où droits disponibles et indisponibles se verraient entremêlés dans le cadre d'un même litige<sup>591</sup>. Si l'identification de l'assiette des droits disponibles continue de susciter des difficultés et *a fortiori* des critiques<sup>592</sup>, le problème de la loi applicable à la qualification du droit litigieux semble principalement résolu en doctrine par un choix en faveur de la *lex fori*, conforté par une jurisprudence constante sur ce point<sup>593</sup>.

Par conséquent, la liste des droits susceptibles de renonciation n'est pas immédiatement apparente car elle est établie de manière casuistique. Que l'on soit

---

<sup>588</sup> V. en ce sens, R. LIBCHABER, « Insondables mystères : les incertitudes de la renonciation », *Deffrénois* 2002, p. 779.

<sup>589</sup> V. en ce sens, B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, *op. cit.*, n° 197 et s. p. 119 citant notamment G. COUTURIER, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve » in *Mélanges Jacques Flour*, Répertoire du notariat Deffrénois, Paris 1979, p. 95, spéc. p. 105 et s. ; R. LIBCHABER, « Insondables mystères : les incertitudes de la renonciation », art. préc.

<sup>590</sup> V. dans ce sens : V. S. FULLI-LEMAIRE et D. ROJAS TAMAYO, in C. ESPLUGUES, J.-L. IGLESIAS, G. PALAO (eds.), *Application of Foreign Law*, Sellier., 2011, Munich, p. 185. Pour un exemple néanmoins clair où l'indisponibilité du droit n'est pas discuté et où le bénéfice d'une règle permissive est donc exclu : v. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 1995, n°93-16467. Dans cet arrêt, suite à un divorce prononcé en application de la loi marocaine, un époux invoquait le bénéfice de la règle permissive pour appliquer la loi française, ce à quoi la cour a répondu que les parties ne pouvaient ni renoncer à l'application de la loi marocaine ni à l'application de la règle de conflit.

<sup>591</sup> Sur ce point, voir *Grands Arrêts*, n°84, n°12 p. 741.

<sup>592</sup> Sur l'aspect critique, v. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome 1, 3<sup>e</sup> éd., 2014, PUF, n°366 p. 432 et n°376 p. 443 ; H. MUIR WATT, v° « Loi étrangère », *Rép. dr. Inter. Dalloz*, Paris, Dalloz, 2010, n°64 à 68 p. 16 et s.

<sup>593</sup> V. en faveur d'une qualification *lege causae* : Y. LEQUETTE, « L'abandon de la jurisprudence *Bisbal* », *Rev. Crit. DIP* 1989, p. 314, n°31 ; P. MAYER, *Droit international privé*, Montchrestien, 4<sup>e</sup> éd., n°189 cité par *Grands Arrêts*. Et au contraire, en faveur de la *lex fori* : B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, L.G.D.J., 1996, n°85 p. 53, P. LAGARDE, *Rev. Crit. DIP* 1990, p. 320 ; V. HEUZÉ, P. MAYER, *Droit international privé*, Montchrestien, 10<sup>e</sup> éd., n° 153 et *Grands Arrêts*, n° 84. Dans les *Grands arrêts*, les auteurs énoncent plus simplement que « plus que des considérations théoriques, ce sont les résultats pratiques de l'application de la *lex causae* qui conduisent à préférer la *lex fori*. Retenir la *lex causae*, c'est en effet créer une sorte de cercle vicieux, en obligeant le juge à interroger celle-ci pour savoir s'il peut se dispenser de l'appliquer ».

satisfait ou non de ce critère, il est insuffisant à lui seul si l'on tente de dégager véritablement le champ d'application de la règle permissive. En effet, si le caractère disponible du droit en cause est une condition nécessaire, elle n'est pas une condition suffisante car d'autres considérations entrent en jeu ; les parties ne doivent ni avoir invoqué la loi étrangère ni avoir conclu un accord procédural.

**218. Les autres éléments : l'absence d'invocation de la loi étrangère par les parties et l'absence d'accord procédural.** L'existence de la règle permissive est également conditionnée, d'abord par l'invocation ou non par les parties de la loi étrangère ou de la règle de conflit – en pratique, il s'agit le plus souvent de la loi étrangère –, ensuite par la présence ou non d'un accord procédural. La question de l'accord procédural étant traitée dans le cadre de l'applicabilité à l'égard des parties, seule l'invocation de la loi étrangère sera ici développée<sup>594</sup>.

**219.** Si la règle permissive à l'égard du juge est qualifiée de résiduelle, c'est notamment en raison de la possibilité qu'ont les parties de lier le juge en sortant du champ d'application de la règle permissive. Aussi est-il nécessaire de préciser ce mécanisme qui est offert aux parties, d'autant que la question a connu une importante évolution depuis les années 1990 et qu'elle est en voie de se stabiliser depuis 2005.

En effet, si la circonstance que les parties aient invoqué la loi étrangère peut paraître simple à cerner, il est en pratique difficile de déterminer ce qu'il faut entendre par *invocation*. Sur ce terrain, la jurisprudence *Amerford*<sup>595</sup> a pendant longtemps imposé une conception particulièrement restrictive de cette notion. Pour que le juge soit tenu d'appliquer la règle de conflit et *a fortiori* la loi étrangère, la partie qui l'invoquait devait apporter la preuve de la différence de contenu entre le droit étranger et le droit français afin de démontrer que l'application de la loi étrangère à sa prétention aboutirait à une solution différente de l'application de la loi française. Par conséquent, alors que les questions de l'autorité de la règle de conflit et de la preuve du contenu de la loi étrangère sont en principe distinctes<sup>596</sup>, cette

---

<sup>594</sup> Pour l'accord procédural, voir *infra* n°236 et s.

<sup>595</sup> Com., 16 novembre 1993, *Rev. Crit. DIP*, 1994, p. 332, note P. LAGARDE, *JDI* 1994, p. 98, note J.-B. DONNIER, *Dr. mar.fr.*, 1994, p. 120, note Y. TASSEL, *Grands Arrêts*, n° 82. L'arrêt énonce : « Mais attendu que, dans les matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits, il incombe à la partie qui prétend que la mise en œuvre du droit étranger, désigné par la règle de conflit de lois, conduirait à un résultat différent de celui obtenu par l'application du droit français, de démontrer l'existence de cette différence par la preuve du contenu de la loi étrangère qu'elle invoque, à défaut de quoi le droit français s'applique en raison de sa vocation subsidiaire ; qu'ayant retenu que la société X se bornait à revendiquer la compétence du droit de l'Etat de l'Illinois, sans établir que l'appréciation de sa responsabilité au regard des règles de ce droit en serait modifiée, c'est sans inverser la charge de la preuve que la cour d'appel a statué sur le fondement du droit français ; que le moyen n'est pas fondé ».

<sup>596</sup> La question de l'autorité de la règle de conflit concerne son applicabilité et constitue donc la question première, tandis que la question de la preuve de la loi étrangère qui vise l'établissement de son contenu, ne

jurisprudence avait pour effet de mêler les deux puisqu'elle faisait de la preuve de la loi étrangère – plus précisément de sa différence de contenu – une condition d'application de la règle de conflit. L'objet de la preuve était particulièrement lourd pour la partie qui devait renverser la présomption d'équivalence posée entre la loi française et la loi étrangère.

Cette exigence stricte se justifiait par le souci de la Cour de cassation de ne pas voir se multiplier les recours dilatoires dans l'hypothèse où les juges seraient face à un « faux conflit »<sup>597</sup>. Elle évitait également que, par une discrète allusion à la loi étrangère devant les juges du fond, les parties n'aient lié le juge en se mettant en dehors du champ de la règle permissive.

En termes de rationalisation des pratiques judiciaires, ces préoccupations se conçoivent aisément. Pourtant, elles ne semblaient pas pleinement satisfaisantes, notamment en ce qu'elles imposaient aux parties de démontrer l'existence d'un vrai conflit et d'empiéter sur l'office du juge dont elles devaient réaliser le travail en amont<sup>598</sup>. Cette jurisprudence a donc par la suite été abandonnée, mais au prix d'une lente évolution que la doctrine a su décrypter<sup>599</sup>.

L'évolution s'est amorcée en 2002 et s'est prolongée jusqu'à la jurisprudence *Aubin-Itraco* de 2005. Dans un arrêt *D. & J. Sporting Ltd* de 2002 intervenant en matière de droits disponibles – il s'agissait d'une demande fondée sur un contrat –, la première chambre civile a d'abord affirmé que le juge saisi d'une demande d'application d'un droit étranger avait l'obligation d'en rechercher la teneur et, par suite, de l'appliquer. Si la portée de la solution n'était pas évidente, il était possible d'y voir un début de remise en question de la jurisprudence *Masson-Amerford*. En effet, il n'était plus question de la démonstration par les parties de l'existence d'un

---

devrait se poser que si la règle de conflit est applicable. En effet à défaut, la preuve de la loi étrangère serait sans objet étant donné que si la règle de conflit est évincée, seul le droit français est applicable.

<sup>597</sup> Pourquoi se poser la question de l'application de la règle de conflit si cette application ne devait, en pratique, avoir aucun effet, soit que la solution issue du droit étranger soit identique à celle de la loi française, soit qu'en raison de l'impossibilité d'établir le contenu de la loi étrangère, la loi française était applicable en raison de la vocation subsidiaire de la *lex fori*. Pour l'exposé de ces arguments et l'emploi de cette terminologie : v. 28 juin 2005, *Rev. crit. DIP* 2005, p. 645, note B. ANCEL et H. MUIR WATT ; M. NICOD, « Un droit venu d'ailleurs : la loi étrangère désignée par la règle de conflit », in *Libres propos sur les sources du droit : mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, p. 417, *D.* 2005, p. 2853, note N. BOUCHE, *RTD. com.* 2005, p. 872, obs. P. DELEBECQUE ; v. aussi J. LEMONTEY et J.-P. REMERY, *Rapport de la Cour de cassation*, 1994, p. 88. L'auteur évoque « l'utilisation dilatoire de la règle de conflit ».

<sup>598</sup> En ce sens, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin 2005, *Rev. crit. DIP* 2005, p. 645, B. ANCEL et H. MUIR WATT. Les auteurs affirment que : « L'obligation du juge tant de trancher le conflit de lois que de faire application de la loi étrangère applicable ne se déclenchait qu'en cas de démonstration d'un « vrai » conflit, auquel cas son office était réalisé par anticipation ».

<sup>599</sup> Pour le décryptage de cette évolution, v. notamment : Civ. 1<sup>re</sup>, 18 septembre 2002, *D. & J. Sporting Ltd*, *JDI* 2003, p. 107, note H. PÉROZ ; *Rev. Crit. DIP* 2003, p. 91, note H. MUIR WATT ; Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janvier 2003, *Rev. Crit. DIP* 2003, p. 462, note B. ANCEL ; Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 2003, *Banque Worms*, *Gaz. Pal.*, 25 juin 2003, n° 176/177, p. 33 et la chron. M.-N. JOBARD-BACHELLIER ; Civ. 1<sup>re</sup>, 13 nov. 2003, *Besnard et Com.*, 13 nov. 2003, *Magliera Gipsy*, *Rev. Crit. DIP* 2004, p. 95, note B. ANCEL ; Civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin 2005, *Rev. crit. DIP* 2005, p. 645, note B. ANCEL et H. MUIR WATT.

véritable conflit de lois, mais seulement d'une allégation reposant sur le droit étranger. Toutefois, afin de ne pas autoriser à nouveau les pratiques dilatoires que la jurisprudence *Masson-Amerford* avait voulu supprimer, encore fallait-il – si tant est que cette évolution soit confirmée et suivie par les autres chambres – que cette allégation reposant sur le droit étranger soit suffisamment précisée.

**220.** À partir de quand est-il possible de déceler une allégation, au sens strict, de la loi étrangère ? Par exemple, suffit-il que les parties aient seulement mentionné une loi étrangère dans leurs conclusions ou faut-il qu'elles aient spécialement réclamé son application ? La réponse est primordiale car si la première branche de l'alternative est retenue, l'existence d'une règle permissive à l'égard du juge risque de n'être cette fois que purement théorique ; elle est donc essentielle pour la délimitation du champ d'application de la règle, ce qui se répercute nécessairement au niveau du contrôle opéré par la Cour de cassation.

En effet, l'enjeu tient à ce que si l'application de la règle de conflit – et *a fortiori* de la loi étrangère – est permissive pour le juge, il ne sera pas possible aux parties devant la Cour de cassation d'invoquer la non application de la loi étrangère et le non-respect de la règle de conflit. Au contraire, si le juge est tenu d'appliquer la règle de conflit, alors l'une des parties, voire la Cour de cassation elle-même par la technique des moyens relevés d'office, pourra casser la décision rendue<sup>600</sup>. Pour se ménager cette chance, les parties pourraient être tentées, par une évocation allusive à la loi étrangère, de se réserver la possibilité d'obtenir une cassation de la décision obtenue si celle-ci ne leur convenait pas. Néanmoins, les règles de procédure civile et la technique de cassation empêchent en principe de telles pratiques dilatoires d'aboutir.

Le droit processuel prévoit en effet que la Cour d'appel n'est tenue de répondre qu'*aux moyens* qui lui sont soumis. Or le moyen correspond aux « raisons de fait ou de droit invoquées par un plaideur à l'appui de sa prétention » et il se distingue ainsi de l'argument ou de la simple réserve et doit présenter l'intégralité du syllogisme judiciaire. À défaut, la Cour d'appel n'est pas tenue d'y répondre et le moyen qui interviendrait pour la première fois devant la Cour de cassation serait irrecevable comme étant nouveau. La simple invocation de la loi étrangère au soutien de l'allégation n'est donc pas suffisante dès lors qu'aucune demande n'en est

---

<sup>600</sup> V. en ce sens J.-P. ANCEL « L'invocation d'un droit étranger et le contrôle de la Cour de cassation », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz 2008, p. 3. L'auteur énonce, quant aux enjeux de l'existence d'une règle permissive à l'égard du juge ou non qu'« On ne peut reprocher au juge d'avoir fait ce qui lui était permis – ignorer la règle de conflit de lois » et « dès lors, l'irrecevabilité du moyen tiré de l'application d'un droit étranger s'explique ». La question se pose également en droit de la procédure civile quant au pouvoir du juge de relever des moyens de droit. L'hésitation est permise entre l'existence d'une obligation ou d'une faculté à son égard. L'enjeu est là encore essentiel étant donné qu'en la matière : « l'obligation appelle la sanction et la thèse de l'obligation présente l'inconvénient de favoriser le contentieux en cas de non respect de l'obligation. » v. *Théorie générale du procès*, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, L. CADIET, PUF – Thémis, 2<sup>e</sup> éd., 2013, p. 767.

déduite. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler cette solution dans un arrêt du 28 janvier 2003<sup>601</sup> qui prolonge l'évolution initiée en 2002.

Dans cet arrêt, il s'agissait de l'exécution d'une promesse d'apport immobilier à laquelle la Cour d'appel avait appliqué le droit français. Il était reproché à la Cour de ne pas s'être prononcée sur la loi applicable à l'existence et à la représentation de la société, ainsi qu'à la validité et à la preuve de l'apport litigieux, sachant que les parties invoquaient la loi de l'État de New York. La Cour de cassation a approuvé l'omission de la Cour d'appel au motif que « la référence faite (...) à la loi de l'État de New York se limit(ait) à une simple allégation concernant la constitution de la société (...), de laquelle aucune demande n'était déduite ». Cette précision permet de renforcer l'effectivité de la règle permissive qui ne sera pas systématiquement neutralisée. Tant que la loi étrangère n'est invoquée au soutien d'aucune demande, le juge reste libre d'appliquer ou non la loi étrangère et la règle demeure permissive à son égard. Pour l'écartier, les parties doivent tirer une véritable prétention de l'application de la loi étrangère, distincte de celle découlant de l'application du droit français. Néanmoins, il n'est plus question de la preuve de différence de contenu entre les deux et, au vu de cet arrêt, cette exigence semble avoir été abandonnée, du moins pas la première chambre civile puisque la chambre commerciale s'en tenait encore à la jurisprudence *Amerford*<sup>602</sup>.

Cet aspect a été clarifié en 2005 avec la jurisprudence *Aubin Itraco*, principalement connue pour avoir aligné le régime de la preuve du contenu de la loi étrangère en matière de droits disponibles et indisponibles. Néanmoins, ces arrêts ont également précisé le champ d'application de la règle permissive à l'égard du juge dans la mesure où ils ont permis d'identifier clairement les hypothèses où le juge serait lié par l'invocation d'une loi étrangère par les parties et donc *a fortiori*, les hypothèses où il disposait d'une véritable faculté.

En effet, outre les questions de preuve, c'est bien de la force obligatoire de la règle de conflit à l'égard du juge qu'il était question et donc des contours de la règle permissive. Sur ce point, l'analyse approfondie de la doctrine a permis de dégager le critère de « l'invocation circonstanciée »<sup>603</sup>. Cela signifie que le juge du fond n'encourt la censure que s'il a été « régulièrement "saisi de l'application" de ce droit par une "invocation expresse" de l'une des parties – étant entendu que la simple

---

<sup>601</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janvier 2003, *Rev. Crit. DIP* 2003, p. 462, note B. ANCEL ; v. aussi sur ce point J.-L. BORÉ, « La technique de cassation en matière civile », *Dalloz Action*. Voir la définition qui est donnée du moyen, par opposition à l'argument.

<sup>602</sup> V. notamment, Com. 11 mars 2003, *Banque Worms*, *Gaz. Pal.*, 25 juin 2003, n° 176/177, p. 33 et la chron. M.-N. JOBARD-BACHELLIER. Il faut préciser que pour Monsieur B. ANCEL, les arrêts des chambres civile et commerciale rendus conjointement le 13 novembre 2003 (v. Civ. 1<sup>er</sup>, 13 nov. 2003, *Besnard* et Com., 13 nov. 2003, *Magliera Gipsy*) ne sont qu'une coïncidence et non la manifestation de la volonté de la Cour de cassation de faire cesser cette divergence (v. *Rev. crit. DIP* 2004, p. 95).

<sup>603</sup> Pour l'emploi de cette terminologie, v. B. ANCEL et H. MUIR WATT, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin 2005, *Rev. crit. DIP* 2005, p. 645.

allégation du droit étranger de laquelle aucune demande ne serait déduite ne suffirait pas »<sup>604</sup>. Une sorte d'équilibre semble avoir été trouvé quant à la délimitation du champ d'application de la règle permissive à l'égard du juge : l'invocation non circonstanciée ne suffira pas à neutraliser la règle permissive et ne permettra pas de sanctionner l'éventuelle inertie du juge quant à la mise en œuvre du droit étranger, sans pour autant que l'on fasse peser sur les parties la démonstration de la réalité du conflit de lois<sup>605</sup>.

Cette solution a pour effet de préserver un rôle réel à la règle permissive que la conjonction des deux critères aurait, en pratique, supprimé. En effet, dans la mesure où l'invocation de la loi étrangère lie positivement le juge et où le silence des parties, perçu comme un quasi-accord procédural<sup>606</sup>, le lie tout autant – mais cette fois négativement –, le champ d'application de la règle permissive aurait semblé réduit à néant, ce qui aurait pu faire douter de l'existence même de la règle. Cet équilibre permet de lui conserver un espace, ce qui est, à ce stade, souhaitable. Non pas que l'on défende fondamentalement l'existence d'une telle règle à l'égard du juge, mais plutôt qu'on ne comprendrait plus l'intérêt de maintenir la distinction entre les droits disponibles et indisponibles quant à l'applicabilité de la règle de conflit à l'égard du juge si les hypothèses d'applicabilité permissive de celle-ci, bien qu'existant en théorie, se révélaient en pratique irréalisables.

En définitive, en vertu de la jurisprudence actuelle, s'il fallait donner une définition de cette règle, la synthèse opérée par Madame H. MUIR WATT et Monsieur B. ANCEL en serait probablement la meilleure formulation. La règle pourrait ainsi s'énoncer comme suit : « Si les intérêts débattus sont disponibles, le juge a le pouvoir d'appliquer d'office la règle de conflit s'il n'y a eu ni accord procédural ni invocation circonstanciée »<sup>607</sup>.

<sup>604</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janvier 2003, *Rev. Crit. DIP* 2003, p. 462, note B. ANCEL, spéc. p. 465

<sup>605</sup> Pour un exemple récent montrant que les exigences de l'invocation de la loi étrangère semblent s'être stabilisées : Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 mars 2012, n° de pourvoi 09-68067, publié au bulletin. Dans cet arrêt, étaient en cause des droits disponibles (en l'occurrence, la validité d'une cession de droits d'auteur) et il est rappelé que l'invocation de l'applicabilité du droit belge à la question de la titularité du droit par une partie liait le juge en ce qu'il était tenu de mettre en œuvre la règle de conflit. Si la Cour de cassation peut sembler moins sévère quant à l'exigence d'une véritable invocation, il ressort du pourvoi qu'en l'espèce, et conformément à la jurisprudence antérieure, une vraie demande ait été formulée par les parties, ce qui expliquait que le juge soit lié. V. aussi Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 2012, n° de pourvoi 11-20421. Cet arrêt reprend la même formulation que l'arrêt précité en faisant référence au juge français *saisi d'une demande d'application du droit étranger*. En l'espèce, il s'agissait de la loi italienne qui était invoquée par une partie pour faire valoir la prescription de l'action relative au contrat d'assurance (le délai de prescription était d'un an en Italie). Par ailleurs, dans un arrêt plus ancien (Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 novembre 2005, n° de pourvoi 02-20122), il est précisé, au visa de l'article 3, « qu'il incombe au juge français *saisi d'une demande d'application d'un droit étranger* de rechercher avec les parties et de mettre en œuvre le droit désigné par la règle de conflit de lois » (c'est nous qui soulignons). En l'espèce, la Cour avait appliqué la loi française à l'établissement de la preuve d'un rapport contractuel litigieux alors que la loi de l'État de New York était invoquée.

<sup>606</sup> V. *infra* n°244-245.

<sup>607</sup> Il faut toutefois noter que l'utilisation de cette faculté par le juge demeure assez restreinte. Pour un exemple où le juge a relevé d'office l'application de la règle de conflit : v. Com. 4 avril 1978, *Rev. Crit. DIP*

**221.** Une fois ces éléments précisés, la règle n'est pas pour autant parfaitement identifiée. Si le juge décide de mettre en œuvre cette faculté, il devra respecter certaines modalités afin que son exercice soit effectif.

*b) Encadrement de l'exercice de la faculté*

**222.** Les modalités d'exercice de la faculté par le juge ne sont pas propres au droit international privé mais résultent des exigences de la procédure civile. En effet, l'article 16 alinéa 3 du Code de procédure civile dispose que dans les cas des moyens relevés d'office, le juge *doit avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations*. Dans l'hypothèse de l'exercice de sa faculté quant à l'application de la loi étrangère et de la règle de conflit, il s'agit bien pour le juge de relever d'office un moyen, ce qui explique qu'en vertu du respect du contradictoire, il soit obligé de prévenir les parties en leur demandant de présenter leurs observations, sous peine de sanction<sup>608</sup>.

**223.** Au vu de ce qui a été dit précédemment, la mise en œuvre effective de la règle permissive ne s'avère pas aisée tant les éléments qui en délimitent les contours sont incertains. Si la jurisprudence la plus récente en matière d'invocation de la loi étrangère s'est quelque peu précisée, des difficultés demeurent tant s'agissant de l'existence ou non d'un accord procédural que de la détermination du caractère disponible ou non du droit en cause.

**224.** Quelles que soient ses difficultés d'application, la règle permissive à l'égard du juge en matière de règle de conflit a été identifiée ; il est donc nécessaire à présent de s'interroger sur l'existence d'une règle permissive en matière d'applicabilité de la clause d'exception.

## **B – Applicabilité de la clause d'exception**

**225.** S'agissant de la clause d'exception, il existe deux problématiques distinctes :

---

1979, p. 88 et *RTD Civ.* 1979, p. 419, où le juge use de cette faculté en matière délictuelle. Il lui est d'ailleurs reproché de ne pas avoir invité les parties à s'expliquer sur le moyen de droit relevé d'office.

<sup>608</sup> V. par exemple pour des cas où les juges du fond ont été censurés de ne pas avoir respecté les modalités d'exercice de cette faculté : Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 décembre 1977, n° pourvoi 76-12510, la Cour rappelle au visa de l'article 16 du décret du 9 septembre 1971 que « le juge doit en toutes circonstances observer le principe de contradiction et ne peut fonder sa décision sur des moyens de droit relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations » ; Com., 4 avril 1978, n° de pourvoi 76-14766, la Cour rappelle au visa cette fois de l'article 16 du nouveau code de procédure civile que « le juge français ne peut faire application d'un texte de loi étranger qu'il a invoqué d'office qu'après avoir invité les parties à s'expliquer contradictoirement sur son application et son interprétation » ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 décembre 1997, n° de pourvoi 95-22220 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 décembre 2005, n° de pourvoi 03-10274, *Droit & Patrimoine*, décembre 2006, p. 79, obs. M.-É. ANCEL.

la question de l'applicabilité de la clause d'exception – c'est-à-dire de l'application d'office ou non de la clause par le juge – et la question de la marge de manœuvre dont dispose le juge dans la mise en œuvre de la clause elle-même. Si la première question sera traitée dans les développements qui suivent, la seconde le sera ultérieurement<sup>609</sup>.

La clause d'exception, désignée par certains comme la « clause de réserve de liens plus étroits »<sup>610</sup>, est une clause qui permet au juge d'écarter la loi normalement compétente – c'est-à-dire celle désignée par la règle de conflit – afin de lui substituer une loi qui présenterait des liens plus étroits avec le litige. Cette clause se veut un mécanisme correctif et *a fortiori* exceptionnel ; elle a été conçue pour réintroduire de la proximité là où le jeu mécanique de la règle de conflit par le biais d'un critère objectif de rattachement pouvait parfois conduire à des résultats insatisfaisants, révélateurs de failles entre l'objectif de proximité poursuivi par la règle et le résultat obtenu.

Cette figure se rencontre dans plusieurs conventions internationales et Règlements européens : la Convention de Rome, le Règlement Rome I, le Règlement Rome II et le Règlement Successions<sup>611</sup>. Si l'on s'en tient à une lecture purement littérale de ces différentes règles, rien ne laisse présager l'existence d'une règle permissive. Les différentes formulations employées se rejoignent sur l'utilisation du mode indicatif, qui laisse entendre une obligation pour le juge de la mettre en œuvre. Pourtant, sur la question de l'application d'office de la clause d'exception, la doctrine se prononce plutôt en faveur de l'absence d'obligation pour

---

<sup>609</sup> V. nos propos *infra* n°251.

<sup>610</sup> B. ANCEL, « La loi applicable à défaut de choix », in *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Schulthess, Genève, 2008, p. 77.

<sup>611</sup> V. Convention de Rome, articles 4-5 et 6-2 qui prévoient respectivement : « Les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays » et « Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, le contrat de travail est régi par (...), à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable. » (c'est nous qui soulignons) ; Règlement Rome I, article 4-3 : « Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens *manifestement* plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique », et 8-4 : « S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui visé au paragraphe 2 ou 3, la loi de cet autre pays s'applique » ; Règlement Rome II, article 4-3 pour la responsabilité contractuelle : « S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question » et articles 10-4 et 11-5 pour les quasi-contrats : « S'il résulte de toutes les circonstances que l'obligation non contractuelle découlant d'un enrichissement sans cause/d'une gestion d'affaires présente des liens *manifestement* plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1, 2 et 3, la loi de cet autre pays s'applique » ; Règlement Succession, article 21-2 qui dispose que « Lorsque, à titre exceptionnel, il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que, au moment de son décès, le défunt présentait des liens manifestement plus étroits avec un État autre que celui dont la loi serait applicable en vertu du paragraphe 1, la loi applicable à la succession est celle de cet autre État ».



le juge de rechercher systématiquement l'existence d'une loi présentant des liens plus étroits ou manifestement plus étroits<sup>612</sup>. La jurisprudence, statuant sous l'empire de la Convention de Rome, avait confirmé cette analyse en considérant que le juge n'était pas tenu de vérifier l'applicabilité de la clause dès lors que cette dernière n'était invoquée par aucune des parties<sup>613</sup>. Néanmoins, décider que le juge ne doit pas appliquer d'office la clause ne signifie nullement qu'il en ait bien la faculté et ni la Convention de Rome ni les Règlements ne répondent expressément à cette question. En effet, s'il est avéré que le juge doit vérifier la mise en œuvre de la clause à partir du moment où son application est demandée par l'une des parties, conserve-t-il le pouvoir de la mettre en œuvre en dehors de toute invocation de celle-ci ? Les avis sont partagés. Pourtant, la réponse est essentielle puisque seule une réponse affirmative à cette interrogation permettrait de qualifier la règle de permissive.

**226.** La clause d'exception a été fortement critiquée en raison de l'insécurité qu'elle introduit. Les instruments contenant une telle clause ont mis en place des présomptions qui permettent de renforcer la prévisibilité des solutions : rattachement à la loi de la résidence habituelle du débiteur de l'obligation caractéristique dans la Convention de Rome, série de présomptions dans le Règlement Rome I selon le type de contrat en cause et rattachement de principe à la loi du dommage avec une exception pour la loi de la résidence habituelle commune dans le Règlement Rome II. Aussi, afin de ne pas neutraliser l'effet prévisible de ces présomptions, la mise en œuvre de la clause d'exception doit-elle demeurer exceptionnelle. Ce caractère doit-il pour autant signifier que seule l'initiative des parties permettrait de la mettre en œuvre ? Rien n'est moins sûr. Dès lors que les parties n'ont pas fait de choix de loi applicable – ce qui est autorisé par les trois instruments précités – c'est au juge qu'il appartient de décider quelle est la loi objectivement applicable. Il ne fait d'ailleurs nul doute que les parties invoqueront cette clause, non par souci de respect des exigences de proximité, mais plus simplement parce que la loi désignée par la présomption ne leur permet pas d'atteindre une issue favorable à leurs intérêts. Le souci des parties quant à la proximité réelle de la loi désignée est en effet peu probable : pour celles-ci, seules comptent au moment du procès les considérations substantielles. Par conséquent, si la véritable fonction de la clause d'exception est de réajuster la localisation objective du litige, cet ajustement ne devrait pas être laissé au seul arbitrage des parties<sup>614</sup>.

---

<sup>612</sup> V. notamment en ce sens : H. GAUDEMET-TALLON, v° « Convention de Rome et règlement "Rome I" », *JCl. Droit international*, Fasc. 552-15, n° 38 et n°55.

<sup>613</sup> V. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 mai 2007, *Rev. crit. DIP* 2007, p. 592, 2<sup>e</sup> esp., note P. LAGARDE.

<sup>614</sup> On peut toutefois se demander, à partir du moment où les parties ont invoqué toutes les deux la même loi désignée par la présomption si le juge pourrait être autorisé à contrecarrer ce choix. Évidemment, les parties peuvent toujours retirer au juge la faculté en le liant par le biais d'un accord procédural ; cela aurait pour effet, en neutralisant la règle de conflit en général, d'empêcher ce type de réajustement. Néanmoins, au vu de ce qui a été dit antérieurement, il est clair que cet accord ne peut leur permettre de retenir la loi française. Par ailleurs, en matière de droits disponibles, comme c'est le cas pour les matières en cause, ils peuvent faire un

227. Ce n'est pourtant pas l'avis d'une partie de la doctrine pour qui l'octroi d'une telle liberté au juge n'est pas souhaitable. En effet, le juge risquerait d'en user pour mélanger considérations substantielles et éléments de localisation dans la mise en œuvre de la clause « selon une alchimie dont seul (lui) connaîtra(it) le secret<sup>615</sup> ». Aussi, certains préconisent-ils que « si aucune des parties n'invoque la clause d'exception, il serait plus conforme à l'esprit du règlement et plus satisfaisant sur le plan pratique que le juge n'ait ni l'obligation, ni la faculté de la soulever d'office »<sup>616</sup>. Mais, si ces auteurs considèrent qu'il serait préférable que le juge ne dispose pas d'une telle faculté, ils semblent admettre implicitement que la clause leur octroie bien une telle liberté et que le droit positif consacre donc une règle permissive.

S'il était encore permis d'en douter avec l'entrée en vigueur des deux Règlements précités, une décision de la Cour de justice de l'Union européenne pourrait conforter cette thèse. En effet, dans une décision du 6 octobre 2009 intervenant dans le cadre d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation de la Convention de Rome, la Cour de justice a eu à se prononcer sur la mise en œuvre de la clause d'exception<sup>617</sup>. La question qui lui était posée concernait l'interprétation de l'article 4, plus particulièrement la définition de la notion de transport au sens du paragraphe 4 et l'articulation des paragraphes 1, 2, 4 et 5. S'agissant du paragraphe 5, le *Hoge Raad* demandait, dans sa dernière question préjudicielle adressée la Cour, si la clause devait être mise en œuvre – et donc la présomption de l'alinéa 2 écartée – « s'il ressort de l'ensemble des circonstances que les critères de rattachement qui y sont visés n'ont pas de véritable valeur de rattachement » ou « s'il ressort de ces circonstances que l'on est en présence d'un rattachement plus important avec un autre pays ». Si l'éclairage attendu quant aux conditions de mise en œuvre de la

---

choix de loi et ce jusqu'à la dernière minute. Il leur appartiendrait dans ce cas de « bloquer » ce mécanisme par ce biais.

<sup>615</sup> V. en ce sens : Y. LEQUETTE, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI*, 1994, II, t. 246, spéc. n°211 et s. p. 189 et s. : « On ne saurait mieux marquer que le juge, usant de la liberté que lui offre le mécanisme de la clause d'exception, sera naturellement porté à mêler localisation concrète et considérations empruntées à la justice du cas. Mais, alors que dans la règle de conflit traditionnelle, justice du rattachement et justice matérielle sont, tour à tour, prises en compte selon des modalités qui assurent, autant que faire se peut, la prévisibilité des solutions, dans le mécanisme de la clause d'exception ces considérations risquent de se mélanger selon une alchimie dont seul le juge connaîtra le secret. Chaque magistrat sera, en effet, tenté de combiner considérations matérielles et éléments de localisation, selon des proportions variables, pour parvenir au résultat qui lui paraît le plus conforme à sa propre vision de la justice ».

<sup>616</sup> V. en ce sens : H. GAUDEMET-TALLON, v° « Convention de Rome et règlement "Rome I" », *JCl. Droit international*, Fasc. 552-15, n° 55, citant également pour une opinion similaire : P. LAGARDE, note sous Civ. 1<sup>re</sup> civ., 22 mai 2007, *Rev. Crit. DIP* 2007, p. 592, 2<sup>e</sup> esp.

<sup>617</sup> CJCE, 6 octobre 2009, C-1133/08, *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) c/ Balkenende Oosthuizen BV et MIC Operations BV*, concl. avocat général M. Y. BOT, présentées le 19 mai 2009, *JCP G* 2009, 550, note L. D'AVOUT et L. PERREAU-SAUSSINE, *Rev. dr. transp. nov.* 2009, comm. 210, note C. GRARD ; *RDC* 2010, 701, note P. DEUMIER, J.- B. RACINE et E. TREPPOZ ; *Rev. crit. DIP* 2010, p. 199, note P. LAGARDE ; *D.* 2010, p. 236, note F. JAULT-SESEKE ; *JDI* 2010, p. 183, note C. LEGROS.

clause d'exception s'est avéré décevant<sup>618</sup>, ce n'est pas tant cet aspect que celui lié à l'office du juge en matière de clause d'exception qui nous intéresse.

Tout en ne se prononçant pas expressément sur cette question, la Cour de justice fournit des indications quant à la possibilité pour le juge de soulever d'office l'application de la clause. Elle se réfère au rapport Giuliano et Lagarde qui expliquait à propos du paragraphe 5 de l'article 4 que le juge bénéficiait d'« une certaine marge d'appréciation quant à la présence, dans chaque cas d'espèce, de l'ensemble des circonstances qui justifient la non-application des présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 »<sup>619</sup> et ajoute que « dès lors que l'objectif principal de l'article 4 de la convention consiste à faire appliquer au contrat la loi du pays avec lequel celui-ci présente les liens les plus étroits, ledit article 4, paragraphe 5, doit être interprété en ce sens qu'il permet au juge saisi d'appliquer, *dans tous les cas de figure*, le critère qui permet d'établir l'existence de tels liens »<sup>620</sup>. Cela signifie donc que le juge pourrait

---

<sup>618</sup> V. notamment les observations de L. D'AVOUT et L. PERREAU-SAUSSINE, « Droit international privé des contrats : la CJCE n'aurait-elle pas déjà un train de retard ? », *JCP G*, p. 550 où les auteurs regrettent que « la Cour laisse dans le flou l'interprétation qu'elle entend retenir » en donnant « des gages aux deux théories opposées qu'elle refuse de départager » quant aux rapports entretenus entre les paragraphes 1 et 5 de l'article 4. Ce point a néanmoins été précisé depuis dans l'arrêt : CJUE 23 oct. 2014, C-305/13, *Haeger & Schmidt*, D. 2015, p. 136, note P. DELEBECQUE et J. ARIÉ LÉVY ; *AJCA* 2015. 76, obs. C. LEGROS. « Point 46. Partant, lorsqu'il s'agit d'un contrat qui relève de l'article 4, paragraphe 2, de la convention de Rome et qu'il est possible d'identifier sa prestation caractéristique, le juge national doit, *en premier lieu*, procéder à la détermination de la loi applicable sur la base des critères de rattachement spécifiques figurant à ce paragraphe 2, ainsi qu'il a été rappelé au point 35 du présent arrêt (voir, en ce sens, arrêt ICF, C-133/08, point 62). Point 47. Ainsi qu'il ressort tant du libellé de l'article 4, paragraphe 2, de la convention de Rome, qui réserve expressément le cas de l'application du paragraphe 5 de cet article, que de la jurisprudence de la Cour, cette présomption peut être écartée lorsque les conditions prévues à ce paragraphe 5 sont satisfaites (voir, en ce sens, arrêt ICF, C-133/08, points 63 et 64). Point 48. Il découle de ce qui précède que le juge doit vérifier, *en second lieu*, si, au regard de l'ensemble des circonstances du litige dont il est saisi, il y a lieu ou non d'écarter la solution à laquelle il est parvenu en application dudit paragraphe 2. À cette fin, il doit procéder à une comparaison des liens existant entre le contrat et, d'une part, le pays dans lequel la partie qui fournit la prestation caractéristique a sa résidence habituelle à la date de la conclusion du contrat et, d'autre part, un autre pays avec lequel ce contrat présente des liens étroits. Point 49. En effet, la juridiction de renvoi doit faire une appréciation globale de l'ensemble des éléments objectifs qui caractérisent la relation contractuelle et apprécier celui ou ceux qui, selon elle, sont les plus significatifs (voir, par analogie, arrêt Schlecker, C- 64/12, point 40). Ainsi que la Commission l'a souligné, parmi les éléments significatifs de rattachement, il convient notamment de prendre en compte l'existence de liens étroits du contrat en cause avec un ou plusieurs autres contrats faisant partie, le cas échéant, de la même chaîne de contrats ainsi que le lieu de livraison des marchandises. Point 50. Cette interprétation est également confortée par le considérant 20 du règlement n° 593/2008, qui prévoit explicitement, en tant que critère de rattachement pertinent, l'existence d'une chaîne de contrats liés au contrat en cause. Point 51. Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la troisième question que l'article 4, paragraphe 2, de la convention de Rome doit être interprété en ce sens que, dans l'hypothèse où il est fait valoir qu'un contrat présente des liens plus étroits avec un pays autre que celui dont la loi est désignée par la présomption figurant audit paragraphe, le juge national doit comparer les liens existant entre ce contrat et, d'une part, le pays dont la loi est désignée par la présomption et, d'autre part, l'autre pays concerné. À ce titre, le juge national doit tenir compte de l'ensemble des circonstances, y compris l'existence d'autres contrats liés au contrat en cause. » (c'est nous qui soulignons). Pour une application de cette jurisprudence par la Cour de cassation : v. Com. 10 févr. 2015, n° 12-13.052, D. 2015, p. 429 et 1056, pan. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE.

<sup>619</sup> CJCE, 6 octobre 2009, préc., point 58.

<sup>620</sup> CJCE, 6 octobre 2009, préc., point 60, c'est nous qui soulignons.

mettre en œuvre la clause soit parce qu'elle a été invoquée par une – voire les deux – partie(s), soit parce que le juge, de son propre chef, estime que les circonstances justifient la mise en œuvre de la clause. L'arrêt de la Cour de justice *Haeger & Schmidt* de 2014<sup>621</sup>, bien qu'il présente à cet égard une formulation ambiguë, ne nous semble pas remettre en cause l'existence d'une règle permissive à l'égard du juge.

Ayant encore eu à répondre à une question préjudicielle relative à l'articulation des paragraphes 2, 4 et 5 de l'article 4 dans le cadre d'un contrat de transport ferroviaire, la Cour de justice a été interrogée par la Cour de cassation, notamment sur les conditions de mise en œuvre de la clause d'exception de la Convention de Rome. Nonobstant l'éclaircissement apporté sur ce point, l'énoncé des conditions de mise en œuvre de la clause par le juge national pourrait faire douter de la qualification de règle permissive quant à son office. En effet, la Cour énonce que, dans le cadre de la mise en œuvre de la clause, « le juge national *doit*, en premier lieu, procéder à la détermination de la loi applicable sur la base des critères de rattachement spécifiques figurant à ce paragraphe 2 » (point 46) ; il « *doit* vérifier, en second lieu, si, au regard de l'ensemble des circonstances du litige dont il est saisi, il y a lieu ou non d'écarter la solution à laquelle il est parvenu en application dudit paragraphe 2 », « à cette fin, il *doit* procéder à une comparaison des liens existant entre le contrat et, d'une part, le pays dans lequel la partie qui fournit la prestation caractéristique a sa résidence habituelle à la date de la conclusion du contrat et, d'autre part, un autre pays avec lequel ce contrat présente des liens étroits » (point 48) et enfin que « la juridiction de renvoi *doit* faire une appréciation globale de l'ensemble des éléments objectifs qui caractérisent la relation contractuelle et apprécier celui ou ceux qui, selon elle, sont les plus significatifs » (point 49). Sur la question de l'office du juge, on pourrait déduire de cette formulation que le juge est tenu de mettre en œuvre la clause d'exception dès lors que les circonstances l'exigent et qu'il ne disposerait en la matière pas d'une simple faculté. Pourtant, cette analyse ne nous semble pas correcte. La prescription d'une méthode à l'attention des juges nationaux en usant d'un énoncé impératif vise les modalités de mise en œuvre de la clause d'exception et non le principe même de sa mise en œuvre : si le juge national décide de mettre en œuvre la clause, il *doit* alors respecter les étapes et le raisonnement imposés par la Cour. Mais la décision de mise en œuvre de la clause n'est qu'une simple faculté<sup>622</sup>. Ainsi que le rappelle la Cour « cette présomption *peut* être écartée lorsque les conditions prévues à ce paragraphe 5 sont satisfaites » (point 47).

<sup>621</sup> V. CJUE 23 oct. 2014, C-305/13, *Haeger & Schmidt*, préc. et nos observations dans la note *supra* n°620.

<sup>622</sup> Tout au plus pourrait-il être sanctionné si, dans le cadre d'une mise en œuvre d'office de la clause d'exception, le juge n'invitait pas les parties à présenter leurs observations. Cette hypothèse peut être rapprochée de : Com. 18 juin 2013, n°11-27132, *JDI* 2014, p. 858, note C. PELLEGRINI.

Le contrôle de la mise en œuvre de la clause par la Cour de cassation conforte cette position. En effet, lorsque le juge décide de ne pas mettre en œuvre la clause d'exception, alors même qu'elle n'a été invoquée par aucune des parties, le fait que le juge ne s'y soit pas référé échappe à la cassation<sup>623</sup>. Aucun contrôle de la Cour n'est possible quant à l'appréciation de ce choix, ce qui confirme l'existence d'une simple faculté.

**228.** Aussi, malgré les réticences de la doctrine à cet égard, il semble que le juge dispose bien en la matière d'une faculté qui permet de qualifier cette règle de *règle permissive*<sup>624</sup>. L'existence d'une telle règle est également discutée en matière d'applicabilité des lois de police étrangères.

### C – Applicabilité des lois de police étrangères

**229.** Les règles qui prescrivent au juge l'application des lois de police du for sont sans conteste des règles qui s'imposent à celui-ci. Le caractère obligatoire de leur mise en œuvre ne suscite guère de débats. Il en est autrement des règles qui permettent au juge d'appliquer des lois de police étrangères. D'ailleurs, le seul terme d'*application* est lui-même sujet à controverse puisque pour certains il ne s'agirait pas d'une application de la loi étrangère mais d'une *prise en considération* de celle-ci par la loi désignée par la règle de conflit du for<sup>625</sup>. Quelle que soit la manière dont intervient la loi de police étrangère – directement ou par le biais d'une prise en considération – la question qui se pose est celle de savoir si le juge dispose d'une

---

<sup>623</sup> V. Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 mai 2007, n°05-12243 : dans cet arrêt des preneurs d'assurance-vie de nationalité française qui avaient souscrits le contrat par le biais d'un courtier français, contrat soumis par les juges au droit de l'île de Malte, reprochaient à la Cour d'appel d'avoir appliqué la présomption du paragraphe 2 sans avoir au préalable vérifié qu'il n'existait pas des liens plus étroits avec une autre loi, en l'occurrence, la loi française. Leur pourvoi est rejeté au motif que « la cour d'appel, qui n'avait pas à effectuer une recherche qui ne lui avait pas été demandée, a légalement justifié sa décision » ; v. dans le même sens mais s'agissant de la clause d'exception en matière de contrat de travail : Soc. 28 mars 2012, n°11-12778.

<sup>624</sup> V. en ce sens note J. MOREL-MAROGER, sous Com. 8 mars 2011, n°09-11751, *JDI* 2011, p. 579, spéc. « Si cette faculté de relever d'office l'application de la clause d'exception peut paraître peu opportune lorsqu'était retenue une interprétation large de cette clause, car ajoutait un facteur d'imprévisibilité sur le terrain de la loi applicable, elle peut être justifiée dès lors que l'on en fait une application très restrictive. Les juges ne mettent alors en œuvre ce mécanisme, que lorsqu'il est évident, que le critère rigide de rattachement ne fournit pas de solution satisfaisante. Cette faculté offerte aux juges du fond ne constituerait d'ailleurs pas un facteur supplémentaire d'imprévisibilité dès lors que la mise en œuvre de la clause d'exception est contrôlée par la Cour de cassation ». Néanmoins sur la remise en cause de ce constat en présence d'un accord procédural des parties : P. RÉMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime de la clause d'exception dans les conflits de lois », *Rev. Crit. DIP* 2003, p. 37 spéc. p. 64. En revanche, ainsi que l'atteste l'arrêt de la Cour de justice précité, l'exercice de la faculté, dès lors qu'elle est mise en œuvre par le juge, est strictement encadré : v. sur ce point nos propos *infra* n°258 et s.

<sup>625</sup> V. A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, livre de poche de l'Académie de droit international de La Haye, 2011, p. 485 ; K. KREUZER, « La propriété mobilière en droit international privé », *RCADI*, 1996, tome 259, p. 9, spéc. p. 222.

faculté dans sa mise en œuvre ou s'il est au contraire lié comme en matière de loi de police du for.

**230. Existence d'une règle permissive en matière de lois de police étrangères ?** À s'en tenir à la formulation de ce type de règle dans différents instruments, la qualification de *règle permissive* semble au premier abord pouvoir être retenue. La Convention de Rome dans son article 7 paragraphe 1 énonce que « lors de l'application (...) 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 ». La différence de rédaction avec le second paragraphe est particulièrement saisissante dans la mesure où s'agissant des lois de police du for, il est expressément mentionné que « 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 ». L'idée d'automatisme dans la mise en œuvre de la loi de police de la part du juge, que cette dernière formulation implique, est absente dans le paragraphe 1. Le règlement Rome I, qui a sensiblement restreint le champ d'application des lois de police étrangères<sup>626</sup>, conserve une formulation identique<sup>627</sup>. Néanmoins, il a été signalé à maintes reprises que l'analyse de l'énoncé normatif de la règle était insuffisant, d'autant qu'en l'espèce, sous couvert d'un seul énoncé, il est nécessaire de distinguer deux questions, renvoyant chacune à des règles différentes.

**231. Distinction de deux règles différentes en matière de lois de police étrangères.** Derrière les règles qui énoncent la possibilité d'application des lois de police étrangères de la part du juge, il faut découvrir deux questions différentes qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer. En effet, la problématique des lois de police étrangères embrasse un premier aspect qui concerne l'*applicabilité* des lois de police par le juge, mais également un second qui se rapporte à leur *application*. Quant à l'applicabilité, la question de l'existence ou non d'une règle permissive recouvre celle

---

<sup>626</sup> V. Article 9, paragraphe 9 qui énonce que seules les lois du pays « dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées » peuvent être appliquées et seulement dans la mesure où celles-ci « rendent l'exécution du contrat illégale ».

<sup>627</sup> Pour des exemples de formulations analogues : v. pour le droit conventionnel : article 16 de la Convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires « 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 tout État avec lequel la situation présente un lien effectif, 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 » ; v. pour le droit comparé : article 3079 du Code civil du Québec « Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants l'exigent, *il peut être donné effet* à une disposition impérative de la loi d'un autre État avec lequel la situation présente un lien étroit » ; article 19 de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987 : « Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit ».

de savoir si le juge a la faculté de mettre en œuvre, de son propre chef, la loi de police étrangère, sans que celle-ci ait été invoquée par l'une des parties. Quant à l'application, il s'agit de s'interroger sur l'existence d'une règle permissive à l'égard du juge dès lors que l'application d'une loi de police étrangère est réclamée et qu'il doit décider de la mettre en œuvre ou non. Seul le premier aspect a donc trait à l'office du juge et doit être rattaché à celui de l'applicabilité des règles de droit international privé en général<sup>628</sup>.

**232. Règle permissive au stade de l'applicabilité des lois de police étrangères.** Dans une étude sur les lois de police étrangères, P. MAYER commençait par le constat que, contrairement aux lois de police du for, l'attitude du juge à l'égard des lois de police étrangères n'avait rien d'évident et qu'en définitive, il ne donnerait effet à une telle loi « que si son propre législateur le lui permet(tait) ou le lui ordonn(ait) », ce qui le conduisait à se concentrer sur la question de savoir s'il était « opportun que l'ordre ou la permission soit donnée ? »<sup>629</sup>. Or une fois démontrée qu'une réponse affirmative s'imposait, encore fallait-il se demander si l'ordre devait être donné au juge ou si ce devait être une simple permission. Ce choix devait dépendre des circonstances d'intervention de la loi de police étrangère dans le débat et nécessitait la distinction de deux hypothèses différentes.

**233. Hypothèse de l'invocation de la loi de police étrangère par l'une des parties.** Cette hypothèse vise les cas où la loi de police étrangère est invoquée par l'une des parties. Étant donné que l'élément d'extranéité est entré dans le litige, le juge doit en tenir compte et répondre aux conclusions des parties sur ce point. Il doit alors procéder à l'évaluation de la loi de police étrangère<sup>630</sup>, en tenant compte des directives données par la règle. S'agissant par exemple de l'article 7 § 1 de la Convention de Rome, il devait prendre en compte la nature de la loi, son objet ainsi que les conséquences qui découleraient de son application ou de sa non-application. L'absence de liberté du juge quant au nécessaire examen de la loi de police étrangère – et donc l'absence de règle permissive à son égard – est avérée. En revanche, cette obligation ne le prive nullement de sa liberté quant à l'opportunité de l'application/prise en considération de la loi de police elle-même, c'est-à-dire qu'elle ne préjuge en rien de l'existence d'une règle permissive quant à l'effet à donner à la loi de police étrangère<sup>631</sup>.

<sup>628</sup> Le second aspect, concernant la règle permissive au stade de leur application, sera étudié dans nos développements ultérieurs : v. *infra* n°256 et s.

<sup>629</sup> V. « *Les lois de police étrangères* », *JDI* 1981, p. 277.

<sup>630</sup> Cette terminologie, qui n'apparaît pas dans l'article précité, est empruntée à : S. SANA-CHAILLE DE NERE, *DMF*, 2010, p. 714, note sous Com. 16 mars 2010 et A. MARCHAND, *JDI* 2011, p. 2.

<sup>631</sup> V. sur ce point nos développements *infra* n°257 et s. V. en ce sens le rapport d'A. POTOCKI, *DMF* 2010, p. 714 : « Il est important de souligner que si le juge n'a pas l'obligation de donner effet à la loi de police

**234. Hypothèse de l'absence d'invocation de la loi de police étrangère par les parties.** Cette hypothèse vise au contraire les cas où la loi de police n'est invoquée par aucune des parties. La question s'est alors posée de savoir si le juge devait s'interroger d'office sur l'interférence de la loi de police étrangère. La réponse à cette seconde question est loin d'être évidente et la doctrine y répond le plus souvent de manière indirecte en renvoyant aux règles en matière d'autorité de la règle de conflit. Sous l'empire de la Convention de Rome, il est légitime que cette réponse fût dans un premier temps négative. En effet, la tâche du juge semblait alors beaucoup trop lourde – vérifier l'applicabilité potentielle de toutes les lois de police étrangères ayant des liens étroits avec le litige – et *a fortiori* manquer de pragmatisme. Il eût été difficile pour le juge de se lancer dans une telle recherche et l'obligation de le faire aurait donné aux parties des moyens de cassation trop artificiels<sup>632</sup>. Aussi, même si la réponse à cette question n'a jamais été expressément tranchée par les tribunaux, l'absence d'obligation de la part du juge est le plus vraisemblable. Toutefois, une lecture superficielle d'un arrêt du 16 mars 2010 a pu en faire douter<sup>633</sup>.

Dans cet arrêt, la loi de police étrangère – loi du Ghana – n'était pas invoquée en tant que telle par les parties. L'expression « loi de police » n'apparaissait ni dans l'arrêt de la cour d'appel<sup>634</sup> ni dans les moyens de cassation, ce qui n'avait pas empêché la Cour de cassation de censurer les juges du fond de n'avoir pas déterminé « l'effet pouvant être donné à la loi ghanéenne » en relevant le moyen d'office. Pourtant, il ne fallait pas en déduire la reconnaissance d'une obligation incombant au juge. En effet, la loi ghanéenne, si elle n'avait pas été expressément invoquée à titre de loi de police étrangère par l'une des parties, était bien dans le débat et directement en cause dans l'un des moyens, même si l'article 7 § 1 de la Convention de Rome n'était pas visé. La Cour de cassation reprochait d'ailleurs à la cour d'appel d'avoir violé l'article 7 § 1 parce « qu'il lui appartenait de déterminer par

---

étrangère, cette liberté d'appréciation qui lui est accordée ne le dispense pas d'examiner la question. Et cela d'autant plus que l'article 7 lui indique les critères en vertu desquels il doit prendre cette décision » ; dans le même sens : R. FREITAG (*IPRax* 2/2009. 109, p. 111, trad. libre) : « le juge doit obligatoirement considérer les critères de l'article 9, § 3, deuxième phrase du règlement Rome I, s'agissant de décider du principe de la prise en compte des lois de police étrangères ; il dispose en revanche, une fois cette obligation accomplie, d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation quant à leur mise en application, au regard du critère de compatibilité des lois de police étrangères avec les valeurs internes du for », cité par L. D'AVOUT et D. BUREAU, note sous Com., 16 mars 2010, n° 08-21511, *JCP E* 2010 p.1438 ou *JCP G* 2010, p. 530.

<sup>632</sup> V. en ce sens P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *Clunet*, 1981, pp. 277-345, spéc. n°52 p. 326 : « Même si la jurisprudence *Bisbal* était un jour abandonnée pour les règles de conflit, elle devrait être maintenue pour les lois de police ».

<sup>633</sup> Com., 16 mars 2010, n° 08-21511, *JCP G* 2010, p. 530, note L. D'AVOUT, D. BUREAU ; *DMF*, 2010, p. 714, note S. SANA-CHAILLE DE NERE, *JDI* 2011, p. 2, note A. MARCHAND.

<sup>634</sup> CA d'Angers, affaire n° 08/00110, arrêt du 4 novembre 2008.



application de la Convention de Rome l'effet pouvant être donné à la loi ghanéenne invoquée devant elle ». Il ne s'agissait donc pas de reprocher aux juges de n'avoir pas vérifié d'office s'il fallait donner effet ou non à la loi du Ghana ; la Cour était simplement tenue de répondre sur ce point dès lors qu'en l'espèce la loi étrangère avait bien été invoquée devant les juges du fond. Mais si l'absence d'obligation de la part du juge est retenue, encore faut-il se demander s'il en conserve ou non la faculté. Là encore il est permis d'hésiter.

Si l'on s'en tient aux règles en matière d'autorité de la règle de conflit, il faudrait alors considérer que le juge dispose bien de cette faculté. En effet, si le juge ne dispose pas d'une obligation de mettre en œuvre la loi de police étrangère lorsqu'elle n'est pas invoquée, il conserve toutefois la faculté de le faire sauf à considérer qu'il est lié par un accord procédural des parties. Mais dans l'hypothèse où un tel accord n'existerait pas, il doit déterminer le droit applicable en tenant compte des diverses dispositions de la Convention et, le cas échéant, de l'incidence des lois de police étrangères. Si la doctrine n'est pas forcément favorable à cette solution en raison des risques d'insécurité juridique qu'elle entraînerait<sup>635</sup>, l'étude de la jurisprudence montre que ces situations sont en définitive extrêmement rares.

Néanmoins, sur ce point, l'adoption du Règlement Rome I pourrait nettement orienter la solution et inciter à un changement d'appréciation. En effet, étant donné que le domaine des lois de police éligibles est particulièrement circonscrit – seules peuvent produire des effets les « 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 » – leur applicabilité d'office par le juge ne semble plus du tout inconcevable. Au contraire, les raisons qui ont pu inciter la doctrine à la défense des lois de police étrangères<sup>636</sup> devraient amener le juge à vérifier d'office l'interférence de la loi de police étrangère visée par l'article 9 du Règlement.

Aussi, il n'est pas évident de conclure à l'existence ou non d'une règle permissive dans cette hypothèse, tant la jurisprudence est quasi inexistante et les avis divergents, à tout le moins pourrait-on le souhaiter<sup>637</sup>.

**235.** En matière de conflit de lois et d'office du juge, les normes permissives à l'égard du juge, bien que parfois difficiles à identifier, existent indéniablement, même si elles font souvent l'objet d'une défaveur de la doctrine. À présent, il faut s'interroger sur l'existence de telles règles, au stade de l'applicabilité des règles de conflit de lois, à l'égard des parties.

<sup>635</sup> V. notamment P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *Clunet*, 1981, pp. 277-345, spéc. n°52 p. 326.

<sup>636</sup> V. spécialement les analyses de P. LAGARDE, *Travaux comité fr. DIP 1971-1973*, p. 160 et 161 et de P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981, p. 277.

<sup>637</sup> V. sur ce point nos propos dans la Deuxième partie : *infra* n°516.

## §II – Les normes permissives à l’égard des parties

**236.** En matière de conflits de lois, les normes permissives destinées aux parties au stade de l’applicabilité vont permettre à ces dernières d’éluder l’application des règles du droit international privé. C’est alors la figure de l’accord procédural qui doit être évoquée<sup>638</sup>. Il convient donc tout d’abord d’identifier la règle permissive à l’égard des parties (A), pour ensuite en préciser la structure (B).

### A – Identification de la règle permissive

**237.** L’identification de la règle permissive impose que l’on s’interroge sur l’existence d’une telle règle à l’égard des parties (1) ; une fois celle-ci avérée, il conviendra d’en exposer le contenu (2).

#### 1) Existence d’une règle permissive

**238.** La question de l’applicabilité de la règle de conflit à l’égard des parties est traitée sous l’angle de l’accord procédural. À travers le débat qui en a entouré l’émergence, c’est directement la question de l’existence ou non d’une règle permissive qui s’est posée. En effet, si l’existence de règles permissives à l’égard des parties au stade du conflit de lois n’est pas douteuse, encore faut-il s’assurer que ces règles existent, non seulement à ce stade ultérieur de l’application des règles, mais aussi dès le stade de l’applicabilité, ce qui fut plus discuté.

**239.** Par le biais d’un accord procédural, les parties peuvent, une fois le litige né et la procédure judiciaire en cours, demander au juge l’application d’une loi autre que celle qui serait désignée par la règle de conflit. La règle autorisant qu’une telle manifestation de volonté lie le juge quant à l’application de la règle de conflit s’analyse en une règle permissive. Elle octroie aux parties, conjointement, une faculté qu’elles sont libres d’exercer ou non. Néanmoins, une fois la notion d’accord procédural cernée par la doctrine<sup>639</sup>, la question de son autonomie par rapport à

---

<sup>638</sup> Si la proposition n’avait pas été retirée (v. *infra* n° 41, note de bas de page n°101), on aurait pu également s’interroger sur l’existence d’une règle permissive au stade de l’applicabilité contenue dans la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente (COM(2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284(COD)) puisque la proposition contient une propre règle d’applicabilité du Règlement (v. les articles 3 à 8 de la Proposition) et qu’il serait alors permis d’y voir une règle d’applicabilité en matière de conflit de lois qui vise à éluder l’application des règles de droit international privé. Il aurait été toutefois difficile de retenir une telle analyse puisque l’exposé des motifs de la proposition de Règlement indique que « les règlements Rome I et Rome II continueront de s’appliquer et ne seront pas remis en cause par la proposition. Il conviendra néanmoins de déterminer le droit applicable aux contrats transfrontières. Ceci se fera selon le fonctionnement normal du règlement Rome I ». Sur cette proposition, v. néanmoins *infra* n°326.

<sup>639</sup> V. pour la systématisation de ce procédé sous l’appellation d’*accord procédural*, P. LAGARDE, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 4 octobre 1989, *De Baat, Rev. Crit. DIP* 1990, p. 316.

l'accord de fond s'est rapidement posée. Découverte dans un litige concernant la matière extra-contractuelle où la règle permissive autorisant le choix de loi applicable était exclue et où son autonomie ne faisait donc pas doute<sup>640</sup>, la présence d'un tel accord en matière contractuelle a suscité davantage d'interrogations. L'accord procédural semblait en effet faire double emploi avec l'accord au fond, poussant certains à nier toute utilité à cette notion<sup>641</sup>. Si l'on doit admettre avec ces auteurs que le fondement de l'accord procédural doit être recherché, non dans les règles de la procédure civile<sup>642</sup>, mais dans l'autonomie de la volonté, il est difficile de ne pas reconnaître, si minimes soient les différences de régime, la spécificité de cette règle par rapport à celle autorisant l'accord de fond, en raison de son caractère limité à la durée d'une instance. Par ailleurs, l'analyse selon laquelle l'accord de fond serait constitutif de la règle de conflit tandis que l'accord procédural élusif de la règle de conflit<sup>643</sup> corrobore l'existence d'une règle permissive au stade de l'applicabilité, ce qui semble confirmer l'existence d'une véritable règle prétorienne en la matière. Ce constat justifie que l'on s'arrête sur ses contours.

## 2) Exposé de la règle permissive

**240.** Si l'existence de la règle est avérée, à la suite de sa consécration jurisprudentielle, cela ne signifie nullement que ses contours soient parfaitement définis.

Les premiers arrêts interprétés comme faisant apparaître la figure de l'accord procédural se sont référés à l'article 12 du Code de procédure civile<sup>644</sup>. À la lecture de ceux-ci, la règle pouvait être formulée comme suit : « *Pour les droits dont les parties ont la libre disposition, les parties peuvent, par un accord exprès, lier le juge quant à la loi applicable au litige et lui demander l'application d'une loi différente de celle désignée par une*

<sup>640</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 avr. 1988, *Robo*, *Rev. Crit. DIP* 1989, p. 68, note BATIFFOL, *D.* 1988, somm. p. 345, obs. B. AUDIT ; Civ. 1<sup>re</sup>, 6 déc. 1988, n° 86-14064.

<sup>641</sup> Pour une vision assimilant l'accord de fond à l'accord procédural et une critique de la notion même d'accord procédural : v. C. ARRUE MONTENEGRO, *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, préf. B. ANCEL, LGDJ, 2011, n°554 p. 297 et s.

<sup>642</sup> V. déjà D. BUREAU, « L'accord procédural à l'épreuve », *Rev. Crit. DIP* 1996, p. 585 qui a démontré que l'article 12 alinéa 3 et partant le principe dispositif ne pouvait être le véritable fondement de la règle autorisant un tel accord.

<sup>643</sup> V. en ce sens : *Grands Arrêts*, n°4, p. 736, n°84 et P. LAGARDE dans son commentaire sous Civ. 1<sup>re</sup>, 4 octobre 1989, *De Baat*, *Rev. Crit. DIP* 1990, p. 316. Cette terminologie a été par la suite reprise par B. FAUVARQUE-COSSON dans « L'accord procédural à l'épreuve du temps », in *Mélanges Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 263. Quant à la question de savoir si un tel accord peut-être élusif de règles matérielles : v. B. FAUVARQUE-COSSON, « L'accord procédural à l'épreuve du temps », art. préc., n°8 p. 268 et Civ. 1<sup>re</sup>, 26 juin 2001.

<sup>644</sup> L'arrêt *Robo* vise expressément son alinéa 3 tandis que l'arrêt du 6 décembre 1988 ne se réfère qu'à l'article 12.

*convention internationale* ». En réalité, il ne s'agissait là que d'une simple application de la règle contenue à l'article 12 – plus précisément de l'exception prévue à l'alinéa 3 – à un cas d'espèce – la dernière étape du syllogisme judiciaire – et non l'énoncé normatif d'une règle permissive distincte, propre au droit international privé. En effet, dans le droit de la procédure civile, certaines possibilités offertes aux parties peuvent être analysées comme des règles permissives. L'alinéa 3 de l'article 12 du Code de procédure civile permet ainsi aux parties de lier le juge par les *qualifications et les points de droit auxquels elles entendent limiter le débat*. Dans cette perspective, l'accord procédural sur la loi applicable ne serait qu'une utilisation particulière d'une règle permissive de procédure civile qui ne justifierait pas une attention spécifique dans le cadre d'une étude se donnant pour objet les seules règles de droit international privé<sup>645</sup>.

Néanmoins, cette analyse a été dénoncée pour son manque de rigueur<sup>646</sup> et la Cour de cassation s'est par la suite détachée de ce fondement faisant apparaître une règle véritablement prétorienne. Ainsi, dans un arrêt *Hannover International* de 1997<sup>647</sup> – qui même s'agissant d'un arrêt de rejet fait figure d'arrêt de principe –, la Cour a pu affirmer « *pour les droits dont elles ont la libre disposition, les parties peuvent s'accorder sur l'application de la loi française du for malgré l'existence d'une convention internationale ou d'une clause contractuelle désignant la loi compétente ; qu'un tel accord peut résulter des conclusions des parties invoquant une loi autre que celle qui est désignée par un traité ou par le contrat* ». C'est donc dans l'étude de la jurisprudence qu'il faut tâcher de déterminer les contours de cette règle afin d'en établir la structure.

## B – Structure de la règle permissive

**241.** L'étude de la structure de la règle permissive passe par l'étude du champ d'application de la règle (1), des modalités d'exercice de la faculté (2) et enfin de l'objet de la faculté (3).

---

<sup>645</sup> V. également dans ce sens, l'arrêt du 27 octobre 1992 de la première chambre civile, n°91-10054, qui énonce, par référence expresse à cette disposition, que s'agissant de la loi applicable à la liquidation du régime matrimonial « une simple concordance des conclusions échangées de part et d'autre devant les premiers juges ne constitue pas l'accord exprès qui pourrait, selon le troisième alinéa de l'article 12 du nouveau Code de procédure civile, lier le juge par des qualifications auxquelles les parties auraient entendu limiter le débat ». En l'espèce, une partie invoquait un accord procédural sur l'application de la loi marocaine à la liquidation du régime.

<sup>646</sup> V. D. BUREAU, « L'accord procédural à l'épreuve », *Rev. Crit. DIP* 1996, p. 585.

<sup>647</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 1997, *Hannover international*, *Grands Arrêts*, n°78 ; *JDI* 1997, p. 805, note D. BUREAU ; *Rev. Crit. DIP* 1997, p. 514, note B. FAUVARQUE-COSSON.

## 1) Champ d'application de la règle

242. Le critère utilisé pour la détermination du champ d'application de la règle est toujours celui de la libre disponibilité des droits. Depuis l'arrêt *Robo*, la Cour énonce en effet que la faculté est ouverte aux parties « pour les droits dont elles ont la libre disposition ». Les deux autres précisions données sur le champ d'application ne sont pas des limitations ; au contraire, elles viennent préciser que cette faculté peut s'exercer valablement même si la loi désignée par les parties diffère de celle qui serait désignée par une convention internationale ou par une clause de choix de loi. Le seul élément véritablement discriminant est donc le caractère disponible ou non du droit en cause. Si ce critère est invariable, il reste entaché de la même incertitude et les mêmes critiques peuvent lui être opposées qu'en matière de règle permissive à l'égard du juge<sup>648</sup>.

243. Le caractère disponible du droit litigieux constitue donc le critère essentiel. En effet, comme en matière de règle permissive à l'égard du juge, la Cour de cassation a supprimé la référence à l'existence d'une convention internationale pour ne garder que la référence au caractère disponible ou non du droit<sup>649</sup>. Une fois le domaine de la règle précisé – du moins compte tenu de l'identification formelle du critère –, il convient de s'attacher aux modalités d'exercice de la faculté.

## 2) Les modalités d'exercice de la faculté

244. C'est à travers la modification des modalités d'exercice de la règle permissive que son changement de fondement a pu être compris. Comme il a été signalé précédemment, les premiers arrêts significatifs en matière d'accord procédural se réfèrent expressément à l'article 12 alinéa 3 pour permettre aux parties d'exercer cette faculté<sup>650</sup> et celui-ci exige un accord exprès des parties. Ainsi, la Cour de cassation avait pu, en matière de droits disponibles – la liquidation du régime matrimonial –, refuser d'appliquer la loi française pourtant invoquée par les époux au motif que ceux-ci n'avaient pas exercé cette faculté dans les modalités prévues à l'article 12. Selon elle, « une simple concordance des conclusions échangées de part et d'autre devant les premiers juges ne constitu(ait) pas l'accord exprès qui pourrait, selon le troisième alinéa de l'article 12 du nouveau Code de procédure civile, lier le juge par des qualifications auxquelles les parties auraient entendu limiter le

---

<sup>648</sup> V. *supra* n°217 et s.

<sup>649</sup> V. L'arrêt *Mutuelle du Mans* (Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 mai 1999) dont la jurisprudence a tiré les conclusions dans son arrêt *Hannover international* (Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mai 1997, *Grands Arrêts*, n°78 ; *JDI* 2007, p. 805, note D. BUREAU ; *Rev. Crit. DIP* 1997, p. 514, note B. FAUVARQUE-COSSON).

<sup>650</sup> V. D'abord : Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 avr. 1988, *Robo*, *Rev. Crit. DIP* 1989, p. 68, note BATIFFOL, *D.* 1988, somm. p. 345, obs. B. AUDIT ; puis : Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 décembre 1988, n° pourvoi 86-14064, *MACIF*.

débat »<sup>651</sup>. Mais l'arrêt *Hannover International*, en consacrant une règle jurisprudentielle, a détaché la règle permissive de son fondement procédural, ce qui permis un assouplissement des conditions d'exercice de la faculté. Prenant le contre-pied de l'arrêt précité, elle énonce « qu'un tel accord peut résulter des conclusions des parties invoquant une loi autre que celle qui est désignée par un traité ou par le contrat ». Les exigences formelles ont donc été considérablement assouplies, ce qui n'est pas sans créer certaines difficultés.

**245.** En effet, il devient alors délicat de distinguer l'exercice véritable de la faculté par les parties de l'absence d'invocation de la loi étrangère. Pourtant, les implications pratiques de ces deux hypothèses sont notoirement différentes. L'exercice de la faculté par les parties, c'est-à-dire la mise en œuvre de la règle permissive qui leur est offerte, a pour effet de paralyser la règle permissive à l'égard du juge, qui perd alors sa propre faculté de mettre en œuvre la règle de conflit. Au contraire, la simple absence d'invocation de la loi étrangère, c'est-à-dire une attitude purement passive des parties, laisse à ce dernier toute faculté pour l'appliquer et lui permet de relever d'office son application.

En matière d'accord procédural, l'étude de la jurisprudence révèle toutefois que la règle permissive est le plus souvent opposée par la Cour de cassation à une partie reprochant au juge du fond l'application de la *lex fori*. La référence au soi-disant exercice de la règle permissive par les parties permet ainsi à la Cour de cassation de « sauver » les décisions des juges du fond. Les pourvois sont rejetés car les conclusions des parties sur le fondement du droit français sont interprétées par la Cour de cassation comme l'exercice de la faculté : elles ont implicitement entendu lier le juge quant au droit applicable.

Une telle référence à l'utilisation de la règle permissive est néanmoins contestable à plusieurs égards. Si pour les droits dont les parties ont la libre disposition, il peut y avoir de réels avantages à ce que le litige soit tranché sur le terrain du droit français, encore faudrait-il s'assurer qu'elles aient eu véritablement conscience du caractère non inéluctable de l'application du droit français. L'avocat d'une partie qui ne relèverait pas l'application de la loi étrangère, alors même que son application aurait conduit à un résultat plus favorable à son client, pourrait être considéré comme ayant commis une faute susceptible d'engager sa responsabilité. Prétendre que celui-ci a consenti devant les juges du fond à l'application de la loi française alors qu'il en conteste ensuite l'application est quelque peu artificiel. En réalité, les questions de procédure jouent ici un grand rôle et l'avocat aux Conseils d'une partie qui souhaite se pourvoir en cassation va tenter de faire casser la décision des juges du fond en invoquant tous les moyens de cassation qui s'offrent à lui, parmi lesquels la non application de la règle de conflit par le juge. Il se peut que les parties aient eu effectivement conscience de la potentielle application d'une loi

---

<sup>651</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 octobre 1992, n°91-10054.

étrangère mais qu'elles aient préféré ignorer cet aspect ; cependant, il se peut également qu'elles n'aient tout simplement pas identifié le conflit de lois. Par conséquent, la réalité d'un accord procédural en l'absence d'accord exprès des parties est tout à fait hypothétique.

**246.** Pourtant, c'est souvent en invoquant un tel accord que la Cour de cassation rejette les pourvois<sup>652</sup>. Si la préoccupation de la Cour de cassation d'éviter la multiplication des pourvois à des fins dilatoires est bien légitime, ce détour par l'accord procédural était-il pour autant nécessaire ? En effet, les moyens de cassation ne peuvent aboutir que dans les litiges où les droits sont indisponibles ; à défaut, la règle permissive à l'égard du juge lui a permis de ne pas appliquer la règle et de traiter le litige sous l'angle du droit interne. L'existence d'une telle règle permissive à l'égard du juge devrait suffire à faire échec à ces pourvois tout en ne déformant pas la réalité d'existence de l'accord procédural. Aussi, dans les arrêts où un accord procédural a été constaté par la Cour de cassation pour rejeter un moyen, elle aurait pu tout autant – et de manière moins artificielle – énoncer que « pour les droits dont elles ont la libre disposition, il ne peut être reproché aux juges de ne pas avoir mis en œuvre la règle de conflit dès lors que les parties ne l'avait pas invoquée ». Tout en maintenant la solution, cette pratique aurait pour avantage de préserver l'intégrité de la règle permissive à l'égard des parties, afin qu'elle demeure, conformément à la raison d'être de ce type de règle, une véritable faculté à l'égard de celles-ci et non un moyen pour les juges d'éviter les procédures inutiles. En définitive, la modification des modalités d'exercice de cette règle semble avoir obscurci ses contours, et partant, les réels cas d'application de celle-ci. Mais il faut encore identifier avec précision l'objet de cette faculté.

### **3) L'objet de la faculté**

**247.** Il convient à présent de déterminer l'objet exact de la faculté octroyée aux parties. Dans un premier temps, l'arrêt *Robo* avait énoncé que « les parties peuvent demander l'application d'une loi différente de celle désignée par une convention internationale ». Cette formulation conjuguée au fondement de l'article 12 alinéa 3 du Code de procédure civile suggérerait que la faculté permettait aux parties de lier le juge quant à la loi applicable au litige, quelle qu'elle soit. En l'espèce, il s'agissait de lier le juge quant à l'application de la loi française mais la possibilité de choix d'une loi étrangère ne semblait alors pas exclue. L'arrêt du 27 octobre 1992 précité pouvait

---

<sup>652</sup> La Cour de cassation a toutefois évidemment égard au caractère véritablement bilatéral de l'accord et ne saurait reconnaître l'existence d'un accord procédural dès lors que l'une des parties a invoqué une loi étrangère devant les juges du fond. En effet, il suffit que l'une des parties l'invoque pour que la règle permissive à l'égard du juge soit exclue et que conjointement on ne puisse reconnaître un exercice de cette faculté par les parties puisqu'il faut qu'elles y aient toutes consenties. Il convient donc de noter dans les conditions de mise en œuvre de la règle qu'il faut s'assurer de l'exercice conjoint de la faculté. V. dans ce sens, Civ. 1<sup>re</sup>, 22 février 2005, pourvoi n° 02-17587, *Rev. Crit. DIP* 2005, p. 305, note P. LAGARDE.

d'ailleurs confirmer cette analyse<sup>653</sup>. Il était question de liquidation du régime matrimonial et, alors que les juges du fond avaient fait application de la loi française, une partie invoquait l'application de la loi nationale commune des époux en vertu d'un accord procédural. La première branche du pourvoi énonçait ainsi que « les parties peuvent demander, pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'application d'une loi différente de celle désignée par la règle de conflit française, de sorte qu'en refusant de faire usage de leur loi nationale dont l'application avait été sollicitée, tant par Mme Y dans son assignation que par M. X dans ses conclusions de première instance et d'appel, la cour d'appel a violé l'article 12 du nouveau Code de procédure civile et l'article 3 du Code civil ». Pour rejeter cette branche, la Cour de cassation s'est contentée de répondre « qu'une simple concordance des conclusions échangées de part et d'autre devant les premiers juges ne constitue pas l'accord exprès qui pourrait, selon le troisième alinéa de l'article 12 du nouveau Code de procédure civile, lier le juge ». Évidemment, l'absence d'un tel accord permettait à la Cour de cassation d'éviter de se prononcer sur la possible application d'une loi tierce. Il était néanmoins permis de penser que si la Cour de cassation avait souhaité exclure définitivement cette éventualité, elle aurait pu profiter de cette occasion pour l'énoncer expressément, ce qu'elle n'a pas fait. Aussi sous l'empire de cette jurisprudence, l'objet de la faculté semblait inclure l'application d'une loi autre que la loi du for.

Par la suite, la modification de la règle par l'arrêt *Hannover International* est venue contredire cette analyse. En effet, dans cet arrêt, la Cour affirme que les parties peuvent s'accorder sur « la loi française du for ». La doctrine n'a alors pas manqué de remarquer que le caractère surabondant de la formule avait précisément pour objectif de lever les doutes suscités par la jurisprudence antérieure<sup>654</sup>. L'objet de la faculté demeure donc cantonné à l'application de la loi française par le juge, à qui l'on demande d'ignorer l'élément d'extranéité.

~

**248.** Une fois les principales règles permissives identifiées au stade de l'applicabilité des règles de conflit de lois, il s'agit d'identifier les règles existant au stade des règles de conflit elles-mêmes.

---

<sup>653</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 octobre 1992, n°91-10054.

<sup>654</sup> V. notamment D. BUREAU, *JDI* 1997, p. 804, spéc. n°8 p. 808. L'auteur remarque que : « La redondance est sans doute volontaire, destinée à dissiper sans la moindre équivoque les interrogations qu'avaient fait naître l'une des premières décisions relatives à l'accord procédural ».



**SECTION II**  
**LES NORMES PERMISSIVES DANS LES RÈGLES**  
**DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ELLES-MÊMES**

249. Une fois encore, il est nécessaire de distinguer les règles permissives qui s'adressent spécialement au juge (§I), de celles qui s'adressent aux parties (§II).

**§I – Les normes permissives à l'égard du juge**

250. Il existe des règles qui octroient au juge une faculté quant à la détermination du droit applicable. Si une telle possibilité est courante à l'égard des parties en droit international privé, cette figure est plus rare lorsqu'elle est octroyée au juge. Le souci de prévisibilité et de respect des attentes légitimes des parties est en effet un impératif constant de la matière et tout espace de liberté accordé au juge peut sembler aller à son encontre. Par conséquent, les règles de ce type ont le plus souvent un caractère exceptionnel et leur mise en œuvre est particulièrement circonscrite. Leur identification n'est d'ailleurs pas évidente car la frontière est mince entre la faculté encadrée et l'obligation<sup>655</sup>.

En effet, dans la détermination du droit applicable – comme dans la mise en œuvre de toute règle de droit – il est normal que le juge dispose d'une marge d'appréciation. De par sa fonction, il lui appartient de vérifier que le présupposé de la règle est rempli afin de lui faire produire l'effet escompté. Pour ce faire, il dispose d'un pouvoir d'appréciation dont la Cour de cassation contrôle l'exercice. Mais il est des cas où une entière liberté lui est expressément reconnue. L'on pense par exemple en droit interne à la modération du montant de la clause pénale manifestement excessive ou dérisoire par le juge<sup>656</sup>. Dans ces hypothèses, le juge dispose d'une véritable faculté de faire ou de ne pas faire. Certes, les conditions de déclenchement de son intervention sont le plus souvent précisées mais le contrôle s'effectuera non sur l'opportunité de la mise en œuvre de la faculté mais simplement – le plus souvent – sur une motivation suffisante de son action.

---

<sup>655</sup> La simple lecture des textes ne permet pas toujours d'identifier ou au contraire d'écarter l'existence d'une règle permissive à l'égard du juge dans la mise en œuvre de la règle de droit. Par exemple, en matière de compétence territoriale, si l'article 47 du Code de procédure civile dispose que « Lorsqu'un magistrat ou un auxiliaire de justice est partie à un litige qui relève de la compétence d'une juridiction dans le ressort de laquelle celui-ci exerce ses fonctions, le demandeur peut saisir une juridiction située dans un ressort limitrophe », on a pu se demander si le juge disposait ou non d'une marge d'appréciation dans la mise en œuvre du renvoi. Dans cette disposition, l'identification d'une règle permissive à l'égard des parties (v. CA Nîmes, 14 février 1979, D. 1980, IR 108, qui affirme clairement que « l'article 47 offre aux parties une simple faculté ») a pu entraîner une confusion quant à l'existence d'une règle permissive à l'égard du juge. Ainsi, la Cour de cassation a dû à plusieurs reprises rappeler que le juge ne disposait d'aucune marge d'appréciation dans la décision de renvoi « dès lors que les conditions d'application [de l'article 47 du Code de procédure civile] sont remplies » (v. par exemple : Civ. 2<sup>ème</sup>, 6 janvier 2012, n°10-27998, Publié au bulletin).

<sup>656</sup> V. article 1152 alinéa 2 du Code civil : « Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ».

En droit international privé, il existe de telles règles que l'on peut qualifier de *règles permissives* à l'égard du juge<sup>657</sup>. Leur identification n'est pas non plus sans difficulté, car la terminologie est souvent trompeuse et on ne peut déduire de la simple lecture de l'énoncé normatif la portée de la règle. Des mécanismes aussi différents que l'exception d'ordre public, les lois de police étrangères ou encore la clause d'exception doivent donc être examinés afin de déterminer ceux qui sont véritablement constitutifs de règles permissives. Ainsi, il sera démontré que si la clause d'exception constitue une véritable figure de règle permissive à l'égard du juge (A), ce n'est ni le cas des lois de police étrangères (B) ni de l'exception d'ordre public (C).

### **A – La clause d'exception, règle permissive à l'égard du juge**

**251.** Si la question de l'applicabilité de la clause d'exception – c'est-à-dire de l'application d'office ou non de la clause par le juge – a été déjà traitée<sup>658</sup>, il est encore permis de s'interroger sur l'existence ou non d'une marge de manœuvre au profit du juge dans la mise en œuvre de la clause elle-même. Il est alors nécessaire de vérifier l'existence d'une véritable règle permissive à l'égard du juge (1) et, pour s'en assurer, de regarder comment sa mise en œuvre est contrôlée par la Cour de cassation. En effet, l'étendue du contrôle de la mise en œuvre des règles permissives est à bien des égards la question essentielle, car un contrôle trop minutieux pourrait venir contredire l'existence d'une véritable faculté à l'égard du juge (2).

#### **1) Existence de la règle permissive**

**252.** Dès lors que son application est demandée ou que le juge décide d'en faire application d'office, la clause d'exception était initialement perçue comme laissant une certaine liberté au juge dans l'appréciation des conditions permettant d'écarter la présomption du paragraphe 2. Il devait apprécier l'existence de liens plus étroits entre le litige et une loi autre que celle désignée par la présomption. En France, le recours à la clause d'exception n'était pas particulièrement fréquent, excepté en matière de contrats de transport et de travail, où les rattachements objectifs retenus

---

<sup>657</sup> Seront seules étudiées dans les développements qui suivent les règles spécifiques au droit international privé, ce qui ne signifie nullement que certaines règles permissives, à vocation plus générale, ne puissent avoir une incidence en droit international privé. Il en est ainsi de l'article 7 alinéa 2 du Code de procédure civile qui dispose que « parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions » et de l'article 8 du même Code qui énonce que « le juge peut inviter les parties fournir les explications de fait qu'il estime nécessaire à la solution du litige ».

<sup>658</sup> V. nos propos *supra* n°225. S'il est certes peu probable que le juge qui décide de mettre en œuvre d'office la clause d'exception ne la fasse pas jouer ensuite, il n'en demeure pas moins que les deux questions sont distinctes. Et dans les cas où le juge déciderait de ne pas mettre en œuvre d'office la clause d'exception mais qu'une partie l'invoquerait, encore faut-il se demander s'il dispose alors ou non d'une marge d'appréciation.

ne semblaient pas les plus adaptés d'après les juges du fond. Or comme la Convention de Rome ne précisait nullement les conditions de mise en œuvre de la clause, les juges avaient tendance, dans ces matières, à l'appliquer directement sans même faire référence aux présomptions des paragraphes 2 et 4. Certains juges usèrent donc de cette faculté en toute liberté sans véritablement s'expliquer sur les raisons les ayant poussés à écarter la présomption<sup>659</sup>.

Afin de ménager la prévisibilité des solutions, Madame P. RÉMY-CORLAY préconisa que la clause d'exception ne puisse être mise en œuvre qu'à deux conditions, l'une négative et l'autre positive. La première devait être l'absence de valeur de rattachement de la loi désignée objectivement, la seconde – qui ne devrait être étudiée que si la première condition était remplie – était l'existence de liens plus étroits avec une autre loi<sup>660</sup>. Pendant longtemps, la Cour de cassation est restée fermée à cette suggestion doctrinale. Elle donna néanmoins aux juges du fond certaines indications quant à la mise en œuvre de la clause, notamment dans un arrêt du 19 décembre 2006<sup>661</sup>.

Dans cet arrêt, la Cour énonce qu' « il résulte de la combinaison des § 2 et 5 que, pour déterminer la loi la plus appropriée, le juge saisi doit procéder à une comparaison des liens existants entre le contrat et, d'une part le pays où la partie doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle, et, d'autre part, l'autre pays en cause et rechercher celui avec lequel il présente les liens les plus étroits ». Il était donc imposé au juge de partir de la présomption et de procéder ensuite à une comparaison entre les attaches concrètes du contrat avec la loi ainsi désignée et celles qui pouvaient exister avec une autre loi<sup>662</sup>. En l'espèce, la Cour d'appel avait été censurée pour ne pas avoir examiné le premier terme de la comparaison, à savoir les liens du contrat avec l'Allemagne. Cette méthode, si elle interdisait au juge de se référer directement à la clause d'exception sans motiver son choix, retenait donc un critère positif mais non le critère négatif énoncé précédemment. Mais une décision plus récente est venue préciser les conditions de mise en œuvre de la clause, encadrant encore davantage l'exercice de cette faculté par le juge.

**253.** En effet, dans un arrêt du 8 mars 2011<sup>663</sup> sur la loi applicable à un contrat de cautionnement, la Cour avait écarté la loi suisse désignée par le paragraphe 2 –

---

<sup>659</sup> V. par exemple : Civ 1<sup>ère</sup>, 22 octobre 2014, n°13-14643.

<sup>660</sup> V. en ce sens : P. RÉMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime de la clause d'exception dans les conflits de lois », *Rev. Crit. DIP* 2003, p. 37 et *Étude critique de la clause d'exception dans les conflits de lois (application en droit des contrats et des délits)*, th. dactyl. Poitiers, 1997.

<sup>661</sup> Com., 19 déc. 2006, *RDC* 2007, p. 467, note P. DEUMIER ; *Rev. Crit. DIP* 2007, p. 592, 1<sup>re</sup> esp., note P. LAGARDE ; *D.* 2007, p. 1751, obs. P. COURBE et pan. p. 2566, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE.

<sup>662</sup> V. en ce sens : note P. LAGARDE sous Com., 19 déc. 2006, préc.

<sup>663</sup> Com. 8 mars 2011, n°09-11751, *JDI* 2011, p. 579, note J. MOREL-MAROGER.

résidence habituelle de la caution – pour appliquer la loi allemande qui, outre qu'elle était la loi applicable au contrat de prêt principal, présentait de nombreuses attaches avec le contrat de cautionnement. Dans cette espèce, l'existence de liens plus étroits avec une loi autre était avérée, ce qui n'a pourtant pas évité à la Cour d'appel la censure de la Cour de cassation. Celle-ci a reproché à celle-là de n'avoir pas préalablement établi « le défaut de pertinence de l'élément de rattachement ordinaire ». Elle semble donc adopter le régime proposé par la doctrine : pour pouvoir mettre en œuvre la clause, les juges doivent vérifier une condition négative – défaut de pertinence de l'élément de rattachement ordinaire – puis, si l'on conjugue cet arrêt avec la jurisprudence antérieure, une condition positive – existence de liens plus étroits avec une autre loi. Néanmoins, cette jurisprudence initiée par la chambre commerciale ne semble pas forcément suivie par la chambre sociale qui continue, dans son contrôle de l'action du juge, à ne vérifier que la condition positive<sup>664</sup>. Par ailleurs, on peut également s'interroger sur sa pérennité étant donné que, dans son interprétation de la clause d'exception par la Cour de justice de l'Union Européenne, celle-ci n'a pas retenu la disqualification de l'élément ordinaire de rattachement alors même que la question lui était clairement posée par le *Hoge Raad*<sup>665</sup>. Malgré ces incertitudes, c'est bien une conception stricte de la mise en œuvre de la clause d'exception qui est consacrée par la Cour de justice et il est alors permis de se demander si une véritable marge d'appréciation existe permettant, au stade cette fois de l'application, de la qualifier de règle *permissive*. Il faut pour cela étudier le contrôle opéré par la Cour de cassation quant à l'utilisation faite par les juges du fond.

## 2) Contrôle de la mise en œuvre de la clause d'exception par la Cour de cassation.

**254.** L'intensité du contrôle quant à la mise en œuvre des règles permissives doit

---

<sup>664</sup> Soc. 25 janvier 2012, n°11-11374. Dans cet arrêt, il est reproché à la Cour d'avoir mis en œuvre la clause d'exception pour appliquer la loi française alors que les lieux d'exécution habituelle du contrat étaient parfaitement précisés. Ici, alors que l'arrêt est postérieur à l'arrêt du 8 mars 2011, la chambre sociale se contente de vérifier que la condition positive est satisfaite, c'est-à-dire qu'il existait plusieurs éléments permettant de rattacher le contrat – en l'espèce davantage un ensemble de contrats – à la loi française. Par ailleurs, même s'agissant de la chambre commerciale, la pérennité de cette jurisprudence n'est pas évidente. En effet, il est permis de s'interroger sur la portée d'un arrêt du 8 septembre 2012 (Com. 18 sept. 2012, n°11-20789) qui ne s'est pas exactement exprimé dans les termes de l'arrêt du 8 mars 2011. Cet arrêt semble uniquement rappeler qu'avant de mettre en œuvre la clause d'exception, le juge est obligé de vérifier, dans un premier temps, si la présomption ne méritait pas d'être appliquée. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de transport et le juge aurait donc dû regarder si le paragraphe 4 n'était pas applicable. On peut y voir une prolongation de l'arrêt de 2011 mais l'absence de reprise des termes exacts empêche toute certitude.

<sup>665</sup> CJCE, 6 octobre 2009, C-1133/08, *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) c/ Balkenende Oosthuizen BV et MIC Operations BV*, concl. avocat général M. Y. BOT, présentées le 19 mai 2009, *JCP G* 2009, 550, note L. D'AVOUT et L. PERREAU-SAUSSINE, *Rev. dr. transp. nov.* 2009, comm. 210, note C. GRARD ; *RDC* 2010, 701, note P. DEUMIER, J.- B. RACINE et E. TREPPOZ ; *Rev. crit. DIP* 2010, p. 199, note P. LAGARDE ; *D.* 2010, p. 236, note F. JAULT-SESEKE ; *JDI* 2010, p. 183, note C. LEGROS.

être observée attentivement car elle révèle l'existence ou au contraire l'absence de faculté à l'égard du juge. Néanmoins, c'est davantage une question de degré que d'absence totale de contrôle, car il n'est pas contesté que les règles permissives puissent en subir un. En droit administratif, dans les domaines où l'administration dispose d'une compétence discrétionnaire, le juge exerce effectivement un contrôle restreint mais qui n'en demeure pas moins un véritable<sup>666</sup>. Évidemment, l'étendue exacte du contrôle est déterminante quant à la qualification de la règle à l'égard du juge. Dès lors que le contrôle est renforcé, une règle apparemment ou historiquement permissive peut cesser de l'être si en pratique le juge ne dispose plus de marge d'appréciation. Le seul constat qu'elle se réduise ne suffit pourtant pas à disqualifier la règle en cause.

**255.** En matière de clause d'exception, ce point a suscité des débats. En effet, la clause se donnait pour objectif de jouer le rôle de correctif dans les hypothèses où la règle de conflit manquait son but dans la désignation d'une loi entretenant des liens étroits avec le litige ; par conséquent, il était indispensable que le juge dispose d'une réelle liberté pour corriger cette désignation. L'encadrement trop strict de son action aurait signifié qu'il était possible de déterminer des éléments objectifs permettant de désigner la loi des liens les plus étroits, ce qui n'était justement pas le cas... Aussi, la possibilité et l'opportunité d'un tel contrôle purent dans un premier temps sembler douteuses. La doctrine récente s'est pourtant efforcée de démontrer non seulement la possibilité d'un tel contrôle mais surtout son caractère nécessaire<sup>667</sup>. Lorsque la clause d'exception a été invoquée par l'une des parties et que les juges du fond ne l'ont pas mise en œuvre, la Cour de cassation va le plus souvent se contenter de vérifier qu'elle n'a pas ignoré cette invocation. Les motifs de cassation ne sont dans ce cas qu'un manque de base légale<sup>668</sup> ou un défaut de réponse à conclusions. Par

---

<sup>666</sup> V. en ce sens C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, *op. cit.*, n°597 et s. et P. RÉMY-CORLAY, *Étude critique de la clause d'exception dans les conflits de lois (Application en droit des contrats et des délits)*, Thèse dactyl., Poitiers, 1997, n°460, p. 317.

<sup>667</sup> V. P. RÉMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime de la clause d'exception dans les conflits de lois », art. préc. mais aussi dans sa thèse, *Étude critique de la clause d'exception dans les conflits de lois (Application en droit des contrats et des délits)*, Thèse dactyl., Poitiers, 1997. Ce contrôle ne s'exerce toutefois pas de la même manière selon que le juge a mis en œuvre ou non la règle permissive : si le juge n'a pas mis en œuvre la clause alors même qu'elle n'a été invoquée par aucune des parties, cette question recoupe la question de l'office du juge et on a vu qu'il disposait en l'espèce d'une simple faculté de la mettre en œuvre : son abstention ne pourra être sanctionnée par la Cour de cassation (v. en ce sens nos propos *supra* n°227).

<sup>668</sup> V. Com. 19 octobre 2010, n°09-69246, *D.* 2010, p. 2509, obs. X. DELPECH. Dans cet arrêt, il était reproché aux juges de ne pas avoir suffisamment justifié le refus de recours à la clause d'exception et le pourvoi arguait d'un manque de base légale. Une des branches leur reprochait d'avoir décidé que « cette présomption ne pouvait être écartée au seul motif que le lieu d'exécution de cette prestation se trouvait en France, cet indice ne pouvant avoir à lui seul une valeur déterminante ». La Cour de cassation s'est contentée de vérifier que les éléments invoqués avaient été pris en compte par les juges et a rejeté le pourvoi au motif que « la cour d'appel, qui a effectué la recherche prétendument omise, a légalement justifié sa décision » (c'est nous qui soulignons). Elle ne se prononce donc pas sur l'opportunité de la non application de la clause en l'espèce.

conséquent, lorsque les juges décident de ne pas appliquer la clause, le contrôle de l'opportunité de ce choix apparaît particulièrement limité. Néanmoins un arrêt récent du 16 septembre 2015 remet en cause cette analyse<sup>669</sup>. La Cour de cassation reproche en effet à la Cour d'appel de ne pas avoir mis en œuvre la clause d'exception « alors qu'elle avait constaté que le contrat de cautionnement litigieux, rédigé en italien, avait été conclu en Italie, que le prêteur avait son siège dans ce pays, que l'emprunteur y avait sa résidence habituelle et que le contrat de prêt dont l'acte de cautionnement constituait la garantie était régi par la loi italienne, ce dont il résultait que le contrat de cautionnement en cause présentait des liens plus étroits avec l'Italie qu'avec la France ». L'arrêt de la Cour d'appel est donc cassé pour violation de la loi. Cette solution suggère qu'au vu des liens existants avec la loi italienne révélés par les juges du fond, ces derniers avaient l'*obligation* et non plus la simple faculté de mettre en œuvre la clause. Néanmoins, il s'agissait en l'espèce d'un contrat de cautionnement dont le contrat principal était soumis à la loi italienne et comme, en la matière, la jurisprudence a été hésitante<sup>670</sup>, on peut hésiter quant à la portée de cette solution<sup>671</sup>. Il convient alors de s'intéresser au contrôle opéré par la Cour de cassation lorsque les juges décident de mettre en œuvre la clause d'exception.

Dans la jurisprudence récente, on compte moins d'une dizaine d'arrêts de la Cour de cassation dans lesquels il est reproché aux juges du fond d'avoir mis en œuvre la clause d'exception<sup>672</sup>. Dans la plupart des cas, le pourvoi invoque un

---

<sup>669</sup> Civ. 1<sup>er</sup>, 16 septembre 2015, n°14-10373, publié au bulletin.

<sup>670</sup> V. nos propos *infra* n°448.

<sup>671</sup> D'autant plus que la Cour d'appel, pour retenir l'application de la loi française et écarter la mise en œuvre de la clause d'exception, avait caractérisé certaines dispositions de lois de police et que la Cour de cassation a rejeté cette qualification pour les dispositions en cause (l'article 1326 du Code civil et les articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation). Sur ce point, v. nos propos *infra* n°426, note de bas de page n°1079.

<sup>672</sup> Com. 10 février 2015, n°12-13.052, préc. ; Civ 1<sup>ère</sup>, 22 octobre 2014, n°13-14.643, la Cour de cassation rappelle au visa de l'article 4 de la Convention de Rome « qu'en l'absence de choix entre les parties, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ; qu'est présumé présenter de tels liens celui où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle, ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale, voire, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, son principal établissement ; que cette présomption n'est écartée que lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays » et censure la cour d'appel de s'être contentée de constater qu'en l'absence de choix par les parties, le litige présentait des liens les plus étroits avec le Mali « sans rechercher au préalable si la présomption (de l'article 4, §2) ne trouvait pas à s'appliquer ». ; Civ. 3<sup>e</sup>, 23 septembre 2014, n°11-20.972, où la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir mis en œuvre la clause d'exception après avoir constaté que la prestation principale du contrat s'exécutait en France, que le contrat était rédigé en français, que les prix étaient exprimés en francs français alors que le débiteur résidait en Suisse et qu'un contrat lié avait été soumis à la loi française : « après avoir, à bon droit, retenu que selon la convention de Rome du 19 juin 1980, à défaut de choix de la loi par les parties, la loi applicable est celle de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique, sauf si une autre loi présente des liens plus étroits avec le contrat, la cour d'appel qui a relevé, par motifs propres, que les silos devaient être construits en France, de sorte que la prestation principale devait être exécutée en France, que la langue dans laquelle avait été rédigée la convention était le français, alors même que la société Carnitec avait son siège social en Suisse alémanique, que les prix étaient exprimés en francs français, que le contrat de sous-traitance entre la société

manque de base légale. Seul un arrêt du 25 novembre 2003 invoquant une violation de la loi à propos de la mise en œuvre de la clause aboutit à une cassation, ce qui pourrait laisser penser que la règle octroyée au juge n'était pas permissive. L'analyse de l'arrêt du 25 novembre 2003 permet toutefois de lever ce doute.

En l'espèce, il s'agissait d'un grief de violation de la loi par fausse application qui ne remet nullement en cause le caractère permissif de la règle à l'égard du juge. En effet, dans ce litige, les juges du fond avaient mis en œuvre la clause alors qu'ils avaient eux-mêmes constaté qu'il n'existait pas d'éléments suffisants pour écarter la présomption du paragraphe 2<sup>673</sup>. Dans une autre affaire où une violation de la loi était invoquée – s'agissant cette fois de la clause de l'article 6 en matière de contrat de travail –, elle fut rejetée par la Cour de cassation au motif que la Cour d'appel avaient relevé plusieurs éléments significatifs et avait donc « pu en déduire que ces contrats présentaient des liens étroits avec la France »<sup>674</sup>.

Excepté ces cas isolés<sup>675</sup>, le fondement le plus souvent invoqué est le manque de base légale. Or c'est là un motif de cassation qui rappelle au juge qu'il doit pleinement justifier sa décision mais non qu'il ne dispose pas d'une marge d'appréciation, même si celle-ci a été réduite. Le contrôle opéré par la Cour de cassation semble alors compatible avec l'existence d'une règle permissive, à moins que la jurisprudence du 16 septembre 2015 ne soit par la suite confirmée à d'autres contrats que le contrat de cautionnement. Par comparaison, il semble que, s'agissant d'autres mécanismes comme l'exception d'ordre public ou les lois de polices étrangères, le contrôle de la Cour soit bien plus strict.

## B – Les lois de police étrangères<sup>676</sup>

**256.** La question de l'*applicabilité* permissive des lois de police étrangères ayant déjà été traitée – question de l'existence ou non d'une faculté pour le juge d'appliquer d'office la loi de police étrangère<sup>677</sup> –, il convient à présent de vérifier, au stade de

---

Carnitec et la société Reggiori avait été soumis à la loi française, a pu, par ces seuls motifs, en déduire que le contrat présentant des liens plus étroits avec la loi française, celle-ci était applicable ». Et voir aussi, même si l'incidence est plus discutable : Com. 18 juin 2013, n°11-27132, *JDI* 2014, p. 858, note C. PELLEGRINI : l'arrêt concerne plus directement l'office du juge puisqu'il est censuré au visa de l'article 16 du Code de procédure civile ; Com. 19 octobre 2010, n°09-69246, *D.* 2010, p. 2509, obs. X. DELPECH, préc. ; Com., 19 déc. 2006, préc. ; Civ. 1<sup>re</sup>, 25 nov. 2003, n° 01-01414 ; Soc., 23 mars 2006, n° 03-42609.

<sup>673</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 25 nov. 2003, n° 01-01414.

<sup>674</sup> Soc., 23 mars 2006, n° 03-42609.

<sup>675</sup> Parmi ceux-ci, un seul aboutit à la cassation et le motif de la cassation dans ces circonstances serait d'ailleurs plus proche de ce que certains proposent de rapprocher de l'erreur manifeste d'appréciation.

<sup>676</sup> Sur ces questions, v. spécialement les analyses de P. LAGARDE, *Travaux comité fr. DIP 1971-1973*, p. 160 et 161 et de P. MAYER, « *Les lois de police étrangères* », *JDI* 1981, p. 277.

<sup>677</sup> V. nos propos *supra* n°229 et s.

son *application*, si le juge dispose ou non d'une simple faculté dans la mise en œuvre de la loi de police.

**257. Existence de la règle permissive.** Sur ce point, les avis de la doctrine se rejoignent pour mettre en lumière le contraste entre la liberté dont dispose le juge en présence d'une loi de police étrangère et son absence de liberté en matière de lois de police du for. Pour ces dernières, est invoqué le caractère automatique de leur application dès lors qu'une telle loi a été identifiée, étant donné qu'elle émane de l'État dont le juge tire son pouvoir juridictionnel et dont il doit donc défendre les intérêts fondamentaux<sup>678</sup>. Ces raisons qui expliquent l'application impérative des lois de police du for ne se justifient plus à l'égard des lois de police étrangères. Mais, pour des raisons de coopération entre États – du moins par souci de ne pas « entraver la politique » d'un État<sup>679</sup> – notamment de convergence de leurs intérêts voire plus simplement de pragmatisme<sup>680</sup>, un État peut avoir un intérêt à voir appliquée une loi de police étrangère. Il est alors toujours question de faculté à l'égard du juge quant à sa mise en œuvre<sup>681</sup>. Par ailleurs, lors de son rapport devant le Comité français de droit international privé sur l'avant-projet de Convention de Rome en 1972, Monsieur P. LAGARDE avait affirmé que l'application des lois de police étrangères devait exclure tout caractère d'automatisme car il s'agissait selon lui d'un cas « où il est indiscutable de laisser une liberté au juge »<sup>682</sup>. Si le principe de

---

<sup>678</sup> V. S. SANA-CHAILLE DE NERE, *DMF*, 2010, p. 714, note sous Com. 16 mars 2010 : « les premières (les lois de police du for) s'imposent au juge qui ne peut faire autrement que de les appliquer alors que les secondes (les lois de police étrangères) lui laissent une marge d'appréciation quant à l'effet qui doit leur être donné. (...) Dans cette perspective on comprend très bien que le juge du for soit tenu d'appliquer les lois de police issues de l'ordre juridique auquel il appartient. S'agissant de faire respecter la politique de l'État dont il tire son autorité, le juge ne dispose d'aucune marge d'appréciation ».

<sup>679</sup> V. P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, 11<sup>e</sup> édition, n°131.

<sup>680</sup> Notamment lorsque la loi de police étrangère empêche concrètement la situation juridique de prospérer, par exemple lorsqu'elle paralyse son exécution.

<sup>681</sup> V. en ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, v° « Convention de Rome et règlement "Rome I" », *JCl. Droit international*, Fasc. 552-15 : « Tout d'abord, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation souverain : il n'est jamais tenu d'appliquer la loi de police étrangère. Les textes lui confèrent une simple *faculté* en ce sens » ; S. SANA-CHAILLE DE NERE, *DMF*, 2010, p. 714 : « Si le principe reste que le juge du for peut toujours donner effet aux lois de police étrangères, cette *faculté* est désormais limitée aux lois de police étrangères du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées » et uniquement « dans la mesure où ces lois rendent l'exécution du contrat illégale » (c'est nous qui soulignons).

<sup>682</sup> P. LAGARDE, « Examen de l'avant-projet de convention C.E.E sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles », *TCFDIP* 1971-1973, p. 147. Concernant les lois de police étrangères, P. LAGARDE déclare qu'il n'y a « aucune automatisme qui soit prévue, car il serait dangereux d'abandonner le contrat aux lois de police de tous les États avec lesquels il serait en contact car ces lois sont parfaitement contradictoires. C'est pourquoi cette application des lois de police étrangères se fera sous le contrôle du juge, et nous retrouvons l'un des cas où il est indiscutable de laisser une liberté au juge. Le juge appréciera si le contrat se rattache suffisamment à cette loi étrangère pour pouvoir être pris en charge par cette loi de police, et si cette loi de police n'est pas excessive eu égard à l'objet même du contrat », spéc. p. 162.



l'existence d'une règle permissive en la matière est donc entendu, encore faut-il vérifier qu'en pratique, le juge dispose d'une réelle liberté. Cela implique de s'interroger sur l'encadrement de cette règle permissive afin de vérifier que ce cadre ne serait pas tellement contraignant qu'il viendrait anéantir l'idée d'une règle permissive.

**258. Encadrement de la règle permissive.** L'étude de la marge de manœuvre dont dispose le juge dans la mise en œuvre de la règle permissive est essentielle. La reconnaissance de principe d'une telle règle doit s'accompagner d'une véritable liberté de la part du juge dans sa décision de l'appliquer ou non. Cela nécessite de s'intéresser à l'encadrement de celle-ci.

Le régime de la mise en œuvre des lois de police étrangères est en partie précisé dans la règle elle-même. En effet, outre le fait que le juge pourra donner effet à celle-ci, des indications lui sont fournies par l'article 9.3 du Règlement Rome I quant aux éléments à prendre en considération pour décider de lui donner effet ou non : « 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 ». Si le choix du juge est libre, les éléments de sa prise de décision sont quant à eux prédéterminés par la règle elle-même. Ensuite, s'agissant de la réalité de la pratique judiciaire, il n'est pas aisé d'en tirer des enseignements dans la mesure où la jurisprudence est peu fournie sur cette question.

**259. Absence de réponse dans la jurisprudence.** En effet, jusqu'à une époque très récente, les tribunaux ne s'étaient jamais prononcés de manière explicite sur cette règle. Pourtant, dès avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, on décèle l'impact de lois de police étrangères, même s'il ne s'agissait encore jamais d'une utilisation explicite de ce mécanisme. Ainsi, un arrêt *Royal Dutch* du 25 janvier 1966<sup>683</sup>, qui portait en apparence sur la contrariété d'une loi étrangère – en l'espèce néerlandaise – à l'ordre public international français, avait davantage pour intérêt de faire produire un effet à une loi de police étrangère prévoyant « des mesures destinées à remédier aux effets des spoliations commises par une puissance occupante ». Néanmoins, comme l'arrêt était assez peu explicite sur cet aspect, il ne donnait pas d'indication pertinente quant au régime de la règle permissive.

Il en est de même d'un arrêt plus récent du 24 février 2004<sup>684</sup>. Dans cet arrêt était en cause la loi brésilienne en matière de sécurité sociale, qui prévoit l'affiliation

---

<sup>683</sup> Civ., 25 janvier 1966, *Royal Dutch*, D. 1966, p. 390, note Y. LOUSSOUARN. V. aussi Soc., 31 mai 1972, *Rev. Crit. DIP* 1973, p. 683, note P. LAGARDE (hypothèse où un contrat de travail était soumis à la loi française et où l'on pouvait s'interroger sur l'éventuelle interférence de la loi du lieu d'exécution du contrat, en l'occurrence la loi sénégalaise) ; Paris, 15 mai 1975, *Rev. Crit. DIP*, 1976, p. 690, note H. BATIFFOL (hypothèse où la vente d'un immeuble situé à l'étranger devait être déclarée nulle en raison d'absence d'autorisation préalable de l'administration étrangère, requise par le droit local).

<sup>684</sup> *Rev. Crit. DIP* 2005, p. 62, note L. D'AVOUT.

obligatoire du salarié détaché au régime local de sécurité sociale. Cette loi n'était pas directement appliquée au titre de loi de police étrangère, mais prise en considération par le droit français pour établir la faute de l'État employeur brésilien sur le fondement de l'article 1382 du Code civil et le condamner à verser au salarié une indemnité compensatrice correspondant à la pension de retraite qu'il aurait pu percevoir en application du régime français. Étant donné que l'effet juridique obtenu était prescrit par une règle du droit français, la loi brésilienne n'était pas véritablement appliquée. Néanmoins, un commentateur remarqua à juste titre que si le litige était survenu plus tôt – c'est-à-dire au moment de l'embauche et de la détermination de la loi applicable au régime de sécurité sociale –, la loi brésilienne aurait pu être appliquée à titre de loi de police étrangère car son impérativité était expressément reconnue par la Cour de cassation<sup>685</sup>. Si le mécanisme des lois de police étrangères était donc bien en jeu, la règle permissive de l'article 7 §1 n'était pas appliquée.

Quant à l'arrêt du 16 mars 2010 précédemment évoqué<sup>686</sup>, qui se réfère expressément à la notion de loi de police étrangère, les précisions qu'il apporte se situent exclusivement sur le terrain de l'office du juge et non sur celui de la mise en œuvre de la règle permissive<sup>687</sup>. Dans cet arrêt était en cause une loi du Ghana mettant en place une mesure d'embargo à l'égard de la viande bovine française en raison des risques de transmission du virus de l'encéphalopathie spongiforme bovine. La question était celle de savoir si le contrat d'importation de viande conclu après l'entrée en vigueur de la mesure d'embargo devait être déclaré nul pour cause d'objet illicite, étant donné que la loi française était applicable au contrat. Si la cour

---

<sup>685</sup> *Ibid.*

<sup>686</sup> Com., 16 mars 2010, n° 08-21511, *Sté AP Moller Maersk c/ Sté Viol frères*, RDC 2010, p. 1385 : JCP G 2010, 530, note L. D'AVOUT et D. BUREAU ; DMF 2010, n° 714, note S. SANA-CHAILLE DE NERE, et rapp. A. POTOCKI [extrait] ; JDI 2011, p. 2, note A. MARCHAND ; Dr. et patrimoine 2010, n° 198, p. 117, chron. M.-É. ANCEL ; RLDA 2010/51, p. 63, note C. NOURISSAT ; LPA 27 juill. 2010, p. 7, note C. LEGROS ; Rev. dr. transp., juin 2010, comm. 131, note P. DELEBECQUE et sur l'arrêt de la Cour d'appel de renvoi, CA Poitiers, 2<sup>e</sup> ch. civ., 29 nov. 2011, n° 10-03500 : RTD com. 2012, p. 217, obs. P. DELEBECQUE ; DMF 2012, p. 738, note O. CACHARD, RDC 2012, p. 1335, note P. DEUMIER et v. *supra* n°234. V. néanmoins un arrêt de la Cour d'appel de Paris dans lequel était invoquée la violation d'une loi de police étrangère, en l'occurrence des dispositions du code des réglementations fédérales américaines instituant un embargo sur les exportations à destination de l'Iran : CA Paris (pôle 5, ch. 4), 25 février 2015, n°12/23757, D. 2015, p. 1260, note M. WINKLER, A. LACOMBE ; Actes pratiques et ingénierie sociétaire, Lexisnexis, n°241, mai-juin 2015, p. 1, « Les mesures d'embargo américaines édictées par l'OFAC sont-elles des lois de police étrangère applicables en France ? », obs. Y. BECKERS, N. DEMIGNEUX. En l'espèce, la Cour d'appel n'est pas venu éclaircir cette question dans la mesure où elle a considéré que la question de l'applicabilité ou non de la loi de police ne pouvait véritablement se poser devant le juge français dans la mesure où la loi en cause n'était ni une loi de police française ni une loi de police iranienne (loi du lieu d'exécution du contrat) et que l'article 9 du Règlement Rome I dispose que l'effet ne peut être donné à la loi de police étrangère que « s'il s'agit d'une loi de police du lieu d'exécution du contrat et si cette loi de police rend illégale l'exécution du contrat ». Par conséquent, la Cour n'avait pas à se prononcer « sur la qualification de loi de police des dispositions du CFR, instituant un embargo sur les exportations à destination de l'Iran ».

<sup>687</sup> V. sur ce point nos propos *supra* n°234.

d'appel avait été censurée pour violation de la loi au visa de l'article 7§1 de la Convention de Rome, la Cour de cassation reprochait seulement aux juges du fond de ne pas avoir déterminé « par application de la Convention de Rome l'effet pouvant être donné à la loi ghanéenne invoquée devant elle ». La Cour se prononçait ici sur la seule *obligation d'évaluation* incombant aux juges du fond, non sur ses *modalités*. Ces derniers auraient dû procéder à l'évaluation et utiliser pour ce faire certains procédés – regarder la nature et l'objet ainsi que les conséquences qui découleraient de sa prise en considération ou de sa non prise en considération. Cette réponse concernait donc bien l'office du juge et non sa marge de manœuvre quant à l'application de la loi de police étrangère. Aussi, il ne semble pas que la Cour de cassation ait voulu exercer un contrôle quant à l'opportunité de la décision et cet arrêt ne remet pas en cause l'existence d'une règle permissive par un contrôle trop strict de sa mise en œuvre. Mais à défaut de remettre en cause l'existence de la règle permissive, cette solution ne donne pas de réelles indications sur l'encadrement de la faculté. Il revient à la doctrine de s'être intéressée aux modalités de cette évaluation.

**260. Proposition de réponse : un encadrement de l'exercice de la faculté excluant l'existence d'une règle permissive.** De l'analyse de cette question par la doctrine, deux éléments ont pu faire douter de la qualification de règle permissive.

Le premier vient de l'encadrement de la mise en œuvre des lois de police étrangères par le juge. Si les auteurs s'accordent pour dire qu'il ne s'agit que d'une faculté, les conditions d'exercice de cette faculté sont strictement encadrées. Sous l'empire de la Convention de Rome et de son article 7, H. GAUDEMET-TALLON avait systématisé les conditions d'application des lois de police étrangères en retenant quatre conditions<sup>688</sup>. La première concerne l'exigence d'un lien étroit de la situation avec le litige ; la seconde est que la loi en cause soit effectivement qualifiée de loi de police par l'État étranger ; la troisième que l'application de ses dispositions se justifie par leur nature et leur objet ; la dernière que le juge étudie l'impact de l'application ou de la non-application de la disposition. En ce qui concerne les deux dernières conditions, le juge dispose en effet d'une certaine marge d'appréciation : la troisième condition est assez « imprécise »<sup>689</sup> et la dernière le laisse libre de juger de cet impact. Le Règlement Rome I est encore plus restrictif puisque tout en maintenant les deux dernières conditions, il ne permet cette application que pour les lois de police du lieu d'exécution du contrat et « seulement dans la mesure où ces lois rendent illégale l'exécution du contrat ». Dans les deux cas, la marge d'appréciation du juge semble assez ténue. D'abord dans l'article 7, il semble douteux qu'un juge qui constaterait des effets néfastes quant à la non-application de

<sup>688</sup> H. GAUDEMET-TALLON, v° « Convention de Rome et règlement "Rome I" », *JCl. Droit international*, Fasc. 552-15, n° 97.

<sup>689</sup> *Ibid.*

la loi étrangère ne l'applique pas ou au contraire que l'application d'une disposition clairement contraire aux intérêts de l'État du for soit retenue. Certains auteurs ont ainsi fait remarquer que face à certaines lois de police étrangères, notamment celles qui empêchent en pratique l'exécution du contrat, le juge n'a qu'une sphère de liberté assez théorique<sup>690</sup>. Ce qui invite à repenser l'existence de cette faculté, notamment en considérant ce qui avait pu en être dit avant même l'adoption de la Convention de Rome et d'étudier une seconde série d'arguments, cette fois plus théoriques.

Le second élément pouvant être retenu au soutien d'une qualification en termes de règle permissive a été remarqué par Monsieur P. MAYER, qui s'est questionné très tôt sur le caractère facultatif ou obligatoire de l'application de la loi de police étrangère par le juge. Dépassant la question de la possibilité d'application d'office de la loi de police étrangère, il s'interroge sur la sphère de liberté octroyée au juge dans sa mise en œuvre dès lors qu'elle est invoquée par l'une des parties et que ses conditions d'application semblent réunies<sup>691</sup>. Rejetant les arguments à l'encontre d'une telle obligation<sup>692</sup>, il rappelle que les lois de police, dont l'application est controversée, ne rencontrent pas une approbation unanime au sein des magistrats et que « l'application effective d'une loi de police à une situation donnée risque alors de dépendre de l'attitude individuelle du magistrat ainsi saisi ». Et s'il admet la nécessité d'une absence d'automatisme dans leur mise en œuvre, il rappelle qu'« absence d'automatisme et caractère facultatif ne se confondent pas » et que sans admettre une faculté à l'égard du juge, il est parfaitement concevable de « ménag(er) la souplesse nécessaire » sans « laisser de place à l'arbitraire ». D'ailleurs, en s'appuyant cette fois sur la formulation même de l'article 7, que l'on peut parfaitement transposer à l'article 9 du Règlement – cette phrase étant demeurée identique –, il énonce que « le mot « pourra » change de sens et traduit plutôt l'idée d'une éventualité que celle de faculté : si la nature et l'objet des dispositions le justifient, effet doit leur être donné »<sup>693</sup>. Cette solution aurait d'ailleurs l'avantage de

---

<sup>690</sup> V. S. SANA-CHAILLE DE NERE, *DMF*, 2010, p. 714, note sous Com. 16 mars 2010 : « En pratique, la mise en œuvre de l'article 7§-1 est délicate. Et d'ailleurs, la liberté du juge face à cette loi de police étrangère est-elle réelle ? Le juge du for peut-il vraiment refuser de tenir compte de cette loi pourtant contraire aux intérêts du for ? Cela semble bien difficile puisque, en toute hypothèse, cette loi empêche, au moins matériellement, l'exécution du contrat de transport maritime. Même s'il refuse de l'appliquer, le juge ne peut pas ne pas tenir compte de l'existence de cette loi ».

<sup>691</sup> P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *Clunet*, 1981, pp. 277-345, spéc., n°52 et s. p. 326.

<sup>692</sup> P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *Clunet*, 1981, pp. 277-345, spéc., n°53. Les arguments avancés portent d'une part sur l'hypothèse de deux lois de police contradictoires et d'autre part sur le *comitas gentium* qui explique la prise en considération de la loi de police étrangère et ne constitue pas une obligation. S'agissant du premier argument, il énonce que cette situation, au demeurant exceptionnelle, pourrait parfaitement être résolue par une disposition, elle-même exceptionnelle, qui ne remettrait pas en cause la règle de principe. Quant au second, il énonce que le *comitas* se manifeste au niveau de l'État et non du juge et que, par conséquent, rien n'interdit à l'État d'obliger son juge à appliquer la loi de police étrangère.

<sup>693</sup> P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *Clunet*, 1981, pp. 277-345, spéc. n°54.

désamorcer les critiques faites à l'encontre du principe d'application des lois de police étrangères sur le terrain de la prévisibilité des solutions. À considérer le Règlement Rome I, ce constat est d'autant plus pertinent que la reconnaissance qu'une loi rendrait l'exécution d'un contrat illégal permettrait difficilement au juge saisi de décider d'en faire abstraction. Dans le seul exemple explicite d'application de l'article 7 §1 où la Cour de cassation a censuré les juges du fond pour ne pas avoir procédé à l'évaluation imposée, c'est d'ailleurs sans surprise que la Cour d'appel de renvoi a jugé qu'il convenait en l'espèce de prendre en considération la loi du Ghana<sup>694</sup>.

**261.** Aussi, si l'opportunité de consacrer une règle permissive à l'égard du juge en matière de lois de police étrangères est contestée, son existence l'est tout autant. Le juge peut disposer d'une marge d'appréciation, sans qu'elle soit forcément révélatrice d'une règle permissive à son égard. Une question similaire se pose en matière de mise en œuvre de l'exception d'ordre public international où l'on peut légitimement s'interroger sur l'existence ou non d'une règle permissive en faveur du juge.

---

<sup>694</sup> CA Poitiers, 2<sup>e</sup> ch. civ., 29 nov. 2011, n° 10-03500, préc., *RTD com.* 2012, p. 217, obs. P. DELEBECQUE ; *DMF* 2012, p. 738, note O. CACHARD, *RDC* 2012, p. 1335, note P. DEUMIER : « Attendu, dès lors, que la question posée par le présent litige pourrait être celle de la licéité de la cause d'un contrat soumis à la loi française, c'est à dire de la validité de ce contrat, en présence d'une loi Ghanéenne qui en interdirait l'exécution, ce qui reviendrait à faire la part de chaque loi par application de la règle de conflit ; Mais attendu qu'il s'agit en réalité, en l'espèce, de rechercher si, pour l'application de la loi d'un pays déterminé, il peut être donné effet aux dispositions impératives de tout Etat avec lequel la situation présente un lien étroit et si ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat ; Attendu, tout d'abord, qu'il ne peut être sérieusement discuté par les parties que l'embargo décrété par l'État du Ghana sur les exportations de viande bovine en provenance de France présente un lien étroit avec le contrat de transport intervenu entre la société Viol Frères et la société AP Moller Maersk A/S, le destinataire de la marchandise se trouvant au Ghana ; que, par ailleurs, il convient de rechercher si cette disposition relative à l'embargo est considérée comme une loi de police par l'État du Ghana ; Attendu, sur ce point, qu'il y a lieu de retenir que l'embargo a pour objet compte tenu des conséquences de la maladie dite de la 'vache folle'(encéphalite spongiforme bovine) de protéger la population ghanéenne des risques encourus sur un plan sanitaire et qu'ainsi les dispositions impératives résultant de l'embargo se justifient à la fois par leur nature (interdiction des importations) et leur objet (protection sanitaire de la population) ; qu'il résulte par ailleurs de l'application à l'espèce de la loi d'embargo ghanéenne la seule impossibilité d'exporter de la viande bovine en provenance de France, ce dont la société Viol Frères avait une parfaite connaissance tant par le Ministère de l'Agriculture que par le destinataire de la marchandise, étant par ailleurs retenu que l'État Français n'était pas le seul visé par la mesure d'embargo ; Attendu qu'eu égard aux éléments qui précèdent il convient de prendre en considération les dispositions impératives de la loi ghanéenne sur l'embargo et en conséquence de déclarer nul et de nul effet le contrat de transport pour objet impossible ; que la société Viol Frères ne peut donc rechercher la responsabilité de la société AP Moller Maersk A/S pour une exécution défectueuse du contrat de transport et il y a lieu en conséquence de la débouter de ses demandes ».

## C – L'exception d'ordre public international<sup>695</sup>

**262. Applicabilité et application.** À titre préliminaire, il convient de rappeler qu'il sera uniquement question, dans les développements qui suivent, de la marge de manœuvre du juge au stade de l'*application* de l'exception d'ordre public, c'est-à-dire lors de la mise en œuvre de l'exception. La question de l'*applicabilité* permissive ou non de cette exception par le juge, qui relève de la problématique du relevé d'office, ne sera pas traitée. En effet, en la matière, il semble plutôt admis que le juge ait l'obligation de mettre en œuvre *d'office* l'exception<sup>696</sup>.

---

<sup>695</sup> La présence de développements relatifs au mécanisme de l'exception d'ordre public international, dans une partie consacrée à l'*identification* des normes permissives, pourrait *a priori* surprendre tant la mention de ce mécanisme, qui se réfère à la notion d'*ordre public international*, est évocateur de règles *impératives* voire *internationalement impératives*. Cette impression ne doit cependant pas tromper quant à l'opportunité de nos développements. D'abord, parce que l'ordre public international n'est pas tant, selon nous, révélateur de l'impérativité particulière de certaines règles que de la protection des valeurs essentielles du for (« Ce sont des principes généraux, voire des sentiments, plus souvent que des règles, qui appellent l'éviction de la loi étrangère », v. V. HEUZÉ, P. MAYER, *Droit international privé*, n°206, p. 153 ; v. contra. pour une approche en termes d'impérativités : M.-N. JOBARD-BACHELLIER, F.-X. TRAIN, « Ordre public international - Notion d'ordre public en droit international privé », *Juris-Classeur Droit international*, 5, Fasc. 534-1, n°4 : « La diversification de l'ordre public au cours de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, tant dans ses fondements et finalités que dans ses sanctions, conduit à en rechercher des définitions qui sont plus fonction de ses modalités d'intervention que de son contenu, toujours plus insaisissable. Aussi est-il justifié, dans le champ du droit privé, d'aborder l'ordre public *sous l'angle très général de l'impérativité* afin de l'appréhender dans toutes ses manifestations », c'est nous qui soulignons). Il n'est évidemment pas question de dire que la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international ne constitue pas un indice de l'existence de règles impératives – comme par exemple en matière de gestation pour autrui où la mise en œuvre de l'exception a pu coïncider avec l'existence de l'article 16-7 du Code civil qui prescrit une règle d'ordre public, tel que le confirme l'article 16-9 – mais plutôt qu'il ne s'agit pas de cette problématique s'agissant de l'ordre public (sur cette question, v. notamment P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *RCADI*, tome 371, 2015, p. 165, qui se demande si l'ordre public renvoie à une « catégorie de règles » ou à un « état d'harmonie sociale », v. spéc. n°32 p. 191). Il est en effet question « des limites et conditions de la tolérance » d'un ordre juridique (V. D. BODEN, *L'ordre public : limites et conditions de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, Thèse dactyl., Paris I, 2002) et des valeurs fondamentales que le for souhaite préserver. Certes, nombreuses sont les valeurs qui vont se traduire par l'existence d'une norme impérative (v. V. HEUZÉ, P. MAYER, *op. cit.*, n°218, p. 159 : hypothèse où la conception française de l'ordre public international est « exprimée par une règle précise et explicite ») mais non seulement cela n'est pas systématique et, en tout état de cause, toute règle « peut être conçue comme un lieu de reconnaissance et de conciliation de valeurs » (B. REMY, *Exception d'ordre public international et mécanisme de lois de police en droit international privé*, Dalloz, 2008, n°350, p. 192). Ensuite et surtout, l'exception d'ordre public international ne sera traitée ici que sous l'angle de l'existence ou non d'une règle permissive à l'égard du juge, lorsqu'il doit mettre en œuvre l'exception d'ordre public international. Sur le mécanisme lui-même, nous renvoyons aux ouvrages spécialement consacrés à cette question et notamment pour les plus récents : . D. BODEN, *L'ordre public : limites et conditions de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, préc. ; A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne. Essai de systématisation*, th. dactyl. Paris I, 2015 ; B. REMY, *Exception d'ordre public international et mécanisme de lois de police en droit international privé*, préc. ; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *RCADI*, préc.

<sup>696</sup> Néanmoins, cette mise en œuvre d'office est la plus souvent constatée en matière de reconnaissance des décisions, qui n'est pas directement traitée dans le cadre de notre étude (v. par exemple : Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 novembre 2011, n°10.21007 : « Attendu que pour ordonner mainlevée de la procédure de paiement direct, l'arrêt retient que le maintien de cette procédure est manifestement illicite dès lors que le divorce des époux X...-Y... a été prononcé à Bangui, le 26 juin 2008, par un jugement signifié à personne qui ne paraît contraire ni à la conception française de l'ordre public international ni aux dispositions de l'article 29 de l'accord précité, qu'en statuant ainsi, *alors qu'il lui incombait de vérifier d'office* si les conditions de la régularité internationale du

**263.** Lorsqu'il statue sur un litige impliquant des relations privées internationales, le juge peut être conduit à écarter la loi normalement applicable lorsque la solution en résultant porte atteinte à la conception française de l'ordre public international<sup>697</sup>. Dans la mise en œuvre de ce qu'il est couramment appelé « l'exception d'ordre public international », qu'elle résulte de la jurisprudence<sup>698</sup> ou d'un Règlement européen<sup>699</sup>, il est permis de s'interroger sur l'existence d'une règle permissive à l'égard du juge.

**264. Existence de la règle permissive ?** Au premier abord, l'existence d'une règle permissive à l'égard du juge peut faire sens<sup>700</sup>. Il faudrait alors comprendre que

---

jugement de divorce étaient réunies et d'en constater les résultats dans sa décision, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». En outre, si l'on s'en tient à certaines thèses qui ont été consacrées au mécanisme de l'exception d'ordre public (v. notamment B. REMY, *Exception d'ordre public international et mécanisme de lois de police en droit international privé, op. cit.*), tel pourrait ne pas être le cas. En effet, dès lors que l'on adhère à l'idée que cette exception tend à protéger les valeurs fondamentales du for tandis que le mécanisme des lois de police protégerait les objectifs des politiques législatives (v. en ce sens P. de VAREILLES SOMMIERES, « Lois de police et politiques législatives », préc.), il est possible de considérer – certes en schématisant – que si le mécanisme des lois de police défend des *intérêts publics*, l'exception d'ordre public protège quant à elle des *intérêts privés* et, dès lors, il pourrait ne pas apparaître choquant que le juge ne soit pas obligé de mettre en œuvre l'exception mais qu'il en ait seulement la faculté. Certains auteurs envisagent d'ailleurs expressément cette hypothèse, comme Monsieur P. de VAREILLES SOMMIERES qui énonce que l'existence ou non d'une règle permissive à l'égard du juge au stade de l'applicabilité peut dépendre de « la conception que se fait l'auteur de la règle de conflit de la place des considérations d'ordre public dans l'éviction de la loi étrangère compétente » ou encore du fait que « la réponse apportée par la loi étrangère compétente à la question de droit substantiel apparaît ou non, *prima facie*, comme inconciliable avec l'ordre public international du for » (v. « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *RCADI*, tome 371, 2015, n°94). L'auteur constate ainsi que, en fonction de l'une ou l'autre de ces considérations, « le juge peut avoir la faculté, sans l'obligation, de soulever l'exception d'ordre public d'office ». La jurisprudence a d'ailleurs pu se prononcer en ce sens (v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mai 2014, n°12.29295, où la Cour d'appel n'est pas sanctionnée de ne pas avoir vérifié la conformité de la loi étrangère qui ne prévoit pas d'action directe en matière d'assurance à la conception française de l'ordre public international dès lors qu'aucune partie n'avait soulevé cette contrariété devant les juges du fond et Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 juin 2005, n°03-10192, *D.* 2006, Pan. p. 1496, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE). Mais v. aussi contra. Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2015, n°14-17880, publié au bulletin. La Cour de cassation a en effet censuré les juges du fond, en relevant le moyen d'office, de n'avoir pas « recherché, de manière concrète, si les effets de la loi allemande n'étaient pas manifestement contraires à l'ordre public international français ». Néanmoins, l'arrêt est cassé au visa de l'article 15 du Règlement Aliments (qui renvoie pour la loi applicable au Protocole de La Haye) et des articles 8, 13 et 22 du Protocole de La Haye relatif aux obligations alimentaires et la question demeure entière lorsque la mise en œuvre de l'exception d'ordre public n'est pas prescrite par un texte européen.

<sup>697</sup> V. par exemple : D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tome I, 3<sup>e</sup> éd., n°456 et s. p. 534.

<sup>698</sup> V. Civ., 25 mai 1948, *Lautour*, *RCDIP*, 1949.89, note H. BATIFFOL ; *D.* 1948.357, note P. LEREBOURS-PIGEONNIERE ; *S.* 1949.1.21, note J.-P. NIBOYET ; *JCP*, 1948.II.4532, note VASSEUR ; *Grands Arrêts*, n°19.

<sup>699</sup> V. par exemple, l'article 21 du Règlement Rome I, l'article 26 du Règlement Rome II qui consacre chacun une exception au jeu de la loi normalement applicable en cas d'atteinte à l'ordre public du for, article 12 du Règlement Rome III et article 35 du Règlement Rome IV.

<sup>700</sup> V. en ce sens : P. de VAREILLES SOMMIERES, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *RCADI*, tome 371, 2015, qui considère que l'ordre juridique « laisse une marge d'appréciation à son juge concernant le déclenchement de la sanction, quitte à lui fournir quelques repères visant à discipliner l'usage de la discrétion qui lui est ainsi reconnue », v. spéc. n°98.

le juge dispose dans certains cas de la faculté de mettre en œuvre l'exception d'ordre public international, mais qu'il n'y est jamais obligatoirement tenu. D'abord, dans les différents Règlements européens, il est prévu que la loi désignée par le Règlement « ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ». Outre une formulation assez restrictive quant à la possible éviction de la loi étrangère par le juge, l'approche formelle de la disposition laisse entendre que le juge dispose en la matière d'un certain pouvoir d'appréciation : il *peut* l'écartier.

Ensuite, nul ne conteste que le contenu de l'ordre public international est par définition « flou<sup>701</sup> » ou « insaisissable<sup>702</sup> » et qu'il est amené à évoluer en fonction de l'évolution des valeurs d'une société<sup>703</sup> et ce « flou » du contenu pourrait donc se répercuter sur le « flou » de sa mise en œuvre par le juge. Dès lors que l'on ne peut sérieusement nier le « rôle inéluctable des valeurs individuelles du juge<sup>704</sup> » dans la détermination de son contenu, la relativité de celui-ci devrait être source d'une certaine souplesse dans la mise en œuvre du dit mécanisme. Par ailleurs, la mise en œuvre d'un mécanisme d'« exception » pourrait également conforter cette idée puisque, s'agissant par définition d'hypothèses exceptionnelles, il est dans ce cas fréquemment conféré une certaine liberté au juge<sup>705</sup>. Pourtant, une telle intuition doit être écartée<sup>706</sup>.

<sup>701</sup> V. notamment sur ce constat : D. BODEN, *L'ordre public : limites et conditions de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, préc., n°1 et s. et A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne, essai de systématisation*, préc., n°2 et s. qui constate que toute étude sur l'ordre public commence par le constat de son caractère flou.

<sup>702</sup> V. B. REMY, *Exception d'ordre public international et mécanisme de lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, n°381 et s., p. 215.

<sup>703</sup> *Ibid.*, note 634.

<sup>704</sup> V. en ce sens, B. REMY, *op. cit.*, n°380 et s. p. 215.

<sup>705</sup> V. par exemple nos propos sur la clause d'exception où nous avons considéré que le juge disposait bien, en la matière, d'une règle permissive : v. *supra* n°256 et s.

<sup>706</sup> Les développements opérés à propos des clauses dites « spéciales d'ordre public » pourraient également attester de cette position (sur cette notion : v. J. MAURY, « L'ordre public en droit international privé français et en droit international privé allemand – Convergences et divergences », *RCDIP*, 1954, p.7 et s., spéc. p.12. ; N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Litec, 2007, préf. P. Lagarde, spéc. n° 215). Connue principalement en droit allemand, cette clause a pu être présentée de la manière suivante : « certains textes législatifs étrangers ont défini des situations dans lesquelles la loi du for devra en tout cas s'appliquer à l'encontre de la loi étrangère. C'est ce que l'on appelle les clauses spéciales d'ordre public. Elles se caractérisent généralement par deux éléments : d'une part, le seuil de tolérance de l'ordre juridique du for à la loi étrangère, c'est-à-dire le contenu de l'ordre public ; d'autre part, le lien requis avec le for pour provoquer l'éviction de la loi étrangère, en d'autres termes l'*Inlandsbeziehung* » (H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, 8<sup>ème</sup> éd., n°359). On en trouve désormais des figures en droit positif à travers le droit de l'Union puisque le Règlement Rome III dans son article 10 a consacré une telle réserve en énonçant que lorsque la loi désignée comme applicable « ne prévoit pas le divorce ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps, la loi du for s'applique ». Tout en ne se prononçant pas directement sur notre question, à savoir l'existence ou non d'une règle permissive à l'égard du juge, les auteurs



265. En effet, si les valeurs d'une société ne sont pas aisément identifiables, il n'en demeure pas moins que le juge doit défendre ces valeurs telles qu'elles sont reconnues. Il doit se faire le défenseur de « l'agencement typique des valeurs collectivement admis »<sup>707</sup> et sa mise en œuvre n'appelle pas de marge de manœuvre particulière. Il doit décider si, oui ou non, l'application d'une norme étrangère est contraire à la conception française de l'ordre public international. Reconnaître une faculté large d'appréciation du juge, ce serait admettre que le juge est habilité à défendre son propre agencement de valeurs et non l'agencement *typique*. Or, si l'agencement de valeurs est effectivement propre à chacun, le juge n'a pas pour fonction de défendre le sien<sup>708</sup>. Même si ces valeurs sont mouvantes en fonction d'un moment et d'un lieu donné, la tâche du juge est justement de cristalliser l'agencement typique ayant cours dans l'ordre juridique au jour où il statue<sup>709</sup>. Évidemment, ce constat ne signifie pas que certains juges n'auront pas tendance à le faire – ce qu'il est d'ailleurs difficile de leur reprocher tant il est difficile de s'abstraire de sa propre subjectivité –, mais c'est du moins l'idéal qu'il doit

---

reconnaissent que comme ces clauses « ne déterminent pas le contenu de l'ordre public (...), il reste donc une certaine marge de manœuvre au juge dans l'appréciation de la contrariété à l'ordre public de la loi étrangère » (N. JOUBERT, *op. cit.*, n°216, p. 205). Si ces auteurs énoncent qu'il « reste une marge de manœuvre » dans l'application des clauses spéciales d'ordre public, pourrait-on penser *a fortiori* que les juges disposent bien d'une marge de manœuvre en matière de « clause générale », c'est-à-dire lorsqu'une limitation générale au jeu de la règle de conflit est prévu par une règle jurisprudentielle ou légale. On pourrait conforter cette opinion par les observations relevées à l'encontre de ces clauses « générales ». En effet, pour Madame JOUBERT, les juges disposent d'une « marge de manœuvre » dans la mise en œuvre des clauses spéciales d'ordre public, puisque ces derniers doivent à tout le moins apprécier que la loi étrangère atteint bien en l'espèce le seuil requis. Il en va *a fortiori* de même pour la « clause générale » compte-tenu de « l'imprécision forcée d'une telle règle [qui] fait dépendre son application des juges » (*ibid.*). Il ne faut toutefois pas se méprendre sur la portée des propos de l'auteur. Il ne s'agit pas pour elle de constater l'existence d'une règle permissive. Au contraire, Madame JOUBERT relève plus loin que la Cour de cassation exerce son contrôle sur la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international (cette application dépend « en dernier ressort, car il s'agit d'une règle de droit, des cours et tribunaux suprêmes », *ibid.*). L'auteur veut simplement signaler qu'il existe nécessairement un certain pouvoir d'appréciation des juges en général, et non des juges du fond spécialement.

<sup>707</sup> Sur cette notion : v. A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne. Essai de systématisation*, préc., spéc. n°395-397.

<sup>708</sup> Disons à tout le moins que, pour Madame JEAUNEAU, les agencements typiques des valeurs collectivement admis existent et que le juge, pour convaincre ses auditoires que la solution qu'il prend est légitime, est fortement incité à rendre une décision cohérente avec ces agencements typiques, v. *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne. Essai de systématisation*, préc., spéc. n°349 et 414.

<sup>709</sup> Pour un auteur, le contenu de l'ordre public est davantage *insaisissable* qu'il n'est *indéterminable* : « "l'indéterminabilité" en question, cet "impondérable" qui échapperait à l'analyse des juristes, serait sans doute plus justement qualifié "d'insaisissabilité". Ce n'est pas tant l'impossibilité de déterminer l'élément de référence dont il est question ici – ce qui n'aurait guère de sens puisque chacun conviendra aisément que le juge qui a tranché un litige en mettant en œuvre l'exception d'ordre public a bien dû, au préalable, déterminer l'ordre public – que l'impossibilité pour l'observateur de saisir cet élément de référence de manière certaine et *a priori* et dont il résulte "une imprévisibilité et une part de subjectivisme que soulignent les auteurs et la jurisprudence" » (B. REMY, *Exception d'ordre public international et mécanisme de lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, n°381, p. 215). Si le contenu de l'ordre public est certes fluctuant en fonction du temps et des circonstances, ce contenu est *déterminé* à un moment donné et en lieu donné, c'est-à-dire qu'il reçoit une détermination précise, mais ce contenu n'en demeure pas moins insaisissable *a priori*. Un élément de ce contenu pourra simplement être identifié *a posteriori* par un juge qui n'en aura saisi qu'un aspect.

poursuivre. Pour conforter cette position, il est nécessaire de s'intéresser au contrôle opéré par la Cour de cassation s'agissant de la mise en œuvre de l'exception par les juges du fond.

Même si les auteurs se prononcent rarement de manière directe sur cette question, l'existence d'un contrôle opéré par la Cour de cassation n'est en réalité pas contestée<sup>710</sup>. Certes, il est souvent reconnu que le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation, mais ce qui est alors reconnu c'est que le contenu de l'ordre public n'est jamais précisé par le législateur<sup>711</sup> et qu'il appartient donc au juge de le déterminer. Il s'agit alors de l'entité « juge » par opposition au législateur, non spécialement des juges du fond à qui serait octroyé un pouvoir souple d'appréciation. Pour l'expliquer il est nécessaire de revenir sur le contrôle opéré dans le cadre de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international.

## 266. Contrôle de la Cour de cassation de la mise en œuvre de l'exception.

Qu'il s'agisse de l'application d'une disposition d'un Règlement ou de la règle française jurisprudentielle, cette règle pourrait être simplifiée comme suit : « si l'application de la loi étrangère conduit à un résultat qui heurte la conception française de l'ordre public international, l'application de la loi étrangère sera écartée »<sup>712</sup>. Lorsqu'il est reproché aux juges du fond d'avoir mis en œuvre l'exception ou au contraire, de ne pas l'avoir mise en œuvre, si un grief de manque de base légale peut être reproché aux juges<sup>713</sup>, c'est plus souvent une violation de la loi qui est invoquée, loi qui est ici énoncée dans la règle que nous avons formulée ci-avant. Le présupposé de la règle en jeu est « si l'application de la loi étrangère conduit à un résultat qui heurte la conception française de l'ordre public

<sup>710</sup> V. néanmoins sur une telle réflexion : P. RÉMY-CORLAY, *Étude critique de la clause d'exception dans les conflits de lois (Application en droit des contrats et des délits)*, Thèse dactyl., Poitiers, 1997, n°452.

<sup>711</sup> *A fortiori* même s'agissant des clauses spéciales d'ordre public où les auteurs reconnaissent qu'il existe là aussi une marge de manœuvre plus ou moins grande : v. N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, op. cit., n°215 et s. et F.-X. TRAIN et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *JCl. Droit international*, v° «Ordre public international - Notion d'ordre public en droit international privé », art. préc.

<sup>712</sup> Ici c'est à dessein que l'on n'écrit pas « les dispositions *pourront être* écartées » ou « les dispositions *devront être* écartées » pour ne pas influencer la perception de l'existence d'une règle permissive. Si cette précaution peut paraître inutile tant la réponse semble pour certains évidente, il nous faut cependant vérifier s'il existe ou non une règle permissive. En effet, nous avons eu l'occasion de voir, à propos de l'office du juge, que la réponse à cette question pouvait être moins évidente qu'il n'y paraît, v. nos propos *supra*, note de bas de page n°696.

<sup>713</sup> v. par exemple : Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1990, n°88-17553 : « Attendu que pour accorder cette indemnité, l'arrêt attaqué énonce que l'application de la loi désignée par l'article 3 de la convention de La Haye du 4 mai 1971 peut être écartée, selon les dispositions de l'article 10 de ladite convention, " si elle est incompatible avec l'ordre public ; que dès lors, l'application en l'espèce de la loi française du 5 juillet 1985, présentant manifestement un caractère d'ordre public, ne se heurte à aucune contestation sérieuse " ; Attendu qu'en statuant par de tels motifs, alors que la loi espagnole était seule applicable et sans rechercher en quoi cette loi était manifestement incompatible avec l'ordre public entendu au sens international, *la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes susvisés* » (c'est nous qui soulignons).

international » et son effet juridique « l'application de la loi étrangère sera écartée ». Certes, il peut arriver que tout en constatant la contrariété de l'application d'une loi étrangère à la conception française de l'ordre public international, les juges du fond n'écartent pas la loi étrangère. Dans ce cas, le contrôle de la Cour de cassation sera aisé car il lui suffira alors de constater une violation de la loi puisque les juges du fond n'auront pas tiré les conséquences de leurs constatations. Mais en pratique, la question qui va susciter une difficulté dans l'application de cette règle est celle de savoir si, oui ou non, l'application de la loi étrangère heurte la conception française de l'ordre public international. Or comme nous l'avons dit précédemment, à ce stade, il ne s'agit pas pour le juge d'appliquer une règle : « Les valeurs qu'il affirme ne font nullement corps avec les dispositions qu'il devrait mettre en œuvre (...). Ces valeurs sont nécessairement extérieures aux dites dispositions », car « tout se passe comme si de telles valeurs flottaient hors du champ des dispositions applicables ou susceptibles d'être prises en considération par lui à cet instant, dans une zone indistincte où il lui faut puiser »<sup>714</sup>. Dès lors qu'il est question de « sentiment », il est impossible de raisonner en termes d'application d'une règle de droit. Mais quelle est alors le type de contrôle opéré par la Cour de cassation ? Dès lors que le présumé peut être traduit comme l'existence d'un « résultat choquant », c'est bien la qualification juridique des faits que la Cour de cassation doit contrôler. Or en la matière, la Cour de cassation n'opère pas un contrôle systématique.

En effet, les auteurs qui se sont intéressés à cette question signalent qu'il faut distinguer deux questions : le contrôle de la Cour de cassation de l'interprétation de la loi – contrôle systématique – et le contrôle de la qualification des faits – contrôle non systématique<sup>715</sup>. Dès lors que la Cour intervient dans le premier cas, la doctrine considère de manière unanime que ce contrôle est entier – « lourd » diront certains – puisqu'il s'agit alors de la substance même de sa fonction : « c'est le rôle noble de la Cour de cassation qui consiste à dire le droit en interprétant la loi ou même à créer le droit dans le silence du législateur »<sup>716</sup>, il en va de la préservation de son unité d'interprétation au niveau national. Dans le second cas, il s'agit de « déterminer si des faits matériellement établis étaient susceptibles de recevoir la qualification justifiant la mise en œuvre de la règle de droit générale et abstraite (tel comportement d'un époux constitue-t-il une injure grave justifiant le divorce ?...) »<sup>717</sup>. Dans cette hypothèse, l'existence d'un contrôle est alors variable, il existe dans certains cas, mais est exclu dans d'autres et seule la lecture des arrêts de

---

<sup>714</sup> V. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, TRAIN, *JCl. Droit international*, v° « Ordre public international - Notion d'ordre public en droit international privé », art. préc., n°38.

<sup>715</sup> V. en ce sens : M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation, pourvois et arrêts en matière civile, méthode du droit*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2010, p. 53.

<sup>716</sup> M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *op. cit.*, p. 53.

<sup>717</sup> *Ibid.*

la Cour de cassation permet de découvrir l'existence ou non d'un tel contrôle. Une distinction doit néanmoins être opérée entre les arrêts de rejet et les arrêts de cassation. Dans les premiers, les formules « a pu estimer », « a justement déduit », « retient exactement », « a décidé à bon droit » révèlent la réalité d'un contrôle<sup>718</sup>. Dans les seconds, si « la démarche est en définitive de même nature, (...) le résultat est inverse »<sup>719</sup> et la réalité du contrôle se constate par une substitution de l'analyse de la Cour de cassation à celle des juges du fond<sup>720</sup>. Il nous faut alors appliquer cette méthode à l'analyse des arrêts de la Cour de cassation<sup>721</sup>.

**267.** L'étude de la jurisprudence de la Cour de cassation est alors sans équivoque. La Cour de cassation ne reconnaît en effet aucun pouvoir souverain aux juges dans cette appréciation. Certes, l'interprétation de la loi étrangère est exempte de tout

---

<sup>718</sup> M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation, pourvois et arrêts en matière civile, méthode du droit, op. cit.*, p. 93

<sup>719</sup> M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation, pourvois et arrêts en matière civile, méthode du droit, op. cit.*, p. 95

<sup>720</sup> *Ibid.*

<sup>721</sup> S'agissant de ce contrôle, certains auteurs distinguent l'existence d'un contrôle « lourd » par opposition à un contrôle « léger » (Sur cette distinction, v. J. BÉTOULLE, « La distinction contrôle lourd/contrôle léger de la Cour de cassation. Mythe ou réalité ? », *JCP G* 2002, I, 171). Selon eux, certaines formules employées par la Cour de cassation seraient révélatrices d'un contrôle lourd, comme « a pu exactement », « a pu justement », « à bon droit », tandis que d'autres, comme « a pu estimer », d'un contrôle léger. Ainsi, à propos de l'emploi de ces formules et dans le cadre de la préface de la première édition d'un ouvrage de référence sur la technique de cassation (M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation, pourvois et arrêts en matière civile, méthode du droit*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2010), PONSARD, en tant que président de chambre honoraire à la Cour de cassation écrit « Les formules "a pu estimer", "a justement déduit", "retient exactement", "a décidé à bon droit", sont retenues comme équivalentes. Il est douteux qu'elles le soient dans l'esprit des rédacteurs des arrêts. Les trois dernières marquent un "contrôle lourd", tandis que la première, utilisée par exemple en matière de faute délictuelle, voudrait marquer un contrôle plus léger, laissant aux juges du fond une marge d'appréciation » (p. VI). Néanmoins, l'existence d'une telle subtilité dans le contrôle de la Cour n'est pas unanimement admise. Ainsi, les auteurs de l'ouvrage préfacé (M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation, pourvois et arrêts en matière civile, méthode du droit*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2010, p. 93) réfutent au contraire l'existence d'un contrôle lourd ou léger. Pour eux, « la distinction (n'est) pas fondée ; la Cour de cassation contrôle la qualification ou ne la contrôle pas ; elle ne peut la contrôler à moitié ». Si l'on conçoit clairement la critique opérée par Madame M.-N. JOBARD-BACHELLIER et Monsieur X. BACHELLIER que la Cour de cassation ne peut qu'approuver ou désapprouver et que l'idée d'un contrôle plus ou moins lourd fait difficilement sens, on ne pense pas pour autant que ces formules aient une signification identique. Elle serait plutôt, selon nous, la marque d'un assentiment plus ou moins grand de la Cour de cassation à l'égard de la position des juges du fond que la Cour approuverait sans réserve ou, révélant peut-être la marque de sa possible hésitation, approuverait faute de mieux. Quoiqu'il en soit, l'étude des arrêts de la Cour de cassation révèle davantage l'existence d'un contrôle « lourd » de par les formules employées, même si elle marque parfois une approbation plus feutrée (v. par exemple : Civ. 1<sup>re</sup>, 13 nov. 1979, *Weyrich-Laroche, Rev. crit. DIP* 1980, p. 753, note M. SIMON DEPTIRE : « la cour d'appel, qui a justement écarté l'application en la cause de la loi du 3 janvier 1972, a pu relever cependant que ses dispositions caractérisaient "un intérêt de bien commun" traduisant une conception actuelle fondamentale au sens de l'ordre public international français »). Néanmoins, s'agissant de notre propos, il n'est pas nécessaire de trancher puisque l'existence d'un contrôle, de la part de la Cour de cassation, qui dépasserait la seule vérification de l'existence de motivation doit nous inciter à conclure à l'absence d'une règle permissive et à l'inverse dans le cas contraire.

contrôle<sup>722</sup> – sous réserve de dénaturation –, mais une fois cette interprétation dégagée, le juge ne dispose pas de manœuvre quant à l'appréciation de la contrariété ou non et sa mise en œuvre est strictement contrôlée. Ainsi, la Cour de cassation va reconnaître que les juges du fond ont jugé *à bon droit* ou qu'ils ont *exactement décidé* qu'une norme était ou non contraire à la conception française de l'ordre public international<sup>723</sup> ou elle va se contenter de substituer son appréciation à celle des juges du fond sans s'expliquer davantage sur « les raisons de ce choix »<sup>724</sup>. Par

<sup>722</sup> « La Cour de cassation, si elle contrôle l'interprétation des normes générales de source étatique ou internationale, ne contrôle pas en revanche l'interprétation des lois étrangères (...). La référence à l'« interprétation souveraine des juges du fond » marque l'absence de contrôle », M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation, pourvois et arrêts en matière civile, méthode du droit*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2010, p. 78. V. par exemple Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 janvier 2010, n°09-10078 : « Attendu que la cour d'appel, par une interprétation souveraine de l'article 2947 du Code civil italien, a retenu que l'action intentée pour des faits commis avant 1983 était prescrite selon l'alinéa 1 du texte qui prévoit une prescription de cinq ans, et que l'alinéa 3 n'était pas applicable à l'espèce » ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2006, « Mais attendu qu'après avoir déclaré la loi marocaine applicable et donc considéré qu'elle n'était pas contraire à la conception française de l'ordre public international, la cour d'appel, appréciant souverainement la teneur et la portée de la loi étrangère, a estimé que le mariage de M. X... avait été célébré au mépris des règles de forme et de fond de la loi marocaine et que l'absence d'autorisation du juge empêchait de le considérer comme valable ; que le moyen qui ne tend qu'à remettre en cause l'application et l'interprétation souveraines par les juges du fond de la loi étrangère, n'est pas fondé ».

<sup>723</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2015, n°13-25572 : « Attendu, ensuite, qu'ayant estimé que la décision étrangère n'avait pas retenu que le seul fait pour Mme X... d'avoir demandé le divorce était constitutif d'une faute, la cour d'appel en a exactement déduit que cette décision n'était pas contraire à l'ordre public français » ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 septembre 2013, n°12-23380 : « Attendu qu'après avoir justement énoncé que l'ordre public international n'a pas pour exigence que toute législation étrangère doive adopter les termes exacts du Code civil français et relevé que l'article 2016 du Code civil portugais, réglementant les modalités d'octroi de la pension alimentaire dont les termes sont expressément rappelés, organise un dispositif de nature à compenser la disparité dans les conditions de vie des époux qui résulte de la rupture du lien conjugal, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre le détail de l'argumentation des parties a légalement justifié sa décision de rejeter l'exception d'ordre public international invoquée par l'épouse et de lui accorder une pension alimentaire en capital dont elle a souverainement estimé le montant », dans cet arrêt la Cour de cassation distingue la non contrariété à l'ordre public international pour laquelle elle a « légalement justifié sa décision » et la fixation du montant de la prestation compensatoire dont elle a « souverainement apprécié le montant » ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 octobre 2011, n°09-71369 : « Mais attendu qu'ayant, à bon droit, mis en œuvre la loi ivoirienne, désignée par la règle de conflit de l'article 311-14 du Code civil français, qui rattache l'établissement de la filiation à la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant et, ayant relevé que M. A..., étant marié au moment de la naissance de cet enfant, l'action en recherche de paternité était irrecevable en application des articles 22 et 27 du code de la famille ivoirien, la cour d'appel a exactement décidé que ces dispositions étaient contraires à l'ordre public international français dès lors qu'elles privaient l'enfant de son droit d'établir sa filiation paternelle ; que le moyen, inopérant en sa première branche, n'est pas fondé pour le surplus » ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 octobre 2011, n°10-23298 : « Mais attendu que la cour d'appel relève que les époux se sont mariés sans contrat en Algérie devant le *cadi* de la Mahakma d'El Amra selon le rite religieux musulman, qu'ils sont restés dans ce pays, où ils ont fixé leur premier domicile matrimonial et où sont nés leurs trois premiers enfants, jusqu'en 1962, date où ils se sont installés en France et ont opté pour la conservation de la nationalité française ; que, de ces appréciations souveraines, elle a pu déduire que le premier établissement des époux en Algérie, stable et durable, consacrait leur volonté, au moment de leur mariage, d'être régis par le droit local en vigueur sans que ne soit rapportée la preuve d'éléments postérieurs de nature à révéler leur volonté de soumettre leur régime matrimonial au droit commun français ; qu'ensuite, elle a exactement retenu, par un motif exempt de doute et sans être tenu de répondre à une argumentation inopérante, que ce droit local, dans la mesure où il consacrait une autonomie patrimoniale complète entre les époux, pouvait être considéré comme équivalent au régime de la séparation de biens de droit français et n'était, dès lors, ni discriminatoire, ni contraire à l'ordre public international ; que le moyen ne peut être accueilli ».

<sup>724</sup> « Il lui suffit d'énoncer les circonstances de fait caractéristiques (...) pour en déduire la qualification adéquate », M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation, pourvois et arrêts en matière civile, méthode du droit*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2010, p. 78. Pour un arrêt de cassation, v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 avril 1991, n°89-15064 : « Attendu que, pour écarter la loi yougoslave désignée comme loi compétente par l'article 3 de

conséquent, pour l'ensemble de ces raisons, il nous faut conclure à l'absence d'une règle permissive à l'égard du juge en la matière et s'intéresser à présent aux normes permissives destinées aux parties.

## §II – Les normes permissives à l'égard des parties<sup>725</sup>

268. Les règles permissives à l'égard des parties en matière de loi applicable sont particulièrement nombreuses et elles existent sous des formes variées. Il ne s'agit donc pas d'en dresser une liste exhaustive mais d'en présenter les principales figures à travers différents textes en vigueur (A). Malgré cette diversité, une structure identique se retrouve pour chacune d'entre elles et il conviendra par conséquent d'en faire une présentation sommaire (B).

### A – Typologie des règles permissives

269. Comme en matière de conflit de juridictions, les règles permissives peuvent octroyer une faculté de choix aux deux parties (1), ou à une seule des parties (2). Mais à côté de ces deux figures que l'on pourrait qualifier de traditionnelles, il existe également des règles permissives plus atypiques que nous présenterons comme des règles permissives *avec réserve matérielle* (2).

#### 1) Les règles permissives octroyant une faculté aux deux parties

270. Vu la diversité de celles-ci, il convient une fois encore de distinguer les règles qui octroient un choix de loi illimité de celles qui octroient un choix de loi restreint. Il sera question des règles permissives à *caractère fermé* et des règles permissives à *caractère ouvert*.

##### a) Les règles permissives à caractère ouvert

271. Bien qu'elle soit la figure la plus extrême des règles permissives, il s'agit également de la plus ancienne. On trouve sa première manifestation en matière

---

ladite Convention, l'arrêt attaqué énonce que les dispositions de cette loi sont incompatibles avec celles de la loi française du 5 juillet 1985, dont le caractère d'ordre public ne peut être contesté ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors, que les dispositions de la loi yougoslave sur les accidents de la circulation routière, fondée sur l'idée de responsabilité pour faute, ne sont pas contraires à la conception française de l'ordre public international, la cour d'appel a faussement appliqué, et par suite violé, le texte susvisé ».

<sup>725</sup> Le caractère relativement succinct des développements qui suivront pourrait surprendre le lecteur, tant on a montré dans le titre précédent que ces normes étaient le cœur des règles permissives et donc au cœur de notre sujet. Néanmoins, le caractère sommaire de ce paragraphe se justifie par l'appréhension relativement évidente de ce type de règle sous la qualification de règle permissive. Au stade de l'identification, ce type de règle ne suscite donc pas de difficultés telles qu'il faille lui consacrer davantage de développements, ce qui ne nous empêchera pas d'y revenir longuement au stade de l'étude de l'efficacité des normes permissives. V. Seconde partie.

contractuelle dans laquelle le principe d'autonomie a été découvert<sup>726</sup>. La faculté octroyée aux deux parties leur donne la possibilité de choisir la loi applicable à un rapport de droit déterminé – le plus souvent contractuel. Cette règle, que l'on vise couramment sous le terme de principe d'autonomie, correspond à l'archétype même de la règle permissive : une faculté de faire ou de ne pas faire – en l'occurrence de choix ou non d'une loi pour régir un rapport de droit – dont l'exercice est en principe parfaitement indifférent à l'auteur de la norme. Ainsi, l'article 3 du Règlement Rome I, et avant lui de la Convention de Rome, dispose que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause » et l'article 2 de la Convention de La Haye de 1955 que « la vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes. Cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse ou résulter indubitablement des dispositions du contrat »<sup>727</sup>.

Pour que la règle soit véritablement permissive, l'exercice de ce choix ne doit pas être imposé aux parties et l'existence d'une règle supplétive est donc nécessaire à la qualification. Ainsi le Règlement Rome I prévoit dans son article 4 qu' « à défaut de choix exercé conformément à l'article 3 et sans préjudice des articles 5 à 8, la loi applicable au contrat suivant est déterminée comme suit » et énonce ensuite plusieurs règles supplétives en fonction du type de contrat en cause : loi de la résidence habituelle du vendeur dans un contrat de vente, loi de la résidence habituelle du distributeur dans un contrat de distribution... De la même manière, la Convention de La Haye précitée prévoit qu' « à défaut de loi déclarée applicable par les parties, dans les conditions prévues à l'article précédent, la vente est régie par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande<sup>728</sup> ». On trouve également cette figure de règle permissive dans l'article 14 du Règlement Rome II ou encore dans l'article 5 de la Convention de La Haye de 1978<sup>729</sup>.

---

<sup>726</sup> V. aussi nos propos *supra* n°347.

<sup>727</sup> Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

<sup>728</sup> Article 3 de la Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels qui adapte cette règle supplétive dans certains cas en énonçant que : « Si la commande est reçue par un établissement du vendeur, la vente est régie par la loi interne du pays où est situé cet établissement. Toutefois, la vente est régie par la loi interne du pays où l'acheteur a sa résidence habituelle, ou dans lequel il possède l'établissement qui a passé la commande, si c'est dans ce pays que la commande a été reçue, soit par le vendeur, soit par son représentant, agent ou commis-voyageur. S'il s'agit d'un marché de bourse ou d'une vente aux enchères, la vente est régie par la loi interne du pays où se trouve la bourse ou dans lequel sont effectuées les enchères ».

<sup>729</sup> Article 5 de la convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation « La loi interne choisie par les parties régit le rapport de représentation entre le représenté et l'intermédiaire. Le choix de cette loi doit être exprès ou résulter avec une certitude raisonnable des dispositions du contrat et des circonstances de la cause ».

L'identification de ces règles ne suscite pas de difficultés particulières. Certes, leur énoncé normatif ne traduit pas toujours la permissivité de la règle : ainsi dans tous les instruments précités, excepté le Règlement Rome II, est-il seulement mentionné que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties » ou que « la loi interne choisie par les parties régit le contrat ». Le mode indicatif n'est nullement un indice d'impérativité de la règle et seule l'étude du système normatif auquel elle appartient permet d'apprécier son caractère permissif<sup>730</sup>. Elle apparaît dans ces instruments comme la règle principale tandis que la règle supplétive fait figure de règle subsidiaire, ce qui explique l'utilisation du mode impératif par le législateur. Tel n'est pas le cas du Règlement Rome II. Son article 14 retient une formulation plus explicitement permissive puisqu'il est énoncé que « les parties *peuvent* choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle » ; *a contrario* c'est alors la règle permissive qui semble faire figure de règle subsidiaire. En effet, le système normatif de Rome II propose dans un chapitre précédant celui sur la liberté de choix des règles énonçant des rattachements objectifs désignant la loi applicable. Si elles sont pour l'essentiel supplétives, la priorité leur semble pour autant donnée, contrairement à la matière contractuelle où la règle permissive apparaît comme la règle première. Dans le Règlement Rome II, la règle permissive est d'ailleurs neutralisée pour certaines questions : c'est le cas en matière de responsabilité des produits défectueux ou de propriété intellectuelle. Malgré ces différences, on n'en retrouve pas moins dans chacune de ces règles les différents éléments structurant la règle permissive : le domaine de la règle – qui peut être défini par rapport à celui de l'instrument normatif qui le contient ou être précisé dans l'énoncé de la règle elle-même – l'objet de la faculté et les modalités d'exercice de celles-ci.

*b) Les règles permissives à caractère fermé*

**272.** La figure des règles permissives à caractère fermé est au contraire une figure plus récente que l'on trouve fréquemment dans les Règlements de l'Union européenne. Loin de constituer une catégorie homogène, l'éventail des choix de loi éligible est plus ou moins large. À chaque fois, l'existence d'une règle supplétive prévoyant un rattachement par défaut permet de vérifier la qualification de règles permissives. Dans les règles dont il est question ici, il s'agit toujours uniquement d'une simple faculté, ce qui signifie que l'absence d'exercice de la faculté est tout à fait envisageable. On trouve ce type de règle en matière contractuelle dans le Règlement Rome I aux articles 5 et 7 (respectivement en matière de contrat de transport de passagers et de contrat d'assurance), dans le Règlement Rome III à l'article 5, dans le Règlement Succession à l'article 22 et dans la Convention de La Haye sur la loi applicable au régime matrimonial aux articles 3 (choix de loi effectué avant le mariage) et 6 (choix de loi au cours du mariage). Comme pour les règles

---

<sup>730</sup> V. déjà nos propos *supra* n°61.



permissives à caractère ouvert, la règle prévoit des modalités d'exercice de la faculté et un champ d'application plus ou moins large. Ce qui fait la spécificité de ces règles réside donc dans la limitation de l'objet de la faculté de choix qui s'inscrit dans une sphère limitée. L'exercice de la faculté sera indifférent étant donné que les lois offertes au choix sont censées être désignées par des rattachements d'égale valeur<sup>731</sup>. Cette limitation en amont permet donc d'évacuer les considérations matérielles du contenu de la règle.

## 2) Les règles permissives avec réserve matérielle

**273.** Au sein des règles permissives bilatérales, il est nécessaire d'isoler certaines d'entre elles qui, tout en étant des règles à caractère ouvert, prévoient des garde-fous. Il s'agit des articles 5 et 6 de la Convention de Rome et des articles 6 et 8 du Règlement Rome I. Leur particularité est de s'adresser à des parties dont l'une est considérée comme une partie faible – le salarié et le consommateur. Pour cette catégorie de personnes, l'opportunité d'une telle règle n'est pas manifeste car les deux parties ne sont pas en mesure de négocier sur un pied d'égalité d'exercice de la faculté et son résultat. La question a d'ailleurs été expressément discutée lors de la refonte de la Convention de Rome en Règlement et il fut longtemps question de la supprimer, au moins à l'égard des consommateurs. Dans sa proposition du 15 décembre 2005<sup>732</sup>, la Commission avait ainsi décidé de supprimer toute règle permissive en matière de contrats de consommation pour ne retenir qu'un rattachement objectif, à savoir la loi de la résidence habituelle du consommateur. Cette solution a par la suite été abandonnée au profit d'une règle permissive à caractère apparemment ouvert mais présentant néanmoins une certaine sécurité. Comme en matière de contrats de travail, la règle permissive à caractère ouvert comprend une réserve matérielle. L'éventail du choix des lois éligibles n'est pas limité au stade conflictuel mais comprend une réserve quant au contenu de la loi qui aura été choisie. L'article 6 du Règlement Rome I – qui présente d'ailleurs la règle permissive comme une règle subsidiaire puisqu'elle n'apparaît que dans le §2 – énonce que « les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat satisfaisant aux conditions du paragraphe 1, conformément à l'article 3 » – énoncé de la permission – mais ajoute que « 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

---

<sup>731</sup> V. sur une analyse des règles permissives comme instrument permettant de dépasser l'hésitation entre plusieurs rattachements : *infra* n°487-490.

<sup>732</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2005 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) (COM [2005] 650 final).

choix, sur la base du paragraphe 1 »<sup>733</sup>. L'exercice de la faculté sera donc plus ou moins efficace selon les dispositions matérielles de la loi élue : il sera partiellement neutralisé si le choix se fait en faveur d'une loi trop peu protectrice du consommateur. La loi objectivement applicable fixe donc un standard de protection minimum en-dessous duquel la règle permissive ne permet pas de descendre.

L'article 8 du Règlement Rome I en matière de contrats individuels de travail est construit sur le même modèle, à la différence près que la règle permissive fait figure de règle principale et non subsidiaire comme en matière de consommation puisqu'il est énoncé au paragraphe 1 que « le contrat individuel de travail est régi par la loi choisie par les parties conformément à l'article 3 ». La même réserve matérielle est cependant affichée : « Ce choix ne peut toutefois avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui, à défaut de choix, aurait été applicable selon les paragraphes 2, 3 et 4 du présent article ». L'introduction de considérations substantielles dans l'énoncé de la règle permissive la rend spécifique puisque la neutralité de l'auteur de la règle de conflit n'est plus totale quant à l'exercice ou non de la faculté : celui-ci ne doit pas permettre d'amoindrir la protection du salarié ou du consommateur en « désactivant » certaines dispositions impératives protectrices de leurs intérêts. L'auteur de la norme contrôle *a priori*, c'est-à-dire au stade de l'exercice de la règle elle-même, la manière dont elle est utilisée. Cet intérêt porté par l'auteur de la norme permissive à l'exercice de celle-ci révèle une forme de contrôle de sa part. Ce même contrôle peut se révéler d'autres manières, notamment par l'édition de règles permissives qui proposent cette fois un nombre limité de lois éligibles.

### 3) Les règles permissives octroyant une faculté à une seule partie

**274.** En matière de conflit de lois et contrairement aux règles de conflit de juridictions où il existe certaines règles permissives unilatérales manifestant une faveur à l'égard de l'une des parties, les règles permissives unilatérales peuvent être qualifiées de *structurelles*. En effet, dans ces hypothèses, si la faculté n'est octroyée qu'à l'une des parties, c'est parce que la relation juridique en cause ne vise que la manifestation de volonté d'une seule personne. Il est en ainsi dans le Règlement Rome IV en matière de successions où seul le testateur manifeste sa volonté de soumettre la loi applicable à sa succession à sa loi personnelle ou à la loi de sa résidence habituelle.

---

<sup>733</sup> Sur la nature de cette règle discutée par la doctrine, v. P. LAGARDE, « Sur le contrat de travail international : analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Paris, 1989, p. 83-93 ; V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des méthodes*, LGDJ, 1990.

## B – Structure des règles

**275.** En matière de conflit de lois, il existe donc une grande variété de normes permissives. Néanmoins, comme en matière de conflits de juridictions lorsqu'il s'agit des règles s'adressant aux parties, ces règles partagent une même structure. La règle permissive doit prévoir le domaine la faculté, les modalités d'exercice de la faculté et enfin l'objet du choix.

**276. Domaine de la faculté, domaine de la règle permissive.** S'agissant du domaine de la faculté, celui-ci doit être distingué du domaine de la règle permissive elle-même. Si l'on reprend la règle permissive du Règlement Rome I, quoique l'on n'ait cité que les dispositions de l'article 3, il convient de rappeler qu'il ne s'agit que de l'énoncé de la norme permissive, non de la norme prise dans son intégralité. Le domaine de règle permissive n'est donc pas précisé dans l'énoncé normatif reproduit à l'article 3 du Règlement. Ce domaine se déduit d'autres dispositions du Règlement, notamment ceux qui déterminent le domaine de l'instrument. Ainsi le domaine de la règle permissive du Règlement Rome I détermine le domaine de son existence : cette règle vaut pour les obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale faisant naître une situation de conflit de lois, à l'exclusion de certains contrats comme les conventions d'arbitrage ou d'élection de for ou de certaines obligations nées par exemple des lettres de change ou découlant des régimes matrimoniaux<sup>734</sup>. Dès lors qu'on est effectivement dans le domaine de la règle permissive, la règle peut être mise en œuvre et la faculté exercée. Mais le domaine propre de la faculté est également limité : il concerne par exemple le choix de la loi applicable aux conséquences de la nullité du contrat (article 12.1.e) mais non la forme du contrat (article 11).

**277. Modalités d'exercice de la faculté.** Les règles permissives prévoient également les modalités selon lesquelles la faculté peut être exercée. Il se peut que la règle permissive prévoit elle-même certaines de ces modalités (choix exprès ou résultant de manière certaine des circonstances de la cause) ou qu'elle renvoie à une autre loi. Dans ce dernier cas de figure, cela signifie que la règle permissive fait elle-même appel au mécanisme traditionnel de la règle de conflit bilatérale et décide alors, par exemple, que la modalité sera exercée conformément aux dispositions de la loi applicable à la capacité<sup>735</sup>.

**278. Objet du choix.** Il s'agit alors de déterminer ce sur quoi peut porter l'exercice de la faculté. Dans les instruments de droit positif, il s'agit de lois

---

<sup>734</sup> Pour une liste exhaustive des exclusions prévues par le Règlement : v. l'article 1<sup>er</sup> du Règlement Rome I.

<sup>735</sup> Sur ces questions, v. nos développements *infra* n°438 et s. et 496 et s.

étatiques. En effet, bien que cette question ait été discutée, seules des lois étatiques peuvent faire l'objet de ce choix, à l'exclusion donc de certaines réglementations appartenant à la catégorie dite des codifications privées, telles les principes Unidroit, les principes Lando ou encore la *lex mercatoria*. Il ne s'agit pas d'une exclusion de principe puisque, s'agissant par exemple du règlement Rome I, l'opportunité d'autoriser les parties à choisir la *lex mercatoria*<sup>736</sup> a été âprement débattue voire plébiscitée par certains. Comme l'a montré l'exposé des différents types de règles permissives, le choix peut être limité ou illimité<sup>737</sup>.

~

**279.** Une fois le concept de norme permissive précisé, il était nécessaire d'éprouver ce concept par une analyse approfondie du droit positif. L'étude du droit international privé contemporain a ainsi révélé qu'à l'image du domaine des conflits de juridictions, les manifestations des normes permissives étaient nombreuses dans le conflit de lois, que la norme octroie une faculté au juge ou aux parties.

---

<sup>736</sup> V. sur cette problématique : W. WENGLER, « Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat », *Rev. crit.* 1982, p. 467 et s. L'auteur réfute la possibilité de choisir un droit (« contenus normatifs ») qu'il qualifie de « vague », spéc. p. 472.

<sup>737</sup> Sur ces questions, v. nos développements *infra* n°507 et s.

## CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

281. Pour étudier le phénomène paradoxal conjuguant un renforcement de l'autonomie de la volonté à une multiplication des impérativités en droit international privé contemporain, il nous a semblé *a priori* naturel de vouloir utiliser les concepts et catégories des normes du droit interne pour tenter d'établir une grille de lecture du droit international privé. L'utilisation de la distinction de l'impératif et du supplétif nous est alors apparue séduisante en ce qu'elle contribuerait à déterminer la place laissée à la volonté individuelle. À côté de l'extension du rôle de la volonté des acteurs privés qui marquerait l'essor du supplétif, l'intensification des impérativités étatiques révélerait une résistance singulière de l'impératif.

Pourtant, la distinction s'est avérée inadaptée à l'analyse du droit international privé en ce qu'elle ne permettait pas d'appréhender le principe d'autonomie qui ne peut être assimilé à une règle supplétive. En effet, alors que la règle supplétive prend acte d'une absence de manifestation de volonté en édictant une solution permettant d'y suppléer, le principe d'autonomie n'a pas pour objet de pallier une volonté défaillante, il se contente d'autoriser une manifestation de volonté, d'en admettre la validité.

En ce qu'il se contente d'octroyer une faculté de choix à ses destinataires, on a alors souhaité rapprocher le principe d'autonomie de la règle permissive. Systématisé par la doctrine publiciste, le concept de norme permissive désigne en effet la norme qui octroie à son destinataire une faculté de faire ou de ne pas faire. L'utilisation de cette catégorie de norme s'est donc révélée particulièrement utile à l'étude des tendances significatives du droit international privé, ce qui a pu justifier qu'elle soit retenue comme objet principal de notre étude.

Une fois le concept précisé, il nous a fallu en saisir les différentes manifestations en droit international privé, tant au stade du conflit de juridictions qu'au stade du conflit de lois, qu'il s'agisse de règles d'applicabilité des règles de droit international privé ou de règles de droit international privé elles-mêmes. Ce travail nous a imposé de distinguer à chaque fois les normes permissives s'adressant au juge des normes permissives s'adressant aux parties. De l'étude de ces manifestations s'est dessinée une singularité des normes permissives s'adressant aux parties par rapport à celles s'adressant aux juges.

Tout d'abord, les normes permissives à l'égard des parties postulent l'existence d'une norme supplétive : elles sont le corollaire de ces dernières puisque l'exercice de la faculté n'est jamais qu'une possibilité pour les parties. Au contraire, le juge ne peut qu'être confronté à des règles permissives ou impératives. Le concept de norme supplétive n'a pas de sens à son égard puisqu'il n'aurait aucune légitimité à exprimer une manifestation de volonté contraire à l'énoncé de la règle de droit. En effet, alors que l'exercice de la faculté par le destinataire de la règle est en principe

neutre pour l'auteur de la règle lorsqu'elle s'adresse aux parties, cette neutralité disparaît lorsque la règle permissive s'adresse au juge. Si le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire, la décision de son exercice doit être conditionnée par un impératif de justice ou de bonne administration de la justice. La Cour de cassation rappelle que lorsqu'une faculté est octroyée au juge de mettre en œuvre une prérogative, le législateur « s'en remet à la prudence des magistrats pour apprécier l'opportunité d'en faire usage selon les circonstances de la cause »<sup>738</sup>.

Par ailleurs, les normes permissives à l'égard du juge ne présentent pas de spécificité particulière par rapport au droit interne, tandis qu'elles ont une physionomie singulière en droit international privé où elles traduisent l'existence d'une faculté de choix. Elles épousent ainsi toutes la même structure : la norme permissive précise le domaine de la faculté de choix, l'objet de la faculté et les modalités d'exercice de la faculté.

Enfin, alors que cette étude révèle l'existence de très nombreuses règles permissives à l'égard des parties, les règles permissives à l'égard du juge présentent un caractère résiduel en droit international privé.

Par conséquent, dans le cadre d'une étude de droit international privé, ces différents constats nous invitent à nous focaliser sur les normes permissives à l'égard des parties et à n'étudier les règles permissives à l'égard du juge que de manière indirecte. Il s'agit désormais d'en éprouver l'efficacité comme mode de réglementation des relations privées internationales.

---

<sup>738</sup> V. en ce sens : Civ. 2<sup>ème</sup>, 7 décembre 1973, 73-10187 et Civ. 2<sup>ème</sup>, 30 juin 1976, 75-10033.

## **DEUXIÈME PARTIE**

### **L'EFFICACITÉ DES NORMES PERMISSIVES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**





**282.** Une fois présenté le concept de norme permissive, l'utilité qu'il pouvait présenter en droit international privé et ses manifestations concrètes dans la matière, son étude implique d'éprouver l'efficacité de cette catégorie de normes lorsqu'elles s'adressent aux parties<sup>739</sup>. Encore faut-il énoncer brièvement ce que l'on entend par *efficacité*.

L'efficacité n'est pas une notion juridique, bien que le terme soit souvent employé par les juristes. On parle par exemple de l'efficacité d'une sanction juridique<sup>740</sup>, d'une procédure<sup>741</sup>, d'une clause<sup>742</sup>... Ici, c'est plus généralement de l'efficacité d'une catégorie de normes dans une matière donnée dont il sera question, la notion d'efficacité étant appréhendée dans son acception la plus simple, à savoir la capacité à atteindre le but que l'on s'est fixé<sup>743</sup>. La mesure de cette efficacité va donc

---

<sup>739</sup> Sur cette limitation aux règles permissives s'adressant aux parties, v. nos propos *supra* n°281. Seront par conséquent exclues comme objet principal de l'étude de la seconde partie les règles permissives s'adressant aux juges, telles que celles existant en matière de clause d'exception, de lois de police étrangère ou encore de *forum non conveniens*.

<sup>740</sup> V. par exemple : C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. LEQUETTE, Dalloz, 2002 ou E. JEULAND, « L'efficacité des procédures et des sanctions en matière économique », *RJC*, novembre 2002, p. 156.

<sup>741</sup> V. par exemple : L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, 2012, qui fait de l'efficacité un principe de la justice arbitrale.

<sup>742</sup> V. par exemple : O. CACHARD, « Efficacité d'une clause de juridiction et son articulation avec le mécanisme de l'appel en garantie », *DMF* 2013, p. 316.

<sup>743</sup> Dans le langage courant, la notion d'efficacité peut recouvrir deux sens. D'abord, l'efficacité est le caractère de ce qui est efficace, c'est-à-dire « qui produit l'effet qu'on en attend » ; ensuite, elle désigne également la « capacité de produire le maximum de résultats avec le minimum d'effort » (V° « efficacité » et « efficace », *Le Petit Robert 2011*, Le Robert, 2010, sous la direction de J. REY-DEBOVE et A. REY). Cette deuxième acception rapproche la notion de celle d'*efficience* et doit, dans le cadre de notre recherche, être écartée. En effet, la notion d'efficience est surtout employée en économie car elle sous-entend une analyse comparative des moyens employés en terme de coûts : pour être efficient, un dispositif doit atteindre le résultat au moindre coût (V. en ce sens : A.-L. SIBONY, « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », in M. FATIN-ROUGET, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité des normes juridiques : nouveau vecteur de légitimité ?* Larcier, Bruxelles, coll. A la croisée des droits, 2012, p. 61. L'auteur précise que « l'adjectif "efficient" qualifie un rapport entre des moyens et une fin au regard des coûts. Une réponse pertinente à la question "ce dispositif est-il efficient ? " suppose une comparaison avec d'autres dispositifs qui atteindraient le même but (au même degré) et dont les coûts seraient supérieurs ou inférieurs à ceux du dispositif considéré. Efficacité et efficience ne doivent donc pas être confondues (...) prendre un marteau-piqueur pour écraser un mouche, c'est peut être efficace, mais ce n'est pas efficient »). Dans le cadre de notre étude, il ne sera pas question d'efficience des normes permissives. D'abord, parce qu'il ne s'agit nullement de mesurer l'efficacité *économique* des normes permissives. Si le terme d'efficacité est souvent inféodé à une analyse économique du droit, tel n'est pas notre propos. Ensuite, parce que l'étude de l'efficience d'une norme ne peut intervenir que dans un second temps, la question première étant de vérifier qu'elle produit l'effet attendu. Ce n'est que dans l'hypothèse d'une efficacité minimum que la question de son efficience pourra être posée et nous nous contenterons de répondre à la première question. L'évaluation de l'efficacité de ces normes ne doit pas non plus être confondue avec une mesure de leur effectivité. Notion fréquemment employée par les juristes (V. notamment : J. Carbonnier, « Sociologie juridique : Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », in *L'année sociologique*, 1958, p. 3), celle-ci se définit comme « le caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement » encore comme « le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit » (v. v° « effectivité », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, P.U.F., 1987 et P. LASCOUMES, in À.J. Amaud et al., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J. et Story-scientia, 1988, cités par : F. RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité

impliquer une confrontation des objectifs proclamés des normes permissives aux résultats obtenus. Une adéquation entre les deux permettrait de conclure à l'efficacité des normes permissives <sup>744</sup>, ce qui pourrait ainsi justifier leur multiplication en droit international privé dès lors que l'objectif proclamé est légitime, tandis que le constat inverse devrait au contraire nous inciter à repenser la catégorie des normes permissives afin de leur conférer l'efficacité recherchée, ou à proposer une reformulation de leurs objectifs.

**283.** Ce travail impose d'abord d'identifier les objectifs affichés de ces normes, du moins dans le cadre de l'Union européenne où elles constituent un mode de réglementation privilégié. Ensuite, il s'agira de vérifier si les normes permissives atteignent effectivement le ou les objectifs qui leur sont assignés. Cette confrontation entre l'objectif invoqué et les résultats obtenus va nous permettre de montrer que les objectifs visés ne sont pas toujours atteints, voire que les normes permissives n'en constituent pas une traduction normative satisfaisante. La sévérité de ce constat va nous inciter à contester l'opportunité d'une utilisation généralisée des normes permissives pour proposer qu'elles ne soient qu'un mode de réglementation subsidiaire des relations privées internationales. Dans cette perspective, il sera alors nécessaire de suggérer une modification de la structure de ces normes.

**284. Plan de la partie.** Dans un premier temps, il convient de procéder à l'examen du présupposé qui sert de justification à l'admission des normes permissives : elles constitueraient une traduction normative adéquate de l'objectif de prévisibilité ; à ce titre, la pertinence des normes permissives doit être récusée (Titre I). L'appréciation critique de ce postulat permettra, dans un second temps, de redéfinir le rôle que les normes permissives méritent de tenir et d'en tirer des enseignements pratiques quant à leur régime ; un aménagement des normes permissives est par conséquent préconisé (Titre II).

Titre I – La pertinence récusée des normes permissives

Titre II – L'aménagement préconisé des normes permissives

---

du droit », in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 126). Traduisant l'idée d'« emprise du fait sur le droit » (G. GOURDET, *L'effectivité en droit international privé*, th. Dactyl. Nice, 1978, n°3, p. 4, qui distingue l'efficacité et l'effectivité en droit international privé), elle implique une approche sociologique que l'on ne saurait mener ici.

<sup>744</sup> « L'efficacité implique une coïncidence exacte entre les moyens recherchés et l'objectif recherché », v. G. GOURDET, *L'effectivité en droit international privé*, th. Dactyl. Nice, 1978, n°3, p. 4.

## TITRE I

### LA PERTINENCE RÉCUSÉE DES NORMES PERMISSIVES

**285.** L'étude de l'efficacité de certaines normes implique de vérifier l'adéquation des objectifs qui leur sont assignés aux résultats obtenus. Ce travail suppose l'identification préalable des objectifs poursuivis par la catégorie des normes étudiées. S'agissant des normes permissives, il a été montré que celles s'adressant aux parties devaient retenir particulièrement notre attention en raison du rôle prépondérant qu'elles occupaient en droit international privé, spécificité qui ne concerne pas les normes permissives à l'égard des juges dont on retrouve des figures similaires en droit interne et qui ont donc été écartées, en tant qu'objet principal de notre étude<sup>745</sup>.

**286.** Par conséquent, afin d'apprécier cette efficacité, il s'agira dans un premier temps d'identifier les objectifs attribués aux normes permissives dont il sera montré que la prévisibilité en constitue l'objectif essentiel, ce qui nous imposera de préciser cette notion (Chapitre I). Dans un second temps, il sera nécessaire de confronter cet objectif aux résultats obtenus par la mise en œuvre des normes permissives. Cette confrontation va révéler que non seulement l'utilisation de ces normes n'est pas toujours source de prévisibilité pour les parties, mais surtout qu'elles ne constituent pas un mode de réglementation adapté à l'objectif général de prévisibilité (Chapitre II).

Chapitre I – Les objectifs proclamés des normes permissives

Chapitre II – La réalisation imparfaite de l'objectif de prévisibilité par les normes permissives

---

<sup>745</sup> V. *supra* Partie I, Titre II, n°281.



## CHAPITRE I

### LES OBJECTIFS PROCLAMÉS DES NORMES PERMISSIVES

**287.** La notion d'« objectif » est définie comme « le but à atteindre », plus spécifiquement le « but précis que se propose l'action »<sup>746</sup>. Il ne s'agit pas du résultat effectif de l'action mais du résultat escompté de celle-ci. Dans le cadre de notre étude, l'action ne vise pas le comportement de n'importe quel individu mais uniquement celui du législateur, figure prise dans un sens générique, c'est-à-dire visant celui ou ceux qui édictent les règles de droit. Ce « législateur » va élaborer des normes en vue de protéger certaines valeurs ou d'atteindre certains objectifs ; la norme est alors un instrument au service de l'objectif, il est un moyen de sa réalisation. Aussi, même si la norme ne permet jamais une réalisation parfaite de l'objectif fixé, elle doit permettre de s'en rapprocher, de manière asymptotique. Par conséquent, la mesure de l'efficacité d'une norme implique la connaissance des objectifs poursuivis par ceux qui l'ont édictée, afin de vérifier que la norme en cause constitue l'instrument adapté.

**288.** Traditionnellement, la recherche des objectifs poursuivis par les règles de droit est menée en fonction de la matière à laquelle appartiennent ces règles. Aussi peut-on par exemple tenter de dégager les objectifs généraux des règles de la responsabilité civile, du droit social, du droit des sociétés ou, en l'occurrence, des règles de droit international privé. La recherche des objectifs des normes permissives devrait alors nécessiter de s'interroger sur les objectifs du droit international privé en général. Néanmoins, dans le cadre de notre recherche, il s'agit de s'intéresser aux objectifs *proclamés* par ceux-là même qui édictent des normes de ce type et qui proposent, pour certains, une extension de leur domaine. C'est donc principalement à partir des travaux préparatoires et, s'agissant du législateur

---

<sup>746</sup> V° « Objectif », *Le Petit Robert 2013*, Le Robert, 2012. Le choix du terme « objectif » dans ce chapitre, dont il existe plusieurs synonymes comme « but » ou « finalité » n'est pas neutre. En effet, il est possible de percevoir une gradation entre ces différents termes, allant du plus concret au plus abstrait. Le terme « finalité » vient du terme « fin », venant lui-même du latin *finis* qui signifie « borne, limite » et « but, terme ». Il renvoie à l'idée d'un résultat que l'on se proposerait d'atteindre de manière ultime, une fin suprême représentant un dessein relativement abstrait. Le terme « but », n'est quant à lui plus la fin ultime mais celle que l'on se propose d'atteindre concrètement. Quant à l'« objectif », il est le but déterminé d'une action qui est elle-même effectuée en vue de la réalisation d'une finalité plus lointaine. V° « but », « finalité », « objectif » in *Le petit Robert 2013*, *op. cit.* et [www.cnrtl.fr](http://www.cnrtl.fr) (Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales). En droit, cette gradation est susceptible d'avoir un sens car, si le droit peut poursuivre une finalité, la poursuite de celle-ci nécessite de déterminer des buts plus concrets dont la réalisation impose de définir des objectifs précis à atteindre. Par conséquent, en employant le terme « objectif », il s'agit de s'intéresser aux objectifs *précis* que se fixent les normes permissives à l'égard des parties en droit international privé, objectifs qui peuvent eux-mêmes être au service d'une finalité plus générale de la matière.

européen, de l'exposé des motifs et des considérants des Règlements européens que notre recherche sera menée. Évidemment, nos précédents développements ont montré que, s'agissant des règles s'adressant aux parties, il existait en droit international privé une grande variété de normes permissives<sup>747</sup>. Au vu de cette diversité, les différents types de normes permissives peuvent être invoqués au titre d'une pluralité d'objectifs. Mais sans réelle surprise compte tenu des présupposés de la matière – existence de rapports de droit dépassant le cadre des frontières étatiques, pluralité des ordres juridiques, absence de coordination au niveau supranational des ordres juridiques –, une telle recherche va montrer que le principal présupposé idéologique au développement des normes permissives réside dans l'argument qu'elles seraient une traduction normative adéquate de l'objectif de prévisibilité. Toutefois, ce postulat, s'il est très largement répandu, fait davantage figure d'axiome qu'il n'est le résultat d'une véritable démonstration<sup>748</sup>. L'objectif de prévisibilité est fréquemment invoqué sans être suffisamment explicité, notamment parce que la notion de prévisibilité elle-même est difficile à saisir et il nous appartiendra donc de préciser son contenu. Aussi, une fois les objectifs des normes permissives identifiés (Section I), il s'agira de procéder à l'appréciation critique de l'objectif retenu (Section II).

## Section I – Identification des objectifs

## Section II – Appréciation de l'objectif de prévisibilité

---

<sup>747</sup> V. le panorama présenté *supra* dans le titre I de la Partie I.

<sup>748</sup> Dans le langage scientifique, un axiome est un énoncé qui présente trois caractères : il est évident, universel mais également indémontrable (v. [www.cnrtl.fr](http://www.cnrtl.fr) – Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales). S'agissant des normes permissives, il ne s'agit pas de dire que le présupposé est indémontrable en tant que tel, mais plutôt que son évidence a fait négliger à ses partisans la nécessité de sa vérification. En effet, peut-il exister une meilleure solution, en théorie du moins, pour satisfaire l'exigence de prévisibilité en droit international privé, que de laisser aux parties le soin de décider elles-mêmes qui sera le juge compétent ou quelle sera la loi applicable au litige ? L'assertion ne semble pas nécessiter de démonstration tant elle paraît n'être que la traduction du bon sens. Évidemment, les auteurs soutenant cette position n'ont jamais sous-estimé les risques que les normes permissives comportaient à l'égard de certaines catégories de personnes (le consommateur, le mineur créancier d'aliments...) et ont toujours proposé des correctifs, mais ils se satisfont d'aménagements ponctuels, qui ne peuvent être sources, selon nous, que d'améliorations sporadiques.

## **SECTION I** **IDENTIFICATION DES OBJECTIFS**

**289.** La recherche des objectifs impose d'en écarter certains, telle la manifestation d'une faveur à l'égard des bénéficiaires de la faculté ou la mise en concurrence des systèmes juridiques (§I). Au contraire, l'impératif de prévisibilité des solutions, s'il n'est pas propre aux normes permissives en droit international privé, doit être retenu, si ce n'est en tant qu'objectif fondamental de la matière, au moins comme objectif officiellement invoqué au soutien des normes permissives (§II).

### **§I – Les objectifs écartés**

**290.** En droit international privé, les normes permissives octroient une faculté de choix à leurs destinataires. Partant de ce simple constat, ces normes peuvent être analysées sous l'angle de la faculté conférée à une personne, ou sous l'angle de l'arbitrage qu'elles permettent d'opérer. L'objectif poursuivi par ce type de normes pourrait résulter plutôt de l'une ou de l'autre considération. Si c'est l'octroi d'une faculté qui est mis en avant, on peut se demander si les normes permissives ne manifestent pas un esprit de faveur du législateur à l'égard des bénéficiaires de la faculté. Au contraire, si l'on se focalise sur l'arbitrage ainsi effectué, c'est davantage l'objet du choix, et non plus son auteur, qui est déterminant. L'on peut alors se demander si les normes permissives n'ont pas plutôt pour but de mettre en concurrence les différents objets susceptibles d'être choisis, à l'image de plusieurs « produits » juridiques.

**291.** Si l'idée de faveur à l'égard des bénéficiaires de la faculté n'est pas toujours fautive, elle n'est néanmoins pas suffisamment révélatrice de l'objectif fondamental poursuivi par la catégorie générale des normes permissives et doit donc être écartée (A). Par ailleurs, si la concurrence des systèmes juridiques est pour certains le résultat – escompté ou non – de la multiplication des normes permissives, le flou véhiculé par cette notion quant à l'effet réellement recherché nous incitera à rejeter l'analyse qui en ferait l'objectif des normes permissives (B).

### **A – L'esprit de « faveur »**

**292.** La faveur est définie dans le langage courant comme « la disposition à accorder son appui, des avantages à une personne de préférence aux autres »<sup>749</sup>. En droit international privé, le constat que les normes permissives octroient à leurs destinataires une faculté de choix peut laisser penser qu'elles traduisent un esprit de faveur à l'égard de ceux-ci : ils bénéficient d'un avantage puisqu'il leur est permis de

---

<sup>749</sup> V° « faveur », *Le Petit Robert 2013*, Le Robert 2012.

choisir – choisir le juge compétent ou la loi applicable. L'idée est *a priori* en adéquation avec la définition des normes permissives. Mais affirmer l'existence d'un tel esprit de faveur à l'égard des bénéficiaires n'est pas suffisant pour mettre en avant un objectif suffisamment tangible ; elle n'explique pas les motivations de l'octroi d'un tel avantage. Sont-ils favorisés parce que leur implication dans des relations internationales les rend plus vulnérables qu'un individu ou une entité qui ne franchirait pas les frontières ? Souhaite-on privilégier ces normes afin d'inciter les opérateurs privés, quels qu'ils soient, à tisser des liens juridiques au-delà des frontières de leur État d'origine ? De manière schématique, on peut justifier l'existence d'un esprit de faveur à l'égard de certaines personnes pour deux raisons distinctes<sup>750</sup>. D'une part, on peut vouloir conférer un avantage à l'égard d'une personne, par préférence aux autres, pour compenser un désavantage inhérent à sa position. Dans cette optique, la faveur joue comme un mécanisme de « discrimination positive » : en accordant un traitement privilégié à certaines personnes, on instaure une inégalité pour rétablir un équilibre. La faveur est synonyme de protection. Au contraire, et plus simplement, la faveur peut également permettre d'avantager une personne pour la mettre en position de supériorité. Elle est alors synonyme de privilège. Si ces deux acceptions de la faveur sont techniquement concevables s'agissant des normes permissives – soit qu'elles visent à rétablir un équilibre, soit qu'elles visent à placer délibérément une personne en position de supériorité –, la seconde ne semble légitime qu'à certaines conditions. En effet, quelle pourrait-être la justification d'une règle qui placerait certains justiciables en position de supériorité par rapport à d'autres, si ce n'est pour remédier à une infériorité de fait ou pour favoriser une institution<sup>751</sup> ? En droit

---

<sup>750</sup> Bien que la notion de faveur ne puisse être qualifiée de notion véritablement juridique, elle appartient à son vocabulaire. Ainsi, dans le *Dictionnaire juridique* (G. CORNU, association Henri CAPITANT, PUF, coll. Quadrige, 10ème éd., 2014.), il n'existe pas moins de six sens différents pour cette notion. S'il ne nous semble pas utile de toutes les reproduire, il nous paraît opportun de citer les deux premiers qui pourraient correspondre à la distinction que l'on a opérée dans ce paragraphe. Le premier sens vise « un acte de favoritisme, une préférence arbitraire (de la part de qui la prodigue), un avantage injuste (pour qui en profite) ». Le second vise « l'avantage particulier, marque de bienveillance, protection sociale, bienfait accordé par la loi, au-delà du droit commun ou de la simple logique, à certaines catégories de personnes éminemment dignes d'intérêt ».

<sup>751</sup> En droit interne, nombreuses sont les règles que l'on pourrait qualifier de *faveur* qui privilégient des personnes en particulier. Mais derrière ce privilège apparent, il faut comprendre que ce n'est pas la personne qui est l'objet de la faveur et que la règle poursuit une autre finalité. L'objet de la faveur peut-être une institution – le mariage – ou un effet juridique – la validité du contrat. Par exemple, le Code civil de 1804 prévoyait initialement que les enfants légitimes seraient favorisés en matière successorale par rapport aux enfants naturels. Cette différence de statut révélait une faveur à l'égard de l'institution du mariage et non une volonté de protéger certains enfants par rapport à d'autres. Outre les problèmes suscités en termes de discrimination et de respects des dispositions de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (la France avait été condamnée par la CEDH dans un arrêt dit *Mazurek* du 1<sup>er</sup> février 2000 pour violation de l'article 14 au motif que « l'enfant adultérin ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables », v. *RTD civ.* 2000, p. 429, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP G* 2000.II.10286, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE), la règle a disparu également parce que le mariage n'est plus le seul modèle dans lequel le législateur estime que la famille peut s'épanouir. En droit international privé, nous verrons qu'il s'agit plus souvent d'un esprit de protection même si la frontière entre la protection et la faveur est parfois floue.



international privé, la faveur accordée au bénéficiaire de la faculté de choix manifesterait plus souvent un objectif de protection que de privilège, même si la protection se transforme parfois en privilège<sup>752</sup>. Mais cela signifie-t-il pour autant que l'octroi d'une faculté de choix traduit nécessairement un objectif de protection de son titulaire ? Il ne le semble pas, soit que la structure des normes permissives est précisément adaptée pour répondre à un impératif de protection de certaines catégories de personnes que l'on veut préserver d'un choix inopportun<sup>753</sup>, soit que les figures des règles permissives en cause sont trop marginales pour en tirer de véritables enseignements sur l'objectif poursuivi par la catégorie générale des normes<sup>754</sup>.

Il est alors permis de se demander si les normes permissives ne manifestent pas plus généralement un esprit de faveur à l'égard des personnes impliquées dans des relations privées internationales : le droit international privé aurait pour but la protection de *la* personne privée car il ne s'agirait plus de se focaliser sur la localisation du rapport de droit mais sur la situation d'une personne confrontée à un ordre juridique donné. Dans cette perspective, octroyer aux parties une faculté de choix permettrait de replacer la personne au cœur des préoccupations du droit

<sup>752</sup> Sur cette question, P. MAYER regrette qu'une confusion soit opérée entre les notions de « faveur » et de « protection ». Il ne conteste nullement que les parties faibles doivent bénéficier d'une protection accrue en droit international privé, en raison du risque que la partie réputée forte ne profite de sa situation de supériorité pour imposer une clause de choix de loi défavorable à la partie faible (l'employeur au salarié, l'assureur à l'assuré) ou une clause attributive de juridiction prévoyant la compétence d'un tribunal éloigné du domicile de la partie faible (par exemple la compétence des tribunaux américains pour un contrat conclu suite à un démarchage à domicile du consommateur par le professionnel), voire d'une clause compromissoire. Mais d'après lui, cet impératif de protection doit être le même dans l'ordre interne que dans l'ordre international. Simplement, au vu des risques accrus que les réglementations protectrices soient détournées par le jeu d'un choix de loi ou de juridiction, il est nécessaire que les règles du droit international privé intègrent ces risques pour s'assurer qu'il ne sera pas possible ou, du moins, pas trop aisé de « neutraliser » ces réglementations. La partie faible évoluant dans un environnement international ne devra donc pas, en tant que telle, être mieux protégée que celle évoluant dans un cadre interne, mais la protection devra tenir compte de sa situation particulière : « l'objectif ne doit pas être de favoriser *a priori* une partie, mais de la protéger efficacement ». Or les règles qui permettent d'appliquer à la partie faible les dispositions les plus protectrices semblent, selon lui, relever davantage de la faveur que de la protection. V. P. MAYER, « La protection de la partie faible en droit international privé » in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaison franco-belge* / dir. Jacques Ghestin, Marcel Fontaine ; éd. Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I et de l'Université catholique de Louvain, LGDJ, 1996, p. 513, spéc. n°27, p. 529. Si l'on ne peut qu'approuver cette idée qu'il ne s'agit pas de « favoriser » la partie faible évoluant dans un cadre international mais simplement de la protéger, nous retiendrons cette notion de « faveur » en distinguant selon qu'elle a pour but de rétablir un équilibre rompu – et on peut alors la rapprocher de l'idée de protection – ou selon qu'elle a pour but de créer un déséquilibre en « favorisant » véritablement une partie et en la plaçant dans un état de supériorité. Derrière la notion de « faveur », il faut donc distinguer une faveur qui a pour effet de rétablir une situation égalitaire, dont le jeu serait en quelque sorte nul, et une faveur, cette fois véritable, qui a au contraire pour but de déséquilibrer une situation, à l'avantage d'une partie mais *a fortiori* au détriment d'une autre. Aussi, même si nous partageons les réserves de Monsieur P. MAYER quant à l'emploi de la notion de faveur, nous adopterons cette terminologie moyennant la distinction susmentionnée.

<sup>753</sup> Comme par exemple en matière de contrats internationaux conclus par des consommateurs : v. *supra* n°273.

<sup>754</sup> Comme par exemple en matière de privilèges de juridictions : v. *infra* n°305.

international privé. Si cette conception a le mérite d'appréhender l'ensemble des normes permissives, elle n'est pourtant pas la plus révélatrice des objectifs concrètement invoqués au soutien de leur prolifération.

Par conséquent, il s'agira de montrer que les normes permissives ne sont pas le signe d'une faveur à l'égard de certaines catégories de personnes et que ni la protection de celles-ci ni la volonté de les privilégier ne peuvent être retenues à titre d'objectifs (1). Il en est de même de l'analyse qui fait des normes permissives un instrument de protection de tout individu ou entité impliqué dans une relation privée internationale. Une telle instrumentalisation des normes permissives révèle plus un souhait d'une partie de la doctrine qu'elle ne traduit leur objectif (2).

### **1) Les normes permissives comme instrument d'une faveur à l'égard de certaines catégories de personnes ?**

**293.** L'octroi d'une faculté de choix à certaines personnes peut être révélateur d'un souci de protection de celles-ci de la part du législateur. En effet, l'octroi de cette faculté ou l'encadrement de son exercice peut être pensé comme permettant de pallier un déficit afin de rétablir un équilibre rompu – par exemple à l'égard d'une partie réputée en situation d'infériorité : le consommateur, le salarié... Il pourrait également manifester une volonté de privilégier l'une des parties, c'est-à-dire de créer un déséquilibre pour la mettre en position de supériorité. Tel semble être le cas du privilège de juridiction énoncé à l'article 14 du Code civil en faveur du demandeur français. Dans un cas, l'esprit de faveur se manifesterait dans le but de rétablir un équilibre rompu (a), dans l'autre, au contraire, de créer un déséquilibre (b).

#### *a) L'esprit de faveur dans le but de rétablir un équilibre*

**294.** Le fait d'octroyer une faculté de choix à certaines personnes à l'exclusion d'autres peut traduire une volonté de rétablir un équilibre. Le déséquilibre peut provenir des situations respectives des parties : l'un consommateur, l'autre professionnel par exemple. Dans ce cas, l'octroi d'une faculté unilatérale ou le fait de privilégier l'une des parties par l'exercice d'une faculté de choix permettrait de rétablir une certaine égalité. Le déséquilibre peut également provenir de l'environnement des parties et, dans ce cas, les normes permissives viseraient à rétablir une certaine neutralité de la loi applicable ou du juge compétent. Qu'il s'agisse du rétablissement de l'égalité ou de la neutralité, les normes permissives ne semblent pourtant pas particulièrement adaptées à ces besoins, ce qui justifie qu'ils soient écartés à titre d'objectifs.

**295. Normes permissives et rétablissement de l'égalité.** Si certaines règles permissives concourent au rétablissement d'un équilibre en faveur de personnes réputées faibles, il n'est pas pour autant possible d'en déduire qu'il s'agirait d'un véritable objectif de ces règles. En effet, les normes permissives – spécialement à travers le principe d'autonomie en matière de loi applicable aux contrats – sont traditionnellement perçues comme défavorables aux parties faibles. L'octroi d'une faculté de choix dans une situation d'inégalité structurelle – un consommateur face à un professionnel, un salarié face à un employeur, un assuré face à un assureur – confère à la partie en position de force la possibilité d'imposer sa volonté et *a fortiori* son choix à l'autre partie<sup>755</sup>. L'idée selon laquelle les normes permissives pourraient avoir comme but la protection d'une partie faible est alors *a priori* surprenante. C'est d'ailleurs plutôt l'inverse qui est retenu : il est souvent proposé que les normes permissives soient écartées afin de protéger la partie faible<sup>756</sup>. Tel avait été le cas dans la version initiale de la proposition de Règlement Rome I du 15 décembre 2005 en matière d'obligations contractuelles dans laquelle la norme permissive en matière de choix de loi applicable avait été supprimée pour les contrats de consommation, dans un souci de protection du consommateur<sup>757</sup>. Dans le Règlement européen en matière d'obligations alimentaires, la règle permissive sur la compétence est exclue à l'égard des mineurs et cette exclusion est expressément justifiée au regard de la protection de cette catégorie de personnes que constituent les créanciers d'aliments mineurs. Le préambule énonce ainsi dans son considérant 9 que « pour assurer la protection de la partie faible, une telle élection de for devrait être exclue pour les obligations alimentaires à l'égard d'un enfant de moins de dix-huit ans »<sup>758</sup>.

---

<sup>755</sup> V. en ce sens : F. LERCLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de lois)*, Bruylant Bruxelles, 1995, p. 221 et s. ; V. HEUZÉ, « La loi des contrats internationaux », Livre II, n°50 et s. p. 37, *Joly Contrats internationaux*. L'auteur énonce que « permettre aux parties, par la consécration du principe d'autonomie, de choisir la loi applicable à leur contrat, c'est évidemment conférer un avantage décisif à l'une d'elles, lorsque le rapport des forces est tel qu'elle est en mesure d'imposer sa volonté à l'autre : elle peut alors obtenir la désignation de la loi la plus favorable à ses intérêts et, en toute hypothèse, se mettre à l'abri de toute mesure législative adoptée précisément dans le but de protéger ceux de son cocontractant » ; P. MAYER, « La protection de la partie faible en droit international privé », art. préc., qui rappelle que « le rôle reconnu à la volonté des parties présente évidemment des dangers encore plus grands pour la partie faible » et, selon lui, qu'il s'agisse de la loi applicable, de la juridiction compétente ou du recours à l'arbitrage, « le droit international privé doit veiller à la protection de la partie faible, en limitant le rôle de la volonté ».

<sup>756</sup> V. par exemple la position de Monsieur O. LANDO favorable à l'exclusion pure et simple des règles permissives dans les situations impliquant une partie faible en matière de loi applicable, « Consumers Contract and Party Autonomy in the Conflict of laws », Mélanges MALMSTRÖM, 1972, p. 141 et s., cité par P. MAYER, « La protection de la partie faible en droit international privé », art. préc., note 33, p. 530

<sup>757</sup> Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2005 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), COM(2005) 650 final, 2005/0261 (COD). Sans énoncer expressément que la suppression de la règle permissive a pour but la protection du consommateur, il est précisé au considérant 9 de la proposition que « S'agissant des contrats conclus avec des parties considérées comme étant faibles, il est opportun de les protéger au moyen de règles de conflit plus favorables à leurs intérêts que ne le sont les règles générales ».

<sup>758</sup> V. l'article 4 et le considérant 9 du préambule du Règlement (CE) n°4/2009.

**296.** Sans être totalement supprimées, les règles permissives sont le plus souvent adaptées pour tenir compte de l'existence d'une partie faible. Par exemple – et cette technique est employée tant en matière de conflits de lois que de conflits de juridictions –, certaines règles prévoyant une faculté de choix bilatérale ne l'octroient qu'une fois le litige né. C'est le cas dans le Règlement Rome II en matière de loi applicable aux obligations extracontractuelles où, dès lors que les parties ne sont pas des commerçants<sup>759</sup>, le choix de loi ne peut s'effectuer qu'une fois le fait générateur connu. Il en est de même en matière de clauses attributives de juridictions en présence d'un salarié, d'un assuré ou d'un consommateur puisque le Règlement Bruxelles I réserve l'exercice de la faculté de choix, sans autre condition matérielle, à la conclusion d'une convention « postérieure à la naissance du différend » ou seulement pour permettre au consommateur, au salarié ou à l'assuré de saisir un autre tribunal que ceux normalement compétents<sup>760</sup>. Au cas où la faculté serait exercée en amont du litige, son exercice est plus strictement encadré. La faculté ne peut ainsi qu'être octroyée pour permettre à la partie que l'on souhaite protéger d'élargir l'éventail de choix qui lui est proposé. Ainsi, dans ce même Règlement Bruxelles I qui n'a pas été modifié sur ce point lors de sa refonte, la norme permissive octroie une faculté supplémentaire à la partie que l'on veut protéger. L'exercice de la faculté doit permettre au preneur d'assurance ou assuré, au consommateur ou au travailleur de saisir d'autres juridictions que celles indiquées dans les sections les concernant<sup>761</sup>.

---

<sup>759</sup> Par exemple, les parties non commerçantes, souvent assimilées aux consommateurs, sont réputées être des parties faibles.

<sup>760</sup> Sur ce type de clause, v. nos propos *supra* n°175.

<sup>761</sup> V. Les articles 13, 17 et 21 du Règlement Bruxelles I, devenus les articles 15, 19 et 23 dans sa version refondue.

« Article 13 : Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions:

- 1) postérieures à la naissance du différend, ou
- 2) qui permettent au preneur d'assurance à l'assuré ou bénéficiaire de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués à la présente section ou 3) qui, passées entre un preneur d'assurance et un assureur ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État membre, ont pour effet, alors même que le fait dommageable se produirait à l'étranger, d'attribuer compétence aux tribunaux de cet État sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions, ou
- 4) conclues par un preneur d'assurance n'ayant pas son domicile dans un État membre, sauf s'il s'agit d'une assurance obligatoire ou qui porte sur un immeuble situé dans un État membre, ou
- 5) qui concernent un contrat d'assurance en tant que celui-ci couvre un ou plusieurs des risques énumérés à l'article 1 »

« Article 17 : Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions:

- 1) postérieures à la naissance du différend, ou
- 2) qui permettent au consommateur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués à la présente section, ou
- 3) qui, passées entre le consommateur et son cocontractant ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État membre, attribuent compétence aux tribunaux de cet État membre, sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions. »

« Article 21 : Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions attributives de juridiction:

- 1) postérieures à la naissance du différend, ou
- 2) qui permettent au travailleur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués à la présente section ».

**297.** La manifestation de l'esprit de faveur à l'égard de la partie faible est donc visible dans la structure de la norme permissive qui organise des modalités particulières quant à l'exercice de la faculté. Elle détermine un moment spécifique où la faculté pourra être exercée – après la naissance du litige – ou organise ce que l'on a appelé une règle permissive avec réserve matérielle<sup>762</sup> qui s'apparente à une règle « à coloration substantielle ». Traditionnellement, ce qualificatif est employé pour viser les règles de conflits de lois « dont le but avoué est de désigner l'ordre juridique qui permettra le plus sûrement d'obtenir le résultat voulu par l'auteur de la règle de conflit »<sup>763</sup>. Or le principe d'autonomie et *a fortiori* les règles permissives ont pu être analysés comme des règles de rattachement substantielles et non localisatrices<sup>764</sup> ; la particularité de la règle permissive classique étant alors que « le résultat voulu par l'auteur de la règle » corresponde à celui voulu par les parties. Cela signifierait paradoxalement, pour les règles permissives avec réserve matérielle, que l'auteur de la règle reprendrait au contraire un certain pouvoir dans la détermination du résultat recherché, puisqu'il empêcherait le titulaire de la faculté d'aller vers un résultat qui apparaîtrait comme contraire à ses intérêts – d'après l'article 13.2 du Règlement Bruxelles I, l'assuré ne peut accepter, avant la naissance de tout litige, qu'un éventuel conflit devra être porté exclusivement devant le tribunal du domicile de l'assureur. La particularité de ce type de règle permissive est alors que l'on protège la partie faible co-titulaire de la faculté contre elle-même... Par conséquent, ce sont ces différents mécanismes correctifs au sein même de la norme permissive qui révèlent un esprit de faveur, visant à protéger la partie faible contre sa propre volonté – le non-professionnel n'est pas aussi libre de choisir le tribunal compétent qu'un professionnel quelconque. Mais s'agissant des règles permissives elles-mêmes, il est difficile de voir dans leur existence un esprit de faveur à l'égard des parties faibles puisque le législateur a au contraire tendance à les protéger de ce type de règle en adaptant leur contenu ou en interdisant d'y avoir recours.

**298.** Aussi, si l'adaptation des normes permissives révèle une tentative de rééquilibrer une situation structurellement déséquilibrée, il serait faux d'y voir un objectif propre aux normes permissives, plutôt perçues comme une menace dans le discours traditionnel.

---

<sup>762</sup> Sur cette notion, v. nos propos *supra* n°273.

<sup>763</sup> P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, 1986.I, tome 196, n°41.

<sup>764</sup> V. P. M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel (De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe)*, coll. « Études suisses de droit international » vol. 42, Genève, Librairie de l'Université et Georg et Cie SA, 1985, n° 255 et s. L'auteur énonce que le principe d'autonomie en matière contractuelle n'a pas un caractère localisateur mais substantiel qui n'est pas tant dû « à la faculté des contractants de choisir le statut contractuel » qu'à « la faculté de choisir la loi à laquelle ils se soumettent selon leurs intérêts ».

**299. Normes permissives et rétablissement de la neutralité.** En matière de contrats internationaux, les normes permissives qui octroient une faculté de choix aux contractants sont fréquemment présentées comme permettant aux parties de rétablir une certaine neutralité, neutralité de la loi choisie et neutralité judiciaire, qu'il s'agisse alors de se soustraire aux juridictions étatiques en général (faculté de s'adresser à un arbitre) ou à certaines juridictions étatiques en particulier (faculté de choisir le tribunal compétent par une clause attributive de juridictions).

**300.** S'agissant de la neutralité de la loi, l'argument se conçoit en ce que chacune des parties pourrait avoir un intérêt à ce que sa propre loi soit appliquée, ce qui lui procurerait un avantage, non pas forcément quant à son contenu, mais plutôt en termes de coûts en évitant le recours à des avocats spécialistes d'un droit étranger. Le choix d'une loi tierce permettrait de rétablir un équilibre entre les parties parce que chacune d'entre elles choisirait une loi connue d'elles deux. Néanmoins, à côté de la neutralité que permet d'atteindre le choix de loi en matière de contrats, la « technicité particulière » de certaines lois est également fréquemment invoquée<sup>765</sup>. Dans ce cas, il s'agit au contraire de choisir une loi, non pour son caractère neutre à l'égard de la personne des parties, mais en raison de son contenu. Ainsi est invoqué l'exemple du droit anglais fréquemment choisi pour des contrats maritimes<sup>766</sup>. Par ailleurs, à l'époque où la compétition législative est sans cesse mise en avant<sup>767</sup>, il semble difficile de considérer que les normes permissives ont pour objectif le rétablissement d'une neutralité quant aux dispositions applicables : elles permettent plutôt aux parties de choisir le droit le plus adapté à leurs besoins.

**301.** Pareille observation est également valable en matière de choix du juge. Si la neutralité offerte par le recours à l'arbitrage est peut-être plus concevable, les discours mettant en avant la concurrence des offres de justice et la recherche du meilleur juge, qui disposerait par exemple « d'une expertise particulière »<sup>768</sup> ou qui serait « plus familiers (des) problèmes soulevés par les contrats [en cause] »<sup>769</sup>, font douter de la recherche de neutralité dans la saisine. À l'image du choix de loi applicable, c'est plutôt l'inverse qui se produit : le choix d'un juge approprié.

**302.** La faculté de choix édictée en matière de contrats internationaux paraît donc axée sur l'idée de permettre aux parties de trouver un environnement favorable – on peut même se demander si cette faveur à l'égard des cocontractants internationaux

---

<sup>765</sup> V. B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI*, 2003, tome 305, p. 298.

<sup>766</sup> V. l'exemple cité par B. AUDIT, *ibid* : « Pour citer un exemple, emprunté à une décision connue, un contrat de remorquage d'une plate-forme pétrolière du Texas en Italie par une société allemande pour une société américaine est soumis à la loi anglaise (voir *The Bremen v. Zapata Offshore Co.*, 407 US 1 (1972)) ».

<sup>767</sup> V. sur ce point nos propos *infra* n°315 et s.

<sup>768</sup> V. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, 2014, n°142, p. 179.

<sup>769</sup> *Grands Arrêts*, n°72, p. 648.

ne traduit pas davantage un privilège qu'une forme de protection, tant ils bénéficient d'une marge de liberté beaucoup plus grande que celle des cocontractants en droit interne. Par ailleurs, l'idée de recherche d'une neutralité est difficilement transposable en dehors de la matière contractuelle : quel pourrait être l'intérêt du choix d'un juge ou d'une loi neutre – la loi colombienne – au divorce d'un couple franco-allemand résidant en Angleterre ?

**303.** Les normes permissives ne semblent donc pas l'instrument d'une quelconque protection de personnes qui, de par leur situation particulière, mériteraient une attention qui le serait tout autant. Néanmoins, encore faut-il vérifier si certaines règles permissives ne sont pas mues par un objectif de faveur mais, cette fois, dans le sens d'un privilège, c'est-à-dire ayant pour but de discriminer une autre catégorie de personnes et donc de rompre un équilibre à la faveur de certaines parties.

*b) L'esprit de faveur dans le but de conférer un avantage*

**304.** L'idée d'une règle permissive dont l'objet serait non plus de remédier à un déséquilibre mais d'en créer un, peut être évoquée à propos des « privilèges de juridiction » des articles 14 et 15 du Code civil, bien que leur domaine d'application soit aujourd'hui résiduel<sup>770</sup>, ou de certaines facultés unilatérales parfois octroyées en matière de conflit de juridictions.

**305. Les articles 14 et 15 du Code civil.** La jurisprudence, en s'exprimant en termes de *renonciation* à l'égard des articles 14 et 15<sup>771</sup>, a pu conforter l'idée d'un esprit de faveur et à la lumière des écrits contemporains, il est tout à fait concevable de voir dans ces « privilèges » une faveur à l'égard des nationaux. Néanmoins, l'exégèse des textes a révélé beaucoup d'incertitudes et suggéré un possible anachronisme quant à l'appréhension contemporaine de leurs fondements. En effet, dans l'esprit des rédacteurs du code civil, les articles 14 et 15 semblaient s'apparenter davantage à des compétences de principe, calquées sur les règles de l'ancien droit, qu'à des règles de faveur à l'égard des nationaux. En définitive, et malgré les nombreuses recherches effectuées sur ce point, la seule certitude est que « les

---

<sup>770</sup> Pour le domaine d'application de cette règle permissive, v. *supra* Partie I, n°188. En pratique, l'exercice de la faculté ne présentera d'intérêt pour son bénéficiaire que dans les cas où ses adversaires auraient des biens sur le territoire français.

<sup>771</sup> La Cour de cassation a proclamé que l'article 14 n'était pas une compétence d'ordre public et que les parties pouvaient y renoncer : v. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mai 1963, *Rev. Crit. DIP* 1964, p. 340, note Y. LOUSSOUARN ; *JDI* 1964, p. 113, note J. SIALELLI ; *RTD civ.* 1963, p. 795, obs. HEBRAUD et RAYNAUD ; *Rép. Commaillé* 1963, p. 636, note G. DROZ. Par exemple, pour un arrêt s'exprimant en terme de renonciation au bénéfice de l'article 14 du code civil : Civ. 1<sup>re</sup>, 1 juillet 2009, n° 08-15.955, *D.* 2009, p. 1899, note I. GALLMEISTER.

origines de ces textes (tant l'article 14 que l'article 15) demeurent assez obscures »<sup>772</sup>. Mais ce constat n'interdit nullement que l'on s'intéresse aux justifications actuellement données au soutien de la survivance de ces règles.

Une doctrine particulièrement autorisée a pu réduire les articles 14 et 15 à de simples – mais efficaces – instruments de négociation des conventions internationales<sup>773</sup>. Sorte d'arme diplomatique, le maintien de ces règles pourrait n'avoir pour seul objectif que de défendre les positions du législateur français sur la scène internationale. Mais excepté cette conception très pragmatique, l'objectif le plus souvent évoqué est la survivance d'un esprit de faveur à l'égard des nationaux, susceptible d'être justifié par le principe de souveraineté de l'État<sup>774</sup>. Il s'agirait de règles permissives au caractère purement nationaliste ayant pour but la protection des plaideurs français.

Si cela a pu un temps être vrai, l'interprétation actuelle de ces deux règles est difficilement conciliable avec cette idée, car la Cour de cassation est revenue à une interprétation plus proche de la lettre des deux articles, qui n'était pas évidente quant aux destinataires de la faculté. En effet, si la lecture de l'article 14 démontre clairement qu'une faculté est octroyée au demandeur français, l'article 15 qui dispose « un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger » semblait davantage s'adresser au plaideur étranger, qui avait ainsi la faculté d'attirer le défendeur de nationalité française devant les juridictions françaises. On sait que l'interprétation donnée par la jurisprudence l'a effectivement transformé, pendant de longues années, en une véritable règle permissive à l'égard du défendeur français. Ce dernier pouvait s'opposer à la reconnaissance d'une décision prononcée à l'étranger, dès lors que la compétence de l'article 15 était considérée comme exclusive et, à ce titre, susceptible de faire échec à l'exequatur. Mais la règle permissive à l'égard du défendeur français existait alors au stade de la reconnaissance de la décision étrangère, où la Cour de cassation lui avait en quelque sorte octroyé, non une faculté de choix, mais une faculté de s'opposer à la reconnaissance en invoquant l'absence de renonciation au bénéfice de l'article 15 – une sorte de droit de veto. L'abandon du caractère exclusif de la compétence de l'article 15 par l'arrêt *Prieur* a mis un terme

---

<sup>772</sup> V. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, 2014, n°161, p. 198. V. aussi l'ouvrage de H. GAUDEMET-TALLON consacrée à la question qui aboutit aux mêmes conclusions sur l'absence de toute certitude : *Recherches sur les origines de l'article 14 du Code civil*, PUF, 1964.

<sup>773</sup> V. J. LEMONTEY, *Trav. Com. Fr. DIP*, 1985-1986, Pédone, p. 65-66. Monsieur LEMONTEY était alors intervenu lors des débats faisant suite à la communication de A. PONSARD, « Le contrôle de la compétence des juridictions étrangères », *Trav. Com. Fr. DIP*, 1985-1986, Pédone, p. 47.

<sup>774</sup> V. en ce sens : E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, préf. P. LAGARDE, LGDJ, 1999, notamment le chapitre intitulé « Etude critique des articles 14 et 15 », n°103 et s., p. 71.



à cette solution<sup>775</sup> et a, du même coup, fait disparaître la règle permissive à l'égard du défendeur français.

Les articles 14 et 15 du Code civil consacrent désormais des règles permissives unilatérales dont le bénéficiaire est bien le demandeur, français ou étranger – lorsque le défendeur est quant à lui français – et non pas le justiciable français. C'est ce qu'admettent certains auteurs en énonçant que « la compétence dérivant des articles 14 et 15 n'étant plus exclusive (...) elle n'a plus d'intérêt que pour le demandeur » qui peut « seul (...) désormais y renoncer utilement »<sup>776</sup>.

Par conséquent, l'idée que la faveur à l'égard des nationaux soit réellement l'objectif poursuivi n'est plus d'actualité et elle n'aurait d'ailleurs plus de sens que pour l'article 14. En définitive, qu'elles aient été détournées ou non de leur raison d'être initiale, ces règles permissives font figure de vestiges du passé dont l'objectif est, sinon incertain, du moins critiqué. Et les considérations résultant du seul article 14 ne sont pas révélatrices de l'objectif poursuivi par l'ensemble de la catégorie des normes permissives, dont il est une figure trop marginale.

**306. Les règles permissives unilatérales dans le conflit de juridictions.** En matière de conflit de juridictions, les règles permettant au défendeur de comparaître volontairement devant une juridiction qui n'est *a priori* pas compétente doivent être analysées comme une norme permissive n'octroyant qu'une faculté unilatérale. Le défendeur, par son comportement, décide de se soumettre à la compétence de cette juridiction par une comparution volontaire et l'absence de contestation au fond<sup>777</sup>. Mais peut-on pour autant parler d'une faveur à l'égard du défendeur ? En réalité, cette règle est présentée comme une règle purement procédurale. Son objectif n'est pas tant de privilégier le défendeur en lui offrant la possibilité de comparaître devant un tribunal qui n'est en principe pas compétent que de l'empêcher, par la suite, d'invoquer le défaut de pouvoir de la juridiction saisie alors qu'il aurait pu soulever cette exception d'incompétence *in limine litis*. La règle a davantage pour objectif une bonne administration de la justice en paralysant *ab initio* toute attitude dilatoire du défendeur. Or, il est difficile de voir dans ce type de règle permissive une illustration typique des objectifs poursuivis par la catégorie entière des règles permissives.

---

<sup>775</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, n° 04-12777, *Prieur, Grands Arrêts, op. cit.*, n° 87 ; D. 2006, p. 1846, chron. B. AUDIT ; JCP 2006. II. 10134, note P. CALLÉ ; LPA, n°190, 22 sept. 2006, p. 10, note P. COURBE ; JDI 2006, p. 1377, note C. CHALAS ; *Rev. Crit. DIP* 2006, p. 870, note GAUDEMET-TALLON ; JCP 2007. I. 109, n°11, obs. C. DELPY ; J. HUET, « Le nouvel article 15 du Code civil », in *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, 2008, Dalloz, p. 311.

<sup>776</sup> V. HEUZÉ et P. MAYER, *Droit international privé*, 11<sup>e</sup> éd., 2014, n°308 p. 215 et HUET, v° « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux », *JCl. Droit international*, fasc. 581-32, n° 7 ; contra. LOUSSOUARN, BOUREL et DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 10<sup>ème</sup> éd., n°732 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 7<sup>ème</sup> éd., n°427, note 3.

<sup>777</sup> Sur cette règle, v. nos propos *supra* n°182.

307. Avant d'être écartée, l'idée de faveur doit encore être appréhendée de manière plus générale car certaines conceptions du droit international privé font de la faculté octroyée à ses destinataires un moyen efficace de leur protection dans les relations internationales, ce qui pourrait constituer l'objectif des normes permissives en général.

## 2) Les normes permissives comme instrument de faveur à l'égard de la personne en droit international privé ?

308. Un courant de la doctrine internationaliste cherche à replacer l'individu au cœur des préoccupations du droit international privé. Dans cette optique, ce n'est plus la localisation du rapport de droit qui est primordiale mais la situation de la personne impliquée dans ce rapport à l'égard d'un ordre juridique donné. Dépassant la coordination des ordres juridiques et l'harmonie internationale des solutions comme l'objectif central de la matière, ces auteurs suggèrent de « recentrer ces objectifs sur la personne »<sup>778</sup>, en proposant pour certains de consacrer un « droit à la mobilité internationale »<sup>779</sup> des individus ou de faire du droit international privé « l'une des matières clés pour la protection de la personne humaine »<sup>780</sup>. Dans cette perspective, certains d'entre eux font de l'autonomie de la volonté et *a fortiori* des normes permissives le meilleur moyen d'atteindre cet objectif. Leur emploi devrait être « la méthode principale du droit à la mobilité internationale » ou de la protection de la personne humaine. Cet esprit de faveur à l'égard de la personne amenée à franchir des frontières est présenté comme la manifestation d'un souci de protection à son égard, car elle serait sans cesse confrontée au risque de rupture de la continuité de son traitement et de non-respect des droits acquis dans un ordre juridique donné.

309. Pour cette partie de la doctrine, l'utilisation des normes permissives comme outil de réglementation permettrait de réaliser cet objectif tant dans les relations économiques que dans les relations familiales et fournirait une visée commune à

---

<sup>778</sup> V. A. BUCHER, « La famille en droit international privé », *RCADI*, 2000, t. 283, p. 97, n°57 et surtout « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI*, 2009, t. 341. Et dans le même sens : R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Liguori, 5<sup>e</sup> éd., 1969, spéc. p. 154 §18, cité par J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, LGDJ 2011, préf. C. GRARE, note 189, p. 338.

<sup>779</sup> V. par exemple pour la défense de cette idée dans une thèse récente : J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, LGDJ 2011, préf. C. GRARE, v. n°738 et s. p. 291 et spéc. n°746, p. 296. L'auteur précise que ce droit à la mobilité « illustre le déplacement du centre de gravité des fondements du droit international privé, de l'État à l'individu (...) L'homme est doué d'une mobilité et d'une dimension sociétale qui impliquent qu'il puisse tirer des liens personnels, ou commerciaux, en dehors de son propre pays ou avec d'autres personnes que ses compatriotes ». Ainsi, « lorsque la situation n'est pas purement interne, la compétence de l'État pour régler la situation ayant un lien avec son ordre juridique disparaîtrait au profit du droit de l'individu de circuler et de se réaliser facilement, et en toute sécurité, entre les différents pays ».

<sup>780</sup> E. JAYME, « Le droit international privé du nouveau millénaire : la protection de la personne humaine face à la globalisation », *RCADI*, 2000, tome 282, p. 21.

l'ensemble de ces normes. Pourtant, si la volonté d'en faire un instrument de la protection de la personne ou de son droit à la mobilité est indéniable, il est difficile d'admettre que cet objectif soit effectivement celui poursuivi par les normes permissives aujourd'hui. Cette vision correspond davantage à un souhait que la doctrine appelle de ses vœux qu'à une réalité. D'ailleurs, d'autres méthodes se développent afin de favoriser la personne et la continuité de son statut.

En effet, l'objectif de protection de la personne dans les relations privées internationales, s'il peut se traduire par le développement de normes permissives, se retrouve également dans la méthode de la reconnaissance des situations<sup>781</sup>. Si le procédé est différent, le fait de décider de reconnaître une situation dans un ordre juridique donné, au seul motif qu'elle a été valablement créée à l'étranger, révèle également une faveur à l'égard des individus qui verront leurs statuts maintenus, voire consolidés, quels que soient leurs déplacements futurs. Certes, le fait qu'une autre méthode permette d'atteindre cet objectif n'exclut pas que ce dernier soit également servi par les normes permissives. Mais, dans la mesure où l'on se propose d'identifier les objectifs *proclamés* des normes permissives, il faut reconnaître que cet objectif n'est pas officiellement invoqué au soutien de leur adoption et que, le cas échéant, il ne serait pas propre aux normes permissives. À tout le moins peut-on concéder que les normes permissives, comme la méthode de la reconnaissance des situations, peuvent être instrumentalisées dans un discours favorable à l'émergence d'un statut personnel des individus qui ne serait plus « imposé » mais « revendiqué au nom des libertés individuelles »<sup>782</sup>.

**310.** Par conséquent, il est vain de chercher plus avant dans la notion de *faveur* – qu'elle soit synonyme de protection ou d'un véritable esprit de faveur – un objectif *caractéristique* des normes permissives, sauf à voir dans ces normes un instrument de faveur à l'égard de la volonté privée en tant que telle. Dans ce cas, le fait de garantir, par l'octroi d'une faculté de choix, une efficacité maximale à la volonté privée serait alors surtout le signe d'un objectif de libéralisme de la part des normes permissives

---

<sup>781</sup> Sur cette méthode : P. LAGARDE, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *Rabels Z.* 2004, p. 225 ; « Reconnaissance. Mode d'emploi », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, op. cit., p. 481 ; P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Le droit international privé, Esprit et méthode, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, op. cit., p. 547 ; G.-P. ROMANO, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité », *Rev. crit. DIP* 2006, p. 547 et « Non-Marital Unions in European Laws », *XLII-2 Comp. L. Rev.*, 27-48 ; S. BOLLÉE, « L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 307 ; Ch. PAMBOUKIS, « La renaissance métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *Rev. crit. DIP* 2008, p. 513 ; H. MUIR WATT, « European Federalism and the 'New Unilateralism' », *82 Tulane L. Rev.* 1983 [2008] ; B. ANCEL, *Analyse critique de l'érosion du paradigme conflictuel (4)*, Cours Master 2, Université Paris II Panthéon Assas, 2008-2009, n°303 et s. p. 17 et s.

<sup>782</sup> v. sur le constat de l'essor d'un « libre choix de son statut » par les individus : A. SUPIOT, « L'inscription territoriale des lois », *Rev. Esprit*, novembre 2008, p. 151 et spéc. p. 161, qui observe qu'« au lieu d'être imposé, le statut personnel est revendiqué au nom des libertés individuelles ».

qui ne leur serait pas spécifique<sup>783</sup> et, plus généralement, révélateur d'un changement de mentalité exprimé par Monsieur P. KINSCH à travers l'idée que « la poursuite du bonheur individuelle importe plus que l'autorité de la loi »<sup>784</sup>. Dans cette perspective, l'idée de mise en concurrence des droits pourrait être davantage révélatrice de l'objectif recherché. Mais si le phénomène est loin d'être étranger à l'existence des normes permissives, ce serait alors confondre les notions d'*objectif* et d'*effet*.

## B – La mise en concurrence des systèmes juridiques<sup>785</sup>

**311.** Les règles permissives octroient à leurs destinataires une faculté de choix plus ou moins encadrée. Le fait qu'il ne s'agisse que d'une faculté leur confère un double pouvoir d'arbitrage. Tout d'abord, ils sont toujours libres de ne pas exercer la faculté et de s'en remettre à la règle supplétive destinée à pallier l'absence de choix. Mais, dans l'hypothèse où ils décident d'exercer la faculté octroyée par la norme permissive, ils disposent d'un pouvoir d'arbitrage entre différents systèmes juridiques : l'arbitrage peut se faire quant à la juridiction choisie et/ou quant à la loi applicable à la situation en cause, que l'objet du choix soit limité ou non<sup>786</sup>. Au vu de l'avènement de ce que certains qualifient de « paradigme compétitif »<sup>787</sup> entre les différents systèmes juridiques – principalement nationaux –, il est permis de se demander si l'objectif recherché par les normes permissives ne réside pas précisément dans le pouvoir d'arbitrage ainsi conféré aux opérateurs privés afin d'encourager une saine concurrence des systèmes juridiques.

---

<sup>783</sup> V. en ce sens : C. PANOU, *Le consentement à l'arbitrage, Etude méthodologique du droit international de l'arbitrage*, préf. V. HEUZÉ, IRJS, tome 32, n°253 et s.

<sup>784</sup> « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 377, spéc. p. 383. L'auteur observe, dans le droit international privé contemporain, un « déplacement de l'accent mis sur l'autorité de la loi (en particulier de la loi du for) à l'égard des individus, qui caractérise le système classique, vers un accent exactement inverse, qui sera mis sur le choix par les individus, participant aux marchés, de la loi à laquelle ils entendent soumettre leurs transactions économiques », spéc. p. 380.

<sup>785</sup> Le choix de l'expression « concurrence des systèmes juridiques » a été retenu dans les développements suivants car il permet d'appréhender l'idée d'une concurrence tant au niveau législatif qu'au niveau juridictionnel. Il ne préjuge pas de la réalité ou non du phénomène décrit.

<sup>786</sup> Aussi, en matière contractuelle, l'objet du choix s'agissant de la juridiction compétente et de la loi applicable est le plus souvent illimité. Au contraire, dans d'autres matières, seul un arbitrage binaire est permis ; c'est le cas en matière successorale où il est seulement permis de choisir entre la loi nationale et la loi du domicile.

<sup>787</sup> H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé », *RCADI* 2004, tome 307, p. 29 et s.

**312.** La notion de mise en concurrence des systèmes juridiques, autrement visée par les expressions « concurrence d'ordres juridiques »<sup>788</sup>, « concurrence des droits »<sup>789</sup>, « concurrence des justices nationales »<sup>790</sup>, « concurrence normative »<sup>791</sup>, suggère le développement d'une compétition entre les États dont le droit serait l'objet. Que cette compétition soit réelle ou non, l'idée sous-jacente repose sur l'assimilation du droit à un produit, au même titre que le pétrole ou le blé, qui aurait vocation à circuler sur un marché mondial des droits ouvert à la concurrence. L'arbitrage entre ces différents « produits » par les opérateurs privés permettrait d'engendrer une « saine concurrence entre législations étatiques, génératrices de nombreuses vertus, tant économiques que politiques » et ferait de la compétition législative un « mode de régulation décentralisé, présumé mieux répondre aux préférences des justiciables que la centralisation et l'uniformité »<sup>792</sup>.

La mise en concurrence des systèmes juridiques et l'utilisation des outils économiques pour l'optimiser font l'objet d'une attention particulière de la part de nombreuses organisations internationales. Cette théorie a rencontré un écho certain à la Banque Mondiale qui publie chaque année depuis 2004 un rapport, intitulé *Doing Business*, dans lequel elle procède à une évaluation comparative de la réglementation des affaires et de son application effective dans différents systèmes juridiques. La comparaison est effectuée au regard d'un indicateur créé par la Banque Mondiale, appelé « indice de la facilité à faire des affaires » (en anglais : « *Ease of doing business index* »). Cet indice s'appuie sur les résultats obtenus par chaque pays dans dix domaines déterminés qui vont de la facilité de la création d'une entreprise au raccordement à l'électricité ou à l'obtention d'un permis de construire, à la réglementation fiscale et du crédit ou encore à l'exécution des contrats<sup>793</sup>.

<sup>788</sup> H. MUIR WATT, «Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, op. cit.*, p. 615 et s.

<sup>789</sup> C. KESSEDIAN, « Le droit entre concurrence et coopération ? », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 119 et s.

<sup>790</sup> S. BOLLÉE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », *L'efficacité économique en droit*, S. BOLLÉE, Y.-M. LAITHIER, C. PÉRÈS, *Economica* 2008, p. 121.

<sup>791</sup> V. A. RAYNOUARD, « La concurrence normative dans l'Union européenne », *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 903 et s. L'auteur utilise cette expression mais réfute la réalité d'une telle concurrence au sein de l'Union européenne..

<sup>792</sup> H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé », *RCADI*, 2004, tome 307, p. 58.

<sup>793</sup> Le rapport se présente sous la forme d'un tableau comparatif – sorte de magazine « Que choisir ? » du droit – où la réglementation française n'apparaît d'ailleurs pas, depuis le premier rapport, comme la « marque » privilégiée – elle est passée au 38<sup>ème</sup> rang en 2014, derrière la Corée du Sud, la Lituanie ou la Thaïlande... Si l'accueil de la démarche et du rapport par la doctrine française ne furent pas des plus enthousiastes – on peut ne pas être convaincu par l'idée que le 9<sup>ème</sup> rang de la Corée du Sud dans ce classement détournera les opérateurs privés du droit français relégué à la 38<sup>ème</sup> place –, il est indéniable que ce discours est désormais pris en compte. v. pour des exemples de réaction dans la doctrine française : « Dossier spécial *Le rapport Doing Business* », *Revue de droit des affaires de l'université Panthéon-Assas*, 2005, n° 3 ; Association Henri CAPITANT, *Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque mondiale*,

L'idée selon laquelle la diversité des législations conjuguée au pouvoir d'arbitrage des opérateurs privés est une source d'émulation et d'innovations législatives a servi de postulat à l'établissement du rapport qui « a pour mission de fournir un ensemble de connaissances *afin d'accélérer des réformes et améliorer la qualité des règles sous-jacentes aux activités du secteur privé* »<sup>794</sup>. La grille de comparaison proposée par la Banque mondiale devrait ainsi inciter chaque État à prendre conscience des dysfonctionnements existant dans leurs réglementations des affaires et à perfectionner celles-ci, notamment lorsque les règles semblent « excessivement astreignantes »<sup>795</sup>. Mais, parallèlement, elle devrait aussi permettre, cette fois non plus aux États mais aux opérateurs privés, de choisir le pays où l'environnement commercial est le plus favorable. Par conséquent, les États auraient tout intérêt à s'instruire du rapport pour améliorer leurs performances s'ils ne veulent pas que les opérateurs privés se détournent de leurs « produits normatifs ».

**313.** Implicitement, la mise en place d'une telle concurrence présuppose donc la mobilité des opérateurs, aptes à arbitrer entre les différentes législations proposées en choisissant leur localisation pour se soumettre à une législation jugée favorable à leurs intérêts ou au contraire pour se soustraire à des règles jugées trop contraignantes – en pratiquant ce qu'il est convenu d'appeler le « vote par les pieds »<sup>796</sup>. Postulat de ce modèle, la mobilité serait donc la condition essentielle de la mise en concurrence, sans laquelle il n'existerait pas de réel pouvoir d'arbitrage des opérateurs, et la possibilité d'un choix de loi pourrait être perçue comme son équivalent en permettant une mobilité « virtuelle ».

**314.** Particulièrement adapté dans un contexte fédéral, il n'est pas surprenant que cette idée d'un modèle concurrentiel appliqué au droit, transformé en une multitude de « produits normatifs », s'inspire de la théorie économique du fédéralisme venue

---

Société de législation comparée, 2006 ; J. du BOIS DE GAUDUSSON et F. FERRAND (dir.), *La concurrence des systèmes juridiques*, Actes du colloque de Lyon, 20 oct. 2006, PUAM, 2008 ; « L'analyse économique du droit et la compétition des droits », *Revue de droit Henri Capitant* 2010, n° 1, III<sup>e</sup> partie ; J.-F. GAUDREAU-DESBIEENS, « La critique économiste de la tradition romano-germanique », *RTD civ.* 2010, p. 683. Pour le recensement de la bibliographie française sur la question, v. spécialement : L. USUNIER, « Le rapport Doing Business 2012, la concurrence des systèmes juridiques et l'attractivité du droit français des contrats », *RDC* 2012/2, p. 575.

Le rapport intégral peut être consulté en ligne à l'adresse suivante :

<http://www.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/AnnualReports/English/DB14-Full-Report.pdf>.

<sup>794</sup> Extrait d'une version « synthétique » du rapport, qui peut être consultée en ligne à l'adresse suivante :

<http://francais.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/AnnualReports/Foreign/DB14-minibook-french.pdf>, p. V.

<sup>795</sup> Sur la question de l'attractivité économique du droit et la prise en compte de cet impératif par le législateur français : V. B. de MARAIS, « Attractivité économique du droit : le droit français peut-il survivre dans la compétition internationale ? », *Droit et Patrimoine*, n°170, mai 2008, p. 38.

<sup>796</sup> H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé », *RCADI*, 2004, tome 307, note 56, p. 60.

des États-Unis<sup>797</sup>. Que ce modèle économique puisse être ou non transposé dans un contexte mondial ou simplement à l'échelle de l'Union européenne, il est indéniable que la rapidité actuelle des déplacements et des moyens de communication, qui rend théoriquement possible une forte mobilité des opérateurs privés, légitime que la question d'une concurrence entre les systèmes juridiques soit posée. Dans cette optique, les normes permissives peuvent être présentées comme un instrument de mise en concurrence des droits et l'on peut se demander si, en définitive, tel n'est pas l'objectif poursuivi.

Néanmoins, le discours sur le rôle des normes permissives à l'égard du phénomène peut sembler paradoxal. Présentées par certains comme un palliatif aux « externalités négatives » de la concurrence des droits, elles sont également reconnues comme un instrument de cette mise en concurrence. Mais cette difficulté n'est pas la seule. D'abord, parce que dans notre optique de recherche des objectifs *proclamés* des normes permissives, il faut constater que cet objectif ne l'est pas en tant que tel et que les motifs de sa dissimulation sont un argument de sa mise à l'écart. Ensuite, parce que si l'on décidait de s'y tenir, même en tant qu'objectif implicite, il mériterait encore d'être écarté non seulement en raison du caractère « irréaliste »<sup>798</sup> d'un tel projet, mais aussi, selon nous, en raison de son absence de légitimité.

Afin de justifier cette position, il est dans un premier temps nécessaire de concéder que les normes permissives peuvent faire figure d'instrument de mise en

---

<sup>797</sup> Elle est une illustration de la tentative d'application des méthodes et des outils des sciences économiques à l'étude du droit et doit être rattachée au courant de l'analyse économique du droit, connue sous le nom générique de *Law and Economics*. Cette discipline, qui fut longtemps délaissée en France, est désormais l'objet d'une attention croissante – bien que souvent critique – de certains magistrats et de la doctrine (v. sur l'histoire de la discipline : E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz 2008, 2<sup>ème</sup> éd., n° 23 et s., spéc. n° 52 et s. Quant à l'intérêt de la doctrine pour la question ces dernières décennies : Y. LEQUETTE, « Vers un Code civil européen ? », *Pouvoirs*, 2003, p. 105 ; B. DEFFAINS, (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, préface G. CANIVET, éd. Cujas, 2002 ; G. CANIVET, M.-A. FRISON-ROCHE, M. KLEIN, (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, 2005), notamment internationaliste (v. notamment : S. BOLLÉE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », *L'efficacité économique en droit*, S. BOLLÉE, Y.-M. LAITHIER, C. PÉRÈS, *Economica* 2008, p. 121 ; L. CADIET, « Ordre concurrentiel et justice », in *Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Ed. Frison-Roche 2003, p. 109 ; H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé », *RCADI* 2004, t. 307, p. 29, « La régulation des services judiciaires en Europe, Concurrence interjuridictionnelle et mobilité des juges : vers des *riding circuits* ? », in *Conflits de lois et régulation économique*, M. AUDIT, H. MUIR WATT et E. PATAUT (dir.), LGDJ 2008, p. 231 ; C. KESSEJDIAN, « Le droit entre concurrence et coopération », in *Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, *op. cit.*, p. 119 ; B. LEMMENICIER, « L'économie de la justice : du monopole d'Etat à la concurrence privée », *Justices* 1995, n°1, p. 135. Certains ouvrages de droit international privé intègrent également cette approche économique : v. par exemple : D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.* ; L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *Economica* 2008 ; C. ARRUE-MONTENEGRO, *L'autonomie de la volonté dans les conflits de juridictions*, LGDJ 2011 ; J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'Etat-nation et le droit international privé*, *op. cit.*

<sup>798</sup> Nous reprenons cette qualification de Monsieur S. BOLLÉE qui considère que l'exploitation de la concurrence des justices – dans le cadre spécifique du conflit de juridictions – est un « programme irréaliste » : v. « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », *L'efficacité économique en droit*, S. BOLLÉE, Y.-M. LAITHIER, C. PÉRÈS, *Economica* 2008, p. 121, spéc. n°22 et s. p. 143.

concurrence des droits (1), afin, dans un second temps, de mieux l'écartier en tant qu'objectif (2).

### 1) Les normes permissives et la mise en concurrence des droits

**315.** Le rôle des normes permissives à l'égard de la mise en concurrence des droits n'est assurément pas neutre. Il est néanmoins difficile d'identifier clairement la fonction qu'on tente de leur faire jouer. Si elles sont parfois présentées comme un palliatif aux « externalités négatives »<sup>799</sup> de ce phénomène (a), elles sont plus souvent considérées comme un instrument de cette mise en concurrence (b).

*a) Les normes permissives comme palliatif aux « externalités négatives » de la concurrence des droits ?*

**316.** Les normes permissives sont parfois présentées comme un remède envisageable contre certains effets jugés néfastes de la concurrence des ordres juridiques, notamment la pratique du *forum shopping*<sup>800</sup>. Le *forum shopping*, qui connaît aujourd'hui une extension considérable, n'est pas un mécanisme résultant *ab initio* de la consécration de règles permissives mais résulte avant tout d'un état de fait.

En effet, il est désormais matériellement possible aux plaideurs, au vu de la mobilité accrue dont ils jouissent et de la pluralité des ordres juridiques, de choisir le juge devant lequel ils souhaitent porter leur procès. S'il n'est pas certain que le juge saisi acceptera sa compétence, la possibilité d'une telle saisine n'en est pas moins réelle. Elle existe en dehors de toute règle permissive, qui s'analyse en une permission dite « forte », c'est-à-dire exprimée clairement par le législateur ou la jurisprudence<sup>801</sup>. L'absence d'interdiction de ce type de comportement génère une permission « faible » qui permet aux justiciables de se déplacer et de saisir un juge qui n'avait pas forcément vocation à trancher le litige qui lui est soumis<sup>802</sup>. Cette observation est confortée par le constat que, dans de nombreuses situations présentant un élément d'extranéité et en l'absence d'une coordination internationale parfaite qui supposerait l'existence de règles supranationales régissant ces questions, il n'existe pas de juge qui soit « naturellement » compétent – c'est l'idée de

---

<sup>799</sup> L'emploi du terme « externalité négative » est volontairement emprunté au langage économique. Le terme externalité désigne un effet externe à une activité dont elle n'est qu'un effet secondaire qui peut être positive ou négative. En l'espèce, le *forum shopping* serait un effet secondaire néfaste de la mise en concurrence des systèmes juridiques.

<sup>800</sup> V. cependant pour une tentative de distinction entre le « *forum shopping bonus* » et le « *forum shopping malus* » : P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Le *forum shopping* devant les juridictions françaises », *TCFDIP* 2000-2002, p. 49.

<sup>801</sup> Sur la notion de permission forte, v. *supra* n°94.

<sup>802</sup> Sur la notion de permission faible, v. *supra* n°94.



« l'introuvable juge naturel »<sup>803</sup>. Soit que la situation soit initialement internationale – hypothèse de victimes ressortissantes d'un État A qui lors d'un voyage dans un État B seraient victimes d'un accident – soit qu'elle soit par la suite devenue internationale de manière artificielle – des époux ressortissants d'un État A dont la législation prohiberait le divorce qui viendraient s'installer provisoirement dans un État B afin de bénéficier de la législation plus libérale de cet État en la matière<sup>804</sup>. Permission dite faible donc, dont jouissent les justiciables de saisir le juge qui leur semble le plus apte à accéder à leur prétention.

L'uniformisation de certaines règles de conflit de juridictions au niveau européen n'a pas permis d'endiguer ce phénomène, qui est paradoxalement encouragé par certaines règles impératives de compétence directe. En effet, alors que certaines d'entre elles excluent totalement le jeu de la volonté des parties, d'autres concèdent une place à la liberté dans le jeu de la règle impérative elle-même. Le Règlement Bruxelles II bis en fournit des illustrations particulièrement pertinentes. Les règles de compétence qu'il édicte sont effectivement des règles impératives car l'applicabilité du Règlement est elle-même impérative et aucune règle ne permet par la suite à une ou plusieurs parties de déroger aux compétences édictées par le Règlement. Mais si les parties ne peuvent s'accorder sur le choix du juge, cela ne signifie pas que les parties n'aient aucune marge de manœuvre car les règles énumèrent plusieurs chefs de compétence alternatifs : l'absence totale de hiérarchisation en leur sein laisse donc libre cours à la volonté des parties<sup>805</sup>. Or cette pratique présente d'indéniables dangers en termes de sécurité juridique : la pluralité de fors potentiellement compétents compromet la prévisibilité des solutions puisque le défendeur risque d'être attiré devant une pluralité de juges qu'il lui est difficile d'identifier *a priori*. Par ailleurs, si ce risque est intégré par les parties, elles peuvent être tentées de précipiter une action en justice pour « se prémunir d'une initiative semblable de l'autre partie et imposer la compétence d'un tribunal qui lui convient le mieux », la conséquence étant une multiplication des contentieux<sup>806</sup>.

**317.** L'une des solutions envisagées afin d'amoindrir les effets néfastes d'une telle concurrence entre les ordres juridictionnels est précisément l'édiction de règles permissives bilatérales, qui vont permettre aux parties, par un choix concerté en

---

<sup>803</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « L'introuvable "juge naturel" », in *Nonagesimo anno. Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, Paris, PUF, 1999, p. 591-612.

<sup>804</sup> V. par exemple l'arrêt *Patino*, B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Grands Arrêts*, Dalloz, 5e éd., 2006, n° 77.

<sup>805</sup> Pour la présentation de ces règles, v. nos propos *supra* n°180.

<sup>806</sup> V. en ce sens : S. BOLLÉE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », *L'efficacité économique en droit*, BOLLÉE, Y.-M. LAITHIER, C. PÉRÈS, Economica 2008, p. 121, spéc. p. 128-129.

amont, de s'accorder sur la juridiction compétente et donc de supprimer, en théorie, le risque d'incertitude<sup>807</sup>. Il s'agit en l'occurrence des règles permettant aux parties de prévoir une clause attributive de juridiction. Selon cette conception, les règles permissives peuvent alors apparaître comme un palliatif à l'imprévisibilité des solutions engendrées par la concurrence des ordres juridiques<sup>808</sup>. Mais comment alors concilier cette conception avec celle qui soutient au contraire que les normes permissives permettent de mettre les différents « produits » juridiques en concurrence ? Moins qu'un palliatif aux « externalités négatives » de la concurrence des ordres juridiques, les règles permissives apparaissent en effet bien souvent comme l'instrument de cette mise en concurrence.

*b) Les normes permissives comme instrument de mise en concurrence des systèmes juridiques*

**318.** La mobilité accrue des entreprises et des facteurs de production dans l'économie mondiale ont exacerbé l'idée d'une compétition législative puis d'une compétition des offres de justice. Il est difficile de nier que les normes permissives constituent un formidable vecteur de cette compétition, au point qu'elles peuvent être considérées comme étant à l'origine de ce phénomène.

**319.** En effet, si la mobilité est la condition de la mise en concurrence<sup>809</sup>, cette mobilité peut se traduire de deux manières : soit par une mobilité réelle, c'est-à-dire impliquant un déplacement – à l'échelle européenne par le biais des libertés de circulation des personnes et d'établissement –, soit par une mobilité que l'on pourrait qualifier de virtuelle, puisque la mobilité ne s'exercerait que par le simple exercice de la volonté. La volonté est en effet perçue comme un « avatar de la mobilité »<sup>810</sup> : sans qu'il soit besoin aux individus de se déplacer réellement, on leur permet de se soumettre aux règles d'un autre système juridique. Aussi, tandis que le choix des opérateurs privés devait parfois passer par une délocalisation physique des facteurs de production ou des personnes elles-mêmes – « le vote par les pieds » –, la règle permissive encourage la compétition sans les forcer à se déplacer. En droit de

<sup>807</sup> V. pour la présentation de cet argument : S. BOLLÉE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », art. préc., spéc. p. 132, n°13. Même si nous reviendrons sur la pertinence de cet argument, on peut dès à présent souligner que, pour résoudre cette difficulté, la suppression de certains chefs de compétence optionnels à la légitimité douteuse et à la mise en œuvre ardue nous semble un instrument plus efficace car il ne suppose pas un accord des parties (v. nos propos *infra* n°464).

<sup>808</sup> Cette présentation revient en fait à faire des normes permissives un instrument de prévisibilité, objectif sur lequel nous reviendrons dans les paragraphes suivants (v. *infra* n°333 et s.).

<sup>809</sup> Ce qui explique que certains auteurs limitent la possibilité d'une telle concurrence à l'existence d'une structure fédérale : v. en ce sens, A. RAYNOUARD, « La concurrence normative dans l'Union européenne », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 903, spéc. n°16, p. 912.

<sup>810</sup> H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé », *RCADI* 2004, t. 307, p. 29 et s.

l'Union, si les libertés de circulation et d'établissement – qui autorisent la localisation fictive d'une société dans un État à la législation avantageuse<sup>811</sup> – sont sans aucun doute un instrument de la compétition législative au sein des pays de l'Union européenne, elles impliquent une délocalisation, si minime soit-elle. En droit des sociétés par exemple, même si la Cour de justice apprécie de manière très souple la condition de mobilité en se contentant d'un siège purement fictif, certaines démarches doivent néanmoins être effectuées pour se soumettre, comme dans l'arrêt *Centros*, au droit néerlandais. Aussi, la règle permissive va plus loin en ce qu'elle permet aux opérateurs un arbitrage identique sans aucune contrainte matérielle : il n'est plus besoin de sortir des frontières. Outre cet avantage, une norme permissive permet d'effectuer un dépeçage au sein de chaque système juridique afin de n'en choisir que le produit le plus adapté à son besoin, selon qu'il s'agit de droit des contrats, de la famille, des successions... Cette possibilité peut sembler cohérente car « dès lors que les parties ont le pouvoir de se déplacer pour échapper à l'emprise d'une loi donnée, il n'y aurait aucune raison de ne pas leur donner le même pouvoir par le biais du seul exercice de la volonté »<sup>812</sup>. Par conséquent, l'extension du rôle joué par la volonté des parties – et *a fortiori* par les règles permissives – permettrait « en favorisant la compétition législative, (...) de stimuler l'innovation et (de) faciliter l'effet disciplinaire du marché sur l'action des législateurs, contraints de s'ajuster au plus près aux préférences des citoyens »<sup>813</sup>. Sur ce point, la doctrine est quasiment unanime quant au fait que les normes permissives sont un instrument de cette mise en concurrence<sup>814</sup>, que ce soit d'ailleurs pour le déplorer<sup>815</sup> ou pour l'approuver<sup>816</sup>.

---

<sup>811</sup> V. notamment : CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, C-212/97, Rec. p. I-01459.

<sup>812</sup> V. H. MUIR WATT, « Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, *op. cit.*, p. 615 et s. n°16 p. 627 décrivant l'analogie opérée avec le fédéralisme fiscal.

<sup>813</sup> H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé », *RCADI* 2004, t. 307, n°7, p. 48

<sup>814</sup> V. en ce sens : J.-M. JACQUET, « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 727 ; C. KESSEDJIAN, « Le droit entre concurrence et coopération », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, *op. cit.*, p. 119.

<sup>815</sup> S. BOLLÉE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », *L'efficacité économique en droit*, S. BOLLÉE, Y.-M. LAITHIER, C. PÉRÈS, *Economica* 2008, p. 121.

<sup>816</sup> L.-G. RADICATI DI BROZOLO, « Mondialisation, juridiction, arbitrage: vers des lois d'application semi-immédiate? », *Rev. crit. DIP* 2003, p. 1 ; pour H. GAUDEMET-TALLON, « il semble même que la « concurrence » entre les droits soit un phénomène digne d'approbation : les opérateurs économiques choisiront telle ou telle loi en fonction de la correspondance de son contenu avec leur intérêts et cette concurrence entre les lois peut être facteur de progrès », v. « Le pluralisme en droit international privé, richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI* 2005, tome 312, n°268 p. 265. Outre-Atlantique, il séduit davantage et certains auteurs américains, dans des articles désormais célèbres, se sont même prononcés en faveur d'une libération généralisée du choix de juridictions par les parties : v.

Le développement des normes permissives étant principalement dû à la réglementation du droit de l'Union européenne en droit international privé, il est alors tentant de deviner, derrière cet essor des normes permissives, une recherche de mise en concurrence des droits au sein de l'Union européenne. Au niveau des institutions européennes, certains arrêts de la Cour de justice se font l'écho de cette conception. La jurisprudence de la Cour en matière de liberté d'établissement encourage en effet ouvertement la concurrence des droits nationaux des sociétés. Ainsi, dans l'arrêt *Centros*, l'Avocat général énonce qu' « en l'absence d'harmonisation, en somme, c'est la concurrence entre systèmes normatifs ("*competition among rules*") qui doit pouvoir s'exercer librement, même en matière de sociétés commerciales »<sup>817</sup> ; cette même conception se retrouvant dans l'arrêt *Inspire Act* où l'Avocat général conclut que « tant que les législations resteront en l'état, il n'y a aucune raison de restreindre la concurrence entre les différents régimes en interprétant à cette fin les règles du traité relatives à la liberté d'établissement »<sup>818</sup>.

Certes, cet objectif de mise en concurrence des systèmes normatifs n'est jamais officiellement exprimé par le législateur européen, dont l'objectif affiché est toujours la réalisation du marché intérieur et d' « un espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est assurée la libre-circulation des personnes »<sup>819</sup>. Mais dès lors que la mobilité des opérateurs est la condition nécessaire à la mise en concurrence des droits, comment ne pas opérer le rapprochement entre la volonté de faciliter cette mobilité au sein de l'espace européen, même si elle est en l'occurrence « virtuelle », et le dessein de créer les conditions d'un marché de « concurrence pure et parfaite » des « produits juridiques », qui permettra, dans un second temps, de faire émerger un marché *économique* de concurrence « efficient » ? Dans cette perspective, les

---

J. DAMMANN et H. HANSMANN, « A global market for judicial services », *RIDC* 1998, p. 421 ; « Globalizing commercial litigation », 94 *Cornell L. Rev.* 1, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=1113217>, et D. R. STRAS, « Why Supreme Court Justices should ride circuits again », 91 *Minn. L. Rev.* 1710.

<sup>817</sup> CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, C-212/97, *Rec. p.* I-01459, concl. AG LA PERGOLA, présentées le 16 juillet 1998, point 20.

<sup>818</sup> V. CJCE, 30 septembre 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd.*, C-167/01, *Rec. p.* I-10155, concl. AG ALBER présentées le 30 janvier 2003, point 139. Sur cet arrêt, v. E. PATAUT, « Liberté d'établissement et droit international privé des sociétés : un pas de plus », *D.* 2004, p. 491 et sur cette politique de la Cour, v. notamment : M. MENJUCQ, *L'Europe et le droit de l'entreprise*, JCP éd. G 2007, I, 130, spéc. n° 11 et s.

<sup>819</sup> V. par exemple les considérants du Règlement Rome I : « La Communauté s'est donné pour objectif de maintenir et de développer un espace de liberté, de sécurité et de justice. En vue de l'établissement progressif de cet espace, la Communauté doit adopter des mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontalière, dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur. » (cons. 1) ; les considérants des Règlement Rome IV en matière de successions et en matière d'obligations alimentaires : « La Communauté s'est donné pour objectif de maintenir et de développer un espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes. ». Il faut néanmoins observer que ces objectifs ne sont pas propres aux règles permissives elles-mêmes, mais sont invoqués dans les instruments les contenant.

normes permissives seraient un instrument de la concurrence des systèmes juridiques, elle-même au service d'une politique libérale puisque les règles permettraient de faire émerger un marché intérieur doté d'une réglementation uniforme, présentée comme le moyen nécessaire à la suppression des distorsions de concurrence<sup>820</sup>.

Par ailleurs, si l'idée de concurrence des systèmes juridiques est réfutée par certains au sein de l'Union en raison de l'absence de concurrence des *législateurs* européens<sup>821</sup>, l'existence d'une concurrence normative engendrée par les arbitrages des destinataires des règles de droit est pour sa part admise. Ainsi, tout en contestant l'idée d'une concurrence normative au sein de l'espace européen, un auteur reconnaît que « si l'on se place du côté des destinataires des règles de droit, [il existe] une concurrence normative organisée par les règles juridiques » et ajoute qu'« on peut considérer que l'autonomie de la volonté, permettant de choisir son droit, met en concurrence des normes »<sup>822</sup>. Il réfute donc la théorie d'une concurrence normative mais seulement parce qu'elle vise une compétition entre les législateurs qui n'existerait pas en Europe. L'auteur reconnaît néanmoins qu'il ne s'agit pas ici de s'intéresser à l'utilisation qui est faite de cet instrument par les destinataires de la règle<sup>823</sup>. Un autre argument avancé est que « les critères de rattachement [des règles de conflit de lois et de juridictions] excluent précisément une concurrence, ou la réduit fortement, en ce sens qu'il s'agit de critères et non d'un choix librement déterminé »<sup>824</sup>. Mais les normes permissives n'ont-elles pas justement vocation à encourager un libre choix déterminé ?

---

<sup>820</sup> Sur l'idée que l'uniformisation constitue en réalité l'objectif sous-jacent et que cette mise en concurrence ne serait elle-même qu'un instrument au service de cet autre objectif, voir nos propos *infra* n°325. En effet, la libre concurrence économique est facilitée par une libre circulation des facteurs de production que sont les personnes – en tant que main-d'œuvre – et les capitaux.

<sup>821</sup> V. A. RAYNOUARD, « La concurrence normative dans l'Union européenne », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 903. L'auteur montre qu'au sein de l'Union européenne, la concurrence n'est pas véritablement encouragée et il donne comme exemple le principe de reconnaissance mutuelle consacré dans l'arrêt *Cassis de Dijon* qui énonce précisément que « les différences de réglementation nationale ne sauraient constituer un obstacle à la libre circulation des produits ».

<sup>822</sup> V. A. RAYNOUARD, art. préc., n°15, p. 911. D'après cet auteur, si l'autonomie de la volonté et donc les normes permissives sont un instrument de concurrence entre les mains des opérateurs privés, il est néanmoins limité par différents mécanismes (lois de police et exception d'ordre public) et ne traduit pas l'objectif poursuivi par l'Union.

<sup>823</sup> V. en ce sens : A. RAYNOUARD, art. préc., p. 903. Pour l'auteur, au sein de l'Union européenne, la concurrence n'est pas véritablement encouragée et il donne comme exemple le principe de reconnaissance mutuelle consacré dans l'arrêt *Cassis de Dijon* qui énonce précisément que « les différences de réglementation nationale ne sauraient constituer un obstacle à la libre circulation des produits ». Il concède néanmoins qu'une concurrence peut s'exercer lors de l'élaboration de certains instruments normatifs européens où chacun des États pourraient chercher à imposer ses vues aux autres.

<sup>824</sup> *Ibid.*

**320.** Par conséquent, dès lors que l'on considère que les normes permissives font figure d'instrument de concurrence des systèmes juridiques, concurrence parfois expressément recherchée par les institutions européennes, il est difficile de ne pas y voir l'objectif des normes permissives. Pourtant, plusieurs considérations vont nous conduire à écarter cette opinion.

## **2) Le refus de voir dans la mise en concurrence des droits l'objectif des normes permissives**

**321.** L'idée que la mise en concurrence des droits constitue l'objectif des normes permissives peut être contestée à plusieurs titres. D'abord, il peut être remarqué que cet objectif n'est jamais ouvertement proclamé. Mais l'on pourrait alors rétorquer qu'il suffirait de consacrer explicitement le véritable objectif poursuivi par les normes permissives, ou du moins proposer une telle consécration, afin de poursuivre notre démonstration. Pourtant, une telle entreprise ne s'avère pas évidente et, quand bien même nous surmonterions cette première difficulté, un tel objectif mériterait d'être définitivement écarté. Il convient donc de préciser ces différents arguments.

**322. Un objectif obscur.** Compte tenu de nos précédents développements, on pourrait tout d'abord observer que cet objectif est à tout le moins obscur : d'une part parce qu'il n'est pas officiellement énoncé par le législateur et qu'il fait davantage figure d'objectif *caché* ; d'autre part parce son contenu nous semble nébuleux.

En effet, on a déjà eu l'occasion de dire que si la mise en concurrence des droits pouvait faire figure d'objectif, c'était de manière implicite, voire dissimulée. L'on peut dès lors s'interroger sur l'absence de transparence du législateur européen et sa propension à laisser cet objectif dans l'ombre. Ce phénomène peut s'expliquer par deux raisons différentes qui, loin de s'exclure, se conjuguent. D'abord, il peut s'expliquer par le caractère douteux de la réalisation effective de cet objectif : il est pour beaucoup un programme irréaliste. Or s'il existe un doute quant à la possibilité de sa réalisation, on ne peut pas s'étonner que le législateur européen ait des réserves à l'énoncer clairement. Ensuite, même si l'on accepte de concevoir la mise en concurrence des droits à titre d'objectif, l'identification de l'objectif véritable apparaît malaisée. Si l'on devine les motivations sous-jacentes du législateur européen, il semble difficile de les énoncer clairement. Reprenons chacune de ces hypothèses : d'abord le caractère irréaliste du programme, ensuite son contenu incertain.

**323. Un objectif « irréaliste »**<sup>825</sup>. Si la notion de mise en concurrence des droits fait l'objet de beaucoup d'attention de la part des institutions et de la doctrine, certains ne manquent pas de relever le caractère « naïf » de l'idée selon laquelle il pourrait exister une « compétition vertueuse des justices et des droits »<sup>826</sup>. Ce sentiment se voit conforté, que l'on se place du point de vue des « consommateurs » de produits et services juridiques (les destinataires des règles de droit), des « producteurs » (les législateurs) et des « produits » ou « services » en compétition<sup>827</sup>.

S'agissant d'abord des consommateurs, Monsieur S. BOLLÉE dénonce la « surestimation de l'intérêt que les parties pourraient porter à des systèmes judiciaires étrangers », ce qui apparaît d'autant plus convaincant que ces mêmes parties ne portent pas toujours un grand intérêt à la connaissance de leur système judiciaire national, qui a néanmoins le grand avantage de leur être intuitivement plus familier. Si les séries télévisées américaines sur le milieu judiciaire attirent de nombreux téléspectateurs français, ils auront, une fois endossé – souvent à regret – l'habit du justiciable, plus à cœur de se tourner vers une institution connue et donc rassurante. La même constatation peut être faite à propos du choix de la loi applicable en matière contractuelle, dont des études révèlent que ce choix est le plus souvent guidé par le souhait, pour chacune des parties, de voir son propre droit appliqué<sup>828</sup>. Une des raisons évidentes de ce constat vient plus simplement de la barrière que constitue pour beaucoup la langue – le plus souvent étrangère – du droit étranger<sup>829</sup>.

---

<sup>825</sup> L'expression est empruntée à S. BOLLÉE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », art. préc., qui qualifie l'exploitation de la concurrence des justices de « programme irréaliste », n°22, p. 143.

<sup>826</sup> *Ibid.*

<sup>827</sup> Nous nous permettons ici de « filer » la métaphore initiée par S. BOLLÉE, art. préc.

<sup>828</sup> V. sur ce constat : J. CARTWRIGHT, « L'obligation de négocier ? Un domaine de concurrence entre droit anglais et droit français des contrats », in *La concurrence des systèmes juridiques*, op. cit., J. du BOIS DE GAUDUSSON et F. FERRAND [dir.], p. 49, spéc. p. 56, citant un sondage réalisé par l'université d'Oxford. Ces références sont citées par L. USUNIER, « Le rapport Doing Business 2012, la concurrence des systèmes juridiques et l'attractivité du droit français des contrats », *RDC* 2012/2, p. 575. Madame USUNIER signale que « l'observation de la pratique contractuelle (...) révèle que dans les contrats internationaux (du moins dans les contrats de droit commun), chacune des parties négocie en général pour la soumission du contrat à son propre droit, et non pas au droit le plus performant économiquement ».

<sup>829</sup> Pour un rappel de cet obstacle qui, malgré sa banalité, n'est pas des moindres : V. HEUZÉ, « Faut-il confondre les clauses d'élection de for avec les conventions d'arbitrage dans les rapports internationaux ? », *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 295. L'auteur écrit que « quand bien même la notion de "marché global des services judiciaires" aurait un sens – elle ne saurait, selon nous, en avoir –, on ne voit pas pourquoi il faudrait supposer que tous les États du monde accepteraient de s'engager dans cette concurrence, alors que l'immense majorité d'entre eux sait d'emblée que, du point de vue de "l'enjeu de gains" considéré, ils ont évidemment tout à perdre et rien à gagner : quels que puissent être les efforts de leurs juges pour attirer et faire consommer "le client", l'extrême originalité de leur langue nationale, à laquelle il leur est inconcevable de renoncer, suffit déjà à constituer pour eux un handicap radicalement insurmontable ».

S'agissant ensuite des producteurs de droit, il est encore permis de penser que les législateurs n'ont pas toujours à cœur de rendre leur justice trop « attractive » dans la mesure où ils n'ont pas forcément intérêt à voir les contentieux se multiplier sur leurs territoires. Les tribunaux américains ont ainsi à plusieurs reprises opposé un « refus d'offres de services » à des plaideurs qui leur avaient pourtant manifesté un vif intérêt<sup>830</sup>.

S'agissant enfin du produit en cause, on ne peut que douter de la pertinence du concept de « meilleur droit » ou de « meilleur juge ». Comme le rappellent les comparatistes, chaque droit « est le produit d'une histoire, d'une culture, ou d'une langue qui lui sont propres »<sup>831</sup>. Les normes sont avant tout le reflet des valeurs d'une société et ne sont pas en tant que telles interchangeables. Bien qu'une concurrence des solutions juridiques soit concevable dans les matières économiques, l'extension des normes permissives dans des domaines tels que le droit de la famille<sup>832</sup> peut faire douter davantage de la pertinence du concept de « meilleure loi ». Il semble en effet impossible de décider quel est le meilleur droit entre deux législations sur le mariage, dont l'une admettrait le mariage homosexuel tandis que l'autre le prohiberait. Il serait seulement concevable de vérifier si, dans chacune de ces hypothèses, la législation adoptée est une bonne traduction juridique de l'objectif recherché (défendre une conception traditionnelle du mariage ou prendre en compte l'évolution des mœurs d'une société donnée). Par conséquent, « rien n'indique que l'on puisse en changer comme on change de voiture ou de téléphone »<sup>833</sup>.

Pour ces raisons, l'absence de consécration d'un tel programme à titre d'objectif pourrait s'expliquer par le caractère trop hypothétique de sa réalisation et l'on comprendrait qu'il soit demeuré, à juste titre, dissimulé. Mais c'est peut-être aussi parce que derrière cette notion, il est en définitive difficile de savoir quelle est l'implication pratique véritablement recherchée.

**324. Un objectif au contenu flou.** Si l'affirmation de l'objectif de création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice est apparemment claire, l'on peut s'interroger sur les implications réelles d'un tel projet. Derrière un objectif très

---

<sup>830</sup> V. par exemple le refus du juge américain (la *United States District Court, Southern District of Florida*) de se reconnaître compétent dans l'affaire du crash aérien du vol 708 de la *West Caribbean* survenu en août 2005 : v. « Juridictions américaines et juridictions françaises face à l'application de l'article 33 de la Convention de Montréal : un dialogue de sourds ? », *JDI* 2012, p. 1281, O. DUBOS. Dans ce sens, v. également S. BOLLÉE qui affirme que si « les Etats ont toutes les raisons de se montrer soucieux de la qualité de leur justice, c'est essentiellement pour qu'elle fonctionne au mieux au bénéfice de la collectivité formée par leurs propres nationaux » (art. préc. p. 144).

<sup>831</sup> L. USUNIER, « Le rapport Doing Business 2012, la concurrence des systèmes juridiques et l'attractivité du droit français des contrats », *RDC* 2012/2, p. 575.

<sup>832</sup> Elles ont désormais fait leur apparition dans le droit international privé du divorce, des successions ou de la responsabilité délictuelle : v. nos propos *infra* n°349-350 et n°351-354.

<sup>833</sup> L. USUNIER, art. préc., p. 575.



général, il est permis de se demander quelles sont les voies exactes que le législateur européen souhaite emprunter.

**325. L'uniformisation ?** Si la mise en concurrence des systèmes juridiques a pu être mise en avant par la Cour de justice, nombreux sont les auteurs qui notent qu'il ne s'agit en réalité que d'un moyen d'aboutir à une uniformisation des droits, qui permettrait, en définitive, d'aboutir à cet espace de liberté. La mise en concurrence des systèmes juridiques ne serait pas tant l'objectif poursuivi par les normes permissives qu'un autre instrument lui-même au service d'une finalité supérieure. Effectivement, la mise en concurrence des systèmes juridiques est invoquée par la Cour en raison « de l'absence d'harmonisation » ou « tant que les législations resteront en l'état »<sup>834</sup>. Cette idée est d'ailleurs relayée par Monsieur L. d'AVOUT à partir d'une réflexion autour de l'article 3§4 du Règlement Rome I. Pour l'auteur, cette disposition qui interdit aux parties dans le cadre d'un contrat intra-européen de choisir une loi qui leur permettrait de déroger aux dispositions impératives du droit européen, permet d'instrumentaliser les différences minimales qu'il peut subsister entre les législations des États membres dans les domaines où l'harmonisation s'est faite par voie de directive, afin d'inciter les États à aligner leur législation<sup>835</sup>. Le but inavoué serait donc de jouer sur la concurrence entre les États membres mais de manière temporaire, afin d'atteindre une véritable *uniformisation* des règles de droit, en lieu et place de l'*harmonisation* soi-disant recherchée<sup>836</sup>. Mais, cette conception est encore trop angélique pour certains, qui voient dans le désir d' « uniformisation à tout prix » une volonté cachée de déréglementation<sup>837</sup>.

---

<sup>834</sup> CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, C-212/97, Rec. p. I-01459, concl. AG LA PERGOLA, préc., point 20 ; CJCE, 30 septembre 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd.*, C-167/01, Rec. p. I-10155, concl. AG ALBER présentées le 30 janvier 2003, point 139.

<sup>835</sup> L. D'AVOUT, « Le sort des règles impératives dans le Règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2165. Pour l'auteur, il faut considérer que, contrairement à ce que l'on pourrait penser, « le législateur européen a voulu tenir les divergences de transposition pour négligeables, voire - la Cour de justice le dira peut-être - inciter les parties à jouer sur les divergences de transposition pour, latéralement et de manière informelle, aboutir à leur atténuation. » L'auteur ajoute que « loin d'être un but en soi, ou une réalisation de type idéologique et fondatrice d'un nouveau système - d'autorégulation des opérateurs privés, arbitres de l'efficacité des droits internes -, ce principe constitue avant tout un rattachement fonctionnel, qui trouve sa justification et ses limites dans les avantages qu'il permet de gagner au cas concret. Sous un tel angle technique, la faculté de choix de la loi applicable paraît avoir ceci de vertueux qu'elle met sûrement un terme à la démultiplication des impérativités nationales, conséquence de l'internationalité de la situation ».

<sup>836</sup> I. F. KAMDEM, « Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », *R.J.T.* 2009 (43), p. 605, qui rappelle que l'article 114 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se prononce *a priori* en terme d'*harmonisation* et non d'*uniformisation* : « le Parlement européen et le Conseil (...) arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur » (c'est nous qui soulignons).

<sup>837</sup> Monsieur V. HEUZÉ s'est fait fort de dénoncer, à propos de nombreux instruments du législateur européen, le décalage systématique entre « la problématique exposée » par le législateur européen et « les objectifs réellement poursuivis » (V. HEUZÉ, « Le technocrate et l'imbécile. Essai d'explication du droit commun européen de la vente », *JCP G* 2012, p. 1225) ou entre les « progrès allégués » et les « résultats

**326. La déréglementation ?** C'est en ces termes que s'est exprimé Monsieur V. HEUZÉ, pour qui « les institutions communautaires [érigent] artificiellement en causes de distorsions de concurrence les divergences des législations nationales, afin de contraindre les États, au nom de la défense de leurs entreprises et des emplois qui dépendent de leur survie, à systématiquement aligner leurs règles sur, chaque fois, la loi la plus libérale en Europe, voire à surenchérir par rapport à elle dans la voie de la déréglementation »<sup>838</sup>. Plus récemment, ce même auteur a réitéré sa critique à propos du projet de droit commun européen de la vente<sup>839</sup>. En effet, le projet prévoyait l'introduction d'un régime commun européen propre au contrat de vente, qui n'avait pas vocation à se substituer aux législations nationales des États membres mais à s'y ajouter. Dès lors que des parties contractantes auraient eu leurs résidences habituelles dans des pays distincts, dont l'un de ces pays devait être un État membre (article 4), le projet de Règlement consacrait une règle permissive à l'égard des parties en faveur de cet instrument<sup>840</sup>. Pour l'auteur, le fait que ce texte facultatif pour les parties – c'est-à-dire qui ne sera rendu applicable que par l'exercice de la faculté octroyée à celles-ci – ait été proposé aux États membres sous la forme d'un Règlement « démontre que la Commission juge indispensable que le droit commun européen de la vente, facultatif pour les parties, soit impératif pour les États. Et que par voie de conséquence, le droit éventuellement impératif des États, par l'effet de la liberté de choix donnée aux parties, soit rendu facultatif pour celles-ci »<sup>841</sup>. D'après cet auteur, l'atteinte aux impérativités étatiques est manifeste

---

attendus » (« La Reine Morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice. - La soumission à un utilitarisme obscur (2e partie) », *JCP G* 2011, doctrine 397).

<sup>838</sup> « L'Union européenne, la démocratie et l'État de droit : lettre ouverte au président de la République », *JCP G* 2006, act. 586. La lettre a été cosignée par de nombreux universitaires français.

<sup>839</sup> Ce projet a néanmoins retiré par la Commission européenne qui envisage de le restreindre aux contrats conclus par voie électronique : *Annex II to the communication from the commission to the european parliament, the council, the european economic and social committee and the committee of the regions, commission work programme 2015, a new start*, du 16 décembre 2014 (COM(2014) 910 final), v. *infra* n° 41, note de bas de page n°101.

<sup>840</sup> On peut certes s'interroger sur la nécessité de consacrer une règle permissive dans ses articles 3 et 8, propre à cet instrument, dès lors que l'exposé des motifs indique que « les règlements Rome I et Rome II continueront de s'appliquer et ne seront pas remis en cause par la proposition. Il conviendra néanmoins de déterminer le droit applicable aux contrats transfrontières. Ceci se fera selon le fonctionnement normal du règlement Rome I ». Sur ce point, l'affirmation que « cette convention d'application du droit commun européen de la vente constitue un choix entre deux corps distincts de règles sur la vente existant au sein du même droit national ; elle ne revient donc pas à choisir, comme auparavant, le droit applicable au sens des règles de droit international privé, et ne doit pas être confondue avec cette formalité » ne suffit pas à nous convaincre complètement de cette nécessité.

<sup>841</sup> V. HEUZÉ, « Le technocrate et l'imbécile. Essai d'explication du droit commun européen de la vente », *JCP G* 2012, p. 1225 ; v. dans le même sens : « La Reine Morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice. - La soumission à un utilitarisme obscur (2e partie) », *JCP G*, 2011, doctrine 397 où l'auteur énonce qu'« il s'agit seulement de se livrer à une déréglementation frénétique autant que furieuse, sans aucun égard non plus même que simple curiosité pour ce qui est ainsi bouleversé. Quelle que soit la raison d'être de chacune des règles impératives dont, sous la pression de l'expérience, les démocraties européennes ont éprouvé le besoin de se doter, il faudrait toujours les contrarier, au moins en les rendant purement facultatives. Comme si construire l'Europe ne consistait plus désormais qu'à la détruire, en réduisant à néant chacun des systèmes de valeurs qui fondent son organisation ».

dans la mesure où le choix du régime commun européen de la vente aurait alors privé certains professionnels de la protection prévue par les législations nationales.

S'il s'agit ici d'un objectif dépassant celui des seules normes permissives, comment ne pas constater qu'elles constituent un vecteur de cette déréglementation par une atteinte aux impérativités étatiques ? En effet, si l'on octroie aux individus une faculté qui leur permet de devenir « leur propre législateur »<sup>842</sup>, quelle pourrait-êtré la raison que l'on obéisse à une loi plus stricte qu'à une autre ? La violation de la loi ou encore la fraude ont toujours été des moyens pour les individus de défier l'autorité de la loi : la réaction se manifeste à l'encontre du titulaire de l'autorité par une soustraction à la loi, soit qu'ils décident de la violer, soit qu'ils décident de la contourner de manière *a priori* licite. Dans ces hypothèses – heureusement pas les plus nombreuses – la contrainte étatique permettait de forcer la reconnaissance de cette autorité. Mais l'essor des normes permissives lui est nuisible dans la mesure où elles diminuent la légitimité de la loi, reléguée au rang de « produit » ou de « service juridique », et où elles privent l'État d'une partie de sa contrainte étatique puisque les réglementations impératives sont affaiblies par les normes permissives, avec pour seule limite la réserve des lois de police.

En effet, en octroyant aux parties ou à l'une des parties la faculté de choisir le juge compétent pour trancher le litige ou la loi applicable à la relation juridique, la possibilité leur est offerte d'effectuer ce ou ces choix afin de bénéficier d'un cadre le moins contraignant possible. S'il est courant, depuis de nombreuses années, de se soustraire à certaines dispositions impératives internes par un choix de loi applicable en matière contractuelle<sup>843</sup>, l'étude de la jurisprudence montre qu'il est désormais possible, par le jeu des règles permissives, de se soustraire aux règles internationalement impératives, ce qui pouvait sembler beaucoup moins évident<sup>844</sup>. Par les possibilités de contournement qu'elles offrent, les normes permissives engendrent donc une altération des réglementations impératives dans le sens de leur affaiblissement<sup>845</sup>. Les normes permissives légitiment le choix par les parties d'un

---

<sup>842</sup> A. SUPIOT, « L'inscription territoriale des lois », *Rev. Esprit*, novembre 2008, p. 151 et spéc. p. 163.

<sup>843</sup> Ce qui n'empêche pas les dispositions simplement impératives de la loi choisie de s'appliquer, mais qui permet du moins aux parties de « sélectionner » les dispositions impératives auxquelles elles entendent se soumettre.

<sup>844</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 22 oct. 2008, pourvoi n° 07-15823, *Sté Monster Cable*, *D.* 2008. *AJ.* 2790, obs. I. GALLMEISTER ; *JCP G* 2008. *II.* 10187, note L. D'AVOUT ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Rev. Crit. DIP* 2009, p.1 ; *D.* 2009. *Jur.* 200, note F. JAULT-SESEKE ; *JDI* 2009, p. 599, note M.-N. JOBARD-BACHELLIER et F.-X. TRAIN ; *RDC*, 2009, 691, obs. E. TREPPOZ ; *D.* 2009. 2385, obs. S. BOLLÉE ; *D. chron.* 684 « Clause attributive de juridiction à un tribunal étranger et loi française de police et de sûreté », A. HUET ; *RTD. com.* 2009, p. 646, obs. P. DELEBECQUE.

<sup>845</sup> V. en ce sens : M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Une impérativité active des règles de droit dans l'ordre international », *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 345, qui revient sur la jurisprudence *Monster Cable*, préc., et constate « un amenuisement de l'impérativité des règles de droit dans l'ordre international », spéc. p. 348.

cadre de contraintes juridiques *a minima* dans certains domaines, alors même qu'elles pourraient continuer de profiter, dans d'autres domaines, d'avantages ou protections attachés à des réglementations impératives strictes.

**327.** Au vu de cette jurisprudence de la Cour de cassation, certains auteurs ont pu parler d'« impérativité désactivée »<sup>846</sup>. L'expression sous-entend qu'une règle impérative – qui avait *a priori* vocation à être appliquée – va être en définitive neutralisée. Dans le langage courant, la *désactivation* correspond notamment à la diminution d'une substance radioactive. Elle renvoie à l'idée d'un rayonnement, c'est-à-dire à la manifestation de son influence dans un espace géographique donné, qui est neutralisé par un élément extérieur. Le parallèle peut être établi avec ce que l'on pourrait appeler le *rayonnement des normes impératives*. En effet, il arrive que le phénomène de l'impérativité soit appréhendé non à travers la catégorie des normes impératives, mais à travers ses manifestations. L'analyse de Monsieur G.-P. ROMANO en matière contractuelle est sur ce point intéressante.

Selon lui, la différence de degré d'impérativité ne viendrait pas du contenu de la norme elle-même mais du « degré de proximité entre l'espèce et l'État qui les édicte »<sup>847</sup>. En effet, si l'article L. 132-8 du code de commerce édictant une action directe du transporteur routier en paiement de ses prestations à l'encontre du destinataire est une disposition impérative dès lors que le contrat est entièrement intégré à l'ordre juridique français, c'est parce que la situation présente une proximité *immédiate* avec notre ordre juridique. Au contraire, lorsque par exemple le contrat est exécuté pour partie en France et pour partie dans un autre État, cette proximité évidente disparaît et le rayonnement de l'impérativité n'est plus suffisant pour qu'il atteigne systématiquement une situation se déroulant partiellement hors

---

<sup>846</sup> L'expression a été utilisée par les auteurs du commentaire de l'arrêt *Monster Cable* de la Cour de cassation du 22 octobre 2008 : v. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Rev. Crit. DIP* 2009, p. 1.

<sup>847</sup> G.-P. ROMANO, « Le choix des principes Unidroit par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives », *JDI* 2007, p. 473. V. aussi : H. MUIR WATT, « Les limites du choix : dispositions impératives et internationalité du contrat », in *Le règlement communautaire Rome I et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010 à Dijon, dir. S. CORNELOUP et N. JOUBERT, Litec 2011, p. 341. En s'interrogeant sur le renouvellement méthodologique, notamment opéré par la communautarisation du droit international privé, Madame MUIR WATT montre que la substitution de l'approche fonctionnelle à l'approche conflictuelle permet de débarrasser la matière de certaines distinctions puisque « (...) la seule interrogation utile est celle de savoir si la réalisation de la politique poursuivie en l'occurrence est de nature à exiger son application ou non, et la réponse sera exclusivement fonction des liens que la règle en cause entretient avec la situation considérée ».

des frontières de l'État<sup>848</sup>. Le rayonnement de la norme impérative a vocation à diminuer en raison de l'éloignement de la situation avec l'État auteur de la norme<sup>849</sup>.

**328.** Or les normes permissives permettent précisément de se placer, artificiellement, en dehors du *rayonnement normal* des règles impératives. Certes, il existe certains garde-fous, à l'instar du mécanisme des lois de police, qui permettent d'étendre le rayonnement de la norme impérative. Mais il faut alors constater que les normes permissives permettront dans certains cas de les neutraliser. Tel est le cas des règles permissives qui permettent aux parties de recourir à l'arbitrage ou de choisir une juridiction autre que celle *a priori* compétente. L'influence de ces deux types de règles sur le rayonnement de l'impérativité est notable : en désignant un arbitre ou un juge qui est extérieur à l'ordre juridique français, elles « éloignent » la situation d'un État dont les règles impératives auraient dû s'appliquer. Par exemple, le choix d'un tribunal par le biais d'une clause attributive de juridiction peut permettre aux parties d'éviter l'application des lois de police du for<sup>850</sup> et le même risque est encouru s'agissant des clauses compromissaires. Une illustration de l'atteinte portée par les normes permissives aux réglementations impératives peut d'ailleurs être puisée dans la jurisprudence française en matière d'arbitrage international, même s'il ne s'agit pas, en l'occurrence, d'une règle permissive d'origine européenne<sup>851</sup>.

---

<sup>848</sup> V. en ce sens, Com. 13 juillet 2010, 09-13354, *Transimaz*, *Rev. crit. DIP* 2010, p. 720, rapp. A. POTOCKI ; *RTD com.* 2010, p. 779, obs. B. BOULOC. Le rayonnement dépendra, d'une part, de la qualification de la loi comme loi de police et, d'autre part, de l'existence d'un critère de rattachement suffisant.

<sup>849</sup> Sur cette idée, v. déjà, même si elle n'est pas exprimée exactement en ces termes, K. NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Rev. crit. DIP* 1957, p. 579 et s. et *Rev. crit. DIP* 1958, p. 53 et s.

<sup>850</sup> Tel est du moins la solution consacrée par la Cour de cassation française dans l'arrêt du Civ. 1<sup>re</sup>, 22 oct. 2008, pourvoi n° 07-15823. Sur une telle présentation, v. H. GAUDEMET-TALLON, « La clause attributive de juridiction, un moyen d'échapper aux lois de police ? », in *Liber Amicorum K. Siebr*, 2010, p. 707. Pour une solution contraire : v. Cour de justice fédérale d'Allemagne, 5 sept. 2012, *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 890, note F. JAULT-SESEKE.

<sup>851</sup> La règle permissive française en matière d'arbitrage international illustre en effet certaines atteintes portées aux réglementations impératives. En effet, dès lors que la règle permissive peut être applicable alors même qu'une règle impérative ou internationalement impérative serait en jeu (v. les arrêts CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch. suppl. 29 mars 1991, *Ganz*, *Rev. arb.* 1991, p. 478, note L. IDOT et CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch. suppl. 19 mai 1993, *Labinal*, *Rev. arb.* 1993, p. 645, note C. JARROSSON), il est nécessaire de s'assurer que ces règles seront effectivement appliquées ou, du moins, que leur non application pourra être sanctionnée par un juge étatique (sur la question de la détermination du droit applicable en l'absence de désignation par les parties, v. article 1511 du code de procédure civile et P. MAYER, « Le choix de loi dans la jurisprudence arbitrale », in *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi applicable dans les contrats internationaux*, dir. S. CORNELOUP et N. JOUBERT, Actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010, Dijon, 2011, Litec, p. 423). Il faut pourtant constater que la sentence internationale rendue par un arbitre qui n'aurait pas appliqué les dispositions impératives de la loi échappe à toute censure (v. l'article 1520 du Code de procédure civile qui ne prévoit pas qu'une telle violation constitue un chef de contrôle de la sentence par le juge français, v. en ce sens : P. DE VAREILLES-SOMMIÈRE, « La sentence arbitrale étrangère contraire à une loi d'ordre public du for. - (remarques en marge des solutions françaises envisagées sous le rapport de l'ordre public substantiel) », *JDI* 2014, p. 824). S'agissant du respect des dispositions internationalement impératives, le juge français n'est certes pas privé de tout contrôle mais l'étude de sa mise en œuvre révèle son caractère limité. En effet, le recours en annulation ne peut être ouvert et le refus de reconnaissance ou d'exequatur ne peut être prononcé

que pour des motifs limitativement énumérés à l'article 1520. Le premier grief peut être retenu pour défaut d'arbitrabilité du litige, c'est-à-dire en raison d'un dépassement du *domaine* d'application de la règle permissive, le dernier pour contrariété à l'ordre public international de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence, c'est-à-dire en raison du *résultat* de l'application de la règle permissive. En pratique, ce sont souvent les mêmes éléments qui vont être au cœur de ces deux formes de contrôle, à savoir le respect par l'arbitre de dispositions internationalement impératives, soient qu'elles heurtent directement l'arbitrabilité du litige, soit que leur non-respect porte atteinte à l'ordre public international. Le contrôle ainsi entrepris par le juge français est limité tant au niveau du contrôle de l'arbitrabilité du litige qu'au niveau du contrôle de la sentence elle-même. Pour le contrôle de l'arbitrabilité du litige au stade du déclinatoire de compétence de l'arbitre, l'article 1448 du code de procédure civile exige une inarbitrabilité « manifeste » qui ne se retrouve jamais en pratique, d'autant que le contrôle n'est pas systématique. Il n'intervient que si un recours en annulation est formé contre la sentence sur le fondement de la nullité de la clause compromissoire ou si un recours est formé contre l'ordonnance d'exequatur (v. en ce sens : v. L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, 2012, spéc. n°174 et s., n°190 et s. p. 186). Par conséquent, seul le contrôle *a posteriori* de la sentence au regard de la conformité à l'ordre public international est effectif. Or dans ce cadre, non seulement l'*objet* du contrôle est limité, mais son *intensité* l'est tout autant. Quant à l'*objet* contrôlé, dès lors que la violation a déjà été invoquée devant l'arbitre, le juge effectue un contrôle très restreint puisqu'il s'en tient aux conclusions de l'arbitre quant à l'hypothèse d'une telle violation (CA Paris, 16 avril 1996, *Société Gallay*, note Y. DERAÏNS). Alors qu'il est reconnu au juge étatique le pouvoir de « porter une appréciation en droit et en fait sur les éléments qui sont dans la sentence déferée à son contrôle », Monsieur Y. DERAÏNS admet, dans son commentaire de l'arrêt *Société Gallay* (préc.), que le juge s'en tient en réalité aux éléments de fait et de droit qui ont été retenus par les arbitres afin de ne pas risquer de procéder à une révision au fond de la sentence. Pourtant, cette attitude traduit une mauvaise compréhension du principe d'interdiction de révision au fond et certains arrêts ont pu rappeler que les juges disposaient d'un réel pouvoir de contrôle. Ainsi, la Cour d'appel de Paris dans un arrêt *Westman* du 30 septembre 1993 (*Rev. arb.* 1994, p. 359 note D. BUREAU, *Rev. Crit. DIP* 1993, p. 343, note V. HEUZÉ) reconnaît-elle que « le pouvoir reconnu, en matière d'arbitrage international, à l'arbitre d'apprécier la licéité d'un contrat au regard des règles relevant de l'ordre public international et d'en sanctionner l'illicéité en prononçant en particulier sa nullité implique [...] un contrôle de la sentence, par le juge de l'annulation, portant en droit et en fait sur tous les éléments permettant notamment de justifier l'application ou non de la règle d'ordre public international et dans l'affirmative, d'apprécier, au regard de celle-ci, la licéité du contrat » mais la Cour ajoute surtout qu'« en décider autrement aboutirait, en effet, à priver le contrôle du juge de toute efficacité et partant, de sa raison d'être » (c'est nous qui soulignons). Toute autre interprétation de l'étendue du contrôle revient effectivement à faire de ce contrôle un simulacre. D'ailleurs, la doctrine n'a eu de cesse de dénoncer la confusion opérée quant à la compréhension du principe de non révision au fond. À l'image de ce principe en matière de reconnaissance des jugements étrangers, il ne doit être compris que comme l'interdiction faite « au juge du contrôle d'annuler une sentence au motif que l'arbitre a donné une solution au litige différente de celle que le juge français aurait donnée s'il était directement saisi au fond » (v. C. PANOU, *Le consentement à l'arbitrage, Etude méthodologique du droit international de l'arbitrage*, préf. V. HEUZÉ, IRJS, tome 32, n°319, p. 245. Sur l'ensemble de la question : v. n°313 et s. ; v. également : S. BOLLÉE, observations sous Cour d'appel de Paris (1<sup>re</sup> Ch. C), 11 mai 2006, *Rev. Arb.* 2007, p. 101). Le juge n'est donc pas tenu de se limiter aux constatations des arbitres. Pourtant, l'arrêt *Westman* (préc.) est perçu par la doctrine majoritaire comme une exception, en raison de la spécificité de la matière en cause (contrat ayant pour cause et pour objet l'exercice d'un trafic d'influence par le versement de pots-de-vin) et du caractère à la fois sensible et universel des intérêts en jeu. S'agissant de l'intensité du contrôle opéré par le juge, elle est restreinte puisque la violation de l'ordre public doit être extrêmement grave et apparente (v. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 2000, *Verhoeft c. Moreau*, inédit, *Rev. arb.* 2001, p. 804 (3<sup>ème</sup> esp.), chron. Y. DERAÏNS, spéc. p. 817 ; CA Paris, 1<sup>re</sup> ch., sect. C, 18 nov. 2004, *Thalès* – qui impose la violation doit être « flagrante, effective et concrète » – *JCP G* 2005, I, 134, note C. SERAGLINI ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 104, note S. BOLLÉE et Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juin 2008, *Société SNF c/ Société Cytec Industries BV*, n°06-15320, *Gaz. Pal.* 20 mars 2009, n°70-80, p. 5 ; note C. SERAGLINI, *JDI* 2008, p. 1107, note A. MOURRE ; *Rev. arb.* 2008, p. 473, note I. FADLALLAH ; *RTD com.* 2008, p. 518, note E. LOQUIN ; *D.* 2008, p. 1684, note X. DELPECH) et que le « seul » non-respect d'une loi de police ne serait probablement pas constitutif d'une violation de l'ordre public international. Dans ce domaine, les parties peuvent donc utiliser la règle permissive comme mode licite de contournement des impérativités internationales. Il en résulte un risque d'atteinte aux objectifs poursuivis par le législateur français puisque l'applicabilité d'une loi de police n'est pas un frein à la compétence d'un arbitre, quand bien même l'arbitre en question n'appliquerait pas ensuite la loi en question. Sur l'intensité du contrôle, v. en faveur d'un contrôle minimaliste : L.G. RADICATI DI BROZOLO, « Arbitrage commercial international et lois de police : considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international », *RCADI*, vol. 315, 2005, p. 265 et s. et « L'illicéité "qui crève les yeux" : critère du contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt *Thalès* de la Cour d'appel de Paris) », *Rev. arb.* 2005, p. 529 ; A. MOURRE, « Le libre

**329.** Aussi, le fait que la mise en concurrence des systèmes juridiques ne soit jamais officiellement invoquée par les institutions européennes ne peut être considéré comme un simple « oubli » de leur part. Cette omission est révélatrice de l'ambiguïté volontairement entretenue autour de cet objectif, voire de son caractère contestable si l'on devine les effets réellement attendus. Néanmoins, en dehors d'un jugement de valeur sur l'opportunité de rechercher de tels effets, notre attitude pourrait consister à prendre ces affirmations au mot en redéfinissant les objectifs des normes permissives. Aussi pourrait-on proposer d'énoncer franchement que les normes permissives sont un instrument au service d'une politique libérale tant dans le domaine économique que sociétal et qu'elles doivent donc concourir à une réduction des impérativités. Outre sa simplicité, cette solution présenterait l'avantage de concilier cet objectif avec celui proposé par les auteurs qui souhaitent faire des normes permissives un instrument au service d'un droit de l'individu à la mobilité internationale<sup>852</sup>. En définitive, il suffirait de dire que le fait de garantir, par l'octroi d'une faculté de choix, une efficacité maximale à la volonté privée serait le signe d'un objectif de libéralisme de la part des auteurs des normes permissives<sup>853</sup>. À s'inscrire dans cette perspective, il ne serait pas nécessaire d'approfondir davantage nos investigations, sauf à proposer une extension du domaine des règles permissives et une ouverture de l'objet du choix. Mais l'on ne saurait souscrire à ces objectifs et donc à cette solution. Il nous faut exposer les raisons d'un tel refus.

**330.** Si un objectif de « compétition vertueuse des justices et des droits »<sup>854</sup> ne nous semble pas pragmatique, les bienfaits attendus d'une telle compétition nous apparaissent à tout le moins incertains (uniformisation ? déréglementation ?). Mais notre condamnation est plus radicale car elle résulte surtout du rejet de l'idée sous-jacente selon laquelle une telle compétition serait *souhaitable*. Que l'objectif soit

---

arbitre, ou l'aveuglement de Zaleucus », *JDI* 2005, p. 371 et en faveur d'un contrôle maximaliste : C. SERAGLINI, « Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythes et réalités », *Cab. arbitrage*, vol. V (2010), Pedone 2011, 198 et s., spéc. n° 17, p. 206-208 ; P. MAYER, « L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences aux lois de police », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet Tallon, op. cit.*, p. 459 ; S. BOLLÉE, préc. et C. SERAGLINI préc., notes sous, CA Paris, 1re ch., sect. C, 18 nov. 2004, *Thalès* ; L.-C. DELANOY, *Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions* : *Rev. arb.* 2007, 177 et s., spéc. n° 17 à 21, p. 190-192 ; V. HEUZÉ, « Quelle raison à la déraison ? », *D.* 2011, p. 2880. Proposant un contrôle « non plus en relation avec l'intensité de la violation, mais en relation avec la nature de la norme méconnue », v. J.-P. ANCEL, « Arbitrage et internationalité, Quelques réflexions et propositions », *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 17, spéc. p. 22.

<sup>852</sup> V. nos propos *supra* n°310.

<sup>853</sup> V. en ce sens : C. PANOU, *Le consentement à l'arbitrage, Etude méthodologique du droit international de l'arbitrage*, préf. V. HEUZÉ, IRJS, tome 32, n°253 et s.

<sup>854</sup> S. BOLLÉE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », *L'efficacité économique en droit*, S. BOLLÉE, Y.-M. LAITHIER, C. PÉRÈS, *Economica* 2008, n°22, p. 143.

réalisable ou non, il présuppose que la règle de droit puisse être assimilée à un produit comme un autre, dont les consommateurs de droit seraient seuls juges, ce que nous refusons. La mise en concurrence des systèmes juridiques, par l'arbitrage – théorique ou réel – qu'elle confère aux individus dans le choix des règles de droit, constitue, selon nous, un objectif avant tout *illégitime*.

**331. Un objectif illégitime.** Une telle instrumentalisation des normes permissives nous semble contraire à l'idée même de règle de droit. La fonction première des règles de droit est de maintenir la paix entre les individus<sup>855</sup> et d'organiser la vie en société, non de permettre à *certain*s individus d'organiser cette société comme bon leur semble<sup>856</sup>. Le droit est nécessaire au fonctionnement de la société et à son développement économique, quelle que soit au demeurant la philosophie qui la sous-tend. L'assimilation du libéralisme à une absence de contrainte révèle une conception juvénile de cette philosophie politique et, même dans le cadre d'une économie libérale, la nécessité des règles de droit n'a jamais été déniée par ceux-là même qui ont posé les fondements idéologiques de l'ordre libéral<sup>857</sup>. Par ailleurs, quand bien même l'objectif envisagé serait un objectif légitime, il n'est pas certain que les normes permissives en soient une bonne traduction technique. Certains phénomènes directement liés à la prolifération des normes permissives, comme la facilitation du contournement des impérativités étatiques, sont préjudiciables à l'autorité de la loi en contribuant à son affaiblissement général et ne sont pas nécessairement propices à l'émergence de la « meilleure » loi<sup>858</sup> – si tant est que ce

---

<sup>855</sup> V. F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, préf. P. NEMO, PUF, 2013. L'auteur nous rappelle qu'« à ses débuts, la loi (au sens de droit des légistes) avait pour objet, de maintenir la paix » et que « seule l'observance des règles communes rend possible l'existence pacifique des individus au sein de la société » (respectivement pp. 237 et 188).

<sup>856</sup> V. également les propos de Monsieur F. CHÉNEDÉ qui rappelle que « pour assurer le bon fonctionnement de la *polis*, pour permettre la vie de la cité, les droits des uns doivent encore être conciliés, non seulement avec les droits des autres, mais également avec le bien commun. Cette tâche, délicate, c'est au législateur qu'elle a été confiée (...). La loi n'est pas qu'une norme générale, impersonnelle et obligatoire adoptée par le Parlement (approche formelle et superficielle que le juriste doit savoir dépasser), elle est également l'expression d'un compromis opéré par les élus du peuple, au nom du bien commun, entre des revendications et aspirations contradictoires. C'est dire que, de par sa fonction, *la loi porte nécessairement atteinte aux droits et libertés des uns ou des autres* ! Aussi, si l'on peut comprendre le réflexe, enfantin, qui consiste à se plaindre des limites que la loi, et derrière elle la société, nous impose, il suffit de réfléchir un instant pour se souvenir que les bornes qu'elle fixe à notre bon vouloir et à nos droits ne sont rien d'autre que l'expression des droits d'autrui et/ou de l'intérêt général » : v. « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *D.* 2014, p. 179

<sup>857</sup> Il suffit pour s'en convaincre de relire les écrits de F. H. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, *op. cit.*, spécialement le chapitre 5 « *Nomos* : le droit à la liberté » où le propos de l'auteur n'est pas d'affirmer que les règles de droit – règles appelées *de juste conduite* pour celles de droit privé – sont inutiles mais de réfléchir à la manière dont elles doivent être élaborées en considération des valeurs dont elles sont le reflet. Sur cet aspect, v. nos développements *infra* n°413 et s.

<sup>858</sup> Pour certains de ses défenseurs, la mise en concurrence des ordres juridiques ne constitue pas une fin en soi mais plutôt un instrument temporaire permettant de faire émerger « la meilleure des réglementations » pour que d'autres législations puissent ensuite l'imiter. Objectif transitoire, il fait figure, au sein de l'Union



concept puisse avoir un sens<sup>859</sup>. S'il est légitime qu'une liberté soit octroyée *par* la règle de droit, il est beaucoup plus contestable qu'une liberté soit concédée *dans le choix* de la règle de droit. Il nous faut donc rechercher ailleurs l'objectif des normes permissives.

~

**332.** Tant l'idée de faveur à l'égard des individus évoluant dans un environnement international, que celle de mise en concurrence des systèmes juridiques, ne peuvent être retenues comme les objectifs principaux des normes permissives. La première idée parce qu'elle ne correspond pas à l'objectif effectivement invoqué au soutien de la multiplication de ces normes, même si une certaine doctrine préconise le recours aux normes permissives pour favoriser un « droit à la mobilité internationale »<sup>860</sup> voire, plus prosaïquement, pour promouvoir le libéralisme. La seconde idée parce que, outre la faisabilité douteuse d'une entreprise de mise en concurrence des droits et le contenu incertain d'un tel programme, cet objectif nous semble illégitime au regard de la fonction première et irréductible de la règle de droit, qui est d'organiser la vie en société<sup>861</sup>. En revanche, la prévisibilité des solutions semble être l'objectif

---

européenne, de moyen permettant une uniformisation du droit au niveau européen, même s'il est rarement présenté comme tel (v. *supra* n°322). Ce système repose sur l'idée que l'offre juridique qui serait la plus plébiscitée par les « consommateurs » de droit mériterait le titre de « droit de l'année » et inspirer ses concurrents. Cela ne signifierait pas que le système serait voué à l'immobilisme, étant donné que les « goûts » des consommateurs sont susceptibles de se renouveler, mais telle serait la nouvelle dynamique du changement.

<sup>859</sup> Ce qui nous semble très hypothétique, notamment à l'échelle mondiale, dès lors que l'on considère, à l'instar de F. H. HAYEK, que le droit est la traduction des valeurs d'une société à un moment et dans un lieu donné. V. nos propos *infra* n°483.

<sup>860</sup> J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, LGDJ 2011, préf. C. GRARE, v. n°738 et s. p. 291 et spéc. n°746, p. 296 et nos propos *supra* n°308-309.

<sup>861</sup> En réalité, si la mise en concurrence des droits est principalement écartée en raison du caractère, selon nous, illégitime de cet objectif, la doctrine qui souhaite promouvoir les normes permissives au titre d'un droit à la mobilité internationale (v. nos propos *supra* n°308-309) ne nous semble pas forcément plus légitime, quoique l'on puisse *a priori* se montrer mieux disposé à l'égard d'une doctrine qui ne prétendrait pas faire du droit un simple *produit* mais qui mettrait la liberté individuelle au cœur de ses préoccupations. Pourtant, bien qu'appartenant à des systèmes de pensée apparemment distincts, n'est-ce pas la même logique qui sous-tend ces deux conceptions ? Dans un cas l'accent est mis sur le « produit » – le droit –, dans l'autre, sur le libre choix du « consommateur » – l'individu. Ainsi, que l'observe Monsieur A. SUPLOT, on peut en effet s'interroger sur la tendance à ériger l'individu en législateur, que l'on se situe sur le terrain économique ou personnel : « *Le libre choix de son statut* est aujourd'hui en plein essor, aussi bien sur le plan des échanges économiques que sur le plan personnel. Dans le domaine des échanges économiques, ce sont les libertés associées au libre-échange (liberté d'établissement, de prestations de services, de circulation des capitaux et des marchandises) qui sont invoquées pour autoriser les investisseurs et les entreprises à se soustraire aux lois des pays où ils opèrent et à en choisir une autre, qui leur est plus profitable. Jadis cantonnée au droit de la mer, la pratique des pavillons de complaisance se répand ainsi sur terre, sous la forme d'un *law shopping*, qui traite les droits nationaux comme des produits en compétition sur un marché international des normes.(...) La représentation juridique du monde à l'œuvre dans ces évolutions est celle d'un marché des normes ouvert au choix d'individus libres de se placer sous la loi qui leur est la plus profitable. L'instauration de ce marché doit conduire à l'élimination progressive des systèmes normatifs les moins aptes à satisfaire les attentes financières des investisseurs. Cet avatar libéral de la personnalité des lois ne se limite pas au domaine économique. Réinventée au XIX<sup>e</sup> siècle dans le contexte du colonialisme, la notion de loi personnelle trouve

permettant de rendre à la catégorie des normes permissives sa cohésion et de légitimer officiellement, pour ses partisans, leur extension.

## §II – L’objectif retenu : la prévisibilité des solutions

333. Nous verrons tout d’abord que l’objectif de prévisibilité des normes permissives à l’égard des parties est clairement affirmé (A) ; nous observerons ensuite quelle est la traduction normative de ce constat (B).

### A – L’affirmation de l’objectif de prévisibilité

334. L’objectif de prévisibilité des solutions est présenté comme l’un des objectifs fondamentaux du droit international privé (1). À ce titre, il est permis de se demander dans quelle mesure les normes permissives s’inscrivent dans la réalisation de cet objectif général. Il sera alors montré que cette catégorie de norme est présentée comme étant l’un des – voire le meilleur – instruments au service de cet objectif (2).

#### 1) L’objectif de prévisibilité en droit international privé

335. L’objectif de prévisibilité du droit découle de l’objectif plus général de sécurité juridique<sup>862</sup>. Le droit doit non seulement permettre aux parties d’être en mesure de bâtir des prévisions – ce qui sous-entend une certaine accessibilité du

---

une actualité nouvelle avec la présence massive dans les pays occidentaux de populations importées pour y travailler à vil prix ou chassées de chez elles par la destruction de leur cadre de vie traditionnel. Face à ce phénomène, les pays occidentaux balancent entre deux politiques : l’assimilation et le multiculturalisme. La première maintient le primat de la territorialité des lois en soumettant tous ses citoyens à un même statut personnel. La seconde réintroduit au contraire la personnalité des lois pour permettre à ces nouveaux citoyens de conserver leur statut d’origine. À la différence des formes anciennes de coexistence communautaire (comme l’indigénat colonial, ou le *millet* ottoman), ce multiculturalisme se réclame des droits de l’homme et de la liberté qu’aurait tout individu de choisir son statut personnel. Le premier magistrat d’Angleterre et du pays de Galles, Lord Chief Justice Phillips s’est ainsi récemment fondé sur la liberté reconnue aux parties de soumettre leurs conventions à une autre loi que la loi anglaise (*law shopping*) pour défendre l’idée que compétence pouvait être donnée dans son pays à des tribunaux islamiques ou rabbiniques. Dans ce contexte, les revendications se déplacent du domaine de l’avoir vers celui de l’être, du socio-économique vers l’identitaire et ce ne sont pas seulement les groupes, mais aussi les individus qui entendent devenir leur propre législateur », v. « L’inscription territoriale des lois », Rev. *Esprit*, novembre 2008, p. 151 et spéc. p. 161 et s. On pourrait donc généraliser le constat de BATIFFOL à propos de la loi applicable au contrat international : « ce n’est plus la loi qui détermine les relations qu’elle gouverne, ce sont les parties qui consentent à obéir à la loi », v. *Aspects philosophiques de droit international privé*, 1956, rééd. Dalloz, 2002, p. 66.

<sup>862</sup> V. notamment en ce sens : G.-P. ROMANO, « Sécurité juridique et CJCE », in Colloque *La convention de Lugano : passé, présent et devenir*, dir. A. BONOMI, E. CASHIN RITAINE, G.-P. ROMANO, Actes de la 19<sup>e</sup> Journée de droit international privée du 16 mars 2007 à Lausanne, Schulthess, 2007, p 165, spéc. p. 168. Pour l’auteur, la sécurité juridique est « invariablement associée à ce que l’on dénomme prévisibilité du droit : ce n’est que dans la mesure où le droit est prévisible pour les justiciables que ceux-ci bénéficient de cet "état de grâce" que leur apporte le sentiment de sécurité ».

droit par les justiciables<sup>863</sup> – mais il doit ensuite assurer à ces parties le respect de leurs prévisions. Si la prévisibilité du droit n'est pas moins importante en droit interne, l'intérêt qu'on lui porte en droit international privé est renforcé dans la mesure où l'incertitude caractérise les situations appréhendées par cette discipline. Lorsqu'une entreprise française souscrit un contrat avec une entreprise chinoise et que l'exécution du contrat a lieu dans différents pays d'Afrique, aucune loi spécifique, pas plus que la compétence d'un juge en particulier, ne s'imposent avec la force de l'évidence. Pourtant, les contractants doivent être capables d'anticiper les dispositions applicables à un tel contrat et le(s) juge(s) qu'ils pourraient saisir en cas de litige ou devant le(s)quel(les) ils seraient susceptibles d'être assignés. Pareil impératif existe en matière de successions (quelle loi sera applicable à la succession d'un anglais domicilié en France léguant des biens sis dans des États différents ?), de testament, de régimes matrimoniaux, de filiation, de divorce<sup>864</sup>... En effet, les situations juridiques en cause se trouvent au contact de plusieurs ordres juridiques qui peuvent avoir chacun un titre quelconque à régir la situation. Aussi, l'objectif de prévisibilité des solutions est-il décrit comme l'un des objectifs fondamentaux de la matière<sup>865</sup> et cette motivation est d'ailleurs invoquée au soutien de la méthode de la règle de conflit bilatérale<sup>866</sup>. En désignant *ab initio* la loi applicable, au moyen d'un élément de rattachement prédéfini (la nationalité, la résidence habituelle, le lieu de situation du bien, le lieu de survenance du dommage...) dépendant du rapport de droit en cause, la règle de conflit permet de limiter les incertitudes pesant sur les situations en marge de plusieurs ordres juridiques.

---

<sup>863</sup> V. en ce sens : T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Desfrénois 2009, n°13, p. 18.

<sup>864</sup> Cette liste se veut non exhaustive et nous n'approuvons pas les auteurs qui limitent ce besoin d'anticipation à certains domaines en excluant, notamment, le divorce ou les effets personnels du mariage. Ils ne nous semblent pas qu'en ces matières, les parties n'aient pas « besoin d'anticiper l'avenir ». Le droit de la famille extrapatrimonial a tout autant besoin de certitudes. V. contra, M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisation*, Dalloz, 2005, p. 88 et s.

<sup>865</sup> V. notamment : H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé, richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI* 2005, tome 312, p. 299 et s. ; P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI* 1986, I, t. 196, p. 9 et s., spéc. p. 29. ; M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisation*, Dalloz, 2005, p. 88 et s. (si Madame NAJM ne consacre pas le principe de prévisibilité des solutions en tant que principe directeur du droit international privé, elle en fait le corollaire du principe de continuité des situations juridiques) ; P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCDI*, 2007, tome 327, p. 168 et s. ; W. WENGLER, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. Crit. DIP*, 1990, p. 657 ; B. ANCEL, *Les conflits de qualification à l'épreuve de la donation entre époux*, Dalloz, 1977, qui évoque « ce droit fondamental qu'est le droit à la certitude du droit », la certitude étant la prévisibilité « poussée à son extrême », v. spéc. n°483, p. 459.

<sup>866</sup> V. notamment : V. HEUZÉ, *La réglementation internationale des contrats internationaux*, GLN, 1990. Pour l'auteur, la règle de conflit bilatérale est le meilleur instrument d'anticipation de la loi applicable : « 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 ». Il s'inscrit à l'encontre de la doctrine majoritaire qui voit le principe d'autonomie comme le meilleur instrument. V. aussi nos propos *infra* n°461 et s.

**336.** La prévisibilité est donc au cœur des préoccupations du droit international privé, discipline qui se singularise par une conception de la justice qui lui est propre. En effet, l'idée que la justice de droit international privé est détachée de la justice dite « matérielle » de droit interne a été initiée dans les écrits de KEGEL, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et développée ensuite par BATIFFOL<sup>867</sup>. Ce dernier énonce qu'en cette matière, « il ne s'agit pas de rechercher la solution la plus juste en elle-même, au sens du droit privé interne, du problème à résoudre, mais de déterminer la loi qu'il est le plus juste d'appliquer ». Or cette détermination de la loi « la plus juste » impliquerait le respect à la fois d'un impératif de souplesse mais aussi de prévisibilité<sup>868</sup>. La justice de droit international privé reposerait donc en partie sur la prévisibilité<sup>869</sup> voire, pour certains auteurs, entièrement sur elle. Ainsi en est-il de Monsieur P. MAYER lorsqu'il énonce que « la justice de droit international privé consiste à rendre applicable la loi sur laquelle les parties, et dans certaines manières les tiers, ont fondé leurs prévisions » et réfute l'idée selon laquelle prévisibilité et souplesse seraient deux objectifs de même valeur<sup>870</sup>. Il soutient que le premier devrait prévaloir sur le second puisqu'ils seraient en réalité deux instruments au service de la sécurité juridique, qui se rapprocherait davantage de la prévisibilité. La souplesse ne devrait être privilégiée que parce qu'elle permet, dans certains cas, de favoriser la sécurité. Or l'auteur affirme que cet usage n'a pas de sens une fois le litige né car l'existence d'une certaine souplesse dans la mise en œuvre de la règle de droit international privé est alors facteur d'insécurité pour les parties et devrait par conséquent s'effacer devant l'impératif de prévisibilité<sup>871</sup>.

---

<sup>867</sup> Sur l'idée d'une justice de droit international privé propre à la matière car détachée de la justice dite matérielle, v. G. KEGEL, « The crisis of conflict of law », *RCD/Al* 1964, II, tome 91, spéc. p. 182 et s. Dans la doctrine française, il a été soutenu que les objectifs du droit international privé découleraient de l'identification d'une trilogie d'intérêts qui ont été mis en lumière par P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (*Précis de droit international privé*, Dalloz, 1928, n°231-232, p. 203-205) puis systématisés par H. BATIFFOL dans *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz 1956, rééd. 2002, préf. Y. LEQUETTE, p. 229 et s. et repris dans : « Les intérêts de droit international privé », *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgans des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Gerhard Kegel*, Francfort-sur-le-Main, 1977, p. 11, spéc. p. 14.

<sup>868</sup> Étant donné le caractère difficilement conciliable de ces deux exigences, certains auteurs ont tenté d'établir une hiérarchie entre les deux, comme Monsieur P. MAYER qui a privilégié la prévisibilité : v. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCD/Al*, 2007, tome 327, n°154 et s., p. 168.

<sup>869</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé, richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI* 2005, tome 312, p. 299 et s.

<sup>870</sup> P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, n°154 et s., p. 168.

<sup>871</sup> P. MAYER, *op. cit.*, p. 170, s'exprimant à propos des conflits de lois : « Il ne s'agit plus d'opposer deux fins servies par deux moyens, mais deux moyens au service d'une même fin. Autrement dit, le seul mérite de la souplesse serait, en la matière, d'être au service de la sécurité. Or tel n'est que rarement le cas ».

**337.** S'il est indéniable que la prévisibilité est un objectif fondamental du droit international privé, l'europanisation de la matière peut susciter un doute quant à la survivance de cet objectif ou du moins quant à sa compatibilité avec les objectifs du droit de l'Union européenne lorsqu'elle légifère dans cette matière. En effet, il a déjà été mentionné que les règles de droit international privé européen ont été adoptées en vue d'atteindre les objectifs propres au droit de l'Union, la réalisation du marché intérieur (article 3.3 TUE) et la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice pour les citoyens européens (article 3.2 TUE)<sup>872</sup>, qui ne coïncideraient pas forcément avec ceux du droit international privé dont l'objet est la coordination des différents systèmes juridiques<sup>873</sup>. En réalité, cet objectif se situe aussi au premier plan du droit international privé de l'Union européenne. Si les préambules des Règlements rappellent que « l'Union s'est donné pour objectif de maintenir et de développer un espace de liberté, de sécurité et de justice », l'Union reconnaît qu'« en vue de l'établissement progressif de cet espace, [elle] 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 »<sup>874</sup>. Or la réalisation de ce marché intérieur passe par la réalisation de plusieurs « sous-objectifs », qui concourent à la réalisation de l'objectif premier et dont la prévisibilité fait partie<sup>875</sup>. Cette nécessité est clairement affirmée par les instances européennes puisque la prévisibilité est officiellement visée dans les préambules des différents Règlements européens qui y font référence de manière quasi systématique. Ainsi le préambule du Règlement Bruxelles I refondu mentionne-t-il dans son considérant 15 le « haut degré de prévisibilité » que devraient présenter les règles de compétence ; le considérant 37 du Règlement Rome IV relatifs aux successions que « la règle principale devrait assurer que la succession est régie par une loi prévisible, avec laquelle elle présente des liens étroits » ; ou encore les considérants 9 et suivants du Règlement Rome III selon lesquels cet instrument « 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

---

<sup>872</sup> Sur la détermination délicate de certains objectifs de l'Union européenne, v. néanmoins nos propos *supra* n°324 et s.

<sup>873</sup> Pour une présentation de cette opposition qui se veut volontairement schématique, v. L. IDOT, « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », *Petites affiches*, 12 décembre 2002 n°248, p. 27.

<sup>874</sup> V. par exemple le considérant 3 du Règlement Bruxelles I refondu.

<sup>875</sup> Sur la compatibilité des objectifs, v. V. HEUZÉ, « Construction européenne, État de droit et droit international privé », in *Construction européenne et Etat de droit*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 130. L'auteur affirme que « contrairement à ce qui a été parfois soutenu, les "besoins du marché intérieur" n'entrent aucunement en contradiction avec les objectifs d'harmonie internationale des solutions que poursuit le droit international privé. Par conséquent, ils sont bien compatibles avec la protection des prévisions des parties, ce qui permet de garantir la sécurité juridique, qui est l'une des composantes essentielles de l'État de droit ».

sécurité juridique, de prévisibilité et de souplesse ». Le droit international privé et le droit de l'Union européenne se rejoignent donc sur l'exigence de prévisibilité tant des règles de conflit de lois que des règles de conflit de juridictions.

**338.** Si cet objectif dépasse très largement le cadre des normes permissives, la spécificité de celles-ci est qu'elles sont souvent présentées comme le meilleur gage d'atteindre cet objectif.

## **2) Les normes permissives présentées comme le meilleur moyen d'atteindre cet objectif**

**339.** Dès lors que l'on souhaite que les règles de droit international privé permettent aux parties de prévoir quel sera l'ordre juridique compétent – tant au niveau de la juridiction saisie qu'au niveau de la loi applicable –, quel pourrait être pour elles le meilleur moyen d'anticiper que la faculté de décider elles-mêmes ? La faculté de choix octroyée aux parties par les normes permissives semble répondre parfaitement à cet objectif. Elle leur permettrait d'anticiper une éventuelle difficulté en prévoyant par avance quelle serait la loi applicable ou quel serait le juge compétent. Cette idée, fréquemment avancée par la doctrine (a), est reprise dans de nombreux instruments européens (b).

*a) La prévisibilité invoquée par la doctrine au soutien des normes permissives*

**340.** L'objectif de prévisibilité a tout d'abord été invoqué au soutien du principe d'autonomie en matière de conflit de lois. En effet, si la règle de conflit bilatérale – qu'elle soit impérative ou supplétive – est présentée comme un progrès face aux méthodes « impressionnistes » de détermination de la loi applicable<sup>876</sup>, le principe d'autonomie, et *a fortiori* les normes permissives, offrent pour beaucoup l'avantage de lever toute ambiguïté quant à la loi applicable. Pour ces auteurs, « donner aux intéressés le choix de la loi assure la prévisibilité des solutions mieux que les rattachements présentés comme "objectifs" »<sup>877</sup>. Le recours à la volonté individuelle par l'entremise d'une faculté de choix du droit applicable serait donc le gage de la prévisibilité des solutions, ce qui justifierait que le principe d'autonomie soit exploité dans des domaines qui n'étaient pas *a priori* ceux de prédilection des normes permissives. En effet, le droit de la famille, spécialement en matière de régimes

---

<sup>876</sup> Encore faut-il évidemment que le critère de rattachement retenu par la règle de conflit soit apte à « traduire la croyance spontanée des parties impliquées dans la relation quant à l'applicabilité d'une certaine loi », v. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé, *RCDAL*, 2007, tome 327, spéc. p. 172 et s.

<sup>877</sup> B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI* 2003, tome 305, n°300, p. 300.

matrimoniaux et de successions, est un domaine où les parties doivent pouvoir prévoir leur avenir. Le constat semble assez largement partagé : le recours à l'expression de la volonté dissiperait les incertitudes<sup>878</sup> et « permet[trait] de répondre efficacement au besoin de prévisibilité »<sup>879</sup>. Les normes permissives traduisant l'expression de la volonté par les parties, elles seraient le meilleur moyen d'exploiter cette volonté à bon escient<sup>880</sup>.

**341.** Cet avantage existerait également en matière de conflit de juridictions<sup>881</sup>. L'incertitude pesant sur la loi applicable existe également s'agissant du juge compétent, voire est plus inquiétante encore pour les parties qui risquent d'être attirées devant une juridiction lointaine. Les règles autorisant les parties à prévoir une clause attributive de juridiction ou clause compromissaire lèveraient, tout autant que dans le conflit de lois, cette incertitude. Comme l'énonce un auteur, « par la désignation d'un seul for, les parties qui y tiennent vraiment, se ménagent la sécurité recherchée : choisir, c'est prévoir »<sup>882</sup>. L'avantage dépasserait d'ailleurs celui de la prévision du tribunal car en plus de connaître *a priori* le tribunal compétent, les

---

<sup>878</sup> V. En ce sens H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé, richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *op. cit.* : « Le recours à la volonté individuelle, facteur de souplesse, est ici aussi facteur de prévisibilité puisqu'il suffit de se reporter au choix effectué (...) La volonté individuelle est de plus en plus souvent admise ou préconisée pour permettre de s'écarter du rattachement de principe lorsqu'il ne correspond pas à la réalité et pour assurer une prévisibilité plus grande », spéc. n°337. Son constat est identique en matière de délits : « Il est certain que la volonté privée permet de concilier assez heureusement prévisibilité et souplesse ; une fois que cette volonté s'est exprimée, il n'y a plus d'incertitude sur la loi applicable, et d'autre part, recourir à la volonté permet une bonne adaptation de la règle de conflit à la spécificité de chaque cas », spéc. n°345 p. 319. V. aussi : J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, LGDJ 2011, préf. C. GRARE, n°271, p. 131 ; C.-A. ARRUE-MONTENEGRO, *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, LGDJ, 2011, n°536, p. 285 : « En termes de droit privé, l'idée des accords en terme de procédure semble respecter le souci de commodité et de prévisibilité des parties qui est à la base de cette branche du droit, et est conforme avec la fonction promotionnelle du droit privé défendue par une partie de la doctrine contemporaine ». Ce dernier auteur énonce, dans une note afférente au paragraphe, que « plus le droit est permmissible, plus il est efficace ».

<sup>879</sup> V. par exemple : J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, LGDJ 2011, préf. C. GRARE, n°948, p. 396.

<sup>880</sup> V. également dans le même sens, mais avec une approche pratique : L. RAVILLON, « La recherche de la sécurité juridique : la stipulation quasi systématique d'une clause de choix de la loi applicable », in *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi applicable dans les contrats internationaux*, dir. S. CORNELOUP et N. JOUBERT, Actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010, Dijon, 2011, Litec, p. 67 et s.

<sup>881</sup> V. H. GAUDEMET TALLON, « Le pluralisme en droit international privé, richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI* 2005, tome 312, spéc. n°396 p. 353 : « Lorsque les parties se mettent d'accord sur le tribunal qui devra connaître de leur litige, on pourrait penser qu'il n'y a plus aucune difficulté. Les parties ont choisi leur juge : la prévisibilité est ainsi garantie ». Elle revient néanmoins par la suite sur ce postulat : v. spéc. n°399. Il est d'ailleurs intéressant de noter que, dans un article récent, si Madame H. GAUDEMET TALLON maintient le lien entre prévisibilité et normes permissives, elle soulève d'importantes réserves quant au caractère systématique de ce lien : v. « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 255, spéc. p. 261.

<sup>882</sup> G.-P. ROMANO, « Sécurité juridique et CJCE », art. préc., p. 189.

justiciables connaîtraient avant toute judiciarisation de leur situation quel sera l'ordre juridique de référence<sup>883</sup>.

**342.** Ces arguments, qui consistent à dire que le fait de prévoir une solution par le biais de la norme permissive rend cette solution prévisible<sup>884</sup>, expliquent que cet objectif de prévisibilité soit repris par le législateur européen.

*b) La prévisibilité invoquée par le législateur européen*

**343.** Dans son entreprise d'uniformisation du droit international privé, les Règlements adoptés par le législateur européen ont fréquemment repris l'argument de la prévisibilité pour adopter des normes permissives, tant en matière de conflit de lois que de conflit de juridictions. En effet, la perspective pour un opérateur économique d'être attiré devant une juridiction lointaine risquerait de le détourner du marché intérieur, ce qui explique que la sécurité juridique soit au cœur des préoccupations des instances européennes. Le Règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dans sa version refondue a d'ailleurs renforcé l'efficacité des conventions d'élection de for, le législateur européen ayant auparavant souligné « la prédictibilité de la résolution des litiges » que devaient apporter ces clauses<sup>885</sup>.

Dans un autre domaine, le Règlement en matière d'obligations alimentaires, qui consacre également une norme permissive octroyant une faculté de choix de la juridiction, justifie cette insertion en expliquant qu'« afin d'accroître la sécurité juridique, la prévisibilité et l'autonomie des parties, le présent règlement devrait permettre aux parties de choisir d'un commun accord la juridiction compétente en fonction de facteurs de rattachement déterminés »<sup>886</sup>. La même idée est présente dans les Règlements qui consacrent un choix de loi et invoquent dans leurs préambules ce souci de prévisibilité : tel est le cas dans le Règlement Rome IV en matière de successions et dans le Règlement Rome III relatif au divorce<sup>887</sup>. Dans la

---

<sup>883</sup> V. dans ce sens, *ibid.* : « en fixant le for, les justiciables ne sont pas seulement à même de prédire quel tribunal tranchera leurs différends, ce qui n'est pas en soi décisif ; ils en savent beaucoup plus. Ils savent aussi quel est l'ordre juridique à l'aune duquel leur relation sera d'abord appréciée. L'enjeu va ici encore au-delà de la sécurité juridique que procure la connaissance du tribunal compétent – sécurité de type procédural qui n'est qu'instrumentale et éventuelle - ; il en va de la sécurité substantielle elle-même ».

<sup>884</sup> V. néanmoins pour une critique d'une telle acception de la notion de prévisibilité, nos propos *infra* Section du II.

<sup>885</sup> Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2010 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, COM(2010) 748 final, p. 4.

<sup>886</sup> Considérant 19.

<sup>887</sup> Règlement Rome IV : « (38) Le présent règlement devrait permettre aux citoyens d'organiser à l'avance leur succession en choisissant la loi applicable à leur succession ».



proposition de Règlement en matière de succession, il était clairement exprimé que l'avantage d'une faculté de choix laissée au testateur – qu'il fallait certes concilier avec la protection des intérêts légitimes des proches du défunt – garantissait au mieux « la sécurité juridique et la plus grande facilité à planifier sa succession »<sup>888</sup>. Les normes permissives sont encore présentées comme le meilleur moyen d'atteindre l'objectif de prévisibilité.

**344.** L'objectif de prévisibilité est l'objectif le plus souvent invoqué au soutien des normes permissives, que la faculté de choix soit bilatérale ou unilatérale – hypothèse en matière de droit des successions et d'obligations alimentaires<sup>889</sup>. Le constat n'est pas surprenant puisqu'il constitue également l'objectif primordial de la matière en général. La croyance dans la capacité des normes permissives à servir cet objectif se traduit dans la réglementation adoptée par le législateur européen.

## **B – La traduction normative de l'objectif de prévisibilité**

**345.** La prévalence de l'objectif de prévisibilité des solutions en droit international privé se traduit de deux manières. Tout d'abord, afin de servir l'objectif de prévisibilité dégagé dans le paragraphe précédent, on assiste à une multiplication des normes permissives à l'égard des parties dans le droit international privé contemporain (1) et, au contraire, à une défiance des normes permissives à l'égard du juge (2).

### **1) La prolifération des normes permissives à l'égard des parties**

**346.** L'identification des normes permissives dans la première partie a permis, à travers les illustrations qui en ont été données, de constater une prolifération de

---

Règlement Rome III : « (15) 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 ».

<sup>888</sup> Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, COM(2009)154 final, 2009/0157 (COD), article 17, p. 6.

<sup>889</sup> V. pour la justification de l'adoption d'une règle permissive en matière de loi applicable aux obligations alimentaires : *Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, Rapport explicatif*, établi par A. BONOMI. L'auteur du rapport précise que : « Le principal avantage du choix de la loi applicable tel que prévu à l'article 8 est celui de garantir une certaine stabilité et prévisibilité quant à la loi applicable. En effet, si les parties ont effectué un tel choix, la loi élue reste applicable en dépit des changements qui peuvent intervenir dans leur situation personnelle, et quelle que soit l'autorité saisie en cas de litige. En particulier, le changement de la résidence habituelle du créancier d'aliments n'entraîne pas de modification de la loi applicable, contrairement à ce qui résulte de l'absence de choix de l'article 3 », n°125, p. 30, disponible en ligne à : <http://www.hcch.net/upload/exp139f.pdf>.

cette catégorie de normes dans tous les domaines du droit international privé. Nombreux sont les auteurs qui ont décrit l'extension de la faculté de choix en droit international privé, or les normes permissives placent précisément cette faculté au cœur de sa définition. Ce phénomène a été principalement décrit dans des études sur le développement de l'autonomie de la volonté. Par conséquent, pas plus les normes permissives<sup>890</sup> que le constat de leur essor<sup>891</sup> ne sont des phénomènes nouveaux. Mais dès lors que ce constat n'a pas été directement opéré à partir du prisme des normes permissives, il n'est pas inutile d'en retracer brièvement les grandes tendances<sup>892</sup> et rappeler que, derrière le développement d'une catégorie générale de normes, les normes permissives peuvent adopter des structures relativement différentes<sup>893</sup>. Si leur domaine était initialement cantonné au contrat, il a été étendu à la matière délictuelle et comprend aujourd'hui la plus grande part du droit international privé des obligations (a). Par ailleurs, il comprend aussi de nombreux aspects du droit de la famille, principalement patrimonial, même si le champ d'expression de la volonté est alors davantage encadré (b).

a) *Les normes permissives et le droit international privé des obligations*

**347. Les normes permissives en matière contractuelle dans le domaine du conflit de lois.** En matière contractuelle, si l'idée d'un choix de loi applicable au contrat par les parties est considérée comme ancienne<sup>894</sup>, celle d'autonomie de la volonté ne s'est affirmée que de manière plus récente<sup>895</sup>. Plus encore, à raisonner à

---

<sup>890</sup> V. notamment : J.-P. NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI*, 1927, tome 16, p.5 ; A. CURTI GIALDINO, « La volonté des parties en droit international privé », *RCADI*, 1972, tome 137, p. 743 et plus récemment : C. KOHLER, « Autonomie de la volonté en droit international privé », *RCADI*, 2012, tome 359, p. 289 et s.

<sup>891</sup> Pour rappel : A. E. OVERBECK, « L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé », in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 619 ; V. HEUZÉ, « La volonté en droit international privé », *Droits* 1999, n°28, p. 113 s. ; 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*, Dalloz, JCL, PUF, 1999, p. 285 et s. H. MUIR WATT, « Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme », in *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO dir., Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 77 s.

<sup>892</sup> Pour un « tour d'horizon » de cette tendance intégrant le droit comparé : v. C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé », *RCADI*, tome 359, 2012, p. 303 et s.

<sup>893</sup> V. notamment dans le conflit de lois, Première partie : *supra* n°269 et s.

<sup>894</sup> Messieurs B. ANCEL et Y. LEQUETTE précisent que cette solution aurait été préconisée par DUMOULIN dès le XVI<sup>e</sup> siècle comme en atteste son cours *Conclusiones de Statutis et Consuetudinibus localibus* donné en 1553, v. *Grands Arrêts*, 5<sup>e</sup> éd., 2006, n°11, p. 96.

<sup>895</sup> V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, préface J. Ph. Lévy, PUF, 1980, qui fait remonter l'affirmation de l'idée d'autonomie de la volonté, entendue comme « pouvoir de choisir en toutes matières, réglementées impérativement ou supplétivement, la loi du contrat », aux années 1870-1880 et qui considère que cette idée s'est concrétisée à travers cette expression sous la plume de BROCHER en 1883, puis qu'elle s'est répandu sous l'influence de WEISS, v. spéc. p. 39-40.

partir du seul concept de norme permissive en tant qu'elle octroie une faculté aux deux parties, son apparition ne s'est concrétisée dans la jurisprudence française qu'avec l'arrêt *American Trading C°* en 1910, qui énonce que « la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée ; que si, entre personnes de nationalités différentes, la loi du lieu où le contrat est intervenu est en principe celle à laquelle il faut s'attacher, ce n'est donc qu'autant que les contractants n'ont pas manifesté une volonté contraire ; que non seulement cette manifestation peut être expresse, mais qu'elle peut s'induire des faits et circonstances de la cause, ainsi que des termes du contrat »<sup>896</sup>.

Par cette décision, non seulement la Cour de cassation avait déterminé le domaine de la faculté de choix, son objet et ses modalités, mais l'hésitation quant à la qualification de cette règle fut d'autant plus exclue que la Cour avait pris soin de mentionner le corollaire de la norme permissive, à savoir l'existence d'une règle supplétive. En effet, dans la mesure où les parties auraient décidé de ne pas exercer la faculté qui leur était offerte, la Cour précisait que la loi du lieu où le contrat était intervenu serait applicable par défaut. Cette norme permissive fut ensuite reprise tant dans la Convention de Rome que dans le Règlement Rome I (articles 3). Parfois détachée du droit commun des contrats, elle a également été consacrée par des conventions internationales pour certains contrats spécifiques, comme le contrat de vente d'objets mobiliers corporels ou le contrat d'intermédiaire et de représentation<sup>897</sup>.

**348.** Toutefois, dans cette matière, une tendance restrictive s'est amorcée au XX<sup>ème</sup> siècle et il n'est pas impossible que le jeu des normes permissives soit à l'avenir limité<sup>898</sup>. La tentation fut même grande, lors de la refonte de la Convention de Rome en Règlement Rome I, de supprimer purement et simplement l'existence de la faculté de choix dans les matières où un impératif de protection d'une partie socialement ou économiquement faible s'est fait ressentir<sup>899</sup>. Finalement, cette

<sup>896</sup> V. *Grands Arrêts*, n°11, p. 96.

<sup>897</sup> V. Article 2 de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels :

« La vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes.

Cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse, ou résulter indubitablement des dispositions du contrat » et :

Article 5 de la Convention et Convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, faite à La Haye le 14 mars 1978 :

« La loi interne choisie par les parties régit le rapport de représentation entre le représenté et l'intermédiaire.

Le choix de cette loi doit être exprès ou résulter avec une certitude raisonnable des dispositions du contrat et des circonstances de la cause ».

<sup>898</sup> Pour une description de ce phénomène, v. notamment : C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé », *RCADI*, tome 359, 2012, n°50 et s., p. 348 et s.

<sup>899</sup> Sur les recommandations du Groupe européen de droit international privé (GEDIP), la première proposition du règlement Rome I présentée par la Commission le 15 décembre 2005 prévoyait la suppression

préoccupation s'est traduite par une adaptation des normes permissives plutôt que par leur suppression<sup>900</sup>.

**349. Les normes permissives en matière délictuelle dans le domaine du conflit de lois.** Ce n'est que beaucoup plus récemment que les normes permissives ont fait leur apparition en matière délictuelle, à l'occasion de l'adoption du Règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles. L'article 14 du Règlement offre désormais une faculté de choix de la loi applicable aux parties et si les modalités d'exercice comme le domaine de cette faculté sont assez encadrés – la faculté ne peut s'exercer qu'une fois le litige né, sauf si les parties sont toutes les deux commerçantes, et la faculté est exclue pour certaines catégories de délits<sup>901</sup> –, l'objet du choix est, à l'instar de la matière contractuelle, illimité. En cas d'absence d'exercice de la faculté et comme dans le cadre du Règlement Rome I, ce sont plusieurs règles supplétives qui prennent le relais, déterminées en fonction de la catégorie de délits en cause.

**350. Les normes permissives dans le domaine du conflit de juridictions.** En matière de compétence juridictionnelle dans le droit international privé des obligations, les règles autorisant les clauses d'élection de for sont devenues une figure classique des règles permissives. On en trouve des illustrations à travers le droit commun français dégagé par la jurisprudence, auquel s'est substitué la Convention de La Haye sur les conventions d'élection de for<sup>902</sup>, et dans le droit européen à travers les Règlements Bruxelles I et Bruxelles I révisé<sup>903</sup>. Loin de supprimer la règle permissive en la matière, la révision du Règlement Bruxelles I fut d'ailleurs motivée par le souci de renforcer « l'efficacité des accords d'élection de for »<sup>904</sup> et donc celle des normes permissives.

---

d'une faculté de choix dans les contrats conclus avec les consommateurs ; v. sur ce point : P. LAGARDE, « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *Rev. Crit. DIP* 2006, p. 331.

<sup>900</sup> Voir par exemple l'article 6 du Règlement Rome I pour les contrats de consommation et nos développements : *supra* n°295-297. Sur les inconvénients d'une telle solution intermédiaire, v. *infra* n°447.

<sup>901</sup> Lorsque les parties ne sont pas commerçantes, l'exercice bilatéral de la faculté est possible dès que le fait générateur est survenu. Or il arrive que le dommage ne se produise que postérieurement et qu'avant cela, les parties puissent avoir du mal à en mesurer l'ampleur. Pour un exemple en matière de santé publique : v. V. HEUZÉ, « Construction européenne, Etat de droit et droit international privé », art. préc.

<sup>902</sup> Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les conventions d'élection de for entrée en vigueur le 1 octobre 2015. Sur la règle permissive contenue dans cette convention : v. nos propos *supra* n°162 et s.

<sup>903</sup> Sur les règles permissives contenues dans ces règlements, v. nos propos *supra* n°162 et s.

<sup>904</sup> v. Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2010 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, COM(2010) 748 final, 2010/0383 (COD), p. 3.

*b) Normes permissives et droit international privé de la famille*

**351. Normes permissives en droit patrimonial de la famille.** Le droit patrimonial de la famille est probablement le domaine où les normes permissives se sont le plus multipliées. En effet, on en trouve désormais en matière de successions<sup>905</sup>, de régimes matrimoniaux<sup>906 907</sup> et d'obligations alimentaires<sup>908</sup>.

---

<sup>905</sup> Article 22 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 :

« Article 22 Choix de loi 1. 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 au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès ».

<sup>906</sup> Article 3 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux :

« Le régime matrimonial est soumis à la loi interne désignée par les époux avant le mariage.

Les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes :

1. la loi d'un Etat dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation ;
2. la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation ;
3. la loi du premier Etat sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage.

La loi ainsi désignée s'applique à l'ensemble de leurs biens.

Toutefois, que les époux aient ou non procédé à la désignation prévue par les alinéas précédents, ils peuvent désigner, en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces immeubles sont situés. Ils peuvent également prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation ».

<sup>907</sup> V. également deux propositions de Règlement : Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (COM(2011)0127 – C7-0094/2011 – 2011/0060(CNS)) ; Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux (COM(2011)0126 – C7-0093/2011 – 2011/0059(CNS)).

<sup>908</sup> Article 8 du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 :

« 1. Nonobstant les articles 3 à 6, le créancier et le débiteur d'aliments peuvent, à tout moment, désigner l'une des lois suivantes pour régir une obligation alimentaire :

- a) la loi d'un État dont l'une des parties a la nationalité au moment de la désignation ;
- b) la loi de l'État de la résidence habituelle de l'une des parties au moment de la désignation ;
- c) la loi désignée par les parties pour régir leurs relations patrimoniales ou celle effectivement appliquée à ces relations;
- d) la loi désignée par les parties pour régir leur divorce ou leur séparation de corps ou celle effectivement appliquée à ce divorce ou cette séparation.

2. Un tel accord est établi par écrit ou consigné sur tout support dont le contenu est accessible pour être consulté ultérieurement et est signé des deux parties.

3. Le paragraphe premier ne s'applique pas aux obligations alimentaires concernant une personne âgée de moins de 18 ans ou un adulte qui, en raison d'une altération ou d'une insuffisance de ses facultés personnelles, n'est pas en mesure de pourvoir à ses intérêts.

4. Nonobstant la loi désignée par les parties en vertu du paragraphe premier, la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier, au moment de la désignation, détermine si le créancier peut renoncer à son droit à des aliments. »

5. À moins que les parties n'aient été pleinement informées et conscientes des conséquences de leur choix au moment de la désignation, la loi désignée ne s'applique pas lorsque son application entraînerait des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties.

Néanmoins, la structure de ces règles est particulière : il s'agit pour la plupart de règles permissives dites *fermées*, c'est-à-dire qui offrent à leur destinataire une possibilité de choix dans un éventail de lois préalablement définies<sup>909</sup>. Si le domaine des obligations alimentaires échappe à ce constat, l'article 8 du Protocole de La Haye ne consacre pas pour autant une règle permissive classique mais une règle avec réserve matérielle. Par ailleurs, outre ce garde-fou, l'article 8 envisage à l'alinéa 5 un mécanisme correctif qui s'apparente à l'exception d'ordre public international<sup>910</sup>.

Par ailleurs, les normes permissives ne se limitent pas au domaine de la loi applicable puisque certaines d'entre elles permettent également dans certains cas un choix de juridiction. Ainsi, l'article 5 § 1 du Règlement Rome IV, parallèlement à l'existence d'une norme permissive en matière de loi applicable, a introduit une norme similaire en matière de choix de la juridiction compétente<sup>911</sup>. L'objet du choix est dès lors très circonscrit puisqu'il permet uniquement au *de cuius* d'aligner la compétence judiciaire sur la compétence législative en choisissant le tribunal de sa nationalité<sup>912</sup>. Mais récemment le droit international privé est allé encore plus loin en consacrant des normes permissives dans le droit extrapatrimonial de la famille.

**352. Les normes permissives en droit extrapatrimonial de la famille.** Si la plus grande innovation en matière d'extension du domaine des normes permissives concerne sans aucun doute le droit de la famille, encore faut-il être prudent quant à la portée de cette affirmation car non seulement les normes permissives sont encore assez peu nombreuses, mais, plus encore, il ne faudrait pas être tenté d'en voir de manière systématique. Les normes permissives ont été définies comme les normes octroyant aux parties une faculté de faire ou de ne pas faire. En droit international privé, il a été précisé que cette faculté se traduisait par une possibilité de choix laissé aux parties, choix quant à la loi applicable ou à la juridiction. Néanmoins, s'agissant du choix de la juridiction, il a été précisé que la possibilité pour les parties de saisir *a priori* n'importe quelle juridiction ne suffisait pas à établir l'existence d'une règle

---

<sup>909</sup> Sur cette notion, v. *supra* n°272.

<sup>910</sup> Sur lequel, v. *infra* n°431, note de bas de page n°1094.

<sup>911</sup> S'agissant du droit des successions, nous nous permettons de le rattacher au droit de la famille, même s'il n'est pas appréhendé comme tel par le législateur européen.

<sup>912</sup> Article 5

« Accord d'élection de for

1. Lorsque la loi choisie par le défunt pour régir sa 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 membre ont compétence exclusive pour statuer sur toute succession.

2. Cet accord d'élection de for est conclu par écrit, daté et signé par les parties concernées. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite ».

permissive<sup>913</sup>. Aussi, le fait qu'en matière de désunion l'article 3 du Règlement Bruxelles II bis offre aux justiciables un éventail large de tribunaux potentiellement compétents ne caractérise pas pour autant l'existence d'une règle permissive, car les parties sont contraintes de choisir l'un de ces tribunaux et il n'existe aucune règle supplétive, c'est-à-dire qui s'appliquerait à défaut de choix<sup>914</sup>. S'agissant de la responsabilité parentale, si des aménagements sont admis, l'article 8 prévoit un rattachement de principe au tribunal du lieu où réside habituellement l'enfant. Par conséquent, si le Règlement Bruxelles II bis a été critiqué pour son caractère « permissif », ce terme doit uniquement être entendu comme synonyme de libéral et non comme révélant l'existence de normes permissives.

**353.** Pour d'autres raisons, l'existence d'une règle permissive doit être écartée en matière de partenariat enregistré. En effet, l'article 515-7-1 du Code civil dispose « les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l'État de l'autorité qui a procédé à son enregistrement. » Dès lors que les partenaires sont *a priori* libres de choisir le pays du lieu d'enregistrement – sous réserve de remplir les conditions requises par cet État –, il serait tentant d'y voir une règle permissive. Pourtant, là encore, cette qualification doit être exclue étant donné qu'il ne s'agit pas de la part du législateur français de consacrer *de lege* une faculté de faire ou de ne pas faire. L'existence d'un choix ne caractérise pas la règle permissive, seule l'existence d'une faculté de choix, consacrée et reconnue par le législateur, conjuguée à l'existence d'une règle supplétive le permet. Pour cette même raison, l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil en matière de mariage, malgré sa formulation – « deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet » –, ne caractérise aucunement l'existence d'une règle permissive<sup>915</sup>.

**354.** Il ne faudrait pas pour autant en conclure que les normes permissives échappent au droit extrapatrimonial de la famille. Elles ont effectivement fait leur entrée dans ce domaine avec l'entrée en vigueur du Règlement Rome III sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. L'article 5 du Règlement consacre une faculté de choix à l'égard des parties. Il s'agit certes d'une règle permissive dite *fermée* mais qui prend soin de préciser son domaine et les modalités d'exercice de ce choix. Par ailleurs, une règle supplétive prend le relais du défaut de choix par les parties.

---

<sup>913</sup> V. *supra* n°131-132.

<sup>914</sup> Sur ce point, v. nos développements *supra* n°180.

<sup>915</sup> Ce qui ne signifie pas que la volonté des parties n'aura aucune incidence puisqu'il est toujours loisible aux futurs partenaires de faire jouer le rattachement par le choix du lieu du domicile ou d'une simple résidence.

355. Le constat de cette prolifération n'est pas contestable et s'explique par les vertus attribuées à cette catégorie de norme, censée assurer la prévisibilité des solutions. Au contraire, lorsque la faculté est octroyée au juge, c'est une défiance qui se manifeste alors puisque ces mêmes normes seraient cette fois sources d'insécurité juridique pour les parties.

## 2) La défiance pour les normes permissives à l'égard du juge

356. Il a été montré dans la première partie que l'existence des normes permissives à l'égard du juge n'était pas propre au droit international privé et qu'elle présentait peu de spécificité par rapport au droit interne. Néanmoins, plus encore qu'en droit interne, ces normes sont l'objet de défiance, qui se manifeste tant dans la doctrine que chez les juges et le législateur – français et européen – : « l'usage d'une faculté de la part des juges est toujours une source d'incertitude »<sup>916</sup>.

357. En effet, si un objectif essentiel du droit international privé réside dans la prévisibilité des solutions, il apparaît dès lors légitime de limiter le jeu des normes qui iraient naturellement à son encontre. Or, les règles qui octroient une marge de manœuvre au juge sont analysées comme une source d'insécurité et *a fortiori* d'imprévisibilité des solutions. Cette réserve se traduit par une consécration seulement exceptionnelle de normes permissives à l'égard du juge conjuguée à un fort encadrement de celles-ci – voire une interdiction – et se manifeste tant à l'égard des règles de compétence juridictionnelle (a) que des règles en matière de conflits de lois (b).

### a) Normes permissives et règles de compétence juridictionnelle

358. S'agissant des normes permissives en matière de compétence juridictionnelle, il s'agit principalement des règles pour lesquelles le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation quant à l'exercice de sa propre compétence, qu'il puisse décider de refuser de statuer ou simplement de surseoir à statuer<sup>917</sup>. Que deviendrait l'objectif

---

<sup>916</sup> V. P. BELLET, *Rev. Crit. DIP* 1965, p. 133. L'auteur s'exprime à propos de la mise en œuvre de la règle de conflit qui relève parfois pour le juge d'une faculté, ce qui demeure encore de droit positif dans certaines hypothèses (V. *supra* n°216-220). L'auteur énonce que : « la faculté pour le juge d'appliquer d'office la loi étrangère vaut mieux certes que l'interdiction, mais si cette solution est meilleure, elle n'est pas parfaite. L'usage d'une faculté de la part des juges est toujours une source d'incertitude. Ils l'utilisent ou refusent d'en faire usage, parfois d'une manière systématique, pour encourager ou décourager telle ou telle sorte de procès, ou bien suivant qu'ils ont, comme le dit plaisamment M. le Premier Président Mimin, le tempérament "volontaire" ou "neurasthénique". De là peut naître une course vers certains tribunaux ».

<sup>917</sup> S'agissant en revanche des hypothèses où le juge décide de statuer alors qu'il n'est *a priori* pas compétent, ce qui concerne les règles consacrant le *forum necessitatis*, la règle est moins critiquée en raison de l'impératif de justice qui vient contrebalancer avec force l'impératif de prévisibilité des solutions. Le souci d'éviter un déni de justice justifie que l'on accepte de reconnaître, à titre de *for* compétent, un *for* qui serait pourtant assez peu prévisible. Mais cette règle permissive est néanmoins strictement encadrée et fait toujours figure d'exception dans les systèmes qui la consacrent.



de prévisibilité, sinon une pétition de principe, si le juge d'un État A pouvait, alors même que les parties s'étaient accordées pour le désigner – par une clause attributive de juridiction *a priori* valable au regard de l'ordre juridique A ou par un chef de compétence objectif comme le lieu d'exécution du contrat –, refuser de statuer en invoquant les faibles liens qu'il entretenait avec le litige qui lui est soumis ? Il y aurait là un « facteur indéniable d'imprévisibilité »<sup>918</sup> que le droit international privé contemporain français et européen se propose au contraire de combattre<sup>919</sup>.

**359.** C'est d'ailleurs bien l'objectif de prévisibilité des solutions qui justifie pour la Cour de justice la condamnation du *forum non conveniens*, qui traduit l'existence d'une norme permissive à l'égard du juge<sup>920</sup>. Dans l'affaire *Owusu*, où la Cour de justice devait se prononcer sur la compatibilité de ce mécanisme avec le système mis en place par la Convention de Bruxelles, outre qu'il aurait remis en cause la cohérence général du système mis en place, le *forum non conveniens* a également été rejeté au nom de l'impératif de sécurité juridique et de prévisibilité des solutions<sup>921</sup>. Les juges ont retenu que « l'application de la théorie du *forum non conveniens*, qui laisse une large marge d'appréciation au juge saisi quant à la question de savoir si un for étranger serait plus approprié pour trancher le fond d'un litige, est de nature à affecter la prévisibilité des règles de compétence posées par la convention de Bruxelles, en particulier celle de son article 2 et, par voie de conséquence, le principe de sécurité juridique en tant que fondement de cette convention »<sup>922</sup> (c'est nous qui soulignons). La Cour a suivi les conclusions de son Avocat général M. LÉGER en plaçant l'objectif de prévisibilité au cœur de l'effet utile de la Convention de Bruxelles et du Règlement<sup>923</sup>. Précédemment dans son arrêt *Gasser*, la Cour a expressément énoncé que l'introduction d'un pouvoir d'appréciation de la part du juge quant à la mise en

---

<sup>918</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé, richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *op. cit.*, n°400. Si l'auteur considère que cette technique peut être justifiée par le souci d'une « meilleure adéquation du juge au litige », elle ne remet pas en cause l'atteinte qu'elle porte à la prévisibilité des solutions. Prévisibilité qui est placée par bon nombre d'auteurs comme un objectif supérieur à l'impératif de souplesse qui ne serait que secondaire. V. en ce sens, P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*

<sup>919</sup> V. pour un rappel de la différence qu'elle qualifie de « culturelle » entre les pays de *common law* et les pays de *civil law* : H. GAUDEMET-TALLON, « Les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle en matière civile et commerciale : *forum non conveniens, lis pendens* », *RIDC*, Vol. 46 N°2, Avril-juin 1994. pp. 423-435 ; version en ligne : [http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc\\_0035-3337\\_1994\\_num\\_46\\_2\\_4882](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1994_num_46_2_4882).

<sup>920</sup> V. sur la qualification d'une telle règle de règle permissive : v. *infra* Partie I n°135.

<sup>921</sup> CJCE, 1er mars 2005, *Andrew Owusu c. N. B. Jackson*, C-281/02, Rec. p. I-01383. Sur cet arrêt, v. déjà nos propos *supra* n°145-146 et n°152.

<sup>922</sup> *Ibid.*, point 41.

<sup>923</sup> *Ibid.*, concl. AG Léger, points 263, 264 et 278.

œuvre des règles relatives à la litispendance était incompatible avec la philosophie et les objectifs de la convention dont elle rappelle que le but est de garantir « la sécurité juridique en permettant aux justiciables de prévoir avec suffisamment de certitude le tribunal compétent »<sup>924</sup>. Plus récemment, c'est la Cour de cassation elle-même qui a invoqué l'objectif de prévisibilité des solutions pour réfuter l'existence d'une norme permissive à l'égard des juges.

**360.** En effet, dans un arrêt du 7 décembre 2011<sup>925</sup>, la Cour de cassation a dû se prononcer sur l'existence ou non d'une règle permissive à l'égard du juge dans la Convention de Montréal sur la responsabilité des compagnies aériennes en cas de dommages causés aux passagers, aux bagages et aux marchandises à l'occasion de voyages internationaux. Un crash aérien survenu au Venezuela à l'occasion d'un vol Panama/Fort de France ayant provoqué la mort de tous les passagers et de l'équipage colombien se trouve à l'origine de cette affaire. L'avion avait été affrété par une société américaine établie en Floride, transporteur contractuel, mais était exploité par une société colombienne, transporteur de fait. Certains ayants-droits des victimes ont agi en responsabilité à l'encontre des deux sociétés devant une juridiction fédérale américaine. Celle-ci a décliné sa compétence en invoquant le *forum non conveniens*. Pourtant, l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 33 de la Convention de Montréal offre au demandeur une option de compétence entre quatre tribunaux différents<sup>926</sup>. En l'espèce, les demandeurs ont effectivement usé de cette option pour saisir une juridiction américaine en vertu du domicile du transporteur situé en Floride, choix qui a été refusé par la juridiction américaine en raison de l'existence de liens plus étroits avec d'autres juridictions. Malgré le texte de la Convention, la juridiction américaine s'est reconnue le droit de faire jouer une règle permissive propre à ses règles de procédure interne, à savoir celui de décider de rejeter sa compétence si elle estime un autre for plus approprié pour trancher le litige. Or la Cour de cassation,

---

<sup>924</sup> V. CJCE, 9 décembre 2003, *Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl*, C-116/02, *Rec.* p. I-14693, points 68 et 72 : « il ne serait pas conciliable avec la philosophie et les objectifs de la convention de Bruxelles que les juridictions nationales aient l'obligation de respecter les règles régissant la litispendance uniquement si elles estiment que la juridiction saisie en premier lieu statue dans un délai raisonnable. En effet, ladite convention ne prévoirait nulle part que les juridictions peuvent prendre le prétexte de retards de procédure dans d'autres États contractants pour se dispenser d'appliquer ses dispositions » (c'est nous qui soulignons). Sur cet arrêt, v. déjà nos observations : *supra* n°145. Pour une critique de l'invocation de cet objectif compte tenu des circonstances de l'arrêt, v. *infra* n°383. En l'espèce, il était question de l'articulation des règles en matière de litispendance avec celles relatives aux clauses attributives de juridiction et il est en effet difficile d'admettre que cette solution est protectrice de la sécurité et de la prévisibilité dès lors que la Cour de justice entérine la saisine d'une juridiction en violation de la clause attributive.

<sup>925</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 décembre 2011, n°10-30919, *JCP G* 2012. 241, L. D'AVOUT ; « Crash aérien : les options de compétence de la Convention de Montréal sont des prérogatives propres aux demandeurs » ; *D.* 2012, p. 254, P. DELEBECQUE.

<sup>926</sup> Article 33 : « 1. L'action en responsabilité devra être portée, au choix du demandeur, dans le territoire d'un des États Parties, soit devant le tribunal du domicile du transporteur, du siège principal de son exploitation ou du lieu où il possède un établissement par le soin duquel le contrat a été conclu, soit devant le tribunal du lieu de destination ».

pour rejeter l'existence d'une telle règle permissive à l'égard du juge, dans le système de la Convention, a expressément invoqué l'objectif de prévisibilité. En effet, la Cour énonce qu' : « attendu que l'option de compétence ouverte au demandeur par les textes susvisés s'oppose à ce que le litige soit tranché par une juridiction, également compétente, autre que celle qu'il a choisie ; qu'en effet, cette option, qui a été assortie d'une liste limitative de fors compétents afin de concilier les divers intérêts en présence, implique, *pour satisfaire aux objectifs de prévisibilité, de sécurité et d'uniformisation poursuivis par la Convention de Montréal*, que le demandeur dispose, et lui seul, du choix de décider devant quelle juridiction le litige sera effectivement tranché, sans que puisse lui être opposée une règle de procédure interne aboutissant à contrarier le choix impératif de celui-ci ».

Dans cet arrêt, il est donc expressément affirmé que l'objectif de prévisibilité interdit que l'expression de la volonté des parties soit contrarié par le pouvoir d'appréciation du juge. L'existence de normes permissives à l'égard des juges est donc *a priori* incompatible avec cet objectif de prévisibilité.

*b) Normes permissives et conflit de lois*

**361.** La défiance manifeste en matière de compétence juridictionnelle à l'égard du juge existe tout autant en matière de conflit de lois. De manière générale, il semble préférable que les règles de conflit de lois bilatérales retiennent un facteur de rattachement unique car la règle qui octroierait un large pouvoir d'appréciation au juge « priverait les parties de la source de prévisibilité que devrait constituer la règle de conflit de lois »<sup>927</sup>. L'introduction des clauses d'exception, principale figure des règles permissives en la matière, doit demeurer un correctif exceptionnel au mécanisme objectif que constitue la règle de conflit. La défiance à l'égard des règles permissives s'est pourtant cristallisée dans le débat sur l'opportunité de maintenir ou non les dites clauses, même dans l'hypothèse où il ne serait prévu qu'exceptionnellement d'y recourir. En effet, ces clauses permettent au juge, alors même qu'il existerait une règle objective désignant de manière mécanique la loi applicable au litige, de ne pas appliquer cette loi mais d'en appliquer une autre dont les liens avec le litige seraient nettement plus significatifs. Même si elle est encadrée, une règle de ce type octroie au juge une règle permissive puisqu'il recouvre alors un pouvoir d'appréciation dans la désignation de la loi applicable en fonction des circonstances de l'espèce<sup>928</sup>. Cette clause a toujours été critiquée sur le fondement de l'imprévisibilité qu'elle engendre. Dès lors que les règles de conflit bilatérales sont pour bon nombre d'auteurs un instrument normatif satisfaisant au service de la

<sup>927</sup> P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, p. 169.

<sup>928</sup> V. en ce sens nos développements : *supra* n°252.

prévisibilité des solutions, la mise en œuvre de la clause d'exception viendrait anéantir le système mis en place et porterait directement atteinte aux avantages escomptés.

**362.** On se souvient en effet des critiques adressées à l'encontre de la clause d'exception telle qu'elle existait dans la Convention de Rome. L'alinéa 5 de son article 4 relatif à la loi applicable à défaut de choix disposait en effet que « les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 (de l'article 4) sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays »<sup>929</sup>. Sa condamnation fut quasi unanime tant le risque d'insécurité semblait grand<sup>930</sup>. Pourtant, si la défiance à l'égard de la clause est avérée, le risque de son maintien a été relativisé à plusieurs titres. D'abord, l'insécurité critiquée à l'époque de la Convention de Rome ne provenait pas tant de la clause d'exception que de l'article 4 lui-même. En posant de simples présomptions et en ouvrant la voie à des divergences d'interprétation, la rédaction de l'article dans son ensemble pouvait être source d'insécurité puisque, en l'absence de tout consensus, il pouvait inciter les juges à recourir directement à la présomption de l'article sans vérifier auparavant que l'on se situait effectivement dans le champ de l'exception proprement dit. Le risque n'était pas tant dû à la clause qu'au fait qu'elle n'était pas clairement consacrée à titre d'exception et ménageait aux juges la faculté d'y recourir *ab initio* et non pour corriger une désignation impropre. Mais, outre le fait que cette crainte ne s'est pas véritablement réalisée en pratique puisque sa mise en œuvre par les juges européens est restée exceptionnelle<sup>931</sup>, cet inconvénient a été corrigé par le Règlement Rome I<sup>932</sup>. Ce dernier a rompu avec le mécanisme des présomptions pour établir de véritables règles de conflit objectives prévoyant chacune des rattachements spécifiques. La clause d'exception a été maintenue mais au titre d'une véritable exception strictement encadrée. L'alinéa 3 de l'article 4 dispose : « Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens *manifestement* plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique » (c'est nous qui soulignons). Le nouveau texte a

---

<sup>929</sup> Les paragraphes mentionnés renvoyaient à la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique.

<sup>930</sup> V. déjà sur la volonté d'encadrer sa mise en œuvre : *supra* n°252-254.

<sup>931</sup> V. nos développements et le recensement des arrêts : *supra* n°252-254 et 225-227.

<sup>932</sup> Monsieur P. MAYER a néanmoins formulé des réserves à l'égard de ce nouveau mécanisme et de l'adjonction du terme « manifestement ». Pour lui, quel que soit le libellé de la clause d'exception, le juge aura toujours tendance à « écarter ce qui le gêne et qui est rigide et à dire *dans ce cas précis, voici quels sont en réalité les liens les plus étroits* », ce qui conduit à « mettre par terre les prévisions » des parties. v. les débats qui ont suivi la communication de Monsieur F. FERRARI du 1<sup>er</sup> juin 2007 au comité français de droit international privé : « La loi applicable à défaut de choix par les parties selon l'article 4 de la Proposition de Règlement Rome I », *TCFDIP*, Pédone, 2009, p. 113 et s. et les débats p. 141 et s., spéc. p. 147.

circonscrit la mise en œuvre de la clause à l'hypothèse de liens « manifestement » plus étroits avec le pays en cause. L'ajout de cet adverbe, sur le modèle de la clause d'exception de l'article 4 alinéa 3 du Règlement Rome II, s'explique justement par la crainte de l'atteinte portée à la prévisibilité des solutions. La première version du Règlement Rome I avait d'ailleurs proposé de la supprimer entièrement pour ce même motif de risque d'insécurité. À être trop utilisée, la clause risque en effet de porter atteinte à la prévisibilité que sont censés assurer les rattachements fixes prévus par les autres dispositions du nouvel instrument, à tel point d'ailleurs que la clause avait été radicalement supprimée dans la proposition de règlement Rome I dévoilée en 2005<sup>933</sup>. La suppression de la clause d'exception était perçue comme permettant de renforcer la sécurité juridique. La « clé de voûte » du Règlement étant, pour ses auteurs, la règle permissive à l'égard des parties, les règles applicables à défaut de choix devaient être « les plus précises et prévisibles possibles afin de permettre aux parties de savoir si elles souhaitent ou non exercer cette liberté »<sup>934</sup>. Ce n'est d'ailleurs qu'à titre exceptionnel que la clause d'exception peut mettre en échec la faculté de choix exercée par les parties, puisque cette possibilité est limitée aux contrats de transport.

**363.** Par ailleurs, même chez certains auteurs qui défendent cette clause en invoquant la souplesse qu'elle procure par comparaison à la rigidité proclamée de la règle de conflit classique, il n'est pas dénié qu'elle est source d'insécurité et d'imprévisibilité ; ils rappellent néanmoins que l'exigence de prévisibilité doit être parfois conciliée, voire sacrifiée, à d'autres impératifs<sup>935</sup>.

~

**364.** L'objectif de prévisibilité des solutions, outre qu'il est un objectif fondamental du droit international privé, peut être perçu comme l'objectif premier des normes permissives : elles sont présentées comme le meilleur moyen de l'atteindre. Néanmoins, l'invocation de cet objectif relève parfois davantage d'une posture idéologique que d'une véritable démonstration, notamment parce que la

---

<sup>933</sup> Ce risque ne doit toutefois pas être exagéré : v. le recensement des principaux arrêts : *supra* n°252-254 et 225-227.

<sup>934</sup> Proposition de Règlement du parlement européen et du conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) du 15.12.2005 COM(2005) 650 final, 2005/0261 (COD). Adhérant à l'idée qu'un mauvais usage de la clause d'exception est source d'imprévisibilité, v. notamment D. BUREAU, note sous Com. 25 mars 2014, *JCP G* 2014, p. 619, « Hors du temps, la présente décision augurerait donc assez mal de l'avenir, si elle venait annoncer un usage aussi peu exigeant de la clause d'exception. Au point que la prévisibilité du droit international privé de la responsabilité délictuelle n'en aurait été que très provisoirement assurée ».

<sup>935</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé, richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *op. cit.*

notion même de *prévisibilité* n'est pas évidente à saisir. La proclamation d'un objectif de prévisibilité commande donc, à présent, d'apprécier cet objectif en s'interrogeant sur sa réelle portée.

## **SECTION II**

### **APPRÉCIATION DE L'OBJECTIF DE PRÉVISIBILITÉ**

365. L'appréciation de cet objectif impose de revenir sur la notion, pourtant apparemment connue, de prévisibilité. Généralement appréhendée au singulier, son emploi dans des circonstances extrêmement diverses révèle pourtant, si ce n'est l'existence de plusieurs formes de prévisibilité, du moins différentes acceptions. Le constat de ce caractère équivoque rend la définition de la prévisibilité délicate et explique les hésitations relatives au rôle qu'elle doit jouer lorsqu'elle est érigée à titre d'objectif du droit. Aussi, les incertitudes relatives à la *notion* de prévisibilité nous impose, tout d'abord, de tenter d'en proposer une définition (§I). À la lumière de celle-ci nous pourrons, ensuite, dégager la *fonction* de l'objectif de prévisibilité (§II).

#### **§I – Les incertitudes quant à la notion de prévisibilité**

366. Qu'il s'agisse du droit international privé, du droit privé interne, du droit de l'Union européenne ou encore du droit public, la notion de prévisibilité est omniprésente dans les débats juridiques<sup>936</sup>. Pourtant, ceux-là même qui invoquent cette notion – au soutien d'une solution, de sa critique ou de la formulation d'une nouvelle proposition – s'abstiennent le plus souvent de la définir<sup>937</sup>. Cet évitement fréquent est révélateur tant du truisme qu'elle véhicule que des difficultés inhérentes à son étude. En effet, de nombreuses incertitudes pèsent sur la notion de prévisibilité : incertitudes en raison de l'appréhension théorique protéiforme qui en est faite par la doctrine (A), mais également au regard des différents sens que la notion recouvre en pratique (B). Il nous faudra pourtant arrêter la définition que l'on souhaite retenir dans le cadre de notre étude (C).

---

<sup>936</sup> Pour en attester, on renvoie à la bibliographie générale de la thèse de Monsieur T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Defrénois, tome 35, 2009, préf. L. LEVENEUR et, pour la doctrine européenne, à celle reproduite par G.-P. ROMANO, « Sécurité juridique et CJCE », *in* Colloque « La convention de Lugano : passé, présent et devenir », dir. A. BONOMI, E. CASHIN RITAINE, G.-P. ROMANO, *Actes de la 19<sup>e</sup> Journée de droit international privée du 16 mars 2007 à Lausanne*, Schulthess, 2007, p. 165, note de bas de page n°2.

<sup>937</sup> Pour un tel constat en droit administratif, à propos de la notion de sécurité juridique que l'on tient pour synonyme, v. M. DELAMARRE, « La sécurité juridique et le juge administratif français », *AJDA* 2004, p. 186. Pointant le caractère fuyant de cette notion : v. B. PACTEAU, « La sécurité juridique : un principe qui nous manque ? », *AJDA* 1995, p. 151. L'auteur observe qu' : « à la vérité, la notion de sécurité juridique, quand on l'analyse et qu'on cherche à en exploiter les virtualités, a pour premier et apparent défaut - en tout cas pour handicap - de ne pas constituer une catégorie juridique aux frontières, ni donc aux conséquences, ni aux contours, ni au contenu parfaitement bien délimités ». Voir aussi BATIFFOL, *Philosophie du droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 10<sup>e</sup> éd., 1997, p. 103.

## A – L’appréhension théorique

**367. Pluralité des expressions.** La notion de prévisibilité est évoquée par la doctrine à travers différentes expressions<sup>938</sup>. Il peut être fait référence à la prévisibilité des solutions<sup>939</sup> ou des décisions<sup>940</sup>, à la prévisibilité des règles de droit<sup>941</sup> ou du droit, à la prévisibilité des rattachements ou du droit applicable<sup>942</sup>, voire à la seule prévisibilité sans autre précision<sup>943</sup>. En réalité, chaque auteur utilise souvent plusieurs de ces formules, en fonction de l’objet de son propos, sans qu’une réelle attention ne soit portée à l’expression retenue<sup>944</sup>.

La notion de prévisibilité est souvent assimilée à celle de « sécurité juridique »<sup>945</sup> ; du moins est-elle fréquemment envisagée à travers cette exigence plus

---

<sup>938</sup> Les exemples donnés seront fréquemment empruntés à la doctrine de droit international privé, sans qu’il faille en déduire qu’elle en est la seule source : il ne s’agit que d’un choix de notre part et les mêmes considérations peuvent être formulées à partir de la doctrine de droit privé interne.

<sup>939</sup> V. par exemple : P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques », *op. cit.*, n°82 p. 96.

<sup>940</sup> V. par exemple : E. SZÁSZY, « L’évolution des principes généraux du droit international privé dans les démocraties populaires », *Rev. crit. DIP*, 1963, p. 37. L’auteur énonce à propos du conflit de lois que « la tendance caractéristique est à l’utilisation de règles de rattachement précises ... et les formes anciennes de rattachement qui assurent la prévisibilité des décisions » (spéc. p. 105) ; cité par B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d’universalité », *RCADI* 2003, tome 305, note n°86 p. 48.

<sup>941</sup> V. par exemple : H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé, richesses et faiblesses (le funambule et l’arc-en-ciel) », *RCADI* 2005, tome 312, n°321 p. 299.

<sup>942</sup> V. par exemple : B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d’universalité », *op. cit.*, n°300 p. 300.

<sup>943</sup> V. par exemple : P. LAGARDE qui évoque le « besoin de prévisibilité » (« Le principe de proximité », *RCADI* 1987, tome 196, n°109 p. 116) ou P. MAYER pointant « l’absence très grave de prévisibilité » (« Le phénomène de la coordination des ordres juridiques », *op. cit.*, n°145 p. 158).

<sup>944</sup> V. notamment B. AUDIT qui évoque tour à tour dans son cours à l’Académie de La Haye la prévisibilité du droit, de la règle, des solutions ou encore du rattachement (« Le droit international privé en quête d’universalité », *op. cit.*).

<sup>945</sup> Dans son cours à l’Académie de La Haye, Monsieur P. LAGARDE évoque ainsi indistinctement le « besoin de prévisibilité » et le « besoin de sécurité ». L’auteur énonce que « le besoin de prévisibilité est prioritaire dans tous les cas où les sujets de droit doivent faire une anticipation sur l’avenir avant de prendre des dispositions qui produiront ou continueront à produire leurs effets dans une période de temps éloignée. Les sujets de droit ont un besoin absolu de savoir à l’avance le droit qui régira ces dispositions, surtout lorsque leur situation est pluri localisée et que les raisons de douter sont particulièrement grandes », v « Le principe de proximité », *op. cit.*, spéc. n°109 p. 116. Si l’auteur invoque un besoin de prévisibilité particulièrement impérieux dans certains domaines du droit international privé, il ne définit pas expressément le contenu de ce besoin. L’auteur semble comprendre cette notion comme la connaissance anticipée par les individus de la loi qui régira leur situation juridique, afin d’y adapter leurs comportements. Cette optique implique que les parties se réfèrent à ces règles avant d’entreprendre une action donnée ou d’adopter un comportement ; elle renvoie à l’idée du respect des prévisions des parties – les parties doivent connaître à l’avance les règles de conduite à adopter pour pouvoir ensuite s’y conformer, ce qui nécessite par la suite que le droit respecte effectivement ces prévisions. Mais, en réalité, cette autre expression n’est pas plus éclairante car le respect des prévisions légitimes peut se concevoir de deux manières différentes : soit de manière concrète – quel a été réellement l’objet de la prévision des parties dans des circonstances particulières ? – ce qui impose de faire une appréciation au cas par cas – ou de manière abstraite – quelle peut être la prévision raisonnable que pourraient faire des parties dans une situation similaire ?



générale, dont elle serait une composante essentielle, voire la principale, ce qui explique que l'on tienne *a priori* ces termes pour synonymes<sup>946</sup>. Par ailleurs, plusieurs autres formules semblent exprimer une préoccupation identique : tel est le cas de l'idée de « respect des prévisions des parties »<sup>947</sup>, de « respect des prévisions légitimes » ou des « attentes légitimes », voire du « principe de confiance légitime »<sup>948</sup>. Il n'est pas question ici d'affirmer la parfaite équivalence de l'ensemble de ces expressions<sup>949</sup>, mais on ne peut nier la préoccupation commune qu'elles expriment<sup>950</sup>, à savoir que les règles de droit n'ont pas pour vocation de surprendre les sujets auxquels elles s'adressent<sup>951</sup>.

---

<sup>946</sup> Telle est notamment la position d'une thèse consacrée à la notion de sécurité juridique : v. T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Defrénois, tome 35, 2009, préf. L. LEVENEUR. L'auteur, qui commence par élaborer une définition, rappelle que la notion de sécurité juridique recouvre traditionnellement trois impératifs distincts qui constitueraient des sous-exigences de celle de sécurité juridique : l'accessibilité du droit, la stabilité du droit et la prévisibilité du droit. A partir de ces trois impératifs, il démontre assez rapidement et de manière convaincante que la valeur essentielle, non réductrice à l'une des deux autres, réside dans la prévisibilité qui constitue « l'essence de la sécurité juridique » (v. spéc. p.49). La systématisation de la notion de sécurité juridique est alors articulée autour de celle de prévisibilité. Aussi, même si nous emploierons à titre principal le terme *prévisibilité*, nous nous référerons de manière indistincte à la littérature sur la notion de sécurité juridique.

<sup>947</sup> V. par exemple, P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques », *op. cit.*, n°154 p. 168.

<sup>948</sup> Cette expression est plus souvent utilisée dans le cadre du droit de l'Union européenne. Sur cette notion, v. S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Nouvelle bibliothèque de thèse, Dalloz, 2001.

<sup>949</sup> V. par exemple : S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Nouvelle bibliothèque de thèse, Dalloz, 2001. Si l'auteur rattache le principe de confiance légitime au principe plus général de sécurité juridique, son analyse est triplement subjective puisque, pour décider de l'existence ou non d'une atteinte à ce principe, il faut commencer par « analyser le comportement de l'autorité qui a suscité les attentes », puis « reconstituer l'état d'esprit de la personne confiante » et ensuite, il appartient au juge d'apprécier l'existence d'une « base de confiance », le cas échéant décider si elle est légitime et « dans l'affirmative, selon quel mode de protection », v. p. 31, p. 159 et p. 163. Selon cet auteur, le droit de l'Union opérerait une distinction entre le principe de *confiance légitime* qui vise la situation concrète des intéressés et le principe de *sécurité juridique* qui sous-entendrait l'adoption d'un point de vue abstrait.

<sup>950</sup> L'exigence de prévisibilité et de sécurité juridique est en effet unanimement partagée, que ce soit en droit international privé ou en droit interne. V. ainsi : J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1992, 7<sup>e</sup> édition : « il est une valeur que les théoriciens du Droit [...] regardent comme fondamentale : c'est la sécurité juridique. Ils la placent avant la justice même, et avant le progrès : c'est elle qu'il convient de sacrifier en dernier lieu, parce qu'elle conditionne les deux autres [...]. C'est le besoin juridique élémentaire et, si l'on ose dire, animal ». Plus spécialement en droit international privé, H. E. YNTEMA, dans un article portant sur « Les objectifs du droit international privé » (*Rev. crit. DIP*, 1959, p. 1-29), affirme que « la première des fins du droit des conflits, comme du droit tout court, est d'introduire l'ordre, ou du moins ce minimum d'ordre qui est nécessaire si on ne veut indûment sacrifier ou affecter de discriminer des valeurs humaines fondamentales » et il en déduit que « le besoin de satisfaire l'attente raisonnable des parties appelle un certain degré de prévisibilité dans le jugement des cas de conflit et cela dans l'intérêt de la sécurité » (spéc. p. 20).

<sup>951</sup> V. de manière assez révélatrice la définition retenue par G. CORNU de la sécurité : « Dans un sens abstrait, toute garantie, tout système juridique de protection tendant à assurer, *sans surprise*, la bonne exécution des obligations, à exclure ou au moins réduire l'incertitude dans la réalisation du droit. Exemple sécurité des transactions, sécurité du crédit » (*Vocabulaire juridique, op. cit.*, PUF, coll. Quadrige). Malgré son caractère imagé, l'expression « sans surprise » nous semble la plus à même de définir ce que cette exigence de prévisibilité recouvre.

S'il n'est jamais contesté que la prévisibilité soit essentielle pour l'organisation de toute société, l'appréhension de la notion n'est donc pas aisée, bien qu'elle soit porteuse d'une intuition fédératrice et incontestée. Les auteurs qui se sont directement intéressés à l'une de ces expressions ont pu constater la complexité d'une entreprise de définition qui débouche souvent sur la déclinaison de la notion sous de multiples formes, à travers des sous-distinctions. Aussi, la pluralité des expressions pourrait être principalement le signe d'une pluralité sémantique : une même notion – la prévisibilité – renverrait à des problématiques différentes<sup>952</sup> et *a fortiori* à des prévisibilités<sup>953</sup>.

**368.** En définitive, quelle que soit l'appellation générique retenue, la notion de prévisibilité est fréquemment appréhendée à travers ses différents aspects ou ses différentes composantes dans la doctrine. L'étude de deux exemples illustrant ce constat confirme cette vision protéiforme. Des distinctions sont notamment effectuées en fonction du moment où l'on se situe (1) ou du point de vue adopté (2).

### 1) Temps et prévisibilité

**369.** Pour certains, la notion de prévisibilité ne recouvre pas le même contenu selon le moment où l'on se situe. Si M. ROMANO retient le procès comme donnée chronologique que l'on situe par rapport aux prévisions, M. REMY retient la norme.

**370. Les différents aspects de la prévisibilité chez G.-P. ROMANO.** Sous couvert d'un raisonnement en termes de sécurité juridique, la prévisibilité a été décrite sous une forme pluri-sémantique par un auteur souhaitant analyser la jurisprudence de la Cour de justice. À l'occasion d'une étude sur la Convention de Lugano et le système de la Convention de Bruxelles, G.-P. ROMANO s'est en effet

---

<sup>952</sup> Par exemple, à l'occasion de la distinction entre les effets de l'apparence et le « principe du respect des prévisions légitimes », Madame M.-N. JOBARD-BACHELLIER évoque les différentes acceptions de ce principe qui varieraient selon les auteurs. D'après elle, « la plupart font coïncider, de façon inéluctable, les prévisions des parties avec la loi du lieu où la situation a pris naissance. Ce faisant, ces auteurs n'apparaissent pas tant préoccupés de savoir quelles ont été concrètement les prévisions des parties dans des circonstances données que de trouver le rattachement qui, par son caractère raisonnable, doit pouvoir correspondre, au moins dans la majorité des cas aux prévisions des parties ». Elle souligne que si certains comprennent cette expression comme une appréciation *in concreto* des prévisions des parties, les autres au contraire retiennent une appréciation *in abstracto* de ces prévisions. V. *L'apparence en droit international privé: Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, coll. Bibliothèque de droit privé, tome X, LGDJ, 1984, n°130, p. 93-94. V. également : P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973, n°209 p. 157 et n°212 p. 161.

<sup>953</sup> V. en ce sens B. REMY, « Les notions de prévisibilité et le conflit de lois : Qui de la poule ? qui de l'œuf ? », *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 761.

intéressé à cette question à travers la jurisprudence de la Cour de justice<sup>954</sup>. Afin de montrer que cette notion était, à ses yeux, mal utilisée par la Cour de justice, il s'est attelé dans un premier temps à la définition de la notion de sécurité juridique.

Celle-ci n'est pas appréhendée de manière univoque puisque l'auteur distingue différents stades d'une relation juridique : le moment de sa création, celui de son éventuelle judiciarisation et enfin, le cas échéant, de son dénouement judiciaire. Correspondant à chacune de ces phases, la sécurité est tour à tour une sécurité *préjudiciaire*, une sécurité *procédurale* ou une sécurité *postjudiciaire*. Pour l'auteur, ces différentes formes de sécurité juridique ne présentent pas la même architecture : les sécurités préjudiciaire et postjudiciaire sont forcément substantielles et concernent les parties à la relation juridique en cause ; au contraire, la sécurité procédurale – c'est-à-dire celle intervenant lors du procès – ne vise que les règles procédurales et inclut une troisième partie dans la relation, à savoir le juge. Outre des contenus distincts, la sécurité juridique ne revêtirait pas, selon lui, la même importance à chacun des stades. Une attention toute particulière est portée à la sécurité juridique préjudiciaire puisqu'elle est ce que « vise au premier chef tout ordre juridique soucieux de la sécurité de son droit ». Elle signifie « assurer aux membres de la société dont il a la charge (...) la connaissance préjudiciaire, c'est-à-dire antérieure à toute « judiciarisation » et indépendante de celle-ci, de la teneur et de l'étendue des droits et obligations qui en découlent »<sup>955</sup>. Il précise ensuite que cette connaissance passe tant par la connaissance du contenu matériel de la relation que par la possibilité éventuelle – et à ce stade virtuelle – de la saisine d'un juge qui serait ensuite compétent pour trancher le litige. Le cocontractant qui s'engage à titre de caution solidaire d'un tiers doit savoir *a priori* – au moment où il signe le contrat de cautionnement et alors même qu'il n'y aurait jamais aucun recours contre lui – quelles seront les modalités d'action du créancier à son égard et quels recours il sera ensuite en droit d'exercer contre le tiers.

Cette forme de sécurité juridique, qui a une valeur primordiale aux yeux de l'auteur, est étroitement associée à la notion de prévisibilité<sup>956</sup> : la prévisibilité des solutions permet aux parties de connaître *a priori* l'étendue de leurs droits et obligations et de former des prévisions à partir de la connaissance rationnelle qu'elles ont. À ce stade, il n'est aucunement question du juge qui n'a aucun titre à intervenir. Dans la plupart des cas, cette connaissance préjudiciaire est en soi suffisante puisqu'elle permettra d'encadrer au mieux la relation juridique sans qu'il soit besoin de saisir un juge. Évidemment, certaines situations ne pourront se passer

---

<sup>954</sup> G.-P. ROMANO, « Sécurité juridique et CJCE », in Colloque « La convention de Lugano : passé, présent et devenir », dir. A. BONOMI, E. CASHIN RITAINE, G.-P. ROMANO, *Actes de la 19<sup>e</sup> Journée de droit international privée du 16 mars 2007 à Lausanne*, Schulthess, 2007, p. 165.

<sup>955</sup> *Ibid.*

<sup>956</sup> G.-P. ROMANO, « Sécurité juridique et CJCE », art. préc., p. 168.

de ce dernier : tel sera le cas par exemple en France en matière de divorce étant donné que la dissolution du mariage n'est possible que si elle a été prononcée par un juge. Mais dans d'autres cas nombreux (en matière de contrat, délit, succession...), il est possible que la relation juridique trouve son aboutissement en dehors de tout contentieux.

S'il ne nous semble pas utile de reprendre intégralement les catégories et sous-catégories systématisées par l'auteur, son analyse permet de mettre en avant un élément essentiel en matière de prévisibilité : cette exigence ne doit pas être appréhendée de manière uniforme selon le moment où l'on se situe et ne serait jamais aussi primordiale qu'en amont du litige.

**371. Les différentes notions de prévisibilité chez B. REMY.** Dans une étude sur les notions de prévisibilité dans le conflit de lois<sup>957</sup>, M. REMY part de l'opposition apparente entre les auteurs qui récusent la clause d'exception en matière contractuelle en raison de l'imprévisibilité qu'elle engendre pour les parties et ceux qui, au contraire, défendent sa promotion, comme mécanisme dérivé du principe de proximité, au nom du respect des prévisions de ces mêmes parties<sup>958</sup>. Sans chercher à arbitrer entre ces deux conceptions *a priori* inconciliables, l'auteur surmonte cette apparente contradiction en énonçant que « le terme de *prévisibilité* dans la bouche de Pierre Mayer ne désigne pas le même phénomène que celui évoqué sous la plume de Paul Lagarde » et qu'« il n'y aurait pas un, mais deux types de prévisions des parties susceptibles d'être prises en compte lors de l'élaboration des règles de droit international privé ».

En effet, pour l'auteur, selon que l'on considère la règle de droit comme étant première dans le raisonnement – c'est-à-dire existant avant l'élaboration de prévisions par les parties qui tiendront compte de la teneur de la règle – ou au contraire comme intervenant en second – c'est-à-dire lorsque le législateur élabore la règle de droit en contemplation de ce que peuvent être les prévisions des parties qui préexistent à toute règle de droit –, la notion de prévisibilité ne sera pas la même<sup>959</sup>.

<sup>957</sup> V. B. REMY, « Des notions de prévisibilité en matière de conflit de lois : qui de la poule ? Qui de l'œuf ? », *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, Lextenso, 2015, p. 761.

<sup>958</sup> En l'occurrence, il s'agissait d'une contradiction apparente entre les discours de MM. LAGARDE et MAYER. L'auteur énonce que : « Pierre Mayer avait souligné le rôle essentiel que joue la prévisibilité en matière contractuelle avant de mettre en garde contre la nuisance que pouvait constituer, au regard de cette préoccupation, la clause d'exception prévue à l'article 4.3. Une telle réserve à l'endroit de la clause d'exception apparaît pour le moins paradoxale dès lors que celle-ci est présentée par l'un de ses principaux promoteurs comme un instrument dérivant du principe de proximité, dont l'une des principales vertus serait d'assurer, parmi d'autres objectifs, le « respect des attentes légitimes des parties ». Comment comprendre alors qu'un mécanisme au service du respect des attentes légitimes des parties puisse menacer leurs prévisions ? » (B. REMY, « Des notions de prévisibilité en matière de conflit de lois », art. préc.).

<sup>959</sup> B. REMY, « Des notions de prévisibilité en matière de conflit de lois », art. préc. Pour l'auteur, dans le cadre de la prévisibilité « post-normative », « la règle de droit est chronologiquement première et les prévisions des justiciables sont secondes. La prévisibilité ainsi entendue suppose que les justiciables, dès lors

Dans un cas, la prévisibilité implique que les parties pourront, une fois connue la règle de droit, « 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 ». L'auteur parle alors de prévisibilité « post-normative ». Dans l'autre cas, la prévisibilité 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. » L'auteur qualifie cette prévisibilité d'« ante-normative »<sup>960</sup>. Par la suite, son propos vise à démontrer que c'est la prévisibilité « ante-normative » qui doit avant tout guider l'auteur de la norme dans l'élaboration des règles de conflit et que sa prise en compte à ce stade permet d'aboutir à des solutions respectueuses de « l'exigence de prévisibilité post-normative ». Une fois encore, il ressort de cette analyse que, derrière un même mot, il existe bien *des* notions de prévisibilités.

**372.** Par conséquent, pour les deux auteurs précités qui se sont intéressés à cette problématique, les enjeux essentiels en termes de prévisibilité se manifesteraient en dehors de toute intervention du juge. Pourtant, l'impératif de prévisibilité est fréquemment invoqué au stade du procès, pour motiver l'exclusion de règles permissives à l'égard du juge ou encore pour justifier l'adoption d'une solution plutôt qu'une autre. Pour Monsieur ROMANO, l'impératif de prévisibilité est moins primordial à ce stade et l'on pressent, dès à présent, la véracité de ce jugement, que l'étude de la notion en pratique va confirmer<sup>961</sup>. Avant cela, il faut signaler que si la

---

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. » Au contraire, pour la prévisibilité « ante-normative », « 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. Ce serait ainsi, par exemple, parce qu'il est probable que les justiciables estiment que c'est la loi du lieu de situation de la chose qui détermine les prérogatives qu'ils sont susceptibles d'avoir sur cette chose qu'il est judicieux que la règle de conflit relative aux droits réels retienne le lieu de situation du bien comme critère de rattachement ».

<sup>960</sup> Pour illustrer la distinction entre les deux types de prévisibilité, nous reprendrons un exemple de l'auteur : « Une règle, qui disposerait qu'en matière contractuelle est applicable la loi de la nationalité de la grand-mère paternelle du contractant dont le nom arrive en premier dans l'ordre alphabétique, satisferait parfaitement aux exigences de la prévisibilité « post-normative », sans répondre à celles de la prévisibilité « ante-normative ». En effet, l'un quelconque des cocontractants qui tenterait de prendre connaissance de la règle de conflit de lois en matière contractuelle pourrait facilement déterminer la loi applicable. Il est, en revanche, douteux qu'une telle règle de conflit de lois permette de désigner la loi dont les parties contractantes pouvaient raisonnablement prévoir l'application lorsqu'elles ont contracté. Ces deux types de prévisions – « ante-normatives » et « post-normatives » – correspondent donc bien à deux types de considérations différentes que l'auteur des règles de droit international privé peut prendre en compte ».

<sup>961</sup> V. *infra* n°401-402.

temporalité est un facteur d'appréciation important de la notion de prévisibilité, les variations de point de vue le sont tout autant.

## 2) Focalisation et prévisibilité

**373.** Le terme focalisation appartient au lexique de la photographie. Il indique que l'image est nette à une certaine distance de l'objectif. Dans l'analyse littéraire, le mot renvoie à la distance par rapport à laquelle l'histoire est abordée<sup>962</sup>, l'étude d'un récit imposant de se demander à partir de quel personnage découle la narration. Il s'agit de se poser la question : qui voit les événements ? Sous quel angle la situation est-elle appréhendée ? En d'autres termes, de s'interroger sur le point de vue adopté. Traditionnellement, on distingue trois types de focalisation : la focalisation externe, la focalisation interne et la focalisation zéro. La focalisation externe est considérée comme la plus objective et la plus neutre : les personnages sont saisis de l'extérieur sans qu'on sache ce qu'ils pensent, ce qu'ils éprouvent. Cette technique, qui évacue la psychologie, est fortement influencée par la technique cinématographique. La focalisation interne permet au contraire d'épouser pleinement le point de vue d'un personnage : le monde est perçu à travers ses yeux et ses sensations. Narration subjective, le lecteur n'a accès qu'à la perception, par définition partielle et partielle, des personnages. Quant à la focalisation zéro, elle signifie à proprement parler une absence de focalisation : le narrateur est omniscient ; sa perception est illimitée, il sait tout (des personnages, de leur passé, de leurs sentiments). Il adopte un point de vue supérieur et surplombant, comparé à la « vision de Dieu ».

**374.** S'agissant de la prévisibilité, la question de la « focalisation » est essentielle car selon le point de vue adopté, les enjeux seront profondément différents. En effet, la prévisibilité peut être appréhendée par une focalisation interne : interne à une partie, au juge ou au législateur. En réalité, savoir ce qu'a pensé le juge dans son for intérieur quant à la prévision du droit applicable n'est pas en soi une donnée pertinente. Il en est de même pour le législateur : sa volonté doit être suffisamment extériorisée pour qu'on ne soit pas, en principe, tenu de rechercher sa volonté secrète. En revanche, la notion de focalisation interne se conçoit à l'égard des parties, il peut être judicieux de s'interroger sur ce qu'une partie a réellement anticipé dans une situation particulière donnée.

La vision qui serait celle du juge peut être rapprochée de la focalisation externe : il est étranger à la situation et tâche de déterminer quelle était la loi applicable au regard des éléments dont il dispose et qui lui sont forcément extérieurs, en demandant au besoin aux parties de l'éclairer. Mais il ne pourra s'en tenir qu'à ce que les parties ont bien voulu extérioriser sauf à imaginer une volonté qui ne pourrait être qu'hypothétique.

---

<sup>962</sup> V. G. GENETTE, *Figures III*, « Discours du récit », Editions du Seuil, « Poétique », 1972.

Quant à la focalisation zéro, on pourrait la mettre en parallèle avec le point de vue du législateur. En réalité, la comparaison ne peut être rigoureuse dans cette hypothèse car le législateur n'est pas *concrètement* omniscient : il ne peut l'être que de manière abstraite, dans la mesure où il pourrait déterminer *abstraitement* ce que des parties raisonnables auraient pu prévoir dans un cas donné.

Bien que cette analogie révèle rapidement ses limites, elle permet de rappeler que la notion de prévisibilité peut véhiculer des conceptions très différentes : la réalité perçue par une partie au contrat ne sera probablement pas la même que celle perçue par le juge au vu des éléments dont il dispose, ni que celle que le législateur a pu imaginer de manière abstraite lorsqu'il a élaboré la règle qui doit être appliquée. Est-il alors raisonnable de présumer que ces trois perceptions de la réalité sont identiques et qu'elles appellent les mêmes implications ? Une réponse négative semble s'imposer. Elle est confortée par une perception différenciée opérée par de nombreux auteurs, qui distinguent par exemple sécurité *objective* et sécurité *subjective* ou encore qui appréhendent la prévisibilité à travers deux prismes différents, une échelle *micro-juridique* et une échelle *macro-juridique*.

**375. Sécurité juridique objective et sécurité juridique subjective.** Plusieurs auteurs qui se sont intéressés à la notion de sécurité juridique et de prévisibilité ont voulu distinguer sécurité objective et sécurité subjective. Ces deux notions appellent chacune une perception différente. La première fait référence à la sécurité juridique qui existe réellement à un moment donné dans un ordre juridique donné ; la seconde désigne celle qui existerait dans l'esprit des individus « qu'elle corresponde ou non à la réalité », elle renvoie par conséquent à la part de « psychologie et d'angoisse » de chacun<sup>963</sup>. La sécurité objective est donc celle qui existe en tant que telle au niveau général, c'est-à-dire en adoptant un point de vue abstrait. Au contraire, la sécurité juridique subjective, celle qui est « ressentie » par les individus, adopte un point de vue concret<sup>964</sup>. D'autres auteurs, pour évoquer la dualité d'appréhension du phénomène, opposent la sécurité « macro-juridique » à la sécurité « micro-juridique » : tandis que la première est celle qui existe de manière générale dans un ordre juridique et vise « l'objectivité normative », la seconde est celle qui est vécue de manière concrète par les citoyens dont l'intérêt concret est en cause<sup>965</sup>. S'il est toujours question d'appréhender le même phénomène – la sécurité juridique et à travers elle la prévisibilité –, la perspective adoptée révèle des vérités extrêmement

<sup>963</sup> T. PIAZZON, *La sécurité juridique, op. cit.*, n°26, p. 38.

<sup>964</sup> T. PIAZZON, *La sécurité juridique, op. cit.*, n°59 p. 79 : « L'accent est mis sur la qualité, la cohérence, l'ordre de notre système juridique globalement et abstraitement envisagé ».

<sup>965</sup> V. par exemple S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français, op. cit.*

différentes, à l'image d'évènements identiques mais racontés par un mode de narration ou par un autre – focalisation interne ou focalisation zéro.

L'adoption d'un point de vue – celui d'une partie – plutôt qu'un autre – celui du législateur ou du juge – entraîne d'importantes conséquences. Un auteur qui s'est intéressé à la notion de sécurité juridique a ainsi montré que, si les sources d'insécurité sont souvent identiques, les remèdes y afférents sont en revanche très différents<sup>966</sup>. Tout effort de préservation de la sécurité juridique objective appellerait des solutions rigoureuses, tandis que la défense de la sécurité juridique subjective entraîne une casuistique de la part du juge et le ménagement de souplesse. En effet, tenter de déterminer ce que l'individu a réellement voulu, même s'il ne l'a pas ou mal exprimé, c'est sonder le for intérieur des intéressés et retenir des solutions adaptées à chacune des situations personnelles. Or cette recherche nécessite un large pouvoir d'intervention du juge, pouvoir qui lui est parallèlement refusé au nom de la prévisibilité, puisque la défaveur à l'égard des normes permissives en droit international privé est patente<sup>967</sup>. Pour notre part, si nous ne souscrivons pas à l'idée que les normes permissives à l'égard du juge sont sources d'insécurité<sup>968</sup>, on ne peut

<sup>966</sup> Il est intéressant de faire un détour par la définition proposée par T. PIAZZON dans le cadre de sa thèse sur *La sécurité juridique*. L'auteur définit la sécurité juridique – dont la prévisibilité serait la composante essentielle – comme « l'idéal de fiabilité d'un droit accessible et compréhensible, qui permet aux sujets de droit de prévoir raisonnablement les conséquences juridiques de leurs actes ou comportements, et qui respecte les prévisions légitimes déjà bâties par les sujets de droit dont il favorise la réalisation » (*op. cit.*, n°48 p. 62). De cette définition, il tire deux facettes qui nous permettent de conforter le diagnostic d'ambivalence de la notion. D'une part, la sécurité juridique implique que le droit soit suffisamment accessible pour que les justiciables puissent bâtir des prévisions. La sécurité *et a fortiori* la prévisibilité sont alors appréciées à un stade précontentieux, en amont de tout litige qui n'est au demeurant qu'hypothétique. D'autre part, la sécurité juridique implique également que le droit respecte les prévisions qui ont été élaborées par les justiciables. Le paradigme de la prévisibilité change alors radicalement puisque l'on ne se situe plus en amont du procès mais bien dans un cadre contentieux, où il appartient au juge de respecter et de faire respecter ces prévisions. La prévisibilité n'est plus appréhendée à l'aune des seuls justiciables puisque le juge fait partie intégrante de ce nouveau paradigme, voire en est l'élément moteur. Si l'on approuve la dualité des situations décrites, elles ne nous semblent pas pouvoir être mises sur un pied d'égalité dans le cadre d'une définition. En effet, si la première composante de la définition nous semble effectivement pertinente, la seconde nous laisse davantage dubitative. Non pas parce que cette conception serait fautive mais parce qu'elle engendre des solutions contradictoires. Reprenons les deux composantes de la définition. La possibilité de bâtir des prévisions renvoie à une exigence générale relative à la règle de droit : le législateur se doit de « bannir toute incohérence, se garder de consacrer des solutions floues ou mal assises » et par conséquent « privilégier certaines solutions techniques particulières » (T. PIAZZON, *op. cit.*, n°32, p. 45). Dans cette acception, la sécurité juridique dépasse le simple respect des prévisions des parties (v. en ce sens : Y.-M. LATHIER, « Le droit comparé et l'efficacité économique », in *L'efficacité économique en droit*, *op. cit.*, p. 49 : « il est réducteur et même impossible de ramener la sécurité juridique au respect des prévisions des parties », cité par T. PIAZZON, *op. cit.*, n°78 p. 110). La sécurité juridique dite subjective s'apprécie au contraire de manière concrète : « la sécurité juridique n'est plus considérée comme une qualité en soi du système juridique ou du droit objectif, mais comme un droit individuel concret au profit des individus ». La sécurité présenterait alors « les allures d'un hypothétique *droit à la sécurité juridique* » et l'on peut, dans cette optique, la rapprocher du principe de protection des attentes légitimes « au contraire tournée vers la satisfaction des intérêts et des attentes des sujets de droit » (spéc. n°63, p. 84).

<sup>967</sup> V. en ce sens : T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, n°65 p. 86 : « la sécurité juridique subjective entraîne une dispersion des solutions juridiques qui est préjudiciable à l'ordre, la cohérence et la prévisibilité du droit », elle est « source de dispersions des solutions ».

<sup>968</sup> V. *supra* n°356 et s.



qu'admettre que la recherche divinatoire d'une volonté hypothétique des parties l'est nécessairement.

**376.** Par conséquent, il faudrait comprendre qu'une même notion peut viser, d'une part, la prévisibilité entendue de manière abstraite, comme caractère que doivent revêtir les règles de droit qui devraient permettre aux justiciables de former des pronostics ayant de bonnes chances de se réaliser et, d'autre part, la prévisibilité entendue de manière concrète comme une prétention légitime des individus à voir leur prévisions respectées – ce qui implique de les avoir préalablement identifiées. Dans un cas on pourrait parler d'une focalisation interne, dans l'autre d'une absence de focalisation puisque le point de vue adopté est abstrait. La distinction entre les deux notions est essentielle en ce qu'elle renvoie à l'adoption de solutions parfois contraires. Avant de tirer les enseignements, au stade de l'implication d'un tel objectif, du caractère ambivalent de la prévisibilité, il peut être observé que l'utilisation de la notion en pratique révèle les mêmes contradictions.

## **B – L'appréhension en pratique**

**377.** En pratique, la notion de prévisibilité est sollicitée dans deux hypothèses principales : en matière de légistique (1), mais également au stade du procès (2). Là encore, il n'est pas certain, à travers ces deux problématiques, que le sens attribué à la notion dans ces différentes circonstances soit similaire.

### **1) Prévisibilité et légistique**

**378.** Face au phénomène dit de « déclin du droit » ou de « crise » de la loi, les réflexions sur les causes ou les remèdes à y apporter ont pris une importance telle que le terme « légistique » a été forgé pour désigner cette préoccupation, sans que celle-ci ne soit pour autant nouvelle<sup>99</sup>. La légistique est ainsi la discipline qui se donne pour objet d'améliorer la qualité de la loi ou de tout type de réglementation

---

<sup>99</sup> Pour ce qui est de la préoccupation institutionnelle de la qualité de la loi, v. les références données par V. MARINESE, *L'idéal législatif du conseil constitutionnel. Étude sur les qualités de la loi*, thèse dacty., Paris X, 2007. L'auteur illustre ce constat en faisant notamment référence aux « déclarations publiques de Jean-Louis DEBRÉ (Entretien avec M.J.-L. Debré, Président de l'Assemblée nationale, Le Monde, 22 juin 2004) et de Pierre MAZEAUD (Vœux adressés au Président de la République en 2005, disponible sur le site du Conseil constitutionnel : [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)) mais aussi les rapports publics du Conseil d'État pour 1991 et 2006. Rapport public 1991, "De la sécurité juridique", EDCE, n°43, La documentation française, 1992. Rapport public 2006, "Sécurité juridique et complexité du droit", EDCE, n°57, La documentation française, 2006. Dans ce dernier rapport, Nicolas Molfessis procède au recensement de différentes déclarations de personnalités publiques relatives à la crise de la loi. Voir, N.MOLFESSIS, "Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même", *ibid.*, p.399, note 1 » ; ces références sont citées dans l'introduction de sa thèse, note 1, p. 10.

en proposant à leurs auteurs des préceptes, des recommandations. Elle est définie comme l'art de rédiger le droit ou de « faire des lois »<sup>970</sup>.

Dans ces discours, chacun n'a de cesse d'invoquer l'importance de la prévisibilité, qui serait donc une qualité essentielle de la règle. En matière de légistique, l'exigence de prévisibilité s'adresse à l'auteur de la règle de droit qui doit en tenir compte dans l'élaboration de la règle et spécialement dans son énonciation. Néanmoins, cette exigence de prévisibilité de la règle de droit renvoie à deux exigences distinctes, même si elles sont liées<sup>971</sup>. Il peut s'agir d'une qualité *formelle* de la loi ou d'une qualité *matérielle*. La première désigne l'habillage de la règle tandis que la seconde fait référence à son contenu. Or dans les ouvrages consacrés à la question, la prévisibilité est souvent mentionnée dans un sens formel, notamment dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel<sup>972</sup>. Elle est alors relative au caractère accessible, clair et intelligible de la loi. Parallèlement, la prévisibilité peut également être rattachée au contenu des règles de droit en ce que les solutions techniques que celles-ci consacrent aideraient à les rendre prévisibles. Il est alors question des dispositions relatives à l'application de la loi dans le temps, à la théorie des droits acquis *etc.*...

**379.** L'idée que cet impératif de prévisibilité s'impose à l'auteur de la règle nous semble, au-delà des discussions doctrinales évoquées dans le paragraphe précédent, un élément essentiel et une considération dont le législateur peut utilement se servir à titre de guide dans l'élaboration de la loi<sup>973</sup>. Tel ne semble pas forcément le cas au stade du procès, où le rôle de l'exigence de prévisibilité n'est pas évident à déterminer.

---

<sup>970</sup> V. « la légistique ou l'art de rédiger le droit », Courrier juridique des finances et de l'industrie, numéro spécial, juin 2008, La documentation française, disponible en ligne à l'adresse suivante :

[http://www.economie.gouv.fr/files/directions\\_services/daj/cjfi/2008/cjfi-special-legistique.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/cjfi/2008/cjfi-special-legistique.pdf)

L'expression est notamment utilisée par CAPITANT qui constatait que « l'art de faire les lois est en pleine décadence » (v. « Comment on fait les lois aujourd'hui », *RPP*, vol. 91, 1917, p. 305.) Dans le même sens, v. CARBONNIER, « Tendances actuelles de l'art législatif en France », in *Legal Science Today*, 1978, Uppsala, p. 23 et s. ; D. REMY, *Légistique. L'art de faire les lois*, Paris, Romillat, 1994 et D. BUREAU, « L'art législatif sur le vif », *D.* 1997, p. 73.

<sup>971</sup> V. thèse de V. MARINESE, *L'idéal législatif du conseil constitutionnel. Étude sur les qualités de la loi*, thèse dacty., Paris X, 2007.

<sup>972</sup> V. en ce sens : *ibid.*

<sup>973</sup> V. en ce sens : B. PACTEAU, « La sécurité juridique : un principe qui nous manque ? » *AJDA* 1995, p. 151 : « Une grande partie des souhaits qu'on peut formuler s'adressent en réalité à l'auteur des règles de droit. Certainement, il faut que le droit soit plus stable et mieux formulé. C'est là une grande responsabilité du législateur et des administrateurs. La jurisprudence elle-même a cependant aussi son rôle à jouer au service d'une meilleure sécurité juridique. Le juge ne peut oublier sa contribution à la définition et détermination du droit applicable ».

## 2) Prévisibilité et procès

**380.** En raison des problématiques différentes auxquelles elle renvoie, il est difficile de saisir quel peut être le rôle de la prévisibilité au stade du procès. L'invocation de cette notion peut s'avérer hasardeuse ou plus simplement inutile. Que peut signifier concrètement qu'une norme est propice à la prévisibilité ? Pour qui le serait-elle ? Les justiciables ? À ce stade, il n'existe plus une catégorie homogène de « justiciables » mais des parties à un procès dont les intérêts sont par définition antagonistes. En réalité, la notion est difficile à manier car elle « peut être invoquée et exploitée dans des sens divers... et contradictoires »<sup>974</sup>. Comme le fait remarquer Monsieur B. PACTEAU, « la sécurité des uns n'est pas celle des autres »<sup>975</sup> !

**381.** Cette affirmation nous semble doublement exacte. D'abord parce que dans le cadre d'un procès, les sécurités subjectives des individus ne sont pas identiques – la sécurité subjective de A ne sera pas identique à celle de B – ; ensuite parce qu'un même procès peut opposer sécurité objective et sécurité subjective. Reprenons chacune de ces raisons.

**382. Conflit entre des sécurités juridiques subjectives.** Tout d'abord, s'agissant du conflit de deux sécurités subjectives lorsque, dans le cadre d'un litige, les parties ont des intérêts antagonistes. En l'absence de la possibilité de scruter le for intérieur de chacune d'entre elles, le juge doit s'en tenir à ce qu'elles invoquent devant lui. Or, elles invoqueront assurément des arguments au soutien de deux solutions contraires, qu'elles prétendront chacune légitime. Quelles que soient les circonstances, « l'intérêt du débiteur, tel qu'il s'exprime quotidiennement, est de payer le plus tard possible, le moins possible, et, si possible rien »<sup>976</sup> ! Le juge devra trancher en faveur de l'une ou l'autre et, en réalité, peu importera aux parties la prévisibilité réelle de la solution pourvu qu'elle aboutisse au résultat matériel souhaité. Il est ainsi plus que probable que si, en matière de succession, une loi A déshérite un enfant tandis qu'une loi B lui conserve une réserve héréditaire, l'enfant veuille voir la loi B lui être appliquée, quand bien même la loi A lui semblerait davantage prévisible. On ne voit pas comment la prise en compte de la prévisibilité « ressentie » par chacune des parties pourrait être d'une quelconque aide pour le juge. Les individus ont à cœur la justice dite « matérielle », par opposition à la justice propre au droit international privé parfois qualifiée de « conflictuelle » et il est impossible pour un juge d'en tenir compte de façon systématique sauf à lui reconnaître le droit d'émettre un jugement

---

<sup>974</sup> B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », art. préc.

<sup>975</sup> *Ibid.*

<sup>976</sup> V. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p. 444, cité par T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, note 591, p. 168.

de valeur sur ce qui constituerait à ses yeux la « meilleure » des solutions, jugement « nécessairement subjectif et donc imprévisible pour les parties », ce qui « susciterait naturellement dans [leur] esprit une crainte d'arbitraire »<sup>977</sup>.

### 383. Conflit entre sécurité juridique objective et sécurité juridique subjective.

Ensuite, le recours à la notion de sécurité juridique s'avère sans issue lorsqu'il s'agit, pour le juge, de trancher un conflit opposant la sécurité objective à la sécurité subjective. Il ne doit plus arbitrer entre deux visions concrètes et contradictoires mais entre une vision concrète et particulière (sécurité subjective) et une vision abstraite et générale (sécurité objective). Prenons deux exemples issus du droit de l'Union européenne.

Dans l'affaire *Gasser*<sup>978</sup>, il était question de l'articulation des règles en matière de litispendance avec celles relatives aux clauses attributives de juridiction dans le Règlement Bruxelles I. Dans cette affaire, qui opposait une société autrichienne à une société italienne, cette dernière avait saisi un tribunal italien en violation de la clause attributive de juridiction stipulée dans le contrat donnant compétence au juge autrichien. Saisi en second en vertu de la clause, le juge autrichien avait alors posé une question préjudicielle à la Cour pour savoir si, dans ce contexte, la règle de la litispendance qui prévoyait le dessaisissement du second tribunal en faveur du premier devait recevoir application ou non<sup>979</sup>. La Cour de justice avait à arbitrer entre les deux juridictions, pour savoir laquelle devait surseoir à statuer. Pour répondre à cette question – et sans préjudice de ce qu'a effectivement répondu la Cour – on pouvait invoquer la prévisibilité dans deux sens contraires<sup>980</sup>. D'un côté,

<sup>977</sup> V. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques », *RCADI*, 2007, tome 327, n°151, p. 165. Sur la distinction entre justice matérielle et justice de droit international privé : v. G. KEGEL « Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht », *Festschrift für H. Lewald*, Bâle, 1953, p. 259, cité par P. MAYER, *op. cit.*, n°150 et reprise dans les développements n°150 et s.

<sup>978</sup> C.J.C.E., 9 décembre 2003, C-116/02, *Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl*, D. 2004, p. 1046, note Ch. BRUNEAU, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 444, note H. MUIR WATT, *JDI* 2004, p. 641, obs. A. HUET et C.J.C.E., 27 avril 2004, C-159/02, *Turner c. Grovit*, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 654, note H. MUIR WATT, *Gaz. Pal.* janvier-février 2005, Som. 399 (2ème esp.), note M.-L. NIBOYET.

<sup>979</sup> Cette jurisprudence est abandonnée depuis l'entrée en vigueur du Règlement Bruxelles I refondu le 15 janvier 2015, dont l'article 31§2 impose à la juridiction de l'Etat membre saisie en violation de la clause de surseoir à statuer, quand bien même elle aurait été saisie en premier, jusqu'à ce que la juridiction désignée par la clause se prononce sur sa compétence. Priorité est désormais donnée au tribunal désignée par la clause en cas de litispendance.

<sup>980</sup> V. aussi pour un tel constat : L. USUNIER, *La régulation de la compétence internationale juridictionnelle en droit international privé*, préf. H. MUIR WATT, Éd. Economica, 2008, n°64. L'auteur observe que : « 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'attirer 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 ».

on pouvait dire qu'étant donné que les parties avaient prévu une clause attributive de juridiction, il était plus conforme à la prévisibilité que la juridiction désignée se déclare compétente, puisque c'est effectivement ce qu'avaient prévu, en amont, les parties. De l'autre, on pouvait également considérer qu'il était plus prévisible que soient appliquées les règles de droit en vigueur, à savoir l'article 27 du Règlement qui prévoit que la juridiction saisie en second doit se dessaisir. Que peut-il y avoir de plus prévisible que l'application claire et nette de la loi ? Peut-être l'application claire et nette des stipulations contractuelles, qui du moins l'est tout autant. En l'espèce, la Cour de justice avait tranché en faveur de la loi<sup>981</sup>.

L'autre exemple concerne l'affaire *Owusu*<sup>982</sup> où était en cause la théorie du *forum non conveniens*. Lors d'un séjour en Jamaïque pour des vacances, un ressortissant britannique domicilié en Angleterre avait, à l'occasion d'un plongeon, été victime d'un grave accident l'ayant rendu tétraplégique. La victime avait introduit en Angleterre, pays de son domicile, un recours en responsabilité contractuelle contre la personne, également domiciliée en Angleterre, lui ayant loué la villa donnant accès à la plage, lieu de l'accident ; mais elle avait aussi formé plusieurs recours en responsabilité délictuelle contre différentes sociétés jamaïcaines impliquées dans l'entretien de la plage sur laquelle l'accident avait eu lieu. La compétence de la juridiction britannique était discutée par les défendeurs qui invoquaient le *forum non conveniens*, en raison de l'existence de liens plus étroits avec la Jamaïque. Là encore, l'invocation de la prévisibilité permettait de refuser la mise en œuvre de ce mécanisme – ce qu'a retenu la Cour – ou au contraire son acceptation. En l'occurrence, la saisine de la juridiction anglaise ne semblait effectivement pas très « prévisible » puisque le dommage avait eu lieu en Jamaïque, où les parties défenderesses étaient principalement domiciliées. Encore une fois dans cette affaire, soit la prévisibilité se confond avec la légalité, soit elle signifie au contraire que le juge doit pouvoir moduler sa solution en fonction des circonstances pour qu'elle apparaisse concrètement prévisible, c'est-à-dire non surprenante.

**384.** Derrière un même mot, ce sont donc des considérations très différentes qui sont évoquées : prévisibilité procédurale ou substantielle, pré-judiciaire ou post-judiciaire, ante-normative ou post-normative, objective ou subjective, macro-juridique ou micro-juridique, formelle ou matérielle. Face à ces multiples acceptions, il nous faut remarquer deux choses. D'abord, la notion de prévisibilité doit être

---

<sup>981</sup> En ce sens, la prévisibilité se confond avec le principe de légalité, v. *infra* n°398.

<sup>982</sup> CJCE, 1er mars 2005, *Andrew Owusu c. N. B. Jackson*, C-281/02, Rec. p. I-01383, point 41 : « [...] l'application de la théorie du forum non conveniens, qui laisse une large marge d'appréciation au juge saisi quant à la question de savoir si un for étranger serait plus approprié pour trancher le fond d'un litige, est de nature à affecter la prévisibilité des règles de compétence posées par la convention de Bruxelles, [...] et, par voie de conséquence, le principe de sécurité juridique en tant que fondement de cette convention ».

appréhendue de manière distincte selon le moment où l'on se situe : en amont de l'élaboration de la norme et, une fois la norme édictée, au stade de son application. Ensuite, la prévisibilité ne revêt pas le même contenu pour chacun des acteurs juridiques confrontés à cette problématique, qu'il s'agisse des parties, du juge en tant qu'organe d'application de la règle de droit et du législateur en tant qu'auteur de cette règle. Avant de tirer les implications de ces remarques s'agissant d'un *objectif* de prévisibilité, nous présenterons notre propre approche de la notion de prévisibilité en excipant sa définition du langage courant.

### C – La définition retenue de la notion de prévisibilité

**385.** Dans le langage courant, la prévisibilité est le caractère de ce qui peut être prévu, dont un synonyme – vieilli – est le terme « prévoyable ». Cette définition impose de préciser celle du verbe *prévoir*, plus instructive en ce qu'elle renvoie à deux idées différentes.

Le premier sens de *prévoir* signifie considérer quelque chose comme probable ou du moins comme possible. La personne qui prévoit peut juger ou annoncer qu'une chose arrivera. Les météorologistes prévoient le temps qu'il fera dans les jours à venir : c'est-à-dire qu'ils énonceront comme probable qu'il fera froid ou chaud. Les dictionnaires énoncent en général que cette connaissance se fait par clairvoyance, induction, raisonnement logique, calcul ou mesure scientifique<sup>983</sup>. Elle s'oppose sur ce point au verbe *pressentir* qui implique une part d'irrationalité dans la prédiction de l'avenir. Mais ces deux termes ont en commun qu'ils impliquent uniquement une *représentation* dans l'esprit de l'auteur de la prévision. Par conséquent, l'existence de règles de droit ou de solutions prévisibles signifie que l'on doit pouvoir être capable de les connaître à l'avance, ou plutôt de se représenter l'existence d'une règle. Pour cela, s'il faut que la règle de droit soit accessible, il faut également que la prise de connaissance de son contenu ne surprenne pas les justiciables. Une règle de droit serait-elle prévisible au seul motif qu'elle est claire et facilement accessible ? Nous ne pensons pas que ce soit suffisant.

Dans un second sens, le terme *prévoir* signifie organiser d'avance. On peut en effet « prévoir un dîner », c'est-à-dire avoir convié des amis à une date précise et acheté la nourriture nécessaire pour honorer son invitation. Dans cette hypothèse, on a acheté de la nourriture pour nos convives car on a prévu que dans un futur proche, ceux-ci viendraient dîner. Aussi, l'action – faire les courses pour le dîner – est la conséquence d'une certaine représentation de l'avenir – des amis vont venir dîner.

Le sens courant oscille souvent entre l'un et l'autre, voire englobe ces deux aspects – dans le langage courant, une légère différence de formulation suggère cette distinction : « je n'ai rien prévu pour le dîner » renvoie à l'idée que je ne me suis pas

<sup>983</sup> V° « prévoir », [www.cnrtl.fr](http://www.cnrtl.fr) (site du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales).

organisée à l'avance tandis que « je n'ai rien de prévu pour le dîner » laisse plutôt entendre que je n'ai rien imaginé de particulier dans l'avenir. Dans un cas, il s'agit de la seule représentation de l'avenir, dans l'autre d'une réaction par rapport à cette représentation.

**386.** Selon nous, l'idée de prévisibilité implique bien ces deux aspects : prévoir signifie à la fois envisager les événements à venir mais aussi prendre les mesures nécessaires<sup>984</sup>. Aussi la prévisibilité implique-t-elle la possibilité de construire une représentation et une réaction par rapport à cette connaissance : une action va être commandée par cette représentation. Transposée au droit, la prévisibilité d'une règle de droit est le caractère de la règle qui permet à ses destinataires de l'envisager comme une possibilité et qui leur permet de prendre leurs dispositions en vue de son éventualité. L'existence de la règle doit donc correspondre aux attentes raisonnables des parties<sup>985</sup>.

Dès lors que l'on introduit l'idée d'attentes raisonnables, la règle de droit prévisible est forcément celle qui recèle un certain contenu. Outre la forme, il s'agit essentiellement de ce que la règle de droit énonce. Mais l'adéquation aux attentes raisonnables ne peut alors être que relative : elle correspond aux attentes raisonnables à un moment donné dans une société donnée. L'existence d'une règle autorisant la femme mariée à disposer de ses biens sans le consentement de son époux correspond à nos attentes raisonnables en 2000 en France, mais non à celles de la France des années 1920 ou à celle de l'Arabie Saoudite de 2015. La femme mariée française, sans avoir besoin de consulter son notaire, pourra aller faire des courses et prévoir que ses achats ne seront pas remis en cause. Ce constat montre que bien évidemment les règles de droit sont amenées à évoluer à l'image de la société. Le caractère prévisible de la solution est toujours relatif à un moment donné dans une société donnée.

~

**387.** Au vu des développements précédents, il est remarquable qu'il existe non *une* prévisibilité mais *des* prévisibilités<sup>986</sup>. La mise en lumière de l'existence de plusieurs

---

<sup>984</sup> Prévoir peut être défini comme « envisager les événements à venir et prendre les mesures, les précautions nécessaires » (J. MAROT, *Sur les deux heureux voyages de Genes et Venise*, Lyon, 1537, F. Juste), cité par [www.cnrtl.fr](http://www.cnrtl.fr).

<sup>985</sup> Ce caractère permet d'ailleurs de renforcer l'efficacité de la fiction juridique que constitue l'adage « nul n'est censé ignorer la loi », nécessaire au fonctionnement de tout ordre juridique. En effet, bien que la norme soit « ignorée » en tant que telle, la découverte de la norme par son destinataire ne devrait pas le surprendre et ainsi contribuer à renforcer l'autorité de celle-ci.

<sup>986</sup> V. en ce sens : F. TULKENS, « La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1990-24, p. 38 : « Il existerait des sécurités juridiques, plurielles, variables », cité par T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, note 462, p. 91.

formes de prévisibilité nous a obligé à réfléchir sur la notion que l'on entendait retenir dans le cadre de notre démonstration, non pas que les autres soient erronées, mais parce qu'elles ne traduisent pas toutes des impératifs dont le Droit doit se saisir. Il est donc à présent nécessaire de mesurer les implications d'un objectif de prévisibilité, compte tenu de notre acception de la notion.

## §II – Les enseignements quant à la fonction de l'objectif de prévisibilité

388. Au vu du caractère polysémique de la notion de prévisibilité, l'ériger à titre d'objectif du droit nécessite de s'accorder sur le contenu qu'on entend lui donner. La question principale est celle de savoir, pour reprendre l'expression de B. PACTEAU<sup>987</sup>, à qui s'adressent « les souhaits que l'on peut formuler » en matière de prévisibilité : aux justiciables ? au juge ? au législateur ? La réponse apportée permettra d'identifier le moment où elle s'avère essentielle. Aussi, en s'intéressant à la notion de prévisibilité en tant qu'objectif du droit en général et particulièrement du droit international privé, il s'avère manifeste que l'exigence de prévisibilité est un impératif qui s'adresse avant tout au législateur au stade de l'élaboration des règles de droit (B) et que cet impératif se révèle inutilisable au stade de l'application des règles de droit (A).

### A – Un impératif inutilisable au stade de l'application des règles de droit

389. Il a été montré précédemment que, en pratique, l'invocation de la prévisibilité au stade du procès pouvait conduire à des solutions contradictoires. La pertinence d'un tel objectif est ainsi douteuse lors de la mise en œuvre des règles de droit puisque seuls les justiciables et le juge sont alors concernés. En effet, l'objectif de prévisibilité n'a qu'une faible implication à l'égard de ces deux catégories d'acteurs : parce qu'il est accessoires aux parties (1) et inutile pour le juge (2).

#### 1) Accessoire pour les parties

390. L'objectif de prévisibilité n'est que secondaire pour les parties. Cette affirmation peut sembler provocatrice à l'heure de la revendication fréquente d'un *droit à la sécurité juridique*, voire d'un droit à la prévisibilité des solutions. En réalité, la prévisibilité est une considération accessoire lors de la mise en œuvre de la règle de droit, que ce soit au moment de la création de la situation juridique ou au moment de sa cristallisation en litige. Si elle n'est pas une donnée véritablement

---

<sup>987</sup> V. B. PACTEAU, « La sécurité juridique : un principe qui nous manque ? », *AJDA* 1995, p. 151.



pertinente pour les parties, nous verrons quels sont au contraire les éléments pris en compte lors de l'arbitrage effectué par celles-ci.

En droit international privé, les parties qui vont effectuer un choix de loi ou de juge pourraient tenir compte de la prévisibilité des solutions à deux stades différents : le premier est le moment de l'exercice de la faculté, le second est celui de l'apparition du litige. Pourtant, dans ces deux hypothèses, la prévisibilité des solutions n'est jamais l'élément qui guide directement les parties dans leur choix.

**391. L'élément décisif au moment de l'exercice de la faculté.** Lors de la création de la situation juridique, qu'il s'agisse de la conclusion d'un contrat, de la rédaction d'un testament ou de l'élaboration d'un contrat de mariage, la ou les parties à qui une faculté de choix est octroyée vont arbitrer en fonction des différentes solutions matérielles qui leur sont proposées. La même affirmation est valable en droit interne : lorsque les époux se marient, il leur est possible de choisir un régime matrimonial particulier qui permettra de régir les relations patrimoniales de leur union. Le choix se fait en fonction de leurs situations respectives – nantis ou non – et de leurs souhaits : protéger le conjoint désargenté ou au contraire s'en tenir aux patrimoines respectifs de chacun d'entre eux. Lorsque la situation est internationale, le choix ne se fait pas pour des raisons différentes ; seront principalement prises en compte les dispositions matérielles des lois offertes.

Si les parties ne souhaitent pas s'y intéresser, elles ne vont pas s'en remettre, par principe, à leur loi nationale sous prétexte que cet ordre juridique aurait vocation, selon elles, à régir l'ensemble des questions liées à leur statut personnel (comme le régime matrimonial ou la succession). Dans ce cas, les parties n'effectueront aucun choix, soit parce que, mesurant la complexité de la question, elles s'en remettent à la sagesse du législateur, soit – plus probablement – parce que n'étant pas juristes, elles ne se sont pas posées la question, soit encore parce que, même si elles s'y sont intéressées, elles n'ont pas su se mettre d'accord. Un élément déterminant repose davantage sur la participation éventuellement requise d'un professionnel du droit, notaire ou avocat, lors de la constitution de la situation en cause. Dans cette hypothèse, si le professionnel, dont la mission n'est pas d'assurer la prévisibilité du droit mais la protection des intérêts de son client, a correctement pointé du doigt cette question de la loi applicable ou de l'éventuel juge compétent en cas de litige, ce seront bien les considérations pratiques et matérielles qui seront examinées. Dans le cadre contractuel où une telle intervention n'est pas souvent nécessaire, de nombreuses parties auront pu éluder la question, que le caractère international du litige leur ait échappé, ou qu'elles aient eu confiance dans la réussite sans encombre de leur opération. Aussi, l'argument invoqué au soutien du principe d'autonomie en matière contractuelle, c'est-à-dire « le choix d'une loi dont la teneur

convient particulièrement à leur projet »<sup>988</sup>, est-il tout aussi valable en matière de succession, de divorce, d'obligations alimentaires... En matière de choix du juge, ce sont là encore des considérations propres aux parties qui entrent en jeu, c'est-à-dire le choix d'un juge qui leur semble le plus commode, en raison de sa proximité, de sa neutralité, de son expertise particulière sur une question, de la rapidité de traitement du contentieux ou au contraire des lenteurs qu'il promet – hypothèse de la torpille italienne qui peut, le moment venu, dissuader d'intenter une action en justice. Par conséquent, au moment de la création de la situation, les parties auront pu, encore une fois, esquiver la question – par ignorance ou désintérêt – ou choisir le juge ou la loi qui leur convient le mieux.

Il ne s'agit pas ici de remettre en cause l'idée selon laquelle, une fois ce choix effectué, sa réalisation sera davantage prévisible pour les parties, dans le sens de « conformes à leurs prévisions », c'est-à-dire à ce qu'elles ont concrètement prévu dans ce cas particulier<sup>989</sup>. Simplement, c'est alors s'intéresser au résultat et non à ce qui a fait l'objet de la prévision. Une prise en compte satisfaisante de la prévisibilité au moment de l'exercice de la faculté impliquerait que la partie ait à cœur que l'objet de la prévision soit conforme aux représentations légitimes des individus dans une société donnée<sup>990</sup>. Or s'agissant des règles permissives, le résultat obtenu a surtout plus de chance d'être conforme aux *souhais* des parties, mais cela ne signifie aucunement que ces mêmes parties auront intégré l'objectif de prévisibilité du droit dans la détermination de ces souhaits en s'en tenant à un objet de prévision prévisible<sup>991</sup>. Dans notre acception de la notion de prévisibilité, une solution

---

<sup>988</sup> V. HEUZÉ et P. MAYER, *Droit international privé*, n°733, p. 519, 11<sup>ème</sup> édition. Au soutien de cet argument, on peut citer de nombreux auteurs. Ainsi A. F. SCHNITZER à propos du choix de loi en matière contractuelle énonce, certes dans un cas extrême, que « les motifs qui déterminent les parties dans leur choix ne sont pas toujours les meilleurs. Souvent, les contractants cherchent à échapper aux conséquences de la loi qui serait applicable sans stipulation de leur part, pour atteindre un but peu louable. » v. « La loi applicable aux contrats », *Rev. crit. DIP* 1955, p. 459 et s., spéc. n°16, p. 472.

<sup>989</sup> Nous montrerons néanmoins qu'en raison de certains dysfonctionnements propres aux normes permissives, la réalisation du choix est parfois compromise, soit que le choix soit invalidé, soit qu'il soit neutralisé. Sur ce point, v. *infra* n°421 et s.

<sup>990</sup> V. nos propos *supra* n°386.

<sup>991</sup> Nos propos peuvent être rapprochés de ceux de Monsieur V. HEUZÉ à propos de certaines conventions d'élection de for qu'il qualifie d'« attributives de juridiction ». Pour l'auteur, ce type de convention présente la particularité de prétendre « attribuer au juge qu'elle désigne un pouvoir – le pouvoir juridictionnel – qu'il ne tient pas de l'État qui l'a institué ». Il montre en effet que, dans ces conventions, l'objet de la prévision des parties n'est pas un objet prévisible et il réfute par conséquent l'idée que ces conventions assureraient la sécurité juridique : « lorsque la convention d'élection de for se prétend attributive de juridiction, elle ne peut pas être défendue au nom de la sécurité juridique : comme on l'a indiqué, si la "compétence" du juge élu n'est pas l'une de celles que les parties pouvaient prévoir, leur accord ne peut être présenté comme ayant pour *objet* de remédier à l'insécurité résultant des "compétences" juridictionnelles concurrentes qui leur sont offertes par plusieurs États. Le but qu'il poursuit est nécessairement différent : il est de soustraire les litiges visés à la connaissance des juges ayant vocation à les trancher selon leur propre législation nationale ». En outre, l'auteur souligne l'ambiguïté de la notion de respect des prévisions : « par voie de conséquence, la sécurité juridique dont il est ici question ne peut être ramenée à l'un de ces objectifs que poursuivent les parties, ainsi qu'on le donne pourtant à entendre lorsqu'on soutient qu'elle implique le respect des prévisions de celles-ci. Car cette présentation est rendue critiquable par l'ambiguïté qui affecte alors la notion de "prévisions". En

recherchée par les parties ne se confond pas *ipso facto* avec une solution prévisible<sup>992</sup>, elle est une solution certes *désirée* (c'est-à-dire à laquelle les parties aspirent : elles souhaiteraient vivement qu'elle advienne dans l'avenir) mais qui ne correspond pas forcément à une solution raisonnable à laquelle on aurait pu légitimement s'attendre compte tenu de la situation en cause<sup>993</sup>. Affirmer que le choix de la loi ou du juge rend plus certaine la solution est donc une chose ; dire que les raisons qui ont guidé ce choix n'ont pas été dictées par l'impératif de prévisibilité du droit en est une

---

effet, prévoir, ce n'est pas vouloir, ou désirer. Or ce qui est en cause en l'occurrence n'est pas la *protection* de ce que les parties ont prévu : c'est *l'efficacité* de ce qu'elles ont voulu puisque ce n'est que si une règle de droit donne effet à ce qu'elles ont voulu que les parties sont *alors* fondées à prévoir que le juge qu'elles auront désigné sera le seul à pouvoir et devoir trancher leurs différends ... ce qui laisse donc entière la question de savoir pourquoi une telle règle devrait être formulée ».

<sup>992</sup> Pour tenter d'exprimer autrement cette idée, qu'il nous soit permis de raisonner à l'aide de différentes propositions. Disons que la norme permissive « *n* » octroie une faculté de choix à son destinataire « *i* ». S'il met en œuvre cette faculté, l'individu « *i* » va faire un choix « *c* » parce qu'il souhaite une solution « *p'* » ; « *p'* » est donc également l'objet de sa prévision. Si « *p'* » se réalise, on va dire que la norme permissive « *n* » assure la prévisibilité car l'objet de la prévision était « *p'* » et que c'est bien la solution « *p'* » qui s'est réalisée. Le raisonnement ainsi décrit peut-être résumé comme suit : *le fait de prévoir une solution « p' » permet à cette solution « p' » d'être prévisible puisque l'objet de la prévision « p' » a été prévu...* Transposée à un exemple, on pourrait le formuler comme suit : *le fait de prévoir l'application de la loi chilienne permet à l'application de la loi chilienne d'être une solution prévisible puisque la loi chilienne a été prévue...* On reconnaît ici une proposition qui pourrait être qualifiée de « tautologique » ou « vide de sens » d'après la typologie énoncée par WITTGENSTEIN (v. les propositions 4.46, 4.461, 4.462, 4.463 et 4.464, *Tractatus logico-philosophicus*, Intro. B. Russell, trad. fr. G. Gaston-Granger, Paris Gallimard, coll. « Tel », 2004, p. 68 et s.) Cette proposition est en effet inconditionnellement vraie mais elle ne dit rien d'autre que « *p' = p'* ». En réalité, la norme permissive « *n* » se contente de favoriser la prévisibilité de la solution choisie (« *p'* ») et non la prévisibilité des solutions en général (« *P* »). La prévisibilité des solutions ne sera assurée que si « *p'* » est conforme à « *P* » (ensemble des solutions raisonnables que les individus sont légitimement en droit de penser qu'elles seront appliquées). Or, dans le raisonnement précité, l'assertion est vraie quel que soit « *p'* ». Or tout va dépendre du contenu de « *p'* ». Si « *p'* » est souhaitée compte tenu de « *P* » et donc que  $p' \in P$ , alors on pourra effectivement dire que les normes permissives concourent à la prévisibilité des solutions. Mais nos propos montrent que, dans la plupart des cas, « *p'* » n'est pas directement voulue par les parties parce qu'elle est une solution prévisible mais parce qu'elle est la solution qui leur convient le mieux. Par conséquent pour les parties, peu importe que  $p' \in P$  ou que  $p' \notin P$ .

<sup>993</sup> Dans notre acception de la notion de prévisibilité, est prévisible la solution raisonnable à laquelle les parties pourraient légitimement s'attendre au vu des circonstances (v. nos propos *supra* n°386). Or s'agissant des règles permissives, il s'agit de dire que dans la « circonstance » où, par exemple, une faculté de choix de loi a un objet illimité (c'est-à-dire qu'on ne tient pas tant compte des circonstances factuelles d'un litige que du fait que la faculté de choix ait été exercée), les parties peuvent légitimement s'attendre à voir n'importe quelle loi s'appliquer, même si cette loi n'a absolument aucun lien avec le contrat. Par conséquent, une solution est prévisible si elle a simplement été prévue par une ou des parties. Évidemment, on pourrait souscrire à cette affirmation comme étant une solution raisonnable, ce qui permettrait de qualifier de « prévisible » le choix de la loi chinoise à un contrat franco-suédois s'exécutant en Algérie. L'idée de raisonnable étant un standard, il est impossible de vouloir lui donner un contenu précis. On peut néanmoins émettre deux réserves. La première ne vient pas démentir cette affirmation mais seulement rappeler que l'on est en droit de ne pas souscrire à cette conception du raisonnable. Selon la conception que l'on se fait du droit et de la fonction des règles de droit, la solution retenue par la règle permissive ne peut emporter notre conviction de son caractère raisonnable. Le choix d'une loi ne présentant absolument aucun lien avec un litige pour régir un contrat international, et dont les dispositions impératives seront pourtant applicables, ne nous semble pas mériter ce qualificatif. La seconde réserve est que, s'il est difficile de nier qu'une solution est prévisible simplement parce qu'elle a été prévue par une ou des parties et dès lors que la prévisibilité doit être protégée, cela signifie qu'il faudrait protéger toutes les prévisions pour ce qu'elles sont et non parce qu'elles ont pu être légitimement formées, c'est-à-dire conformément à des attentes raisonnables.

autre. Ces deux propositions ne sont pas contradictoires, elles ne retiennent simplement pas la même chose derrière la notion de prévisibilité<sup>994</sup>.

**392. L'élément décisif au moment du litige.** Dès lors qu'un litige survient, les intérêts des parties vont se révéler antagonistes. Aussi, que les parties aient déjà exercé une faculté de choix et qu'elles tentent de le remettre en cause ou qu'elles puissent encore l'exercer, l'élément décisif sera toujours le contenu de la loi mais cette fois, leur choix se portera sur la loi qui permettra à leur prétention d'aboutir. À ce stade, ce n'est pas davantage la considération de la prévisibilité qui va guider les parties mais seulement le degré de chance au succès de leur prétention. Monsieur D. BUREAU le rappelle clairement en énonçant qu' « il importe moins sans doute aux parties d'être jugées selon la loi qu'elles étaient supposées prévoir que selon la loi qui leur permettra de gagner le procès »<sup>995</sup>. Par ailleurs, une fois le litige survenu et l'action en justice entamée par les parties, l'intervention d'un professionnel du droit va, dans la majorité des cas, modifier les considérations retenues. Chargé d'aider son client au succès de la prétention, le caractère international du litige va l'inciter à consulter les potentielles lois applicables afin de déterminer celle qui permettrait à la prétention d'aboutir. En fonction de la réponse à cette question, sa stratégie pourra être d'invoquer l'existence d'un choix de loi, de remettre en cause sa validité ou encore d'invoquer des dispositions impératives à titre de lois de police afin de remettre en cause son efficacité.

Prenons un exemple. Un couple franco-australien se marie en Australie et s'installe ensuite, pendant cinq années, aux États-Unis où ils ont un enfant et achètent une maison. Ils vont ensuite vivre à Hong-Kong et ont pendant cette période un second enfant, qui naît à Paris. Ils s'installent enfin en France à Paris, où ils achètent un appartement et ont un troisième enfant. Ils y restent plusieurs années jusqu'à ce que le couple décide de divorcer. Se pose alors la question de la liquidation du régime matrimonial. Les époux n'ont à aucun moment souscrit un contrat de mariage, mais, lors de l'achat de leur appartement parisien, ils ont déclaré au notaire être sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, c'est-à-dire sous l'empire du régime légal français. Au moment du divorce des époux, la

---

<sup>994</sup> Nos propos peuvent d'ailleurs être rapprochés de ceux de Monsieur B. REMY qui, dans son article sur la notion de prévisibilité dans le conflit de lois (« Des notions de prévisibilité en matière de conflit de lois : qui de la poule ? qui de l'œuf ? », art. préc.), distingue la prévisibilité « post-normative » de la prévisibilité « ante-normative ». Transposé à notre propos, il s'agit donc de dire que si les règles permissives assurent une certaine prévisibilité *post-normative* – mais là aussi avec certaines réserves que l'on présentera ultérieurement (v. *infra* n°421 et s.) – elles sont inaptes à assurer une prévisibilité *ante-normative* puisqu'il s'agit alors de dire que lors de l'élaboration de la règle de conflit de lois, les auteurs de la règle ne se sont pas prononcés sur l'objet possible de la représentation des parties et qu'ils ont simplement délégué à celles-ci le soin de la fixer concrètement. Sur cette présentation, v. nos propos *supra* n°371.

<sup>995</sup> V. D. BUREAU, « L'accord procédural à l'épreuve », *Rev. Crit. DIP* 1996, p. 587. La prise en compte de l'objectif de prévisibilité tel que nous l'avons défini ne se fait que de manière très indirecte – on aurait envie de dire *inconsciente* – chez les individus qui y penseront au regard de ce qui leur semble possible, c'est-à-dire des lois qui leur sembleront raisonnablement applicables.

nécessaire liquidation du régime matrimonial imposera de s'interroger sur la loi qui lui est applicable. Si les époux se sont mariés avant septembre 1992, la Convention de La Haye ne sera pas applicable. Dans ce cas, si les époux sont d'accord sur la liquidation du régime matrimonial, peu importe en définitive quelle loi sera appliquée par le juge qui procèdera à la liquidation. En revanche, si les époux sont en désaccord, la question de la loi applicable sera un élément fondamental étant donné que les pays de *commun law* prévoient un régime proche de celui de notre séparation de biens. Et si désaccord il y a, l'époux qui a, par une rémunération importante pendant de nombreuses années, accru la communauté, demandera à son avocat de faire le possible pour qu'une loi de *common law* soit reconnue applicable au régime matrimonial. L'époux qui aura mis sa carrière entre parenthèse pour élever les enfants du couple souhaitera, quant à lui, voir appliqué le régime de la communauté réduite aux acquêts. Évidemment, chacun des conseils des parties pourra invoquer, à juste titre, le caractère prévisible de l'application de la loi qui a sa préférence. En effet, dans cette espèce, les faits sont suffisamment éclatés dans différents pays pour que chacun des deux régimes puisse être raisonnablement envisagé. Par ailleurs, aux yeux des parties, ce n'est pas la loi australienne ou la loi française en tant que telles dont l'application sera souhaitée, mais le régime de la communauté ou le régime de la séparation de biens. L'idée de prévisibilité pourra néanmoins jouer un rôle quant à l'acceptabilité de la solution par la partie succombante ; mais compte tenu des autres considérations évoquées, la prise en compte de la prévisibilité sera à tout le moins secondaire.

**393.** Par conséquent, dès lors que la prévisibilité n'est pas l'élément moteur dans la réalisation du choix des individus, il ne semble pas utile de tirer des implications d'un objectif de prévisibilité au stade du procès, qui permettrait de guider les justiciables vers une solution plutôt qu'une autre. Si les justiciables se désintéressent de la notion concrètement, c'est parce qu'ils ont en tête l'issue du procès. Et il ne serait pas encore assez rigoureux de dire qu'ils n'ont d'égard que pour les dispositions matérielles de chacune des lois potentiellement applicables car, en réalité, ils n'ont d'égard que pour la solution concrète à laquelle aboutit l'application des dispositions matérielles envisagées<sup>996</sup>. Accessoire pour les parties, la prévisibilité est également inutile pour le juge.

---

<sup>996</sup> Ces considérations sur l'indifférence de la prévisibilité au temps du procès ne sont en revanche pas valables à l'issue du procès. En effet, une fois qu'une décision a été rendue, nous nous rangeons derrière Monsieur P. MAYER qui démontre que l'idée de prévisibilité a un sens véritable aux yeux des parties puisque l'existence d'une décision rendue sur une question particulière, intéressant directement et concrètement les parties, modifie l'état d'esprit de celles-ci. Comme l'énonce l'auteur, il est alors « extrêmement probable que les individus considèrent la décision comme une norme s'imposant à eux sans doute possible ». V. P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Bibliothèque de droit international privé, Dalloz, Paris, 1973, n°215 et s. p. 164.

## 2) Inutile pour le juge

**394.** Au stade du procès et afin de trancher un litige, la poursuite de l'objectif de prévisibilité doit-elle se traduire, pour le juge, par l'adoption d'un comportement plutôt qu'un autre ? En d'autres termes, l'impératif de prévisibilité s'adresse-t-il au juge ? *A priori*, une réponse affirmative semble s'imposer. Dès lors que la prévisibilité implique de respecter les prévisions formées par les parties, qui mieux que le juge serait à même de faire observer cette exigence ? Pourtant, la réponse est moins évidente qu'il n'y paraît. Soit parce que le respect de cette exigence le pousserait à adopter des attitudes contradictoires, ce qui rend une telle directive inexploitable par le juge ; soit parce que la prescription du respect de l'objectif de prévisibilité est redondante avec le sens de sa mission, en tant qu'organe d'application des règles de droit.

**395. Une directive inexploitable.** Le respect des prévisions des parties oblige le juge à identifier ce que les parties ont formé comme prévisions ; il s'agira pour lui de déterminer, dans un cas précis, quelles étaient *concrètement* ces prévisions, c'est-à-dire ce que les parties ont réellement voulu. Or cette recherche implique une casuistique de la part du juge et peut s'avérer en pratique extrêmement hasardeuse, voire divinatoire. Non seulement le juge essaierait de reconstituer des prévisions qui n'ont peut-être jamais existé mais de toute façon, ces prévisions risqueraient d'être dissimulées par la partie soucieuse de voir son intérêt triompher quitte à sacrifier ses prévisions légitimes<sup>997</sup>. La tâche du juge qui souhaiterait se faire l'artisan de la prévisibilité est le plus souvent vouée à l'échec. « Le souvenir est un poète, n'en fais pas un historien »<sup>998</sup> : cette maxime devrait s'adresser au juge afin qu'il ne tente pas de reconstituer une vérité, au mieux romancée, au pire inventée.

**396.** La doctrine qui s'est intéressée à la notion de sécurité juridique n'a d'ailleurs eu de cesse de souligner le paradoxe de vouloir faire du juge le garant de la

---

<sup>997</sup> Sur ce point, on ne peut qu'approuver les propos tenus par E. GOUNOT dans sa thèse lorsqu'il s'exprime en ces termes : « " Quelle merveilleuse harmonie, disait ironiquement Sforza, entre mon cousin Charles VIII et moi ! Nous voulons tous les deux la même chose. Milan. " C'est de cette façon, et de cette façon seulement, qu'en matière de contrats on peut parler d'une " commune intention des parties ". Oui, les deux parties veulent en un sens la même chose : toutes deux veulent faire " une bonne affaire " ; toutes deux ont pour volonté générale d'obtenir en tout le maximum d'avantages au prix du minimum de sacrifices. Malheureusement, et c'est précisément de là que naissent les procès, ce qui pour l'une est avantage est le plus souvent sacrifice pour l'autre, et inversement. Si donc, au sujet de difficultés n'ayant pas fait l'objet d'un débat spécial et d'un formel accord, on scrute leurs intentions éventuelles, ce que d'ordinaire on découvre, ce ne sont pas des volontés concordantes, mais un désaccord virtuel. Et fût-on le plus délié des civilistes ou le plus subtil des déchiffreurs d'énigmes, jamais de ce désaccord virtuel on ne fera une commune volonté qui ne soit une pure fiction ». V. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. A. ROUSSEAU, 1912, p. 209.

<sup>998</sup> Extrait du recueil de poésie de P. GÉRALDY, *Toi et moi*, éd. Stock, 1926.

protection de la prévisibilité<sup>999</sup>. La casuistique à laquelle le juge s'expose pourrait contribuer à l'avènement « d'une " justice de cas individuels " ou " justice matérielle " qui donne lieu à des solutions conformes au droit car justes, dans le cas particulier » tandis que paradoxalement « la sécurité juridique dans le sens objectif de la paix sociale peut donc s'opposer à cette justice subjective des cas individuels »<sup>1000</sup>. La prise en compte systématique de ce que voulaient concrètement les parties engendre nécessairement une promotion du rôle du juge et de son pouvoir d'appréciation. Or si cette promotion n'est pas en soi regrettable, la tâche qu'on lui demande d'accomplir est, en elle-même, source d'insécurité et d'imprévisibilité. Non parce que toute règle permissive octroyée au juge comporte une part d'arbitraire néfaste, mais parce qu'on lui demande de découvrir une volonté commune qui n'existe pas ou plus. En réalité, le juge usant de son pouvoir d'appréciation portera son attention sur le comportement des parties et les attentes qu'elles ont pu faire naître chez les tiers ou les cocontractants. La prise en compte de la prévisibilité en tant que telle au stade du procès ne lui sera donc d'aucun secours.

**397. Une directive redondante.** La recherche des éléments pertinents par le juge afin de trouver la solution adéquate ne serait-elle pas d'ailleurs la simple application du principe de légalité ? Dans cette hypothèse, la prévisibilité se confondrait plutôt avec la légalité : d'après les éléments dont il dispose, le juge devra donner une réponse, qu'il déduira de l'application syllogistique d'une règle de droit. Selon la marge de manœuvre octroyée par la règle de droit, il statuera en mettant en œuvre le syllogisme dans un sens ou dans un autre. La prévisibilité adressée au juge dans le cadre de la résolution d'un litige peut n'être perçue que comme la soumission du juge à la loi, c'est-à-dire plus simplement la traduction du principe de légalité. Cette application de la loi se fera compte tenu des comportements adoptés par les parties et des attentes légitimes qu'elles ont pu faire naître à l'égard des tiers ou des cocontractants<sup>1001</sup>.

**398.** Dans de nombreux cas, soit les parties n'auront bâti aucune prévision, soit elles en auront bâties qui leur sembleront tout aussi légitimes alors qu'elles sont antagonistes et il serait rien moins qu'inutile pour le juge de tenter d'en tirer des enseignements. Par exemple, en matière de désunion hors mariage, la mère des enfants ayant de hauts revenus pourrait légitimement prévoir que la mise en place d'une garde partagée avec le père des enfants lui évitera d'avoir à payer une pension

<sup>999</sup> V. notamment, T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, op. cit., p. 46.

<sup>1000</sup> S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, op. cit., n°71 p. 168.

<sup>1001</sup> Pour une telle approche, v. la thèse de E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. A. ROUSSEAU, 1912.

alimentaire à ce dernier. Au contraire, le père pourrait prévoir que le fort écart de revenus entre les deux parents justifie, même en cas de partage de la garde, l'octroi d'une pension alimentaire pour éviter une rupture du niveau de vie des enfants. Dans cet exemple, le juge ne raisonnera pas en termes de prévisions des parties puisque, si elles ont existé, elles se révèlent véritablement au moment du contentieux où elles apparaissent antagonistes. Si elles ne l'étaient pas, les parents auraient pu se mettre d'accord et se contenter de faire homologuer leur convention par le juge aux affaires familiales. Si le juge est saisi dans un cadre contentieux, il devra faire ce qui lui semble juste et conforme aux règles de droit en vigueur dont il faut souhaiter qu'elles aient été suffisamment prévisibles. À ce stade, l'exigence de prévisibilité à l'adresse du juge apparaît bien comme une traduction du principe de légalité<sup>1002</sup>.

**399.** Par conséquent, alors que l'on serait tenté de croire que l'exigence de prévisibilité se manifeste de manière homogène en droit, il n'en est rien : l'exigence de prévisibilité n'est jamais aussi fondamentale qu'au moment où le législateur décide d'adopter telle disposition plutôt que telle autre. Par la suite, la prévisibilité des solutions sera prise en compte au même titre que d'autres impératifs de justice et dans de nombreuses hypothèses, son invocation ne permettra aucunement de trancher le conflit<sup>1003</sup>.

On mesure ainsi les incohérences auxquelles aboutit l'idée selon laquelle l'impératif de prévisibilité serait adressé au juge. Qu'il lui soit adressé au nom de la sécurité juridique objective ou subjective aboutit au même constat. S'il devait se faire l'artisan de la sécurité subjective, cela reviendrait non seulement à porter atteinte à la sécurité juridique objective en entraînant une dispersion des solutions<sup>1004</sup> mais en outre à entériner une méthode douteuse où le juge doit découvrir des volontés qui ont pu ne jamais exister au moment de la création de la situation ou devenues antagonistes. Quant à la sécurité objective, dire que cet impératif s'impose au juge ne lui donne aucune directive quant au sens dans lequel il doit trancher un litige : comme on l'a montré précédemment, il est très fréquent que la sécurité juridique puisse être invoquée dans un sens ou dans un autre.

---

<sup>1002</sup> V. en ce sens la thèse de S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, op. cit., qui cite des auteurs tels que W. LEISNER pour qui « la prévisibilité n'est qu'une traduction du principe de légalité qui correspond à la soumission de l'administration et de la juridiction à la loi » (p. 159) ou encore C. YANNAKOPOULOS qui dissocie la sécurité juridique au sens de paix sociale mais surtout de fiabilité du droit avec la légalité, même si, selon lui, les deux logiques renverraient à l'idée transversale de prévisibilité (note 265 p. 160).

<sup>1003</sup> V. les propos en ce sens de B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », art. préc. : « cette sécurité peut être invoquée et exploitée dans des sens divers... et contradictoires, la sécurité juridique justifiant aussi bien qu'on fasse déployer l'intégralité de ses effets rétroactifs à une annulation, et inversement qu'on en module ou atténue les implications. La sécurité des uns n'est pas celle des autres ! ».

<sup>1004</sup> V. en ce sens T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, op. cit., spéc. n°218 et s., qui met en garde contre les « dangers de la "subjectivisation" de l'impératif de sécurité juridique ».



**400.** De ce constat, il est possible de tirer certains enseignements. Adresser expressément au juge un impératif de prévisibilité est inutile : soit parce que cette directive se confond avec le respect du principe de légalité dont on peut raisonnablement présupposer qu'il est déjà acquis, soit parce que lui enjoindre de respecter les prévisions des parties – qu'elles soient inexistantes ou inconciliables – ne lui est en pratique d'aucune utilité. Néanmoins, l'impératif de prévisibilité peut potentiellement s'adresser au juge mais dans un autre contexte : non plus lorsque le juge est amené à appliquer une règle de droit mais dans les cas où il est contraint d'édicter une règle de droit. C'est alors en tant qu'auteur d'une règle de droit qu'il est visé.

### **B – Un impératif adressé à l'auteur de la règle de droit au stade de son élaboration**

**401.** Si l'objectif de prévisibilité n'est pas un élément pertinent au stade de la mise en œuvre des règles de droit, il est en revanche essentiel au stade de leur élaboration. La prévisibilité implique que le droit soit suffisamment accessible pour que les justiciables puissent bâtir des prévisions. Il appartient donc au législateur d'adopter des règles de droit qui présenteront les qualités nécessaires à leur efficacité. À la fois accessibles et claires, elles doivent permettre aux individus de bâtir des prévisions et, par suite, d'y découvrir des directives aptes à guider leurs comportements. En effet, la prévisibilité ne constitue un objectif essentiel que dans la mesure où elle conditionne le comportement des parties<sup>1005</sup>. Le Droit a un intérêt à être prévisible parce que cette qualité lui permet d'être mieux accepté et donc respecté. Il en va de l'autorité de la loi dont la force repose avant tout sur sa capacité à être reconnue et spontanément suivie<sup>1006</sup>. Par conséquent, cet impératif relève de la responsabilité du législateur qui en est le principal destinataire<sup>1007</sup>.

---

<sup>1005</sup> Ainsi Monsieur P. MAYER dans son cours à l'Académie de La Haye déclare à propos des règles de droit que « les membres de la société savent qu'elles [les règles de droit] existent et qu'elles sont susceptibles d'être à la base de décisions qui s'imposeront effectivement à eux ». On peut voir dans cette affirmation la nécessaire traduction d'un impératif de prévisibilité dont le destinataire est l'auteur de la règle, v. « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques », *op. cit.*, p. 145. Dans le même sens Madame M.-A. MOREAU-BOURLES énonce que : « la considération que la prévisibilité de la loi applicable (...) n'a d'intérêt que si la connaissance préalable des dispositions juridiques conditionne le comportement des parties », V. *Structure du rattachement et conflits de lois en matière de responsabilité civile délictuelle*, th. Paris II, 1986, p. 653.

<sup>1006</sup> V. en ce sens A. KOJÈVE, *La notion d'autorité*, Gallimard, 2004, p. 58 et s. et *supra* n°326 et n°331. V. également S. BOLLÉE, « Retour au Cap des Tempêtes », *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 65 et les références bibliographiques citées par l'auteur pour qui la spécificité du droit est qu'il est « doté d'une authentique *autorité*, au sens fort du terme : c'est-à-dire qu'il parvient, en général, à obtenir "une obéissance volontaire, sans contrainte physique et sans qu'il soit besoin d'ouvrir la discussion ou de justifier ses exigences : une obéissance, en somme, irraisonnée et irréflectie" », *spéc.*, p. 71.

<sup>1007</sup> V. en ce sens : B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA* 1995, p. 151. L'auteur rappelle à propos de la sécurité juridique qu'« une grande partie des souhaits qu'on peut formuler s'adressent en réalité à l'auteur des règles de droit. Certainement, il faut que le droit soit plus stable et

**402.** Si le constat n'est pas nouveau, la prise en compte de cet impératif est le plus souvent analysée au niveau des seules qualités formelles que doit revêtir toute règle de droit. Pourtant, la prévisibilité doit être envisagée de deux manières différentes : d'une part, par référence à ses qualités formelles ; d'autre part, par rapport au fond de la règle de droit. Si ces deux approches sont évidemment liées, il nous semble que l'exigence de prévisibilité vise en premier chef le contenu des règles de droit et non leur forme. Or c'est souvent l'affirmation contraire qui est mise en avant.

Prenons un exemple tiré de la doctrine de droit international privé. Dans une thèse remarquable sur la régulation de la compétence juridictionnelle internationale, Madame L. USUNIER, à partir d'une analyse de l'attitude de la Cour de justice à l'égard du mécanisme anglais de *forum non conveniens*, rappelle la conception adoptée par la Cour de la notion de sécurité juridique et à travers elle de prévisibilité. Pour la Cour, « l'exigence de sécurité juridique a pour but d'assurer la stabilité et la clarté du droit et non la prévisibilité de son contenu » et « il ne s'agit donc pas de retenir des solutions prévisibles pour les sujets de droit au sens où elles leur paraîtraient logiques, mais seulement d'édicter des règles de droit lisibles ». Suite à ce constat, Madame USUNIER observe à juste titre que « lorsque l'on reproche à l'article 14 du Code civil de conférer au juge français une compétence imprévisible parce que fondée sur la seule nationalité du demandeur, ou lorsque l'on reproche à la compétence anglaise fondée sur la seule présence du défendeur sur le territoire anglais lors de la notification de l'assignation d'être imprévisible, on ne prétend pas que ces règles de compétence internationale plus que centenaires et d'une parfaite limpidité sont imprévisibles ou obscures, mais seulement que le critère de compétence sur lequel elles se fondent est imprévisible parce que surprenant pour le défendeur ». Quoique la Cour de justice se focalise sur l'aspect formel, l'auteur pointe du doigt la question du contenu de la règle qui est, en l'occurrence, taxée d'imprévisibilité. Malgré cette observation à laquelle on souscrit pleinement, l'auteur se refuse pourtant à voir dans le contenu de la règle de droit une source de prévisibilité « dans la mesure où les bonnes solutions ne sont pas toujours les plus évidentes ». Au soutien de cet argument, elle ajoute que le juge se retrouverait dans une situation fort délicate s'il devait écarter, au nom de la prévisibilité « les dispositions légales retenant des solutions surprenantes pour les justiciables lorsque

---

mieux formulé. C'est là une grande responsabilité du législateur et des administrateurs ». Certes, l'auteur reconnaît également un rôle au juge, mais en tant que source du droit plutôt que départiteurs de conflits. Le juge est donc appréhendé en tant qu'auteur d'une règle de droit, notamment à travers la question des revirements de jurisprudence : « la jurisprudence elle-même a cependant aussi son rôle à jouer au service d'une meilleure sécurité juridique. Le juge ne peut oublier sa contribution à la définition et détermination du droit applicable. Par ses changements – autrement dit, ses revirements – la jurisprudence peut donc participer à l'insécurité juridique. Jean Rivero avait pu ainsi déjà en 1968 insister sur la réalité et les dangers de "la rétroactivité de la règle jurisprudentielle", au détriment des "garanties qui fondent la sécurité juridique" sans compter cette autre faiblesse de la création jurisprudentielle, toujours "du point de vue de la sécurité juridique", à savoir son défaut de véritable publicité (*AJDA* 1995, p. 151 et ss.) ».

l'imprévisibilité de ces dispositions n'est pas justifiée par la pertinence de la solution retenue ». Sur ce point, si l'on approuve encore une fois son argument, il n'est aucunement dirimant au soutien de l'extension de la notion de prévisibilité au contenu de la règle. En effet, l'objectif de prévisibilité des règles de droit est intégré par l'auteur de la règle au moment où il l'élabore ; au moment de son application, il n'appartient pas au juge de l'écartier pour manque de prévisibilité de la solution retenue puisqu'il doit au contraire appliquer la règle en cause en vertu d'un principe de légalité<sup>1008</sup>.

En d'autres termes, si une règle de droit au contenu imprévisible a été adoptée, ce n'est pas l'affaire du juge. Certes, il fera souvent tout pour en amoindrir les conséquences négatives ou pour inciter le législateur à modifier la règle, mais il ne demeure, comme le justiciable, que la victime d'une telle défectuosité et non le responsable.

Par ailleurs, si le contenu de la règle peut s'expliquer par le renoncement du législateur à élaborer une solution prévisible défaillance du législateur, elle peut également l'être par la prise en compte d'un autre impératif par le législateur. Si l'objectif de prévisibilité doit être pris en compte, il n'est pas le seul et d'autres motifs – la justice, l'équité – peuvent militer en faveur de l'adoption d'une autre règle dont le contenu serait surprenant<sup>1009</sup>. Mais il n'empêche que dans de nombreux

---

<sup>1008</sup> V. Dans l'hypothèse où les juges ne s'en tiendraient pas au principe de légalité et procéderaient à une « éviction ponctuelle » de la loi, il pourrait alors leur être reproché « un grief de violation de la loi par refus d'application » (V. F. CHÉNEDÉ, « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *D.* 2014, p. 179). V. illustrant cet écueil et fortement critiqué par la doctrine, l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 4 décembre 2013 (Civ. 1re, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *D.* 2014, p. 179, note F. CHÉNEDÉ ; *ibid.* 153, point de vue H. FULCHIRON ; *ibid.* 1342, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ fam.* 2014. 124, obs. S. THOURET ; *ibid.* 2013. 663, point de vue F. CHÉNEDÉ ; *RTD civ.* 2014. 88, obs. J. HAUSER « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *RTD civ.* 2014. 307, note J.-P. MARGUENAUD). Dans cet arrêt, la Cour de cassation a admis la validité d'un mariage pourtant célébré en violation de l'article 161 du Code civil et alors même que l'action en nullité n'était nullement prescrite, ce qui a permis à Monsieur CHÉNEDÉ de rappeler qu' : « en privilégiant la situation de fait sur la règle de droit, la première chambre civile a gravement manqué à sa mission première, mission pour laquelle la distinction technique du fait et du droit n'est qu'un outil parmi d'autres : assurer l'unité du droit, et, derrière elle, l'égalité des citoyens devant la loi. C'est ce principe, fondamental, que la décision commentée foule au pied, en passant, sur le modèle de la CEDH, et à notre connaissance pour la première fois, d'une censure *in abstracto* et *erga omnes* du contenu de la loi (statut successoral de l'enfant adultérin, conditions de la garde à vue, etc.), à un rejet *in concreto* et relatif de son application au cas d'espèce. Loin d'atténuer son audace, l'éviction des articles 161 et 184 du code civil au seul « cas particulier examiné » ne fait donc que renforcer le malaise, car en abandonnant le principe de légalité (en présence d'une loi claire et récente) pour statuer - tel Saint Louis sous son chêne ou la Cour européenne à Strasbourg - en opportunité, au cas par cas, la première chambre civile ajoute l'insécurité juridique à l'usurpation de pouvoir ».

<sup>1009</sup> Par exemple, alors même que cette compétence serait relativement imprévisible pour les parties, le droit international privé français consacre un *forum necessitatis* dans des cas exceptionnels. Ainsi dans l'arrêt Soc., 10 mai 2006, 03-46593, *Epoux Moukarim c/ Isopehi*, la Cour de cassation énonce-t-elle 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 échapper à 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 (sur cet arrêt : v. *JCP* 2006, II 10121 ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 856, note PATAUT et HAMMJE ; *RDC* 2006, p. 1260, note DEUMIER).

cas, la prévisibilité retenue devra être un des critères déterminants, spécialement dans les domaines où, comme en droit international privé, l'incertitude est plus grande et l'enjeu plus important.

Si le législateur doit donc avoir à cœur que les règles de droit soient prévisibles, il est des cas où le risque d'imprévisibilité est plus grand. Ainsi en est-il des hypothèses où il peut exister un conflit de lois dans le temps ou un conflit de lois dans l'espace. Dans ces hypothèses, deux normes peuvent prétendre apporter deux solutions différentes à un problème juridique identique. Il est donc nécessaire que les règles permettant de trancher ces conflits soient particulièrement attentives à la prévisibilité dans la mesure où elles portent elles-mêmes sur le droit.

En matière de droit transitoire, ont été dégagés à partir de l'article 2 du Code civil des principes de résolution des conflits de lois dans le temps<sup>1010</sup>. En matière de droit international privé, où il existe des conflits de lois dans l'espace, la question est d'autant plus difficile que chaque ordre juridique peut résoudre d'une manière différente ces conflits et où la saisine d'un juge étranger peut entraîner une résolution différente. L'harmonisation des règles de conflit entre les différents États, voire leur uniformisation, permettrait alors de renforcer cette prévisibilité puisque les conflits seraient tranchés de manière similaire. Par conséquent, il n'est pas surprenant que les considérants des Règlements européens adoptés en droit international privé fassent référence à l'exigence de sécurité juridique et de prévisibilité des solutions. Néanmoins, si l'on ne se place plus au stade de l'application de la règle mais au stade de son élaboration, il faut alors se demander si l'adoption de règles permissives octroyant aux individus une faculté de choix du juge ou de la loi applicable est une prise en compte satisfaisante de la prévisibilité par l'auteur de la règle. Il semble malheureusement que cet impératif de prévisibilité, qui doit être la préoccupation du législateur, est tout bonnement abandonné par le législateur européen dans le cadre de l'adoption de règles permissives.

~

**403.** Afin d'identifier les objectifs des normes permissives en droit international privé, ces normes ont pu être analysées tantôt sous l'angle de la faculté conférée à une personne qui manifesterait un esprit de faveur du législateur à son égard, tantôt sous l'angle de l'arbitrage qu'elles permettraient d'opérer entre différents « produits » juridiques. Néanmoins, aucune de ces considérations n'a permis de dégager l'objectif affiché au soutien de la multiplication des normes permissives<sup>1011</sup>. En revanche, la prévisibilité des solutions a été retenu comme l'objectif officiellement proclamé au soutien de leur extension. Au vu des incertitudes véhiculées par le concept de

---

<sup>1010</sup> Ainsi M. T. PIAZZON, dans sa thèse, consacre-t-il de nombreux développements à cette question, *La sécurité juridique, op. cit.*, n°158 et s.

<sup>1011</sup> Sur les raisons de la mise à l'écart de ces objectifs : v. nos propos *supra* n°332.

prévisibilité, il est apparu toutefois nécessaire d'*apprécier* la portée d'un tel objectif. D'une part en se demandant à quoi renvoyait la *notion* même de prévisibilité, d'autre part en s'interrogeant sur sa *fonction*, c'est-à-dire sur le rôle que doit jouer la prévisibilité lorsqu'elle est érigée à titre d'objectif du droit. Cette appréciation a permis de révéler que si la notion était porteuse d'une pluralité de sens aux yeux de la doctrine et du législateur, elle devait, selon nous, traduire la possibilité pour les justiciables d'envisager la règle de droit comme une possibilité et de prendre leurs dispositions en vue de son éventuelle existence et, *a fortiori*, de son éventuelle application. Nous avons pu en déduire que l'exigence de prévisibilité s'adressait avant tout au législateur au stade de l'*élaboration* des règles de droit et constater que cet impératif se révélait en revanche impraticable au stade de l'*application* des règles de droit. Au vu de ces différents énoncés, il est alors nécessaire de faire le point sur les rapports véritables que les normes permissives entretiennent avec l'objectif de prévisibilité. Il semble en effet que l'adoption de normes permissives ne conduise qu'à une réalisation imparfaite de cet objectif.



## CHAPITRE II

### LA RÉALISATION IMPARFAITE DE L'OBJECTIF DE PRÉVISIBILITÉ PAR LES NORMES PERMISSIVES

404. Dans le chapitre précédent, nous nous sommes efforcée d'identifier l'objectif des normes permissives et, une fois l'objectif de prévisibilité retenu, il a fallu préciser la portée de cet objectif. Ce dernier implique que l'existence d'une règle de droit corresponde aux attentes raisonnables des justiciables et, par conséquent, que la solution résultant de son application ne soit pas surprenante à leurs yeux.

À présent, il ne s'agit plus de s'intéresser à l'objectif *intrinsèquement*, mais de s'interroger sur les *rappports* qu'il entretient avec les normes permissives. Il s'agira donc de se demander dans quelle mesure les normes permissives constituent une bonne traduction juridique de l'objectif ainsi défini. Sur ce point, nous tenterons de montrer que les normes permissives sont structurellement inaptes à atteindre de manière satisfaisante cet objectif.

Néanmoins, il a été également remarqué que la prévisibilité était souvent entendue comme le respect de ce qui a été *concrètement* prévu par les parties dans une espèce donnée, c'est-à-dire en se situant non plus au stade de l'élaboration de la norme mais au stade de sa mise en œuvre. À ce titre, les normes permissives, en permettant aux parties de prévoir concrètement une solution – quand bien même elle ne correspondrait pas aux attentes raisonnables que l'on pourrait formuler abstraitement dans une situation donnée –, semblent être plus à même de remplir ce rôle. Pourtant, sans que la critique ne soit aussi dirimante, il nous faudra également montrer que les prévisions concrètes des parties sont souvent déjouées par les normes permissives.

Nous verrons, dans un premier temps, l'inaptitude des normes permissives à atteindre l'objectif de prévisibilité (Section I) ; puis, dans un second temps, que les prévisions des parties sont souvent malmenées par les normes permissives (Section II).

Section I – L'objectif de prévisibilité hors d'atteinte des normes permissives

Section II – Les prévisions des parties malmenées par les normes permissives





**SECTION I**  
**L'OBJECTIF DE PRÉVISIBILITÉ**  
**HORS D'ATTEINTE DES NORMES PERMISSIVES**

405. Étant donné que l'objectif de prévisibilité doit être pris en compte par le législateur au moment de l'élaboration des règles de droit, il convient de se demander si les normes permissives en constituent une traduction technique judicieuse. Il sera alors montré que les normes permissives traduisent davantage un abandon de l'objectif de prévisibilité par l'auteur de la règle de droit au profit du destinataire de la faculté qu'une intégration de cet objectif dans la conception de la règle (§I). Que l'auteur de la règle de droit se repose sur son destinataire n'est pas en soi condamnable, sauf si celui-ci se révèle en pratique incapable de prendre en compte l'objectif de prévisibilité de manière satisfaisante <sup>1012</sup> (§II).

**§I – L'impératif de prévisibilité abdiqué par l'auteur de la règle de droit à travers la figure des normes permissives**<sup>1013</sup>

406. Le développement des normes permissives traduit un constat : celui des difficultés rencontrées par le législateur à élaborer des règles de droit international privé satisfaisantes (A). Mais les normes permissives ne constituent pas une réponse constructive à ces difficultés, elles sont au contraire le signe d'un renoncement (B).

---

<sup>1012</sup> Certains arguments évoqués dans nos précédents développements suggéraient déjà une telle inaptitude : v. *supra* n°390 et s.

<sup>1013</sup> Nous empruntons le terme « abdiqué » à E. GOUNOT qui considère que les justiciables qui s'en remettent aux règles supplétives « abdiquent » en quelque sorte devant la loi : « ne pas déroger à la loi, ce n'est pas adopter la loi et se l'approprier ; c'est abdiquer devant la loi ; c'est lui faire crédit ; c'est se placer sous la protection du droit ». Il est alors permis de faire le parallèle avec les normes permissives, où il s'agit cette fois au législateur de faire crédit au destinataire de la règle de droit. V. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. A. ROUSSEAU, 1912, p. 181. Cette idée d'abdication ou de renoncement du législateur à travers l'édition d'une règle permissive est également perceptible chez Monsieur P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (v. « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, préc), même si l'auteur formule cette observation à propos des règles permissives qui manifesteraient une « autonomie substantielle intégrale ». L'auteur n'en relève pas moins qu' : « accorder aux parties l'autonomie substantielle n'est pratiquement pas souhaitable, même dans les contrats internationaux, car cela correspond à une véritable *démission* du législateur face à une volonté des parties qui, humaine, est au moins virtuellement imparfaite et peut nécessiter l'intervention du droit pour remédier à l'injustice résultant de ses imperfections » (c'est nous qui soulignons), v. spéc. n°8, p. 875. L'idée est encore présente chez Madame GAUDEMÉT-TALLON, raisonnant à partir de l'autonomie de la volonté, qui soulève indirectement le renoncement du législateur à travers les normes permissives en déclarant que « l'autonomie de la volonté ne doit pas être une solution de facilité, une bouée de secours qui éviterait au législateur de prendre parti sur tel ou tel rattachement », v. « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 255, spéc. p. 272.

## A – Les difficultés rencontrées par le législateur

407. L'impératif de prévisibilité en droit international privé est une préoccupation ancienne. Traditionnellement, la règle de conflit savignienne était présentée comme le meilleur instrument permettant d'assurer cette prévisibilité en matière de conflit de lois<sup>1014</sup>. Ce souci avait notamment imposé l'adoption de la méthode savignienne, en proposant des règles capables de désigner, comme loi applicable à la résolution du litige, tant la loi française que la loi étrangère. Si des considérations de droit international public empêchèrent la « bilatéralisation » des règles de conflit de juridictions<sup>1015</sup>, l'adoption de règles de conflit uniformes par le biais de Règlements européens l'a en quelque sorte permise, du moins à l'échelle de l'Union européenne – le Règlement permet d'attribuer la compétence au juge français comme à n'importe quel autre juge européen par l'utilisation de critères identiques.

La règle de conflit bilatérale permet d'opérer un choix entre les différents ordres juridiques qui sont au contact de la situation à appréhender. Évidemment, 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. Par exemple, une règle de conflit qui retiendrait, pour désigner la loi applicable à la filiation, la loi du lieu de conception de l'enfant et qui ne prévoirait aucun correctif, ne serait pas satisfaisante. Outre l'incertitude relative à la localisation de l'évènement et la preuve de celui-ci, la loi ainsi désignée par la règle de conflit pourrait s'avérer surprenante pour les parties, dans les cas – fréquents – où l'évènement serait localisé de manière fortuite – hypothèse du lieu de

---

<sup>1014</sup> V. notamment en ce sens V. HEUZÉ : « 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 attentes des intéressés quant à la solution qui doit être donnée au litige » (c'est nous qui soulignons). Pour l'auteur, elle est le meilleur instrument d'anticipation et favorise une maîtrise relative de l'avenir. Cette position est défendue de manière convaincante dans sa thèse : *La réglementation internationale des contrats internationaux*, GLN, 1990, p. 105.

<sup>1015</sup> Le juge français ne peut déclarer le juge américain compétent sans empiéter sur la souveraineté des États-Unis d'Amérique ; il n'a aucune légitimité, ni aucun pouvoir, à imposer à son homologue une compétence dont ce dernier ne voudrait pas. L'affaire du crash aérien du vol 708 de la *West Caribbean* survenu en août 2005 au Venezuela en est une parfaite illustration. Suite à l'accident, une partie des ayants-droits des victimes avaient saisi une juridiction américaine d'une demande d'indemnisation. Le juge de l'État de Floride avait alors refusé sa compétence en invoquant une exception de *forum non conveniens* sous réserve de la réintroduction d'une action en Martinique dans un certain délai. Saisi d'une action déclaratoire d'incompétence qui avait dans un premier temps été rejetée par les juges du fond, la Cour de cassation dans un arrêt du 7 décembre 2011 (*JCP G* 2012. 241, L. D'AVOUT ; « Crash aérien : les options de compétence de la Convention de Montréal sont des prérogatives propres aux demandeurs », *D.* 2012, p. 254, P. DELEBECQUE) a accueilli cette action et a donc décliné sa compétence en raison de l'exercice d'une option de compétence par les demandeurs en faveur d'une autre juridiction (la juridiction américaine), conformément à la Convention de Montréal. Implicitement, on pouvait voir un appel du pied au juge américain à reconnaître leur compétence. Pourtant, et alors même qu'il existait une convention multilatérale, la *United States District Court, Southern District of Florida* a persisté dans son refus de compétence. La Cour américaine a notamment peu apprécié l'immixtion du juge français dans l'appréciation de sa compétence, quand bien même elle résulterait d'une convention multilatérale. V. sur cet aspect : « Juridictions américaines et juridictions françaises face à l'application de l'article 33 de la Convention de Montréal : un dialogue de sourds ? », *JDI* 2012, p. 1281, O. DUBOS.

villégiature dans un pays étranger. Il semble au contraire assez prévisible que, pour les délits les plus simples, la loi du lieu du comportement ayant entraîné le dommage s'applique puisqu'en principe les personnes se réfèrent, quant à leur comportement, aux règles de conduite d'un endroit donné. Comme le rappelle Monsieur B. ANCEL « il est souhaitable que [le] rapport soit pris en charge par l'ordre juridique dont l'expérience démontre qu'il est en mesure de résoudre le conflit d'intérêts parce qu'il est directement exposé au trouble que celui-ci peut créer et qu'il est en position d'exercer une autorité effective sur le comportement des intéressés »<sup>1016</sup>. Un tel effort dans la détermination d'un critère de rattachement approprié a des avantages indéniables en termes de sécurité juridique et de prévisibilité puisque « la rationalité du choix effectué oriente tout esprit sensé vers la loi à laquelle référer la détermination du comportement à adopter »<sup>1017</sup>. Mais encore faut-il déterminer quel doit être cet ordre juridique. Dans les cas où le critère de rattachement ne s'impose pas avec la force de l'évidence, les difficultés sont patentées, d'autant qu'elles auront tendance à entraîner une dispersion des solutions selon les différents ordres juridiques.

**408.** En effet, chaque État pourra retenir une règle de conflit différente, ce qui accroît l'imprévisibilité des solutions dès lors que les parties peuvent saisir différents juges, tous potentiellement compétents, et que chacun applique ses propres règles de conflit et donc ses propres critères de rattachement. Et l'uniformisation préalable des règles de conflit de juridictions ne peut être une solution que dans la mesure où le critère de rattachement choisi pour chaque rapport de droit est unique, ce qui est rarement le cas.

Par exemple, l'adoption du Règlement Bruxelles II bis sur les règles de conflit de juridictions en matière de désunion et d'autorité parentale n'a pas permis de surmonter cette difficulté dans la mesure où une multitude de chefs de compétence ont été retenus<sup>1018</sup> et qu'il existait une disparité des règles de conflit de lois entre les différents États membres. Si l'uniformisation des règles de compétence ne permettait donc pas de surmonter cette difficulté, celle-ci s'amenuisait dès lors que les États décidaient d'uniformiser *également* leurs règles de conflit de lois. Il faut néanmoins observer que, par cette méthode, c'est l'échec de l'uniformisation des règles de compétence juridictionnelle – qui procède davantage de la compilation des différentes règles nationales que d'un véritable arbitrage du législateur européen – qui provoque une seconde uniformisation au stade de la loi applicable, ce qui aurait pu être évité par la consécration d'un chef de compétence unique. Ainsi, l'adoption

<sup>1016</sup> V. B. ANCEL, v° « Droit international privé », *Dictionnaire de culture juridique*, *op. cit.* p. 493.

<sup>1017</sup> *Ibid.*

<sup>1018</sup> V. sur ce Règlement l'analyse critique de B. ANCEL et H. MUIR WATT, « La désunion européenne : le Règlement dit « Bruxelles II bis », *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 403.

du Règlement Rome III en 2010 sur la loi applicable au divorce a été en partie motivée par l'atteinte à la sécurité juridique qu'entraînaient « la grande disparité et la complexité des règles nationales de conflit »<sup>1019</sup> car « il est très difficile aux couples "internationaux" de prévoir quelle loi s'appliquera à leur procédure de divorce ou de séparation de corps ». L'affirmation est exacte mais la situation était-elle inévitable ? Si l'identité du juge compétent suscite peu de doutes, la règle de conflit applicable non plus. Admettons pourtant que la prévisibilité procurée par l'identification du juge internationalement compétent n'eût pas encore été suffisante.

Cette difficulté pouvait être diminuée par la seule détermination d'une règle de conflit de lois commune aux États membres, sans qu'il soit besoin de recourir aux normes permissives. C'est d'ailleurs ce dont se félicitent les auteurs du Règlement puisque la loi objectivement applicable doit être déterminée par un mécanisme de rattachements en cascade dans lequel la résidence habituelle des conjoints tient une place centrale et que « cette règle uniforme devait garantir la sécurité juridique et la prévisibilité ». Selon eux, « l'instauration de règles de conflit harmonisées devrait réduire considérablement le risque de "ruée vers le tribunal", puisque quel que soit le tribunal saisi dans les États membres participants, il appliquera la même loi désignée selon des règles communes ». Si l'on met de côté l'idée que ce risque aurait pu être évité lors de l'adoption du Règlement Bruxelles II bis, on ne peut, du point de vue de la méthode, qu'adhérer à cette observation. Mais alors, dans la mesure où les règles de conflit savigniennes uniformes permettaient d'atteindre la prévisibilité recherchée, quelle pouvait être la plus-value apportée par la règle permissive ?

Le commentaire de l'article 3 du Règlement Rome III met en avant, avec une certaine honnêteté, « la flexibilité » que le choix de loi confère aux époux, mais il montre également que « cette augmentation de l'autonomie des parties améliorera la sécurité juridique et la prévisibilité pour les conjoints »<sup>1020</sup>. Si le choix est assurément source de souplesse pour les époux, la seconde justification relève davantage de la pétition de principe que de la démonstration. Plus explicite, l'exposé des motifs avance que la possibilité d'un choix de loi « constituera une forte incitation pour les couples concernés à organiser à l'avance les conséquences d'une éventuelle rupture du lien conjugal »<sup>1021</sup>. Il s'agit d'inciter les parties à agir, non pas en prévision d'une certaine représentation de l'avenir, mais justement parce que cette représentation est incertaine et qu'il leur est recommandé de la forger eux-mêmes. En d'autres termes, la norme n'encourage-t-elle pas les parties à concevoir elle-même une solution ? Les

---

<sup>1019</sup> V. Proposition de Règlement (UE) du Conseil mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps du 24/03/2010 {COM(2010) 104 final}, p. 3.

<sup>1020</sup> V. Proposition de Règlement (UE) du Conseil mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps COM(2010) 104 final / COM(2010) 105 final, point 6, commentaire des articles.

<sup>1021</sup> V. Proposition de Règlement préc., point 2.2.

parties sont incitées à prendre le relais du législateur puisque, de par son propre aveu, c'est là un moyen d'accroître la sécurité et la prévisibilité.

## B – Le renoncement du législateur

409. Face à ces difficultés, pour lesquelles il existait en principe des solutions, le législateur – en l'espèce européen – admet que le meilleur remède est encore de déléguer cette tâche aux parties elles-mêmes. Par conséquent, ce qu'il faut en déduire est que les normes permissives constituent une sorte de palliatif à l'incapacité du législateur d'élaborer des règles de droit favorisant la prévisibilité des solutions. Il lui appartient en principe de déterminer les facteurs de rattachement qui permettraient de déterminer par avance, compte tenu d'une situation donnée, la règle de droit applicable. Or comme, au stade de l'élaboration des règles, le législateur n'y parvient pas de son propre aveu de manière satisfaisante, pourquoi ne pas se reposer sur les parties elles-mêmes <sup>1022</sup> ? Il appartiendrait alors aux destinataires des règles permissives d'effectuer ces arbitrages à la place du législateur, comme le reconnaissent les auteurs du Règlement Rome III lorsqu'ils considèrent que le Règlement devrait inciter les parties à prévoir à l'avance *elles-mêmes*. Le parallèle semble alors évident avec la fonction dite « répulsive » de certaines règles supplétives, dont la défektivité inciterait les parties à prendre le relais d'un législateur défaillant <sup>1023</sup>. L'application de ces règles constituerait une sorte de « sanction » du justiciable paresseux.

410. Il est d'ailleurs notable que dans le droit international privé contemporain, les règles permissives sont parfois implicitement, voire ouvertement, analysées comme une solution consacrant l'échec du législateur. Deux exemples permettent d'illustrer ce constat.

Le premier vient de la pensée de KEGEL, auteur allemand qui a explicitement analysé la consécration de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle comme un aveu d'échec du législateur à ériger un critère de rattachement satisfaisant. La consécration d'une règle permissive en la matière traduirait « une solution d'embarras » adoptée en raison de l'incapacité du législateur à effectuer « une balance plausible des intérêts des parties » ; il abdiquerait alors son pouvoir de

---

<sup>1022</sup> V. en déjà en ce sens : P. ROUBIER, « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *Archiv. phil. dr.*, (3) 1957, pp. 1-69, p. 1 qui constate que « lorsqu'on pense qu'il est impossible de savoir objectivement ce qui est juste, on aura tendance à fonder le droit sur la volonté ».

<sup>1023</sup> Pour une présentation de la fonction répulsive de la règle supplétive, V. C. PÉRÈS, *La règle supplétive, op. cit.*, p. 435 et s. et les références citées, notamment celles d'Y. LEQUETTE à qui l'on doit cette expression.

réglementation des relations privées internationales et « laisse(ra)it) la décision aux parties »<sup>1024</sup>.

De manière plus implicite, Monsieur C. KOHLER, dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye consacré à l'autonomie de la volonté, reconnaît également que le développement de l'autonomie de la volonté en matière de relations patrimoniales de la famille permet aux justiciables de rétablir de la cohérence là où elle a disparu. Dans ce domaine, un constat a été opéré au sein de l'Union européenne de la rupture systémique engendrée par la multiplicité des qualifications et *a fortiori* des règles de conflit en matière de succession, régime matrimoniaux, obligations alimentaires ou partenariats enregistrés. Face à cette situation, certains auteurs reconnaissent que les règles permissives auraient cette vertu de redonner de la cohérence au système<sup>1025</sup>.

Les règles permissives ne seraient donc pas la traduction de la prise en compte de l'objectif de prévisibilité par le législateur, mais de la prise de conscience de son incapacité à élaborer des règles de droit international privé satisfaisantes et, une fois convaincu de cette faiblesse, de son dessein de s'en remettre à l'arbitrage effectué par les parties. Face à cet échec, la volonté des individus consacrée à travers les règles permissives serait perçue comme une autorité régulatrice *par défaut* des rapports internationaux. La suite de la démonstration de la nécessité de remettre en cause le postulat des normes permissives impose de se demander si la volonté des parties est apte à se substituer de manière efficace à celle du législateur.

**411.** Nos précédents développements ont montré que la prévisibilité des solutions n'était pas en tant que telle prise en compte par les parties au stade de l'application de la règle de droit<sup>1026</sup>. On ne peut donc que douter, cette fois en tant qu'acteur de l'élaboration de la règle de droit, de leur capacité à prendre en compte cet impératif de prévisibilité.

---

<sup>1024</sup> V. G. KEGEL, K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 9<sup>e</sup> éd., 2004, p. 653, cité par C. KOHLER qui parle de l'« embarras de rattachement », *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, 2013, p. 68.

<sup>1025</sup> V. C. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatismes*, *op. cit.*, p. 220. Pour d'autres, la règle permissive en droit de la famille aurait du moins pour vertu de « réconcilier législateur et justiciables », v. B. BOURDELOIS, « Relations familiales internationales et *professio juris* », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Audit, les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 137, spéc. p. 146.

<sup>1026</sup> V. *supra* n°389 et s.

## §II – L'inaptitude des destinataires des normes permissives à s'ériger en législateurs

412. La conviction selon laquelle la volonté individuelle pourrait jouer le rôle d'une « autorité régulatrice des rapports internationaux »<sup>1027</sup>, si elle n'est pas nouvelle, est fréquemment reprise par la doctrine contemporaine<sup>1028</sup>. Pourtant, on ne peut que s'inscrire à l'encontre de cette doctrine qui perd de vue le but ultime des règles de droit et la nécessité de régir les relations privées internationales en tenant compte non seulement des intérêts des parties, mais également des intérêts des États et des tiers<sup>1029</sup>. Elle révèle une surestimation du pouvoir de la volonté individuelle, fondamentalement inapte à remplacer le législateur, surestimation qui conduit à faire des normes permissives non la garantie des prévisions des parties, mais la garantie de « la réalisation de leurs désirs »<sup>1030</sup> (A). Le caractère nécessairement abstrait des règles de droit conduit à réfuter l'idée qu'une délégation du législateur à la volonté individuelle constitue la traduction adéquate de l'objectif de prévisibilité (B).

### A – La surestimation du pouvoir de la volonté individuelle

413. L'idée selon laquelle les normes permissives permettraient d'atteindre un résultat satisfaisant en matière de prévisibilité des solutions, alors même qu'elles résultent d'une délégation de pouvoir du législateur aux destinataires des normes, nous incite à croire que chaque individu peut s'auto-ériger en législateur. Ce présupposé doit être démenti. Aussi surprenant que cela puisse paraître, il peut être combattu en reprenant certains arguments tirés de l'ouvrage *Droit, législation et liberté* de F. A. HAYEK.

<sup>1027</sup> La formule est de A. F. SCHNITZER, évoquant lui-même la pensée de HAUSS (« La loi applicable aux contrats internationaux », *Rev. crit. DIP* 1955, p. 464).

<sup>1028</sup> V. *supra* n°308 et s. et notamment E. JAYME, « Le droit international privé du nouveau millénaire : la protection de la personne humaine face à la globalisation », *RCADI*, 2000, t. 282 et J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'état-nation et le droit international privé*, LGDJ 2011, préf. C. GRARE.

<sup>1029</sup> Sur une approche en termes d'intérêts en droit international privé : v. P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Précis de droit international privé*, Dalloz, 1928, n°231-232, p. 203-205 ; H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz 1956, réed. 2002, préf. Y. LEQUETTE, n°102 p. 229 et repris dans : « Les intérêts de droit international privé », *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgangs des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Gerhard Kegel*, Francfort-sur-le-Main, 1977, p. 11, spéc. p. 14 ; B. AUDIT, Le caractère fonctionnel de la règle de conflit, *RCADI*, 1984, tome 186, p. 277 et p. 377, note 166 et G. KEGEL, « The crisis of conflict of law », *RCDAl* 1964 II 91, spéc. p. 182 et s. et « Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht », *Festschrift für H. Lenz*, Bâle, 1953, p. 259-288, cités dans B. REMY, *Exception d'ordre public international et mécanisme de lois de police en droit international privé*, Dalloz, 2008, n°78 et s. p. 42.

<sup>1030</sup> L'expression est empruntée à V. HEUZÉ qui n'a eu de cesse de dénoncer le vice ontologique des normes permissives. Voir notamment : « La loi des contrats internationaux », Livre II, *Joly Contrats internationaux*, n°19 p. 23 ; « Construction européenne, état de droit et droit international privé », in *Construction européenne et Etat de droit*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 130 ; *La réglementation française des contrats internationaux*, Joly, 1990.

S'il peut sembler paradoxal d'emprunter au père du libéralisme moderne<sup>1031</sup> l'argument dirimant à l'encontre des normes permissives, ce serait déformer sa pensée que d'y puiser la légitimation d'un désengagement du législateur au profit des volontés individuelles dans l'élaboration des règles de droit. Si, d'après cet auteur, la liberté humaine est la plus apte dans la sphère économique à orienter l'action individuelle, cela ne signifie nullement qu'elle peut se passer de règles de droit ; bien au contraire, le droit est selon lui une condition nécessaire à l'épanouissement de cette liberté et à l'existence de toute société. S'il récuse certaines velléités du législateur, il ne minimise pas la nécessité de l'existence de règles de droit, pas plus qu'il ne sous-estime le rôle du législateur lorsqu'il s'agit de corriger le droit issu de la pratique<sup>1032</sup>. Seule l'origine de la loi est remise en cause : elle résulterait de ce qu'il nomme « un ordre spontané ». Le législateur devrait s'astreindre, non à tenter de s'y substituer en créant un ordre de toute pièce, mais à favoriser les conditions d'établissement d'un tel ordre<sup>1033</sup>. Sa critique porte donc sur la croyance selon laquelle les règles de droit résulteraient de la volonté d'un législateur<sup>1034</sup>. Elle reposerait sur une appréciation trompeuse que HAYEK a dénoncée comme « une surestimation des pouvoirs de la raison », écueil que l'on retrouve *in fine* dans le principe même des normes permissives en droit international privé.

**414.** En effet, le présupposé selon lequel les règles de droit résultent de la volonté d'un législateur conduit à se laisser tromper par l'« illusion synoptique », fiction en vertu de laquelle « tous les faits à prendre en considération sont présents à l'esprit d'un même individu et qu'il est possible d'édifier, à partir de cette connaissance des données réelles de détails, un ordre social désirable » (c'est nous qui soulignons)<sup>1035</sup>. Si séduisant soit

<sup>1031</sup> V. L'ouvrage est souvent considéré comme « la Bible du libéralisme moderne » : v. préface à la nouvelle édition « Quadrige » de P. NEMO de F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, PUF, 2013.

<sup>1032</sup> V. F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, *op. cit.*, p. 219 et s. Spécialement le paragraphe intitulé « Pourquoi le droit issu de la pratique demande à être rectifié par la législation ? ».

<sup>1033</sup> La préexistence de cet ordre spontanée ne signifie donc nullement qu'une société puisse se passer d'une législation ou que le rôle du législateur se résume à celui d'un simple scribe : il doit favoriser les conditions d'établissement d'un tel ordre, parfois rectifier ce droit spontané et en organiser l'évolution afin que les prévisions légitimes des individus ne soient pas déçues. V. notamment F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, *op. cit.*, p. 219 et s., spéc. p. 221. Il faut également préciser que l'auteur vise ici les règles de juste conduite pouvant schématiquement être assimilées au droit privé, à l'exclusion des règles de commandement qui correspondent davantage au droit public et dans lesquelles il intègre les règles de procédure.

<sup>1034</sup> V. F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, *op. cit.*, p. 190-191. L'auteur rappelle qu'« il ne peut y avoir de doute : la loi existait depuis fort longtemps lorsque les hommes s'aperçurent qu'ils pouvaient la faire ou la changer » et que « l'idée que toute loi gouvernant l'action des hommes est le produit de législateurs semble si évidente que l'affirmation que la loi est plus ancienne que la confection de lois a presque le caractère d'un paradoxe ». Et à propos de la prise de conscience de la possibilité de changer la loi : « l'idée qu'ils en étaient capables n'apparut guère que dans la Grèce classique ; et même alors, elle devait être submergée et ne reparaitre pour être progressivement adoptée que vers la fin du Moyen Age ».

<sup>1035</sup> V. F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, *op. cit.*, p. 114. L'auteur énonce que « l'illusion qui conduit régulièrement les rationalistes constructivistes à introniser la volonté consiste dans la croyance que la raison peut transcender le domaine de l'abstrait et qu'elle est par elle-même capable de déterminer la désirabilité



le raisonnement, il s'effondre au stade de l'expérimentation pratique. HAYEK démontre que l'exploitation des « emplois de la raison consciente » ne produit pas les bénéfices attendus. L'individu, s'il présente une part de rationalité, ne peut se résumer à son caractère rationnel car « c'est toujours uniquement en combinaison avec des mobiles particuliers, non rationnels, que la raison peut déterminer ce qu'il y a lieu de faire ». Par conséquent, le législateur ne doit pas tenter d'« inventer » les règles de droit en usant des pouvoirs de sa raison mais à découvrir, faire respecter voire rectifier les règles de droit issues d'un long processus spontané et porteuses de « l'expérience des générations » et des valeurs d'une société. S'il tente de les inventer, il risque fort d'avoir à cœur la poursuite de certains objectifs particuliers qui ne permettraient pas, à terme, le maintien d'un ordre social permanent<sup>1036</sup>. Or si

---

d'actions déterminées. Pourtant, c'est toujours uniquement en combinaison avec des mobiles particuliers, non rationnels, que la raison peut déterminer ce qu'il y a lieu de faire, et sa fonction est essentiellement d'agir comme un frein sur les émotions, ou de piloter l'action dont le moteur est fourni par d'autres facteurs. L'illusion que la raison seule peut nous dire ce que nous devrions faire et que par conséquent tous les hommes raisonnables devraient être capables de se joindre en un effort en vue d'obtenir des résultats communs comme membres d'une organisation, cette illusion est promptement dissipée lorsque nous tentons de l'appliquer pratiquement ».

<sup>1036</sup> À la lumière de la pensée d'HAYEK, la construction du droit international privé est à ce titre éclairante. Si l'on observe la genèse du droit international privé français, elle correspond à la manière dont les règles de juste de conduite doivent être élaborées selon l'auteur. En effet, face aux rares dispositions contenues dans le Code civil, il est principalement revenu à la jurisprudence et spécialement à la Cour de cassation d'avoir construit cette matière. Pour ce faire, les juges ont évidemment dû tenir compte des attentes prévisibles des parties. Face à des litiges pour lesquels l'article 3 du Code civil ne leur était que d'une mince utilité, ce n'est pas en cherchant à surprendre les justiciables qu'ils ont entrepris de trancher les litiges. Ils se sont donc appuyés sur ce qu'ils considéraient comme étant les règles implicites de la matière. Par la suite, si l'opportunité de la codification du droit international privé a pu être discutée, ce n'était principalement que dans l'hypothèse d'une codification à droit constant qui offrirait une meilleure lisibilité de la matière, réputée difficilement accessible et compréhensible aux juristes français et *a fortiori* aux juristes étrangers. Malheureusement, en l'absence d'une codification générale, ce sont davantage à des réformes ponctuelles que s'est attelé le législateur français, réformes qui sont intervenues à l'occasion de réformes du droit interne. Il en est ainsi du droit de la filiation, du divorce, de l'adoption et plus récemment du mariage. Le problème des dispositions alors adoptées repose sur le fait que le législateur, poursuivant le plus souvent un objectif particulier, édictait les règles en fonction d'objectifs précis prédéterminés, calqués sur les politiques législatives que les auteurs des règles voulaient alors promouvoir. La récente loi portant réforme du mariage en est un parfait exemple. La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, qui a introduit une règle en matière de droit international privé, manifeste le souhait du législateur de faire bénéficier le plus grand nombre de sa conception du mariage (v. notamment pour la dénonciation de la tendance actuelle du législateur français pour qui « la discipline se révèle ainsi (...) l'outil promotionnel d'une volonté législative » : D. BUREAU, « Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Audit, les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 155 et B. REMY, « La réforme et le droit international privé », in *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, sous la direction de D. MAZEAUD et de Y. LEQUETTE, avec la participation d'O. DESCAMPS, éd. Panthéon Assas, 2014, p. 183). Sans vouloir prôner une vision ultra-libérale de ce que doit être le rôle de l'État – ce qu'ont fait à l'extrême de nombreux auteurs à partir de l'œuvre de HAYEK –, il nous semble primordial de nous souvenir des enseignements du volume I de son ouvrage *Droit, Législation et Liberté*. Les règles de juste conduite – celles qui nous intéressent ici s'agissant des règles du droit international privé – sont porteuses de valeurs communes à l'ensemble de la société mais ne doivent pas être faites pour atteindre certains objectifs particuliers. Or, c'est principalement en ayant en vue des objectifs particuliers que le législateur français a entendu réformer le droit international privé ces dernières années. Sur le développement de cet écueil dans le cadre du droit international privé européen, v. *infra* n°481 et s. V. également sur une mise en perspective du droit international privé contemporain avec la pensée de HAYEK : J. BASEDOW, « The Law of Open Societies — Private Ordering and Public Regulation of International Relations. General Course on Private International Law », *RCADI*, t. 360, 2013, p. 9, spéc. p. 98-103.

l'argument est valable pour le législateur, comment pourrait-il en être autrement pour le destinataire des normes permissives ? Certes, on pourrait rétorquer que si le pouvoir de la raison ne peut aboutir à l'avènement d'un « ordre social désirable », il permet à chacun de servir au mieux ses intérêts étant donné que chaque individu est le plus à même de maîtriser le particularisme de sa situation. Le rôle de l'État est précisément de préserver la liberté individuelle afin que chacun puisse accomplir ses propres projets. Néanmoins, la critique ne peut être accueillie car il ne s'agit pas pour l'individu de mener à bien ses projets, mais de déterminer la règle de droit qui régira sa situation. La volonté individuelle n'intervient pas dans le cadre du « pouvoir faire » d'un agent économique propre à guider son action, mais d'un « pouvoir dire » d'un « agent juridique »<sup>1037</sup> qui participerait à la construction de la règle de droit.

**415.** S'agissant des normes permissives, l'exercice ou non de la faculté va donc dépendre de certains facteurs irrationnels, tout comme, le cas échéant, l'objet choisi. Par exemple, en matière de choix de loi applicable au divorce, le non exercice de la faculté de choix peut s'expliquer en partie par la superstition des futurs époux qui ne souhaitent pas, au moment de leur mariage, ne serait-ce qu'évoquer l'éventualité d'une séparation ou encore en raison de leurs convictions religieuses qui écartent en principe l'hypothèse d'un divorce. Quant à l'objet du choix, si la faculté est exercée par un couple binational, l'époux de nationalité italienne, qui demande à son futur conjoint de venir s'installer en Allemagne, pays de sa nationalité, peut accepter l'application de la loi italienne à un éventuel divorce afin de manifester son sens de la concession au sein du couple ou par culpabilité à l'égard de son conjoint qu'il a le sentiment d'arracher à ses racines ; au contraire les époux peuvent choisir la loi de la résidence habituelle si, en raison de conflits entre leurs familles respectives, ils veulent s'émanciper de leurs origines. Une infinité de motifs, plus ou moins rationnels, plus ou moins avouables et plus ou moins conscients, peuvent expliquer le choix opéré par les individus<sup>1038</sup>.

---

<sup>1037</sup> L'expression est de P.NEMO dans la préface de l'ouvrage d'HAYEK, *op. cit.*, p. 36.

<sup>1038</sup> Cette idée de la complexité du processus de choix par les individus – même si en l'occurrence il l'étudie dans des hypothèses de circonstances exceptionnelles – évoque la phrase de P. LEVI « chaque individu est un sujet tellement complexe qu'il est vain d'en prévoir le comportement, davantage encore dans des situations d'exceptions, et il n'est même pas possible de prévoir son propre comportement » (extrait de *Les Naufragés et les rescapés*), cité en épigraphe de l'essai de P. BAYARD, *Aurais-je été résistant ou bourreau ?*, coll. Paradoxe, Les éditions de Minuit, 2013. Sur ce thème, v. également l'ouvrage de D. KAHNEMAN : *Système 1, Système 2, Les deux vitesses de la Pensée*, Flammarion, 2012. L'auteur, prix Nobel d'économie en 2002, éclaire la façon de penser des individus et leurs manières de faire des choix. Ses travaux antérieurs en matière de psychologie de la connaissance et de la décision lui ont permis de remettre en cause le principe d'une pensée rationnelle des individus, qui est à la base de nombreuses théories économiques néoclassiques. Il démontre ainsi que si certains de nos choix proviennent de notre « système 2 » de pensée qui est réfléchi, maîtrisé et rationnel, certains sont forgés à partir de notre « système 1 » de pensée qui est au contraire fondé sur l'intuition et les émotions. V. également G. DWORKIN, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge, CUP, 1988, spéc. p.62 et s., qui entreprend, dans un chapitre de son ouvrage consacré à l'autonomie, de démontrer qu'il n'est pas évident que davantage de choix soit nécessairement un bien.

Difficile alors de concevoir que les destinataires des normes permissives soient capables de prendre efficacement le relais du législateur en cas de défaillance de sa part et encore moins comment le résultat pourrait être satisfaisant en termes de prévisibilité des solutions.

En réalité, les normes permissives ne fournissent pas un instrument de respect des prévisions des parties, mais un instrument au service de leurs « désirs ». Comme l'a exprimé Monsieur V. HEUZÉ « il n'est pas même exact de dire que le principe d'autonomie respecte les prévisions des parties. La vérité est qu'il les fonde : la loi choisie n'est applicable que parce qu'elle est celle dont les parties pouvaient prévoir l'application (...). En d'autres termes, le principe d'autonomie n'a pas pour objectif de protéger les prévisions des parties mais – ce qui est très différent – il vise à garantir la réalisation de leurs désirs »<sup>1039</sup>. Selon lui, les normes permissives ont pour objet « de *fonder* les prévisions qui s'imposent aux États-membres, à l'encontre éventuellement de leurs propres solutions impératives, et sous la seule limite des exigences de leur ordre public international »<sup>1040</sup>. Il illustre sa démonstration par un exemple, particulièrement probant, celui d'un contrat passé entre une société française et une société belge qui choisissent de soumettre leur contrat au droit chilien : la mise œuvre de la règle permissive ici ne permet aucunement de « garantir » les prévisions des parties car, jusqu'au moment du choix effectif, celles-ci n'ont pu raisonnablement envisager que le droit chilien serait applicable à leur situation juridique. L'illustration est saisissante dès lors que l'on accepte que l'objectif de prévisibilité dans le droit implique l'existence d'un certain contenu de celui-ci : toutes les prévisions des parties ne méritent d'être protégées en tant que telles parce qu'elles ont fait l'objet d'une prévision. Seules les prévisions *légitimes* méritent une telle attention de la part du législateur<sup>1041</sup>.

**416.** Dès lors, l'intronisation de la volonté comme mode de réglementation des relations privées internationales, en permettant à l'individu de choisir les solutions qui servent ses intérêts, n'est pas souhaitable s'agissant des règles de droit. Le constat déjà ancien de SCHNITZER est toujours pertinent lorsqu'il énonçait qu' « il

<sup>1039</sup> V. V. HEUZÉ, « La loi des contrats internationaux », Livre II, *Joly Contrats internationaux*, n°19, p. 23. L'auteur s'emploie à montrer que le rapport des normes permissives avec la prévisibilité est plus subtil qu'il n'y paraît. Les normes permissives sont en effet considérées comme un instrument de prévisibilité car elles permettent de respecter ce que les parties ont prévu. Néanmoins, ce qu'ont prévu les parties ne correspond nullement à leurs attentes légitimes ou à ce qu'il est souvent convenu d'appeler les *prévisions légitimes*. En réalité, les normes permissives permettent aux parties de faire, de leurs prévisions, ce qu'elles désirent.

<sup>1040</sup> V. V. HEUZÉ, « Construction européenne, état de droit et droit international privé », in *Construction européenne et Etat de droit*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 133.

<sup>1041</sup> V. en ce sens : F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, *op. cit.*, la protection des prévisions des parties « implique une distinction entre les anticipations "légitimes" que la loi doit garantir et d'autres dont on doit admettre qu'elles doivent être déçues ». En effet, seules certaines anticipations doivent être protégées et non toutes les anticipations et « le problème central est de savoir lesquelles doivent être garanties pour porter au maximum la possibilité que les attentes soient généralement satisfaites » (p. 253).

n'est pas indiqué, non seulement au point de vue de la théorie du droit mais aussi du point de vue de l'exercice de la justice, d'ériger l'individu en souverain arbitre dans le choix de la règle applicable. C'est la tâche de l'ordre juridique de déterminer l'étendue de la liberté des parties, de régler leurs rapports, et de choisir, dans ce but la loi applicable »<sup>1042</sup>.

La règle de droit ne doit pas permettre une satisfaction des désirs des individus – ce qui renvoie par définition à l'aspect instinctif de cette aspiration – mais a été érigée pour organiser la société. Que l'on prône l'école réaliste ou l'école volontariste de la théorie générale du droit, aucune d'entre elle ne remet en cause la fonction de la règle de droit, pas même HAYEK, que l'on ne peut taxer de conservatisme : quelle que soit sa source – produit d'une volonté ou création spontanée<sup>1043</sup> –, la règle n'en demeure pas moins nécessaire à l'organisation de la vie en société et, si elle doit prendre en compte les intérêts des particuliers, elle doit également tenir compte des intérêts de la ou des société(s) dans la(es)quelle(s) s'inscrit la relation et dont l'État a la charge<sup>1044</sup>. Or non seulement ce sont leurs intérêts seuls, et non ceux des tiers ou des États, que les parties ont en tête lorsqu'ils décident du juge compétent ou de la loi applicable, mais surtout les individus n'auront jamais à cœur l'organisation de l'ordre social – et même si c'était le cas, ils n'en seraient pas pour autant capables.

L'existence de nombreux correctifs dans la mise en œuvre des normes permissives révèle d'ailleurs une certaine conscience de cet écueil par le législateur. S'il délègue aux destinataires des normes permissives le soin d'arbitrer entre les différents ordres juridiques, le législateur ne souhaite pas abandonner définitivement la défense de certaines politiques législatives ou de certaines valeurs, ce qui explique notamment l'interférence des lois de police. Il ne s'agit nullement de dire que la raison est impuissante à orienter les individus, mais seulement qu'elle ne peut le faire

---

<sup>1042</sup> V. A. F. SCHNITZER, « La loi applicable aux contrats internationaux », *Rev. crit. DIP* 1955, n°16, p. 472.

<sup>1043</sup> Sur ce point, v. F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, *op. cit.*, chapitre 1<sup>er</sup>, idée reprise par Monsieur P. MAYER lorsqu'il rappelle qu'il est faux de croire que la loi est le fruit de la volonté de quelqu'un, « le phénomène de la coordination des ordres juridiques », *op. cit.*, n°130 et note 184, p. 142. La loi ne peut pas plus être l'expression de la volonté de l'Etat en tant que telle que de la volonté des parties. C'est probablement parce que le législateur a trop souvent tendance à faire de la loi un seul instrument de politiques législatives que bon nombres d'entre elles sont défectueuses.

<sup>1044</sup> La règle de conflit bilatérale, contrairement aux règles permissives, permet de tenir compte de ces différents impératifs. V. en ce sens, V. HEUZÉ : « le critère au moyen duquel elles (les règles de conflit) désignent la loi applicable est au contraire défini pour concilier les intérêts des parties, des Etats, des tiers, et vise donc à faire triompher les représentations du for relatives aux exigences de la justice au sens du droit international privé. Or le principe d'autonomie est évidemment radicalement indifférent aux intérêts des États et des tiers. Et il n'est pas protecteur des intérêts des parties, puisqu'il avantage toujours la plus puissante ou la plus habile », v. « Construction européenne, état de droit et droit international privé », in *Construction européenne et Etat de droit*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 130, note 8. L'auteur a pu illustrer son propos en se demandant : « qu'y a-t-il de légitime pour des entreprises, l'une française, l'autre allemande, qui contractent ensemble, à prévoir l'application de la loi californienne que le principe d'autonomie les autorise à désigner ? », v. « La loi des contrats internationaux », Livre II, *Joly Contrats internationaux*, n°19.

que dans une certaine mesure et sûrement pas en tenant compte des exigences inhérentes au maintien d'un ordre social permanent<sup>1045</sup>. Son efficacité ne vient pas de sa capacité à élaborer des règles de droit mais plutôt de sa capacité à suivre des règles forgées par « l'expérience des générations »<sup>1046</sup>. Ce n'est que par ce long processus que peuvent émerger des règles abstraites qui présentent nécessairement une supériorité.

## B – Le caractère nécessairement abstrait des règles de droit

417. La surestimation du pouvoir de la volonté individuelle conduit à négliger les avantages liés au caractère abstrait des règles de droit. Ce caractère, aux côtés de ceux de général et d'hypothétique, détermine pourtant la capacité d'un ordre juridique à appréhender tout type de situation<sup>1047</sup>. Les abstractions constituent « le moyen indispensable qui rend l'esprit capable de s'occuper d'une réalité qu'il ne peut entièrement comprendre »<sup>1048</sup> et qu'il ne peut autrement anticiper de manière

---

<sup>1045</sup> Permanent signifie qu'il a vocation à fonctionner de manière ininterrompue, non qu'il est immuable.

<sup>1046</sup> V. en ce sens, F. A. HAYEK, *op. cit.*, p. 74 : « l'homme est tout autant un animal-obéissant-à-des-règles qu'un animal-recherchant-des-objectifs. Et il est efficace, non pas parce qu'il sait pourquoi il doit obéir aux règles qu'il observe en fait, ni même parce qu'il est capable d'énoncer toutes ces règles en paroles, mais parce que sa pensée et son agir sont régis par des règles qui, par un processus de sélection, se sont établies dans la société où il vit, et qui sont ainsi le produit de l'expérience des générations ». L'auteur se réfère lui-même à R.S. PETERS, *The concept of Motivation*, Londres, 1959.

<sup>1047</sup> V. en ce sens P. MAYER, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques*, *op. cit.* L'auteur rappelle que la règle de droit doit être « envisagée dans l'abstrait, en tant qu'elle constitue, dans l'ordre juridique concerné, le type de solution juridique estimé convenir dans l'hypothèse où un type d'événement (...) surviendrait », n°133 p. 146. Les règles de droit « constituent un modèle abstrait d'organisation sociale, adopté parce que jugé bon pour la société », n°145 p. 158.

<sup>1048</sup> V. *Droit, législation et liberté*, *op. cit.*, p. 253. Dans son ouvrage, HAYEK insiste sur le caractère nécessairement abstrait des règles de droit « la principale raison de la difficulté qu'il y a à faire que les règles de conduite servent à augmenter la prévisibilité des situations est que ces règles n'y parviennent pas en déterminant un état de choses particulier et concret, mais en déterminant seulement un ordre abstrait permettant à ses membres de déduire, des détails connus d'eux directement, des anticipations qui ont de bonnes chances de se trouvées vérifiées ». HAYEK critique ainsi le rationalisme constructiviste, qui fait de la raison consciente des individus et toute puissante l'instrument privilégié d'élaboration des règles de droit, par opposition au rationalisme évolutionniste. Dans ce cadre, il démontre la nécessité du recours à l'abstraction et ainsi la supériorité des règles abstraites par opposition aux commandements. Pour l'auteur, « toute pensée doit forcément rester abstraite à des degrés divers et (...) par conséquent, elle ne peut jamais par elle-même définir pleinement des actions particulières (...) La raison est seulement une discipline, une intelligence des possibilités limitées de l'action définie qui souvent ne nous dira que ce qu'il ne faut pas faire » (p. 115). Il ajoute « Se fonder sur l'abstrait n'est donc pas la marque d'une surestimation des pouvoirs de la raison, mais au contraire de la connaissance de ses limites. La surestimation des pouvoirs de la raison conduit, elle, à la révolte contre la soumission aux règles abstraites » (p. 116). Le rejet de la raison abstraite s'explique par la croyance dans la raison concrète des individus qui serait capable de déterminer « la désirabilité d'actions déterminées » (p. 114) et elle conduit « vers une réaction violente contre l'autorité de guide conférée à la raison abstraite et vers l'apologie des pouvoirs de la volonté individuelle ». Ce processus est selon lui « n'est nullement paradoxal mais presque inévitable ».

systématique. Aussi, seule la règle abstraite permet d'appréhender potentiellement une infinité de situations à venir<sup>1049</sup>.

**418.** De ce point de vue, les normes permissives présentent une faiblesse structurelle. Celle-ci résulte de la nécessaire implication d'une appréciation concrète par l'individu, non de l'opportunité d'une action, mais de l'opportunité de se placer sous l'emprise d'un ordre juridique plutôt qu'un autre. Il ne s'agit pas ici de remettre en cause le caractère abstrait de la norme, ce qui lui ôterait son statut de règle de droit. La norme permissive est bien abstraite parce qu'elle attache un effet de droit à un présumé, mais elle présente cette particularité que l'effet produit concerne l'applicabilité d'une règle de droit, dont l'application aura été concrètement recherchée par l'individu. Les normes permissives impliquent en effet que l'individu se soit concrètement prononcé. D'ailleurs, si tel n'est pas le cas, la règle permissive ne peut être mise en œuvre puisqu'il lui manque un élément essentiel, à savoir la manifestation de volonté d'exercer la faculté, ce qui explique que le corollaire des règles permissives soit l'existence d'une règle supplétive, destinée à pallier l'absence de décision de l'individu.

**419.** Aussi, il est nécessaire pour le législateur, lorsqu'il détermine les règles de droit, de se référer à un modèle raisonnable d'homme, même s'il est convaincu que le bon père de famille n'existe pas<sup>1050</sup>. En effet, peu importe ce que sont les réelles dispositions psychologiques d'une personne, il faut s'appuyer sur ce qu'elles ont de raisonnable. Sur ce point, la thèse de GOUNOT est éclairante. Son propos est de démontrer que le législateur doit s'attacher aux attentes légitimes que peuvent faire

---

<sup>1049</sup> Elle constitue le meilleur gage de la prévisibilité des solutions puisqu'elle permet de ne laisser « aucune question de droit dénuée de réponse » en faisant entrer n'importe quelle situation dans un cadre prédéterminé, v. P. MAYER, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques*, op. cit., n°134, p. 147. En ce sens, v. également : P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973 et J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études offertes à Georges Ripert*, Tome I, LGDJ, 1950, p. 93.

<sup>1050</sup> V. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. A. ROUSSEAU, 1912. À propos de la détermination des règles de droit en matière successorale dans l'ordre interne, il énonce : « Si, dans la détermination du régime de droit commun, le législateur tient compte de la volonté « présumée » des défunts, bien d'autres motifs, tout aussi importants le guident dans son choix ; et d'ailleurs, la prétendue volonté dont il s'inspire, et qu'il est censé interpréter, n'est en aucune façon la volonté particulière de l'individu concret (...) mais la volonté idéale d'un certain type abstrait, conçu comme le représentant normal de l'humanité, voire comme le « modèle » du bon père de famille. Le législateur détermine ce qu'il est souhaitable et juste que veuille un homme normal ; et c'est la volonté abstraite de cet être idéal qu'il impose aux défunts intestats » (p. 106). L'auteur affirme par la suite que le législateur s'inspire « non pas de la psychologie individuelle des parties considérées *in concreto* – elle est pour lui imprévisible et impénétrable – mais du but objectif normal de ces diverses opérations. (...) Assurément, on peut encore parler de volonté (...) mais remarquons qu'il ne s'agit plus de la volonté réelle d'êtres déterminés, en chair et en os, mais d'une volonté tout abstraite, entièrement dégagée de ce qu'on forcément de subjectif et de variables les volontés concrètes des parties. Le législateur a pour ainsi dire devant les yeux un homme idéal, répondant à ce que la conscience commune considère comme le type de l'homme d'affaires intelligent, probe et loyal » (p. 186).

naître le comportement d'un individu à l'égard d'un autre et non aux attentes qu'il devrait former conformément aux véritables prédispositions psychologiques de son interlocuteur. Ainsi prend-il comme exemple les manifestations de la joie ou de la tristesse<sup>1051</sup>. Il rappelle que dans la plupart des cas, les larmes d'un individu traduiront sa tristesse. Dans certains cas, plus rares, elles pourront exprimer d'autres sentiments : la peur, la joie, le rire. Lorsqu'il élabore la règle de droit, son auteur doit s'attacher aux attentes raisonnables qu'un certain comportement peut faire naître, ce que GOUNOT désigne par la notion de confiance légitime. Certes, cela n'empêche pas le législateur d'être conscient que certains comportements pourront être équivoques et que, dans certains cas, ils devront produire d'autres effets que ceux normalement attendus, ce qui signifie qu'il pourra ménager des correctifs. Et c'est bien ce que fait le législateur dans de nombreux cas. Le droit français des contrats considère ainsi que le silence ne vaut pas acceptation car il en va ainsi le plus souvent et que l'ambiguïté du comportement ne doit pas permettre d'en tirer des effets de droit. Mais le législateur pourra néanmoins énoncer que dans certaines circonstances particulières, le silence vaudra acceptation<sup>1052</sup>. Pareillement, le Code civil énonce une présomption de paternité en faveur du mari de la mère car le plus souvent, le mari sera effectivement le père de l'enfant, même s'il peut prévoir des moyens de combattre cette présomption dans l'hypothèse où tel ne serait pas le cas<sup>1053</sup>. Le législateur est contraint de se référer à un modèle d'homme moyennement raisonnable dans une société donnée à un moment donné pour élaborer les règles de droit, tandis que par le recours aux règles permissives, il délègue ce travail à une personne *x* ou *y* qui fera concrètement ce choix.

Et s'il n'est pas question de dénier aux destinataires des normes permissives un caractère raisonnable, au sens d'Êtres dotés de raison, il est nécessaire d'intégrer les limites de cette rationalité. Ainsi, dans l'exercice de la faculté octroyée par la règle, la Raison ne s'affirme qu'à travers *les raisons concrètes* de ceux qui expriment leur volonté et qui sont des hommes bien réels issus d'un milieu et d'un contexte particulier. Supposer que l'observance de la volonté concrète d'un individu conduit nécessairement à une solution efficiente réactive le mythe, dénoncé par GOUNOT, de ces « volontés idéales, conçues comme absolument autonomes » et qui ne sont

---

<sup>1051</sup> V. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, op. cit.*, p. 147. Pour l'auteur, l'essentiel repose dans « la croyance aux faits intérieurs que normalement ils servent à traduire, c'est la représentation de la volonté interne qu'ils sont censés manifester » et c'est à partir de cette observation d'une pratique généralisée et acceptée que le législateur pourra forger ses règles de droit.

<sup>1052</sup> V. par exemple l'article 1738 du Code civil en matière de tacite reconduction du contrat de bail ou l'article L. 112-2 du Code des assurances en matière de proposition à l'assuré de prolongation du contrat d'assurance. V. en ce sens : Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, Lexisnexis, 13<sup>ème</sup> éd., 2014, n°134, p. 104.

<sup>1053</sup> V. les articles 312 et s. du Code civil.

que des « fictions »<sup>1054</sup>. Or ce ne seront jamais des volontés idéales qui s'expriment à travers les normes permissives mais des volontés bien réelles.

~

**420.** Compte tenu de l'objectif de prévisibilité qui leur est assigné, c'est-à-dire dès lors que l'on ne s'attache pas à protéger les prévisions des parties *pour ce qu'elles sont* mais parce qu'elles correspondent à *ce que des parties pouvaient raisonnablement prévoir* et donc à ce à quoi elles pouvaient légitimement s'attendre comme solution, la pertinence des normes permissives doit être pour partie récusée.

À défaut de constituer une traduction juridique judicieuse de cet objectif, il semble acquis qu'au stade de leur mise en œuvre, elles garantissent aux parties le respect des prévisions qu'elles ont spécialement élaborées dans un contexte donné. Pourtant, l'étude de cette mise en œuvre révèle que leurs prévisions sont fréquemment malmenées par les normes permissives.

---

<sup>1054</sup> V. en ce sens la thèse d'E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. A. ROUSSEAU, 1912. Notamment p. 139 : « ces volontés idéales, conçues comme absolument autonomes ne sont que des fictions ; que les hommes réels en chair et en os vivent dans un milieu social déterminé, dont l'influence à chaque instant les pénètre et les domine, et auquel ils empruntent tous leurs moyens d'action ; que par conséquent, c'est seulement à travers les usages, les besoins, les croyances et les exigences plus ou moins variables de ce milieu social, que doit être envisagé l'activité juridique individuelle ».



**SECTION II**  
**LES PRÉVISIONS DES PARTIES MALMENÉES**  
**PAR LES NORMES PERMISSIVES**

421. En permettant aux parties de choisir la loi applicable à leur situation ou la juridiction qui tranchera un éventuel litige y afférant, et même si on ne peut être certain que ce choix portera sur un objet prévisible<sup>1055</sup>, les parties devraient au moins être assurées d'un résultat qui corresponde à leurs attentes, quelles qu'elles soient. Pourtant, les développements qui vont suivre montreront que les prévisions forgées par les parties sont loin d'être toujours garanties car les normes permissives sont sources d'un important contentieux au stade de leur mise en œuvre.

Ce risque est principalement dû à deux facteurs : le premier est lié à la persistance de certaines impérativités dont le contenu est relativement indéterminé<sup>1056</sup> ; le second vient de la norme permissive elle-même, non dans son principe mais dans sa structure, trop souvent défectueuse et donc porteuse d'incertitudes.

Nous verrons tout d'abord que les prévisions des parties sont malmenées en raison de l'indétermination du champ d'application de certaines réglementations impératives (§I) et nous montrerons ensuite que le non-respect des prévisions est également engendré par une défaillance de la structure des normes permissives (§II).

---

<sup>1055</sup> Par exemple, dans le cadre d'une clause de choix de loi dans un contrat franco-allemand en faveur de la loi chinoise, si le choix des parties ne porte pas sur un objet en soi prévisible – la loi chinoise –, la solution retenue devrait être du moins prévisible pour ceux-là même qui l'ont prévue. Qu'il nous soit permis de transposer cet exemple dans un tout autre domaine : l'élaboration d'un menu de cantine scolaire destiné à plaire aux enfants d'une école parisienne. Si l'on raisonne de manière générale, le choix d'un menu coquillettes/steak haché est un choix assez prévisible, ce que n'est pas un menu épinards/abats. Mais si un enfant A et la cantine d'une école B se mettent d'accord pour choisir un tel menu, alors le menu épinards/abats devient prévisible pour l'enfant A et la cantine de l'école B. Il demeure toutefois un choix imprévisible pour quiconque aurait dû déterminer un menu destiné à plaire aux enfants. Il s'agit ici de rappeler la distinction opérée dans le chapitre précédent. Mais notre propos consistera à montrer qu'en réalité, il arrive plus fréquemment qu'on ne l'imagine que ce menu ne soit pas celui servi à l'enfant A ou qu'il ne corresponde pas en définitive à ce que l'enfant A avait souhaité comme menu. D'une part, il se peut que le rectorat refuse un tel choix de menu, en raison d'une politique sanitaire qui interdirait de manger des abats à cause du risque de transmission de la maladie de Creutzfeldt-Jakob (dit « de la vache folle ») ou encore parce que, l'abat en cause étant de la langue de bœuf, la consommation de langue de bœuf heurterait fondamentalement les valeurs de l'école qui s'y opposera. D'autre part, il se peut que l'enfant A et la cantine B ne se soient pas véritablement entendus sur l'objet du choix et que l'enfant A soit en définitive déçu de ce menu qu'il cherchera à remettre en cause le moment venu : l'enfant A pensait que ce menu serait servi *en plus* des coquillettes ou que les abats ne comprenaient pas la langue de bœuf mais seulement des abats dit « blancs » (cervelle, tripes...) et qu'il aurait toujours pu demander du steak haché dans le cas où cela ne lui aurait pas plu.

<sup>1056</sup> Il ne s'agit pas ici de contester la légitimité du maintien des impérativités étatiques, mais simplement de constater qu'elles viennent perturber la mise en œuvre de la règle permissive, censée assurer, pour ses promoteurs, le respect des prévisions des parties.

## §I – Des prévisions malmenées en raison de l'indétermination du domaine des réglementations impératives

422. L'atteinte portée aux prévisions des parties par le biais des réglementations impératives est double. En effet, la mise en œuvre des règles permissives ne se fait en principe que sous réserve de certaines dispositions *internationalement* impératives, mais il arrive également que leur jeu soit contrarié par des dispositions *simplement* impératives. Pour ce qui est des premières, il s'agit du problème classique de l'interférence des lois de police dont l'identification suscite toujours des difficultés (A). Quant aux secondes, elles jouent un rôle particulier pour les règles permissives avec réserve matérielle, c'est-à-dire celles qui octroient une faculté de choix à leurs destinataires tout en prévoyant que le choix ne pourra porter atteinte à l'application de certaines dispositions protectrices de la partie faible dans le cas où la dite partie aurait décidé d'utiliser la faculté<sup>1057</sup> (B).

### A – L'interférence des dispositions internationalement impératives : les lois de police<sup>1058</sup>

423. **Corrélation entre l'existence d'une norme permissive et un mécanisme correctif de lois de police.** Dès lors que l'on souhaite vérifier que les normes permissives permettent aux parties de voir leurs prévisions respectées, il est impossible de ne pas envisager l'interférence dans leur mise en œuvre des lois de police. Certes, ces dernières ne sont pas cantonnées aux matières régies par des normes permissives<sup>1059</sup>, mais leur domaine privilégié était et demeure la matière contractuelle où la règle permissive est historiquement une des plus anciennes. En

---

<sup>1057</sup> Sur cette notion de norme permissive avec réserve matérielle : v. *supra* n°273.

<sup>1058</sup> v. pour une étude d'ensemble : P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. Crit. DIP* 2011, p. 207. Monsieur DE VAREILLES-SOMMIÈRES retrace la genèse de la définition du concept de loi de police et, dans la recherche d'une définition opérationnelle, s'interroge sur le bien-fondé d'une réflexion en termes de *politique législative*. Cette notion est finalement présentée par l'auteur comme se situant au cœur de la définition des lois de police, confirmant ainsi l'utilisation qu'en fait la doctrine dominante, v. spéc. note 55 p. 226. Pour une illustration récente de l'emploi de l'expression *politiques législatives* dans le cadre d'une réflexion sur les lois de police, v. B. AUDIT, « Du bon usage des lois de police », *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 25. Pour une approche similaire, v. aussi : B. REMY, *Exception d'ordre public international et mécanisme de lois de police en droit international privé*, Dalloz, 2008.

<sup>1059</sup> Des lois de polices ont été dégagées par la jurisprudence dans des matières où il n'existe pas de règle permissive. V. récemment en matière de succession à propos des règles relatives à l'attribution préférentielle où la Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel d'avoir retenu la qualification de loi de police pour l'article 831 du Code civil : Civ. 1<sup>re</sup>, 10 oct. 2012, n° 11-18.345, *D.* 2012, p. 2449 ; *AJ fam.* 2012. 624, obs. A. BOICHE ; *JCP* 2012, 1368, note L. PERREAU-SAUSSINE ; *JDI* 2013, p. 119, note E. FONGARO, *RD. rur.* 2013. Comm 777, obs. J. FOYER, concl. J. CHEVALIER ; v. aussi en matière d'assistance éducative pour la protection des mineurs en danger : Civ., 27 oct. 1964, *Rev. Crit. DIP* 1965, p. 119, 1<sup>re</sup> esp., MARO. D'autres lois de police ont été consacrées en matière délictuelle à l'époque où il n'existait pas de règle permissive, v. par exemple : Civ. 2<sup>ème</sup>, 3 juin 2004, n°02-12989.

effet, le mécanisme des lois de police est souvent présenté, à juste titre, comme un correctif au principe même de la règle permissive ; il est un « garde-fou » nécessaire au jeu du libre choix des parties et *a fortiori* des règles permissives. Autrement dit, l'existence même de la règle, principalement en matière de choix de loi applicable, entraîne l'existence de lois de police<sup>1060</sup>. Cette affirmation avait pu être vérifiée dans la Convention de Rome et par la suite dans le Règlement Rome I, puisque ces deux instruments normatifs ont, parallèlement à la consécration d'une règle permissive, introduit une disposition spécifique réservant l'application des lois de police du for et des lois de police étrangères<sup>1061</sup>. Cette corrélation entre l'existence d'une règle permissive et un mécanisme correctif de lois de police s'est confirmée dans le Règlement Rome II relatif à la loi applicable en matière d'obligations extracontractuelles, dans lequel la consécration d'une règle permissive à l'article 14 a entraîné du même coup une disposition prévoyant le jeu du correctif des lois de police. L'article 16 du Règlement relatif aux « Dispositions impératives dérogatoires » énonce ainsi 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 ». Certes, on pourrait faire valoir que ce correctif ne limite pas son application aux cas où la règle permissive a été mise en œuvre étant donné que certaines matières sont exclues du champ d'application de la règle permissive – atteinte aux droits de la propriété intellectuelle et concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence – ; mais il ne fait aucun doute que c'est bien l'article 14 qui justifie cette disposition puisque les précédentes conventions en matière délictuelle, qui ne consacraient pas la possibilité d'un choix de loi, n'ont jamais prévu d'autres réserves que celle de la contrariété à l'ordre public international<sup>1062</sup>. On retrouve également cette coïncidence dans le Règlement Rome IV en matière de successions internationales où un choix de loi est autorisé

---

<sup>1060</sup> V. en ce sens : D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, n° 552 et suivants ; P. MAYER, « Les lois de police », *Trav. Com. Jr. DIP*, Journée du cinquantenaire, éd. CNRS, 1989, p. 105 s., spéc. p. 108. L'auteur considère que les lois de police « constituent plus qu'un tempérament à la règle de conflit ; elles sont le complément nécessaire sans lequel le recours à la loi d'autonomie ne serait pas justifié » ; V. aussi P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. Crit. DIP* 2011, p. 207 qui affirme que : « la loi d'autonomie, en permettant aux parties de choisir la loi applicable à leur contrat, porte en elle un potentiel d'évitement d'une politique législative poursuivie par la loi d'un autre pays réclamant légitimement se s'appliquer. Sans le contrepond des lois de police, ce potentiel se réaliserait chaque fois que la loi dudit pays, revendiquant son application pour le cas en cause, est évincée par les parties au moyen d'une clause de choix de la loi d'un autre État n'adoptant pas strictement la même politique. La méthode des lois de police permet à l'inverse de faire prévaloir les considérations d'efficacité de la politique législative poursuivie par les lois qui ressortissent à cette méthode de rattachement sur les considérations de sécurité juridique et de prévisibilité qui animent le principe d'autonomie pris comme règle de conflit ».

<sup>1061</sup> V. les articles 7 de la Convention de Rome et 9 du Règlement Rome I.

<sup>1062</sup> Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière ; Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits.

par l'article 22 du Règlement<sup>1063</sup>. L'article 30 relatif aux « Dispositions spéciales imposant des restrictions concernant la succession portant sur certains biens ou ayant une incidence sur celle-ci »<sup>1064</sup>, bien qu'il ne vise pas expressément l'intervention des lois de police, a été analysé par la doctrine comme une réserve des lois de police, même s'il ne s'agit pas « de toutes les lois de police (...) mais simplement de celles visées à l'article 30 du Règlement »<sup>1065</sup>. La doctrine a pu s'étonner de cette réserve, voire douter de son utilité dans la mesure où le choix est très strictement encadré. En effet, la corrélation entre l'existence d'une réserve des lois de police et l'existence de normes permissives s'impose moins dans les cas où la règle permissive restreint l'objet du choix, comme c'est le cas dans le Règlement Rome IV. En principe, dès lors qu'un garde-fou a été mis en place en amont, dans la définition de la règle, il n'est pas nécessaire de prévoir de correctif en aval. Ainsi, le Règlement Rome III en matière de divorce et de successions, s'agissant de la loi applicable, ne prévoit pas de dispositions relatives aux lois de police<sup>1066</sup>. Le constat est au demeurant cohérent, l'essentiel étant que la règle permissive ne permette pas de se soustraire à toutes les impérativités étatiques, peu importe *a priori* que ce contrôle se fasse au stade de la définition de la règle permissive – qui restreindra l'objet du choix – ou au stade de sa mise en œuvre. Néanmoins, cette équivalence des méthodes n'est en réalité qu'apparente si l'on prend en compte l'objectif principal des normes permissives que constitue la prévisibilité. L'intervention des

---

<sup>1063</sup> Ce choix est néanmoins strictement encadré puisqu'il ne permet que de désigner « la loi de l'État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès ». Un tel encadrement a d'ailleurs été jugé trop restrictif par certains auteurs, qui auraient souhaité adjoindre la loi de la résidence habituelle comme loi éligible, afin d'anticiper un éventuel changement du pays de la résidence habituelle. V. en ce sens : B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, 7<sup>e</sup> éd., 2013, n° 1008.

<sup>1064</sup> « Lorsque la loi de l'État dans lequel sont situés certains biens immobiliers, certaines entreprises ou d'autres catégories particulières de biens 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 ».

<sup>1065</sup> V. D. BUREAU, « Juger le présent, prévoir l'avenir », in *Dossier nouveau droit international privé des successions : les zones d'ombre, Droit et Patrimoine*, 2014, p. 78 et N. NORD, « les lois de police : une conception classique ou restrictive ? », *Dossier nouveau droit international privé des successions : les zones d'ombre, op. cit.*, p. 56, qualifiant l'article 30 de clause spéciale d'ordre public. Monsieur D. BUREAU rappelle d'ailleurs que « c'est bien dans la perspective de l'entrée en vigueur du règlement que la Cour de cassation proposa d'intégrer le mécanisme de l'attribution préférentielle dans la catégorie des lois de police ». En effet, la Cour de cassation a décidé que « les règles relatives à l'attribution préférentielle sont, en raison de leur destination économique et sociale, des lois de police de sorte qu'ont vocation à s'appliquer celles que fixe la loi du lieu de situation de l'immeuble », v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 oct. 2012, n° 11-18.345, *JCP G* 2012, 1368, note L. PERREAU-SAUSSINE, *JDI* 2013, p. 119, concl. P. CHEVALIER, note E. FONGARO, *JCP N* 2013, n° 13, 1069, note S. GODECHOT-PATRIS.

<sup>1066</sup> V. l'interrogation de Monsieur D. BUREAU à propos de l'utilité d'une telle réserve dans le Règlement Rome IV : « Quant à la référence au mécanisme des lois de police au sein de l'article 30, elle n'est pas davantage à l'abri de semblables interrogations : tandis que les lois de police ont pour utilité première de brider la volonté des parties en des domaines estimés particulièrement sensibles, une *professio juris* aussi strictement encadrée qu'elle l'est dans le Règlement imposait-elle qu'il y soit ici fait recours ? », D. BUREAU, « Juger le présent, prévoir l'avenir », art. préc.

lois de police *a posteriori* alors que la règle permissive a été mise en œuvre – en théorie afin d’assurer aux parties que leur prévisions soient bien respectées – n’a pas le même impact que dans les situations où, en amont, la ou les partie(s) ont été obligée(s) de choisir entre un nombre limité de lois, mais en ayant une meilleure assurance que leur choix sera doté d’une efficacité incontestable.

**424. Difficultés liées à la mise en œuvre des lois de police.** Dès lors que la norme permissive appelle la mise en œuvre d’un correctif, les lois de police engendrent plusieurs types de difficultés qui sont sources d’imprévisibilité. Ces difficultés se manifestent au niveau de l’identification des lois de police – et donc de la qualification d’une loi en tant que loi de police –, du critère de rattachement d’une situation à une loi de police – les conditions de son « déclenchement » – et enfin de l’articulation de ces lois avec les exigences du droit de l’Union européenne, qui interdit que ce mécanisme puisse aboutir à une entrave aux libertés de circulation ou à une discrimination en raison de la nationalité des contractants.

**425. La qualification d’une disposition de loi de police.** S’agissant de la question de la qualification d’une disposition de loi de police, il est nécessaire de revenir sur la définition qui a été donnée de la notion. Traditionnellement, cette définition reprend la formule de FRANCESKAKIS, qui a décrit les lois de police comme les « lois dont l’observation est nécessaire pour la sauvegarde de l’organisation politique, sociale ou économique du pays »<sup>1067</sup>. Cette formule a directement inspiré la définition donnée par la Cour de justice qui énonça, dans son arrêt *Arblade* de 1999, qu’« est constitutive d’une loi de police la disposition nationale dont l’observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l’organisation politique, sociale ou économique de l’État, au point d’en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci »<sup>1068</sup>. La seule modification notable venait de l’échange de l’adjectif *nécessaire* contre celui de *crucial*, annonçant une conception plus stricte de la notion. Elle-même reprise ensuite dans le Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles, cette conception fut encore restreinte par l’article 9, qui dispose 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 ». La mention de la mise en cause d’un « intérêt public » fut en effet interprétée par une partie de la doctrine comme une exclusion

<sup>1067</sup> V. Ph. FRANCESKAKIS, « Quelques précisions sur les « lois d’application immédiate » et leurs rapport avec les règles de conflit de lois », *Rev. Crit. DIP* 1966, p. 1.

<sup>1068</sup> CJCE, 23 nov. 1999, C-369/96 et C-376/96, Rec. I, p. 845, *Rev. Crit. DIP* 2000, p. 710, note M. FALLON ; *JDI* 2000, p. 493, note M. LUBY ; *AJDA* 2000. 307, chron. H. CHAVRIER, H. LEGAL et G. de BERGUES ; *Rev. sciences crim.* 2000. 248, obs. L. IDOT ; *RTD eur.* 2000. 727, chron. J.-G. HUGLO.

des lois portant sur des intérêts purement privés, fût-ce dans un souci de protection<sup>1069</sup>.

Ces définitions furent tour à tour largement commentées, certains dirent que la première était trop vague<sup>1070</sup>, d'autres critiquèrent le caractère trop restrictif de la définition du Règlement Rome I en ce qu'elle ne permettait précisément pas d'englober certaines lois ayant un but de protection individuelle, telles les règles visant la protection des consommateurs<sup>1071</sup>. Néanmoins, au vu de la fonction correctrice du mécanisme des lois de police, il serait illusoire de tenter de trouver une formule parfaitement adaptée à la diversité des situations que le mécanisme appréhende. En définitive, à l'aune de notre analyse qui se situe sur le terrain de la prévisibilité, l'essentiel n'est pas tant la définition elle-même que le consensus sur la portée qu'on lui donne et en l'occurrence sur l'étendue de la restriction apportée. La justesse de la définition se mesure à la lumière de celle de la qualification à laquelle l'interprète est susceptible d'aboutir.

**426.** Sur ce terrain, les difficultés sont anciennes et n'ont pas disparu. À l'époque de la Convention de Rome, où aucune définition n'était officiellement consacrée, on se souvient des hésitations jurisprudentielles à propos de la qualification de loi de police de certaines dispositions protectrices du sous-traitant issues de la loi du 31 décembre 1975 (notamment s'agissant de ses articles 12 et 13-1). Alors que la première chambre civile excluait cette qualification au mois de janvier 2007<sup>1072</sup>, la chambre mixte affirmait le contraire en novembre de la même année, dans sa célèbre décision *Agintis*<sup>1073</sup>... Le décalage était d'autant plus embarrassant que les deux arrêts avaient été rendus à propos d'un même chantier ayant eu lieu en France, mais entre des sous-traitants et pour des travaux sous-traités différents. Bien que gênante, cette hésitation n'était au demeurant pas des plus surprenantes étant donné

---

<sup>1069</sup> V. en ce sens : L. D'AVOUT, « Le sort des règles impératives dans le Règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2165.

<sup>1070</sup> Y. LOUSSOUARN, « Cours général de droit international privé », *RCADI*, 1973, tome 139, spéc. p. 328-329 où l'auteur déclare qu'« il n'y a pas de différence de nature entre les lois de police et les autres lois. Dans les États modernes, on peut dire que toute loi tend pratiquement à garantir des intérêts économiques ou sociaux... ».

<sup>1071</sup> V. HEUZÉ, P. MAYER, *Droit international privé*, 11<sup>e</sup> éd. 2014, p. 126.

<sup>1072</sup> « L'article 12 de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance n'est pas une loi de police régissant impérativement la situation au sens de l'article 7-2 de la Convention de Rome » : Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janvier 2007, n° 04-10.897, *Campanon Bernard Méditerranée I*, *D.* 2007, p. 2008, note E. BORYSEWICZ et J.-M. LONCLE ; *ibid.* 2562, obs. L. AVOUT et S. BOLLÉE ; *RDI* 2007. 418, obs. H. PERINET-MARQUET ; *RTD. com.* 2007. 631, obs. P. DELEBECQUE ; *RDC* 2007. 879, obs. P. DEUMIER ; *Dr. et patr.* 2007, n° 165, p. 82, M.-É. ANCEL.

<sup>1073</sup> « S'agissant de la construction d'un immeuble en France, la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, en ses dispositions protectrices du sous-traitant, est une loi de police » : Ch. mix., 30 novembre 2007, *D.* 2008, p. 758, note W. BOYAULT, S. LEMAIRE ; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 728, note M.-É. ANCEL.

que la doctrine, qui s'était déjà interrogée sur le degré d'impérativité de la loi de 1975, ne manifestait pas de réel consensus à son sujet<sup>1074</sup>. Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour de cassation a montré que la qualification de loi de police pouvait intervenir dans des domaines variés : dispositions de la loi française sur le crédit à la consommation<sup>1075</sup>, article L. 211-6 du Code monétaire et financier sur l'interdiction des paiements en espèce au-delà d'un certain seuil dès lors que le paiement est effectué en France<sup>1076</sup>, article 10 de la loi française du 3 janvier 1967 qui prescrit pour la forme des actes relatifs à la propriété des navires francisés un écrit comportant les mentions propres à l'identification des parties et du navire<sup>1077</sup>, ou encore article L. 442-6 du Code commerce sur la rupture brutale des relations commerciales<sup>1078</sup>.

Certes, les exemples ne sont pas si nombreux dans la jurisprudence française, d'autant que la Cour de cassation a tendance désormais à se montrer assez stricte à l'égard de cette qualification<sup>1079</sup>, mais les lois de police demeurent une catégorie

---

<sup>1074</sup> V. sur cette question : P. Lagarde, « La sous-traitance en droit international privé », in C. GAVALDA (dir.), *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, p. 187 s. ; J.-L. BISMUTH, « La sous-traitance internationale », *Trav. Com. fr. DIP*, 1984-1985, éd. CNRS, 1987, p. 23 s. ; P. MAYER, « La protection de la partie faible en droit international privé », *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, LGDJ, 1996, p. 513 s. ; V. HEUZÉ, v° « Sous-traitance », *Rép. int. Dalloz*, n° 41, cité par M.-É. ANCEL : *Rev. crit. DIP* 2009, p. 728.

<sup>1075</sup> Civ. 1re, 23 mai 2006, n° 03-15637, *D.* 2006, p. 2798, note M. AUDIT ; *ibid.* 1597, obs. V. AVENAROBARDET ; *ibid.* 2007. 1751, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; *ibid.* 2562, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 85, note D. COCTEAU-SENN ; *RTD com.* 2006, p. 644, obs. D. LEGEAIS, *JDI* 2007, p. 537, A. SINAY-CYTERMANN, *Rev. Contrats*, 2006. 1253, obs. P. DEUMIER.

<sup>1076</sup> Conseil d'État, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> sous-sections réunies, 10 mai 2012, requête numéro 337573, *Ministre du budget contre Eurospeed Technic France*, *D.* 2012, p. 2289, note C. KLEINER.

<sup>1077</sup> Com. 14 janvier 2004, *RDC* 2004, p. 1059, obs. D. BUREAU ; *RTD civ.* 2004, p. 353, obs. R. PERROT ; *RTD com.* 2004, p. 845, obs. P. DELEBECQUE ; *RJ com.* 2004, p. 302, note S. POILLOT-PERUZZETTO ; *DMF* 2004, p. 723, note G. MECARELL.

<sup>1078</sup> Même si ces arrêts ne l'affirment pas explicitement, ils le sous-entendent : Com. 13 juillet 2010, n° 09-13354, *Rev. crit. DIP* 2010, p. 720, rapp. A. POTOCKI ; *RTD com.* 2010. 779, obs. B. BOULOC ; Com., 13 juill. 2010, n° 10-12154, *D.* 2010. 2339, obs. X. DELPECH ; *ibid.* 2323, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; *JDI* 2011, p. 91, note F. JAULT-SESEKE ; *JCP G* 2010, n° 972, note D. BUREAU et L. D'AVOUT ; Civ. 1<sup>re</sup>, 22 oct. 2008, pourvoi n° 07-15823, *Sté Monster Cable Products Inc c/ Sté Audio marketing services*, *D.* 2008, AJ. 2790, obs. I. GALLMEISTER ; *JCP* 2008. II. 10187, note L. D'AVOUT ; *D.* 2009, Jur. 200, note F. JAULT-SESEKE ; *JDI* 2009, p. 599, note M.-N. JOBARD-BACHELLIER, F.-X. TRAIN ; *RDC*, 2009, p. 691, obs. E. TREPPOZ ; *D.* 2009, 2385, obs. S. BOLLÉE ; *D. chron.* 684 « Clause attributive de juridiction à un tribunal étranger et loi française de police et de sûreté », A. HUET ; *RTD. com.* 2009, p. 646, obs. P. DELEBECQUE ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Rev. Crit. DIP* 2009, p. 1.

<sup>1079</sup> V. par exemple à propos de l'action directe du transporteur à l'encontre du destinataire de la marchandise prévue à l'article L. 132-8 du Code de commerce : Com., 13 juill. 2010, n° 09-13354, préc. ; Com., 13 juill. 2010, n° 10-12154, préc. À propos de l'article 1326 du Code civil et des articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation, v. également : Civ. 1<sup>er</sup>, 16 septembre 2015, n°14-10373, publié au bulletin. En vertu de cet arrêt « ni l'article 1326 du code civil, qui fait obligation à la partie qui s'engage seule envers une autre à lui payer une somme d'argent de porter sur le titre constatant cet engagement sa signature ainsi qu'une mention écrite par elle-même de la somme en toutes lettres et en chiffres, ni les articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation, lesquels imposent à la personne physique qui se porte caution envers un créancier professionnel de faire précéder sa signature d'une mention manuscrite, les mentions prévues par ces textes étant destinées à assurer une meilleure protection de la personne qui s'engage, ne sont des lois dont

croissante depuis les années 2000. La consultation de la jurisprudence émanant des juges du fond atteste que, dans les cas où les parties ont mis en œuvre la règle permissive et ont effectué un choix de loi, il n'est pas rare que celui-ci soit remis en cause au stade du procès par l'invocation du caractère de loi de police d'une disposition qu'une des parties souhaiterait voir appliquée au litige<sup>1080</sup>. Cette possibilité offerte aux parties de discuter une telle qualification devant le juge, alors même qu'elles auraient exercé leur faculté de choix au préalable, est source d'insécurité. Sur ce point, le Règlement Rome I n'a pas permis de lever toutes les incertitudes car si la lettre de l'article 9 semblait claire, son interprétation ne fait pas l'unanimité<sup>1081</sup>. En effet, outre les divergences dans la doctrine, les avis ne semblent pas partagés au sein même des institutions européennes.

Ainsi, lors d'une question préjudicielle qui a été soumise à la Cour de justice le 17 octobre 2013<sup>1082</sup>, les avis de l'Avocat général, de la Commission et de la Cour ont révélé des philosophies différentes. Si, en l'espèce, l'application des lois de police se faisait au titre de l'article 7§2 de la Convention de Rome, c'est bien dans la perspective du Règlement Rome I que ces différents protagonistes se sont prononcés sur la notion de loi de police. Pour sa part, l'Avocat général propose d'appréhender la catégorie des lois de police de manière souple afin que « les autorités nationales disposent d'une large marge d'appréciation pour décider dans quels domaines et pour quels motifs une disposition de la loi du for doit se voir conférer un caractère impératif »<sup>1083</sup>. Les « intérêts publics » doivent être entendus « au sens large » et ne doivent pas, selon lui, « uniquement être cantonnés à des intérêts purement étatiques »<sup>1084</sup>. Ces intérêts doivent seulement se limiter à ceux que l'État juge essentiels et il pourrait donc « être tenu compte de la vocation protectrice d'une règle donnée au regard non seulement d'intérêts strictement publics, mais également de la nécessité de tenir compte de la situation particulière

---

l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays au point de régir impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable, et de constituer une loi de police ».

<sup>1080</sup> V. par exemple : CA Colmar Civ. 1<sup>re</sup>, 12 mai 2005 ; CA Bastia, 2 février 2011, n° de RG: 08/00291.

<sup>1081</sup> Sur l'état des opinions, V. par ex. S. FRANCO et F. JAULT-SESEKE, « Les lois de police, une approche de droit comparé », in *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi applicable dans les contrats internationaux*, dir. S. CORNELOUP et N. JOUBERT, Actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010, Dijon, 2011, Litec, p. 357 et s.

<sup>1082</sup> CJUE, 3<sup>ème</sup> Chambre, 17 octobre 2013, *Unamar c/ Navigation Maritime Bulgare*, C-184/12, D. 2014, p. 60, note L. D'AVOUT ; *Europe* 2013, comm 560, par L. IDOT ; *JCP G* 2013, 1287, note C. NOURISSAT ; *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. 4, par N. MATHEY ; *JDI* 2014, p. 625, note J.-M. JACQUET et p. 917, note J.-S. BERGÉ et S. TOUZÉ ; *DMF* 2014, p. 183, obs. M. MORIN, p. 299, obs. O. CACHARD ; *RDC* 2014, p 80, note P. DEUMIER.

<sup>1083</sup> Concl. AG NILS WAHL présentées le 15 mai 2013, point 31.

<sup>1084</sup> Concl. Préc., point 20.



d'un groupe de personnes »<sup>1085</sup>. Au contraire, la Commission européenne, plutôt approuvée par la Cour de justice, considère qu'afin de préserver l'efficacité de la norme permissive qui constitue la « pierre angulaire » de l'instrument normatif, le correctif apporté par le mécanisme des lois de police « doit être interprété de manière stricte ». S'il est indéniable que seul l'avis de la Cour de justice s'impose, cet exemple manifeste les difficultés engendrées par la définition donnée dans le Règlement Rome I, difficultés que celui-ci avait pourtant vocation à apaiser.

**427. L'identification du critère de rattachement.** Mais l'identification des lois de police ne constitue pas la seule complication qu'elles suscitent, puisque le critère de rattachement des lois de police à la situation en cause peut également être discuté. Par exemple, les dispositions de la loi de 1975 relative à la sous-traitance ne peuvent être appliquées à titre de lois de police que sous réserve de « l'existence d'un lien de rattachement de l'opération avec la France », ce que les juges du fond oublient parfois de caractériser en se focalisant sur la question de la qualification, alors même que l'opération en cause se déroulerait principalement à l'étranger<sup>1086</sup>. En l'état actuel de la jurisprudence, il eût fallu que soit en cause la construction d'un immeuble en France ou encore que le matériel livré soit destiné à être installé dans une usine située en France. Ainsi, si la question de la qualification de loi de police semble être réglée s'agissant de la loi de 1975, les conditions de son application dans une situation internationale demeurent « inconnues lorsque la sous-traitance ne concerne pas un immeuble français »<sup>1087</sup>.

**428. L'articulation des lois de police avec les exigences du droit de l'Union européenne.** Enfin, les exigences du droit de l'Union sont de nature à accroître les difficultés, puisque, outre les problèmes précédemment évoqués, se pose la question de l'articulation des lois de police avec le droit de l'Union européenne. Les lois de police d'un État membre sont en effet susceptibles d'être constitutives d'entraves injustifiées au regard des libertés de circulation instaurées par le Traité. Pour que la loi de police soit effectivement appliquée, elle doit réussir un test de proportionnalité opérée par la Cour de justice<sup>1088</sup>. La mise en œuvre des lois de

---

<sup>1085</sup> CJUE, 3<sup>ème</sup> Chambre, 17 octobre 2013, *Unamar c/ Navigation Maritime Bulgare*, C-184/12, point 35 pour les observations de la Commission européenne et point 60.

<sup>1086</sup> V. par exemple pour une hypothèse où les opérations se déroulaient presque exclusivement en Italie : CA Paris CH. 15 B, 12 février 2009, n° 07/07675, censuré par : Com., 27 avr. 2011, n° 09-13524, D. 2011, p. 1654, note Y.-E. LE BOS ; *ibid.* 2434, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; Civ. 3<sup>e</sup>, 25 février 2009 n° 07-20096, RDI 2009, p. 353, obs. H. PERINET-MARQUET, *Rev. Crit. DIP* 2009, p. 728, note M.-É. ANCEL. Sur ces questions : v. M.-É. ANCEL, « La protection internationale des sous-traitants », *Trav. com. fr. DIP 2008-2010*, Pédone.

<sup>1087</sup> V. *Rev. Crit. DIP* 2009, p. 728, note M.-É. ANCEL.

<sup>1088</sup> V. notamment : CJCE, 15 mars 2001, *Procédure pénale c. André Mazzoleni et Inter Surveillance Assistance SARL*, C-165/98, *Rec. p.* I-02189, *Rev. Crit. DIP* 2001, p. 495, note E. PATAUT ; CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*,

police nationales est donc strictement encadrée et les juridictions des États membres doivent intégrer ce paramètre supplémentaire dans leur raisonnement, ce qui rend l'anticipation de leur application plus délicate. Par ailleurs, dans les domaines faisant l'objet d'une harmonisation au sein de l'Union européenne, se pose également la question des éventuels conflits de lois de police nationales lorsque l'harmonisation s'est faite *a minima* par le biais d'une directive et qu'il était loisible aux États membres de renforcer la protection instaurée par la directive.

Dans cette hypothèse, on aurait pu penser que la Cour de justice écarterait la possibilité d'un conflit en invoquant précisément l'existence d'une harmonisation lorsque deux lois nationales de transposition d'une même directive se trouveraient ainsi en cause. Ce n'est pourtant pas ce qu'a décidé la Cour dans son arrêt *Unamar* du 17 octobre 2013<sup>1089</sup>, alors même que la loi nationale dont l'éviction était demandée avait correctement transposé la directive 86/653/CEE relative à la protection des agents commerciaux<sup>1090</sup>. La Cour de justice a en effet reconnu que la loi nationale de transposition pouvait être appliquée à titre de loi de police dès lors que « 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 ». Si cette application est envisagée par la Cour de justice à titre d'exception, elle n'en est pas moins de nature à susciter des hésitations<sup>1091</sup>.

**429.** Cette critique des règles permissives au nom de l'objectif de prévisibilité qu'elles sont censées atteindre n'est pas nouvelle. Dans sa thèse sur *La réglementation française des contrats internationaux*, V. HEUZÉ se montrait déjà très critique à l'égard du principe d'autonomie dans une matière où le respect des « attentes » des parties est jugé essentiel et constitue « la justification même de sa consécration »<sup>1092</sup>.

---

C-369/96 et C-376/96, Rec. I, p. 845, *Rev. Crit. DIP* 2000, p. 710, note M. FALLON ; *JDI* 2000, p. 493, note M. LUBY ; *AJDA* 2000, p. 307, chron. H. CHAVRIER, H. LEGAL et G. de BERGUES ; *Rev. sciences crim.* 2000, p. 248, obs. L. IDOT ; *RTD eur.* 2000, p. 727, chron. J.-G. HUGLO ; *Rev. Crit. DIP* 2000, p. 710, note M. FALLON. Sur cette question : v. E. PATAUT, « Lois de police et ordre juridique communautaire », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, dir. A. FUCHS, H. MUIR WATT, E. PATAUT, Dalloz, 2004.

<sup>1089</sup> CJUE, 3<sup>ème</sup> Chambre, 17 octobre 2013, *Unamar c/ Navigation Maritime Bulgare*, C-184/12, D. 2014, p. 60, note L. D'AVOUT ; *Europe* 2013, comm 560, par L. IDOT ; *JCP G* 2013, 1287, note C. NOURISSAT ; *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. 4, par N. MATHEY ; *JDI* 2014, p. 625, note J.-M. JACQUET et p. 917, note J.-S. BERGÉ et S. TOUZÉ ; *DMF* 2014, p. 183, obs. M. MORIN, p. 299, obs. O. CACHARD ; *RDC* 2014, p 80, note P. DEUMIER.

<sup>1090</sup> Directive 86/653/CEE du Conseil, du 18 décembre 1986, relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants.

<sup>1091</sup> À l'avenir, ce type de difficultés sera toutefois appréhendé sous l'angle de l'article 3§4 du Règlement Rome I puisqu'en l'espèce le litige était intra-européen : v. en ce sens : L. D'AVOUT, D. 2014, p. 60.

<sup>1092</sup> V. V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux*, Joly, 1990, p. 138.

Pour l'auteur, la règle permissive constituait un mauvais instrument au service de la prévisibilité, notamment en raison de l'éventuelle intervention des lois de police qui pouvaient, si ce n'est ruiner les prévisions des parties, du moins faire peser sur le choix de loi opéré le risque de sa neutralisation par « l'arbitraire » du juge. En effet, en l'absence de tout critère d'identification des lois constituant la catégorie des lois de police<sup>1093</sup>, il devenait impossible pour les parties d'anticiper l'application de celles-ci, dont l'auteur se demande – non sans provocation – si elle ne dépendait pas uniquement du bon vouloir des juges... La persistance des difficultés liées à l'identification de cette catégorie de lois pourrait accréditer cette thèse et, au vu de ce qui a été précédemment signalé sur les liens existant entre l'existence des règles permissives et la nécessité d'un correctif à travers les lois de police, la multiplication des premières risque d'entraîner, si ce n'est la multiplication des secondes, du moins la multiplication des difficultés liées à la mise en œuvre des lois *potentiellement* de police.

**430.** Aussi, si l'existence même des lois de police n'est pas une raison suffisante pour décider d'écarter les règles permissives en raison du risque qu'elles soient court-circuitées par le jeu des lois de police, la possible interférence de celles-ci ne peut être totalement ignorée lorsqu'il s'agit de vérifier que la norme permissive est bien le meilleur instrument au service du respect des prévisions des parties. Mais comme on l'a déjà souligné, la critique est ancienne et il sera rétorqué qu'en définitive si les règles permissives peuvent être parfois neutralisées par le mécanisme des lois de police, ce qui a pour effet de déjouer les prévisions des parties, c'est là le prix d'un choix illimité de loi applicable que les justiciables sont prêts à payer. L'interférence des lois de police dans les relations privées internationales est le pendant des dispositions impératives de l'ordre interne venant limiter la liberté contractuelle. Les contractants doivent par conséquent accepter que leurs attentes soient parfois sacrifiées à la défense des réglementations impératives mises en place par les États pour promouvoir certaines politiques législatives jugées « cruciales ». Si ce sacrifice se conçoit s'agissant d'intérêts « cruciaux », il peut en aller différemment dès lors que même des dispositions simplement impératives sont également susceptibles d'entraver le jeu de la norme permissive.

### **B – L'interférence des dispositions simplement impératives dans les règles permissives prévoyant une réserve matérielle**

**431. Les contrats conclus avec une partie faible.** Les règles permissives prévoyant une réserve matérielle sont apparues en matière de loi applicable au

---

<sup>1093</sup> *Ibid.* L'auteur rejette tour à tour l'existence d'un critère fonctionnel, formel et rationnel.

contrat dans les dispositions relatives aux parties réputées faibles<sup>1094</sup>. En effet, il a été signalé dans le chapitre précédent que le maintien des règles permissives pour ces catégories de contractants s'était fait moyennant la mise en place d'un garde-fou, à savoir le paragraphe 2 de l'article 6 du Règlement Rome I qui dispose : « 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 ». Une disposition similaire se retrouve à l'article 8 paragraphe 1 du Règlement Rome I en matière de contrats individuels de travail où le choix des parties, s'il n'est pas limité, « ne peut toutefois avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui, à défaut de choix, aurait été applicable selon les paragraphes 2, 3 et 4 du présent article »<sup>1095</sup>.

La structure de la norme permissive est donc relativement complexe puisqu'elle impose aux parties, dans un premier temps, d'identifier la loi objectivement applicable aux contrats en cause – contrat de travail ou contrat de consommation –, puis, dans un deuxième temps, de déterminer au sein de cette loi les dispositions « auxquelles il ne peut être dérogé par accord » – ces dispositions renvoient aux dispositions impératives d'une législation nationale, c'est-à-dire celles que l'on appelle communément les dispositions *simplement* impératives – et enfin, dans un troisième temps, de vérifier que les dispositions impératives de la loi objectivement applicables sont plus favorables au salarié que celles de la loi choisie

---

<sup>1094</sup> Dans le Protocole de la Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires, un mécanisme différent, puisqu'il s'apparente davantage à l'exception d'ordre public international, mais poursuivant la même logique mérite d'être évoqué. Selon l'article 8 du texte relatif à la désignation de la loi applicable, « à moins que les parties n'aient été pleinement informées et conscientes des conséquences de leur choix au moment de la désignation, la loi désignée ne s'applique pas lorsque son application entraînerait des conséquences manifestement inévitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties ». L'article organise donc une réserve d'un type particulier puisque ce ne sont pas les dispositions simplement impératives qui sont envisagées, mais bien les effets de l'application de la loi choisie – les « conséquences » du choix – qui sont visées. La réserve est toutefois édulcorée par rapport à l'exception d'ordre public international car elle requiert que ces conséquences soit « manifestement inévitables ou déraisonnables » et elle n'a vocation à s'appliquer que si les parties ne les ont pas anticipées. Le procédé poursuit donc le même objectif que les règles permissives avec réserve matérielle, à savoir celui de préserver le titulaire de la faculté d'un choix qui lui serait préjudiciable. Sans surprise, la mise en œuvre d'une telle réserve s'avère en pratique complexe. D'abord parce qu'elle impose d'identifier ce que l'on entend par des « conséquences manifestement inévitables ou déraisonnables », qui ne semblent pas liées à une potentielle atteinte aux valeurs fondamentales du for – comme c'est le cas pour l'exception d'ordre public international – ; ensuite parce que cette réserve admet dans le présupposé de la règle permissive que le choix peut avoir été fait de manière plus ou moins éclairée, ce qui implique une éventuelle remise en cause de celui-ci.

<sup>1095</sup> L'article 6 de la Convention de Rome, remplacé dans le Règlement Rome I par l'article 8, utilisait l'expression « dispositions impératives ». Néanmoins, la doctrine a précisé que les deux expressions étaient en réalité synonymes et visaient les dispositions impératives du droit interne et non les dispositions internationalement impératives, c'est-à-dire les lois de police visées aux articles 7 de la Convention de Rome et 9 du Règlement Rome I. V. en ce sens : F. JAULT-SESEKE, « L'adoption du règlement n° 593/2008 (Rome 1) sur la loi applicable aux obligations contractuelles : le choix de la continuité pour le contrat de travail » - Commentaire de l'article 8 du règlement Rome I -, *RDT* 2008, p. 619.

par les parties. Or comme l'a fait remarquer un auteur, « chacune de ces étapes comporte des écueils »<sup>1096</sup>.

**432.** En effet, en matière de contrat de travail, la loi objectivement applicable, dont les dispositions impératives sont mises en concurrence avec celles de la loi choisie par les parties, n'est pas des plus évidentes à déterminer. L'article 8 du Règlement prévoit tout d'abord des rattachements en cascade. Le premier rattachement prévu au paragraphe 2 est celui du lieu d'exécution du contrat de travail ou du lieu à partir duquel il est habituellement accompli<sup>1097</sup>. À défaut de pouvoir déterminer ce lieu, le paragraphe 3 prévoit qu'il s'agit du lieu de l'établissement qui a embauché le salarié. Mais le Règlement a également maintenu une clause d'exception au paragraphe 5.

Si la détermination de la loi objectivement applicable a suscité beaucoup de contentieux par le passé, on peut espérer que la formulation du Règlement Rome I contribuera à faciliter l'identification de cette loi. Néanmoins, en matière internationale, il est fréquent que le contrat s'exécute dans plusieurs pays et qu'il soit impossible de déterminer un lieu *habituel*. Le rattachement prévu au paragraphe 3 risque souvent d'être évincé en raison de l'existence de liens plus étroits du contrat de travail avec une loi autre que celle du lieu de l'établissement d'embauche. Dans ce cas, les difficultés risquent de ressurgir<sup>1098</sup>.

En outre, même en admettant que l'identification de la loi objectivement applicable soit devenue plus aisée, encore faudra-t-il préciser les dispositions impératives de la loi en question. En matière de droit du travail français, s'est ainsi posée la question de l'impérativité des conventions collectives et il a fallu attendre un arrêt de la Chambre sociale du 29 septembre 2010 pour que soit expressément énoncé, dans le cadre de l'application de la Convention de Rome, que « les règles

<sup>1096</sup> *Rev. crit. DIP* 2011, p. 72, note F. JAULT-SESEKE.

<sup>1097</sup> Certes, cette dernière précision a permis d'éviter certaines difficultés d'interprétation de l'article 6§2 de la Convention de Rome dans le cas où le travailleur accomplissait sa prestation de travail dans des pays différents mais où il revenait systématiquement dans l'un d'entre eux. Cette disposition était à l'origine de beaucoup de contentieux et une question préjudicielle avait été adressée à la Cour de justice de l'Union européenne, qui avait retenu une interprétation assez large de la notion de lieu d'exécution habituelle puisqu'elle avait considéré qu'il s'agissait du pays dans lequel ou « à partir duquel, compte tenu de l'ensemble des éléments qui caractérisent l'activité (du travailleur), le travailleur s'acquitte de l'ensemble de ses obligations à l'égard de son employeur ». v. CJUE 15 mars 2011, C-29/10, *Koelzsch*, D. 2011, p. 957, et 2434, obs. L. D'AVOUT ; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 447, note F. JAULT-SESEKE ; *RTD civ.* 2011, p. 314, obs. P. RÉMY-CORLAY ; *RTD eur.* 2011, p. 476, obs. E. GUINCHARD ; *JDI* 2012, p. 187, note C. BRIÈRE ; *JCP* 2011, p. 664, obs. MARTEL ; *Europe* 2011, Comm. p. 205, obs. L. IDOT.

<sup>1098</sup> V. par exemple pour une mise en œuvre de la clause d'exception à propos d'un cuisinier embauché par différentes filiales du groupe Sodexo et qui avait travaillé sur de nombreux chantiers à l'étranger : Soc. 25 janv. 2012, n°11-11374, D. 2012, p. 444. En l'espèce, la cour avait retenu l'application de la loi française au titre de l'existence de liens plus étroits ; v. aussi CJCE, 12 septembre 2013, C-64/12, *Anton Schlecker contre Melitta Josefa Boedeker*, *Revue droit du travail Dalloz*, 2013, p. 785, note F. JAULT-SESEKE et P. RÉMY ; *Europe* 2013, n°11, p. 53, note L. IDOT ; *Rev. crit. DIP* 2014, p. 150, note E. PATAUT ; *JDI* 2014, p. 165, note C. BRIÈRE.

d'application des conventions collectives étant fixées par des normes légales et impératives tendant à protéger les salariés, l'application du droit français emporte celle des conventions qu'il rend obligatoires »<sup>1099</sup>. Aussi, ces dispositions font-elles désormais partie des dispositions impératives mises en concurrence avec celles de la loi choisie par les parties. Mais les incertitudes demeurent nombreuses quant aux contours exacts de ces dernières<sup>1100</sup>.

**433.** Ainsi, à propos de la procédure de licenciement du salarié, régie en droit français par des dispositions impératives, la question s'est posée s'agissant de la liberté du salarié d'agir en justice contre son employeur en contestation du licenciement. En effet, face à un contrat de travail soumis, par le choix des parties, à la loi espagnole qui octroie au salarié licencié un délai d'un mois pour contester le licenciement à compter de la réception, on pouvait se demander si les dispositions du droit français prévoyant un délai trentenaire ne devaient pas être considérées comme des dispositions impératives protectrices du salarié et donc être appliquées en vertu de la réserve matérielle prévue par la règle permissive. Si la Cour d'appel l'avait effectivement considéré, tel ne fut pas le cas de la Cour de cassation. Sa solution n'est pourtant pas parfaitement claire puisqu'elle considère que dès lors que le délai de procédure imposé par la loi espagnole n'était pas « contraire à l'ordre public international » et que le salarié n'était pas privé de son droit d'accès au juge, il n'était pas privé de la protection d'une disposition impérative de la loi française. Pourtant, le délai de procédure en droit du travail est bien une disposition impérative du droit français qui se révélait, en l'espèce, plus protectrice du salarié que la loi espagnole, ce qui aurait pu justifier une application de la loi française. Et on ne comprend pas bien ici la référence à l'ordre public international puisque la réserve matérielle de la règle permissive vise les dispositions simplement impératives<sup>1101</sup>...

**434.** Une difficulté similaire existe s'agissant des contrats de consommation entrant dans le champ d'application de l'article 6.2 du Règlement Rome I. Certes, elle pourrait sembler moindre en raison de la mise en œuvre plus aisée du

---

<sup>1099</sup> Soc. 29 septembre 2010, n° 09-68851, 09-68852, 09-68853, 09-68854, 09-68855, *D.* 2011, p. 2434, pan. L. D'AVOUT ; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 72, note F. JAULT-SESEKE ; *Droit soc.* 2011, p. 209, note P. CHAUMETTE.

<sup>1100</sup> V. pour un aperçu de ces difficultés : Soc., 12 nov. 2002, n° 99-45821, *D.* 2004, p. 661, note J.-G. MAHINGA ; *ibid.* 2003, 387, obs. E. LAFUMA ; *Rev. crit. DIP* 2003, p. 446, note F. JAULT-SESEKE ; *Dr. soc.* 2003, 339, note M.-A. MOREAU ; *JDI* 2004, p. 131, note S. DION ; sur l'application impérative de dispositions contenues dans une convention internationale : Soc. 26 mars 2013, n° 11-25580, *D.* 2013, p. 926 ; *Dr. soc.* 2013, 457, obs. J. MOULY, et 576, chron. S. TOURNAUX ; *JDI* 2014, Comm. 2, obs. J. BURDA ; Soc. 9 juillet 2015, n°14-13497, publié au bulletin.

<sup>1101</sup> Soc. 12 juill. 2010, n° 07-44655, *D.* 2010, p. 1884 ; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 72, note F. JAULT-SESEKE ; *Dr. soc.* 2011, p. 212, obs. M. KELLER ; *JCP S* n° 41, 2010, p. 1409, note S. BRISSY.

rattachement retenu par la règle de conflit, à savoir la résidence habituelle du consommateur. Néanmoins, les conditions relatives au professionnel qui doit soit exercer son activité professionnelle dans le pays de résidence habituelle du consommateur soit par tout moyen « diriger(r) cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci » ne sont pas simples à vérifier. Mais abstraction faite de cette assertion qui révèle davantage un problème de domaine d'application de la règle dans son ensemble, le recours à la règle permissive avec réserve matérielle est là encore délicat. En effet, comme en matière de contrat de travail, la mise en concurrence des deux lois soulèvent des difficultés quant à la détermination de la loi la plus favorable au consommateur. Comme le soulignent certains auteurs, « selon une loi donnée, certains avantages peuvent être la contrepartie d'une protection moindre sur d'autres points » et « une certaine cohérence doit être préservée sous peine d'aboutir à un déséquilibre du contrat, cette fois en faveur de la partie protégée »<sup>1102</sup>.

**435. Les contrats intra-européens.** Une autre difficulté, non des moindres, provient de l'article 3§4 du Règlement Rome I, qui prévoit une réserve matérielle générale lorsque le contrat est intra-européen. L'article énonce que « lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un État membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'État membre du for ». La disposition vise donc les dispositions simplement impératives du droit de l'Union<sup>1103</sup>. À l'image du droit interne où les règles permissives en matière contractuelle circonscrivent le libre jeu de la volonté des parties aux questions régies par des réglementations supplétives, les parties à un contrat-européen sont limitées par les réglementations impératives du droit de l'Union européenne. En réalité, cela signifie indirectement que la règle permissive dans un contrat intra-européen est limitée quant à l'objet du choix aux seules lois des États-membres. Le choix d'une loi extérieure à l'Union ne vaudra pas « choix de loi » en tant que tel, mais davantage comme un choix de dispositions matérielles que les parties sont libres d'aller puiser dans la réglementation étatique d'un État tiers ou dans leur imagination. Quoique l'on regrette la formulation ambiguë ainsi retenue, il est indéniable que cet article crée un autre niveau d'impérativité dont il est nécessaire de tenir compte dans la mise en œuvre de la règle permissive<sup>1104</sup>. En effet, si les dispositions impératives contenues

<sup>1102</sup> V. B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, n°918, p. 825.

<sup>1103</sup> V. pour l'analyse de l'article 3§4 : L. D'AVOUT, « Le sort des règles impératives dans le Règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2165.

<sup>1104</sup> V. A. BONOMI, « Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement "Rome I" sur la loi applicable aux contrats », in *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations*

dans les Règlements ne poseront pas plus de difficultés d'identification que celles auxquelles on peut être confronté dans l'ordre interne, il n'en va pas de même des dispositions émanant des directives. Si bon nombre d'entre elles précisent le caractère impératif des dispositions édictées<sup>1105</sup>, la marge de manœuvre laissée aux États membres dans l'opération de transposition peut conduire à certaines divergences – certes minimales *a priori* – quant au degré de contrainte de ces dispositions. En termes de prévisibilité, les dispositions impératives d'un État européen A ne seront donc pas forcément identiques à celles d'un État B, ce qui insufflé là encore une part d'incertitude à des parties qui choisiraient, pour un contrat intégré à l'espace régional européen, le droit d'un pays de l'Union dont le corps des règles simplement impératives ne représente pas un corpus parfaitement uniforme<sup>1106</sup>.

~

**436.** Par conséquent, si ces règles permissives « avec réserve matérielle » ne représentent pas la figure la plus typique de cette catégorie, il est indéniable qu'elles favorisent un manque de lisibilité des mécanismes correcteurs des règles permissives. Même si les lois de police ne constituent pas si fréquemment le risque d'imprévisibilité redouté, l'interférence de dispositions simplement impératives renforce la crainte que ce type de norme ne puisse garantir que très faiblement le respect des prévisions des parties. L'existence d'un tel correctif, intégré dans le pré-supposé de la règle permissive – comme c'est le cas en matière de droit de la consommation ou de droit du travail –, peut également être analysée comme révélant une défectuosité de la structure même de la norme. Or cette défectuosité

---

*contractuelles*, E. CASHIN RITAINE et A. BONOMI (ss. dir.), Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2008, p. 217s., spéc. p.219.

<sup>1105</sup> V. par exemple : Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance qui précise « Caractère contraignant des dispositions » ; Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation où est mentionné « Caractère contraignant » ; Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédits aux consommateurs « Harmonisation et caractère impératif de la présente directive » ; Directive 2008/122/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 janvier 2009 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange où est précisé le « Caractère impératif de la directive et application dans des cas ayant un caractère international ». Ces précisions ne doivent pas pour autant être considérées comme révélatrices du caractère de lois de police des dispositions en cause. Il est seulement question ici d'une impérativité « simple » dans un cadre intra-européen. Sur ces questions, v. B. MATHIEU, *Directives européennes et conflits de lois*, préf. D. BUREAU, LGDJ, 2015, n°151 et s. p. 111.

<sup>1106</sup> Pour un exemple de telles divergences dans le cadre de la transposition d'une directive, v. CJUE, 3ème Chambre, 17 octobre 2013, *Unamar c/ Navigation Maritime Bulgare*, C-184/12, D. 2014, p. 60, note L. D'AVOUT.



se retrouve dans la plupart des règles permissives et empêche fréquemment que les prévisions concrètes des parties ne se réalisent.

## §II – Des prévisions malmenées en raison du déficit structurel des règles permissives<sup>1107</sup>

437. Paradoxalement, l'atteinte la plus préjudiciable aux prévisions concrètes des parties ne vient pas tant des correctifs apportés aux normes permissives que de la structure des normes elles-mêmes. Il a été montré que les normes permissives à l'égard des parties se caractérisaient par trois éléments : le domaine de la faculté, les modalités d'exercice de la faculté et l'objet de la faculté. Alors que l'objet de la faculté a été au cœur de nombreux débats<sup>1108</sup>, les deux autres caractères de la norme ont moins souvent été étudiés en tant que tels<sup>1109</sup>, bien que la détermination du domaine de la faculté et de ses modalités d'exercice semble constituer la meilleure garantie du respect des prévisions concrètement élaborées. L'étude du droit positif révèle pourtant qu'en la matière, la plupart des normes permissives présentent de nombreuses imperfections.

Nous verrons, d'une part, que l'absence d'exigences strictes quant aux modalités d'exercice de la faculté est source d'un important contentieux et porteuse de nombreuses incertitudes (A) et, d'autre part, que les critères souvent flous retenus pour déterminer le domaine de la faculté sont eux aussi sources d'incertitudes pour les parties au stade de la mise en œuvre de la règle permissive (B).

### A – Les incertitudes liées aux modalités d'exercice de la faculté

438. Les normes permissives octroient à leurs destinataires une faculté de choix. Si les destinataires décident de l'exercer, encore faut-il que cet exercice puisse être constaté par les tiers, que la faculté soit unilatérale ou qu'elle suppose un exercice conjoint des parties. Par conséquent, l'exercice de cette faculté doit se matérialiser à travers une manifestation de volonté, définie comme « tout comportement, actif ou

---

<sup>1107</sup> Sur la critique du caractère implicite du choix, v. aussi V. HEUZÉ, « La loi des contrats internationaux », Livre II, *Joly Contrats internationaux*, n°26.

<sup>1108</sup> Notamment à travers la question débattue d'élargir l'objet de la faculté en matière d'obligations contractuelles à des règles non étatiques tels les principes Unidroit ou la *lex mercatoria*. Sur cette question : v. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, n°896 ; G.-P. ROMANO, « Le choix des principes UNIDROIT par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives », *JDI* 2007, p. 473.

<sup>1109</sup> V. néanmoins s'agissant des modalités d'exercice de la faculté et de la possibilité d'une manifestation de volonté tacite : T. AZZI, « La volonté tacite en droit international privé », *Travaux comité français DIP*, 2010-2012, Pédone. p. 68.

passif, qui permet de conclure à l'existence d'une certaine volonté »<sup>1110</sup> et il faut, outre l'existence d'une *certaine* volonté, s'assurer que cette volonté est *certaine*. En effet, la norme permissive n'offre à son/ses destinataires qu'une alternative : soit ils ont voulu exercer la faculté, soit ils ne l'ont pas voulu. Dès lors que l'on s'interroge sur la réalité de cet exercice, la réponse ne peut qu'être binaire : oui, elle a été exercée ; non, elle n'a pas été exercée. L'identification d'une volonté dont le contenu ne serait pas précisément défini n'est pas suffisante puisque l'entre-deux n'est d'aucune utilité. De plus, cette manifestation doit être suffisamment explicite aux yeux des tiers : il est nécessaire qu'ils puissent légitimement attribuer au comportement du ou des destinataires une certaine valeur. Il est donc impossible de s'en tenir à la seule valeur attribuée à son propre comportement par le destinataire de la faculté.

**439. Choix exprès et forme du choix : une distinction délicate.** Dans l'énoncé des règles permissives, la manière dont doit s'exprimer la manifestation de volonté fait fréquemment l'objet de certaines précisions. Par exemple, il peut être mentionné que le choix, et donc l'exercice de la faculté, doit être exprès ou résulter « de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause »<sup>1111</sup>. Il peut aussi être fait mention de l'exigence d'un écrit<sup>1112</sup> ou encore « d'une forme qui soit conforme aux habitudes des parties »<sup>1113</sup>. Dans ces deux types d'exemples, ce sont bien les modalités d'exercice de la faculté qui sont visées, c'est-à-dire les exigences relatives aux modes d'expression de la volonté d'exercer la faculté.

Dans le premier exemple, la référence à l'exigence d'une volonté expresse renvoie traditionnellement à une condition de fond de l'exercice de la faculté. L'auteur de la règle a souhaité que le destinataire de la faculté exprime sa volonté de l'exercer de façon claire, sans toutefois imposer que cette manifestation ne se traduise par une forme ou formule particulière, pour autant qu'elle ne laisse aucune place au doute. En droit interne, il arrive que le législateur français exige une volonté expresse : la solidarité impose une stipulation expresse (article 1202 du Code civil) ; la délégation une déclaration expresse (article 1275 du Code civil) et les donations avec dispense de rapport doivent être faites « expressément hors part successorale » (article 843 du Code civil)<sup>1114</sup>. Face à cette exigence, si la doctrine civiliste suggère

---

<sup>1110</sup> A. RIEG, « Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français », *Trav. Ass. H. Capitant*, 1968, p. 43, n°3.

<sup>1111</sup> V. par exemple les articles 3 des Règlement Rome I et Convention de Rome.

<sup>1112</sup> V. par exemple, article 7 du Règlement Rome III et article 5 du Règlement Rome IV.

<sup>1113</sup> V. par exemple les articles 23 et 25 des Règlements Bruxelles I et Bruxelles I refondu.

<sup>1114</sup> Article 1202 « La solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée. » ; article 843 « Tout héritier, même ayant accepté à concurrence de l'actif, venant à une succession, doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, par donations entre vifs, directement ou indirectement ; il ne peut retenir les dons à lui faits par le défunt, à moins qu'ils ne lui aient été faits expressément hors part

l'idée d'un « formalisme atténué », qui serait « destiné à attirer l'attention de l'intéressé sur l'importance de son engagement », elle ne classe pas moins cette règle dans la catégorie des conditions de fond. Au contraire, lorsqu'il est fait référence à un écrit ou à une forme usitée des parties, comme dans le second exemple précité, il s'agit bien d'une prescription formelle : la manifestation de volonté doit prendre la forme d'une convention écrite, d'un simple écrit, d'une forme habituelle...

Par conséquent, les règles permissives prescrivent des conditions qui tantôt se rattachent à la forme, tantôt au fond. Pourtant, si claire que puisse sembler cette distinction entre les deux types de conditions, elle n'est pas des plus évidentes<sup>1115</sup>. En effet, le terme *exprès* est défini dans le langage courant comme « ce qui exprime formellement la volonté » et renvoie, à titre de synonyme, au terme *formel* qui s'applique lui-même à ce « dont la précision et la netteté excluent toute méprise, toute équivoque »<sup>1116</sup>. Pour certains, le terme *exprès* signifie que la volonté ne doit faire l'objet « d'aucun effort d'interprétation », pour d'autres qu'il a « pour but essentiel de faire connaître la volonté à autrui »<sup>1117</sup>. L'exigence d'une volonté expresse par le législateur est d'ailleurs analysée par certains comme une règle de forme<sup>1118</sup>. Mais la délimitation délicate de la frontière entre fond et forme n'est pas surprenante dans la mesure où il a été défendu par certains auteurs que la règle de forme n'était que l'accessoire d'une règle de fond : « elle est dépourvue de toute autonomie et (...) doit être dans la dépendance entière des règles de fond qu'elle met en œuvre »<sup>1119</sup>. Les deux règles poursuivent ainsi un but unique et s'agissant des normes permissives, ces différentes prescriptions s'attachent avant tout à assurer l'extériorisation d'une volonté de mettre en œuvre la faculté de choix. Mais il est alors regrettable que la structure des normes permissives favorise souvent des confusions relatives à ces exigences.

---

successorale » ; article 1275 « La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation ».

<sup>1115</sup> V. spécialement sur les interprétations divergentes de cette notion dans le cadre de la Convention de Rome, à propos de l'arrêt précité du 12 juillet 2005 de la Cour de cassation, les observations Monsieur D. BUREAU (RDC 2006, p. 503).

<sup>1116</sup> V. *Le Petit Robert 2013*, Le Robert 2012.

<sup>1117</sup> V. J. GHESTIN, *Droit civil, La formation du contrat*, 3<sup>e</sup> édition, n°393 p. 350 citant en ce sens A. RIEG, précité, p. 44 et s. n°5.

<sup>1118</sup> V. V. DELAPORTE, *Recherche sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, th. dacty. Paris I, 1974, n°2-bis, p. 16 : « Cette exigence de manifestation de volonté expresse (...) interdit au juge de reconnaître l'acte valable en se fondant sur la volonté implicite – quoique certaine – des parties. En refusant de donner effet à une volonté qui ne serait pas formulée en termes exprès, la loi établit donc bien une règle de forme ».

<sup>1119</sup> V. V. DELAPORTE, *op. cit.*, n°68, p. 128. Sur cette question, v. également nos propos *infra* n°496 et s.

440. Les incertitudes pesant sur les modalités d'exercice de la faculté existent tant pour les règles permissives en matière de conflit de lois qu'en matière de conflit de juridictions<sup>1120</sup>. La principale difficulté vient de ce qu'il est nécessaire de s'assurer que la ou les parties ont réellement souhaité exercer la faculté qui leur était octroyée et, dans le cas de parties qui n'ont pas l'habitude des relations internationales ou qui ne sont pas accompagnées d'un professionnel du droit, qu'elles ont eu conscience des conséquences de l'exercice de la faculté<sup>1121</sup>. Les modalités d'exercice de celle-ci doivent donc permettre de s'assurer de la réalité du consentement des parties.

441. **Normes permissives et choix de loi en matière contractuelle.** Pour les règles permissives en matière de loi applicable aux obligations contractuelles, les modalités d'exercice de la faculté sont le plus généralement souples. Le Règlement Rome I, et avant lui la Convention de Rome, vise « un choix (...) exprès ou (qui) résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause » (v. les articles 3). La convention de la Haye de 1978 sur les contrats d'intermédiaire semble plus laxiste en se contentant d'un choix exprès ou qui résulte « avec une certitude raisonnable des dispositions du contrat et des circonstances de la cause ». En définitive, seule la Convention de La Haye de 1955 en matière de vente d'objets mobiliers corporels se montre véritablement exigeante en visant soit « une clause expresse » soit un choix résultant « indubitablement des dispositions du contrat ». Ici en effet, non seulement l'adverbe *indubitablement* ne laisse aucune place au doute – contrairement à la « certitude raisonnable » – mais le choix doit se déduire des seules dispositions du contrat et non des circonstances de la cause, qui renvoient à un champ d'investigation beaucoup plus large.

L'expression d'un choix de manière tacite est donc fréquemment admise. La possibilité d'un tel choix en matière contractuelle n'est pas *a priori* surprenante dans la mesure où le droit international privé commun l'a toujours admis. La genèse de la consécration du principe d'autonomie révèle en effet que le choix résulta initialement d'une volonté tacite, notamment dans la consultation aux époux De Ganey de Dumoulin en 1525 où ces derniers, par le choix de leur premier domicile, auraient implicitement décidé de soumettre leur régime matrimonial à la coutume du

---

<sup>1120</sup> Sur ces questions, v. dans l'ouvrage collectif *Le règlement communautaire Rome I et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, *op. cit.*, les interventions de N. JOUBERT, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du règlement Rome I ? », *op. cit.*, p. 229 ; M. SCHERER, « Le choix implicite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du Règlement ? – L'exemple du choix tacite résultant des clauses attributives de juridiction et d'arbitrage », *op. cit.*, p. 253 ; S. CORNELOUP, « Choix de loi et contrats liés », *op. cit.*, p. 285.

<sup>1121</sup> V. notamment pour une description des incertitudes liées aux modalités d'exercice de la faculté : H. GAUDEMET TALLON, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 255, spéc. p. 261. L'auteur montre en effet que la volonté d'exercer la faculté n'est ni toujours certaine ni toujours libre.

lieu de ce domicile<sup>1122</sup>. Par la suite, l'arrêt *American Trading Company*<sup>1123</sup>, qui consacra officiellement le principe d'autonomie en matière contractuelle, retient que « la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée » et que la manifestation de volonté y afférant « peut être expresse, mais qu'elle peut s'induire des faits et circonstances de la cause, ainsi que des termes du contrat » (c'est nous qui soulignons). Dans cette affaire, le choix n'apparaissait pas si explicite puisque, si les parties avaient effectivement adhéré à la clause par laquelle « la Québec Steamship s'exonérait de la responsabilité des fautes de son capitaine », elles avaient également convenu que « leurs accords seraient régis par l'acte du Congrès des États-Unis du 13 février 1893 », acte qui prohibait et déclarait nulles les clauses exclusives de la responsabilité des fautes du capitaine. Pourtant, c'est bien par une interprétation de plusieurs éléments du contrat que la Cour de cassation avait pu décider qu'« il résulte de l'esprit et des termes de [la] convention [des parties] que, dans leur commune intention, elles n'entendaient se soumettre à la loi américaine que pour tout ce qui n'aurait pas été expressément prévu par la charte-partie » et que comme le contrat avait vocation à être exécuté en France où ladite clause était valable, il fallait retenir un choix de cette loi de la part des parties. Si la souplesse initiale quant à la manifestation du choix a probablement encouragé l'émergence de la règle permissive, le développement du commerce international et des contrats internationaux auraient dû conduire à reconsidérer l'opportunité d'une telle souplesse dans un contexte où les clauses de choix de loi sont une pratique courante et que la possibilité d'un choix de loi tacite se révèle dangereux pour les non-initiés, toujours plus nombreux<sup>1124</sup>. Pourtant, non seulement cette souplesse n'a pas été abandonnée, mais elle a même été adoptée dans des domaines fort éloignés du commerce international.

**442. Normes permissives et choix de loi en matière délictuelle.** En matière de loi applicable aux obligations délictuelles, l'article 14 du Règlement Rome II reprend en partie la formulation du Règlement Rome I en visant un choix exprès ou qui « résulte de façon certaine des circonstances », ce choix pouvant intervenir pour

---

<sup>1122</sup> V. B. ANCEL, H. MUIR WATT, « Annotation sur la consultation 53 de Dumoulin traduite en Français », in *Le monde du droit, Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 1.

<sup>1123</sup> *Rev. Dr. Int.*, 1911, p. 395, *Clunet*, 1912, p. 1156, S. 1911. 1. 129. Néanmoins, la jurisprudence *Fourrures Renel* est revenue sur ce choix en admettant une déclaration expresse de la part des parties ou, à défaut, une recherche de la part du juge de la localisation objective du contrat à partir d'une série d'indices, démarche qui s'apparente alors à une recherche de la localisation *objective* du contrat et non de la localisation subjective à partir de prétendus indices d'une hypothétique manifestation de volonté des parties, Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juillet 1959, *Rev. Crit. DIP* 1959, p. 708, note BATIFFOL ; *Grands Arrêts*, n°35.

<sup>1124</sup> V. sur le constat de la multiplication des clauses de choix de loi applicable : v. L. RAVILLON, « La recherche de la sécurité juridique : la stipulation quasi systématique d'une clause de choix de la loi applicable », in *Le règlement communautaire Rome I et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010 à Dijon, dir. S. CORNELOUP et N. JOUBERT, Litec 2011, p. 67.

les non-commerçants dès que le fait générateur est connu, c'est-à-dire avant qu'ils aient eu connaissance de l'étendue du dommage. Certes, l'emploi de l'adjectif *certain* suppose en principe une absence de doute, mais la découverte d'une volonté certaine à partir des circonstances laisse au juge la possibilité d'entrevoir la manifestation d'une volonté *présumée* certaine. On peut également regretter que dans la même phrase, l'alinéa 2 de l'article 14.1 précise que ce choix « ne porte pas préjudice aux droits des tiers ». Il eût été préférable que le Règlement traite de manière distincte les exigences liées à la réalité du consentement à l'exercice de la faculté et les limites apportées aux effets de ce choix.

**443. Normes permissives et choix de loi en droit de la famille.** En matière de divorce, le Règlement Rome III sur la loi applicable prévoit une règle permissive à caractère fermé<sup>1125</sup>. L'objet du choix n'est certes pas illimité mais l'article 5 ne prévoit pas moins de quatre lois éligibles dont la dernière, la loi du for, est susceptible de viser bon nombre de lois si le Règlement Rome III est conjugué avec le Règlement Bruxelles II bis, qui laisse aux parties de nombreuses options en matière de saisine du juge<sup>1126</sup>.

S'agissant des modalités d'exercice de cette faculté, le Règlement n'est pas des plus explicites. S'il vise une convention des parties sur ce point, rien n'est dit sur le caractère exprès ou tacite d'un choix de loi applicable. L'article 7 du Règlement consacré à la validité formelle se contente d'une convention écrite des parties, ce qui est très certainement nécessaire mais encore insuffisant. En effet, on peut se demander si les juges ne pourraient pas voir dans les références faites aux dispositions d'une certaine loi dans le contrat de mariage, un choix implicite des époux, consigné par écrit, de choisir cette loi applicable au divorce, alors même que les époux n'auraient pas eu conscience de la portée d'une telle mention<sup>1127</sup>. En matière de choix de loi applicable, les références aux dispositions d'un droit national peuvent suggérer un choix de la loi de cet État, mais dans les relations familiales il est nécessaire de s'assurer que les parties ont eu conscience des conséquences de ces « allusions » qui peuvent n'être que ponctuelles et ne pas traduire un réel consentement de leur part. L'article 8 du protocole en matière d'obligations alimentaires ne mentionne pas non plus de choix exprès mais énonce qu'un « tel

---

<sup>1125</sup> Sur cette notion : v. *supra* n°272.

<sup>1126</sup> V. *supra* n°180.

<sup>1127</sup> V. en ce sens : A. DEVERS, M. FARGES, « Le nouveau droit international privé du divorce. - À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce », *JCP G*, 2012, p. 778. Les auteurs proposent d'ailleurs un modèle de rédaction d'une clause de choix de loi applicable qui serait rédigée comme suit afin de lever toute ambiguïté : « En application de l'article 5, § 1 pt - - (indiquer s'il s'agit du pt a, b, c ou d) du 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, les époux ont convenu de désigner la loi - - (indiquer la loi choisie : française, polonaise...) pour régir leur divorce et leur séparation de corps ».

accord est établi par écrit ou consigné sur tout support dont le contenu est accessible pour être consulté ultérieurement et est signé des deux parties. » Pour les auteurs du Protocole, une telle précaution suffit à protéger les parties contre un choix « irréfléchi ». Pourtant, ils reconnaissent implicitement à travers les dispositions de l'article 8.5 que ce choix peut ne pas avoir été éclairé. En effet, cet article confère au juge un pouvoir modérateur lorsque les parties n'ont pas pleinement mesuré les conséquences d'un tel choix, qui emporterait des conséquences « manifestement inévitables ou déraisonnables ». La prévisibilité invoquée au soutien de l'édiction d'une telle faculté et l'éventuelle remise en cause du choix *a posteriori* semble paradoxale et peut-être eut-il fallu s'assurer autrement que par la simple mention d'un écrit de ce que le consentement des parties a été suffisamment éclairé.

**444.** En matière de droit des successions<sup>1128</sup>, le Règlement Rome IV prévoit également une règle permissive en son article 22. L'objet de la faculté est encadré puisque seule la loi de la nationalité peut être choisie à la place de la loi de la résidence habituelle au moment du décès. En revanche, s'agissant des modalités d'exercice de la faculté, le Règlement n'est pas parfaitement explicite quant à la possibilité d'un choix tacite. En effet, l'article 22 permettant le choix – et régissant également le choix de loi en matière de pactes successoraux ainsi que le prévoit l'article 25.3 du Règlement – envisage un « choix formulé de manière expresse dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort ou (qui) *résulte des termes d'une telle disposition* » (c'est nous qui soulignons). Cette dernière précision sous-entend la possibilité d'un choix tacite, ce qui n'est pas souhaitable au vu des difficultés engendrées en cas de contestation de l'existence d'un véritable choix après la mort du défunt. On peut en effet se demander ce que recouvriraient les cas où ce choix résulte des termes de la disposition « à cause de mort ». Le considérant 39 dans le préambule du Règlement en donne pourtant un exemple : il pourrait s'agir du cas où « dans sa disposition, le défunt avait fait référence à des dispositions spécifiques de la loi de l'État de sa nationalité ou dans le cas où il avait mentionné cette loi *d'une autre manière* » (c'est nous qui soulignons). Quoique présente dans les seuls considérants, cette formulation semble volontairement vague afin d'appréhender tout un panel de circonstances que les auteurs du Règlement n'ont pas imaginées. Or le flou ainsi ménagé est source d'incertitudes que la norme permissive a théoriquement vocation à dissiper. Aussi eût-il été préférable que l'exigence d'un choix exprès soit requise par le biais d'une clause dont les auteurs du Règlement auraient pu proposer un modèle type en annexe. Néanmoins, vu la

---

<sup>1128</sup> Nous rattachons en effet pour notre part le droit des successions au droit patrimonial de la famille, n'en déplaise au législateur ayant adopté le Règlement sur le fondement de l'article 81, paragraphe 2 et non paragraphe 3 du TFUE alors que ce dernier est pourtant relatif aux « *mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière* ». Sur ce point, v. D. BUREAU, « Juger le présent, prévoir l'avenir », *Dossier nouveau droit international privé des successions : les zones d'ombre, Droit et Patrimoine*, 2014, p. 78.

différence de formulation par rapport aux Règlements Rome I et Rome II, il est possible de penser, comme certains commentateurs, que le Règlement a voulu consacrer la possibilité d'un choix « quasi exprès »<sup>1129</sup>. On déplore toutefois que toute ambiguïté n'ait pas été levée. Sur cette question, on préfère la formulation de la Convention de La Haye de 1978 en matière de loi applicable aux régimes matrimoniaux dont l'article 11, spécialement consacré à l'exercice de la faculté, prévoit que « la désignation de la loi applicable doit faire l'objet d'une stipulation expresse ou résulter indubitablement des dispositions d'un contrat de mariage ». La proposition de Règlement européen sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux précise également dans son article 19 que « le choix doit être au moins exprès, et formulé par un acte écrit, daté et signé par les deux époux ». La mention d'un écrit, exigence formelle, s'ajoute à celle d'un choix exprès, ce qui constitue une précaution loin d'être inutile. Si la plupart de ces dispositions n'a pas encore eu l'occasion de susciter du contentieux, elles sont porteuses d'une insécurité préjudiciable à l'objectif de respect des prévisions des parties pour lesquelles elles ont été édictées.

**445. Normes permissives et choix du juge.** En matière de compétence juridictionnelle, les règles permissives qui autorisent un choix de juridiction ne suscitent pas moins de difficultés. Ainsi, il a été montré que les modalités d'exercice de la faculté, qui doivent permettre de s'assurer que cette volonté d'exercice est réelle, ne sont pas clairement définies, notamment en raison des incertitudes qui pèsent quant au rôle de la loi du for pour apprécier la validité de la clause<sup>1130</sup>. En raisonnant en termes de normes permissives, il s'agit de savoir selon quelle loi le consentement à l'exercice de la faculté doit être apprécié. Sur ce point, les modifications apportées par le Règlement Bruxelles I dans sa version refondue ne nous semblent pas satisfaisantes. En effet, au vu de l'objectif de prévisibilité appréhendé par les auteurs du Règlement, la règle permissive doit permettre aux justiciables qui souhaiteraient exercer la faculté de comprendre les conditions requises à la manifestation de son exercice. La règle permissive de l'article 23 du Règlement imposait d'opérer un détour par le droit international privé commun et, loin de modifier cet aspect, le nouvel article 25 conforte ce défaut de structure puisqu'il précise que la validité de la convention attributive de juridictions doit être appréciée au regard du droit de l'État membre désigné par la convention<sup>1131</sup>. Cette nouveauté a pu être critiquée en ce que l'article ne précisait pas s'il fallait alors se

<sup>1129</sup> T. AZZI, « La volonté tacite en droit international privé », *Travaux comité français DIP*, 2010-2012, Pédone, n°45, p. 68 ; l'auteur emprunte lui-même cette formule à BATTIFOL « objectivisme et subjectivisme ».

<sup>1130</sup> V. *supra* n°168-170.

<sup>1131</sup> Article 25 : « Si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes, *sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet État membre* » (C'est nous qui soulignons).



référer aux règles de droit international privé de cet État ou à ses règles matérielles. En réalité, il ne s'agit pas d'une véritable difficulté d'interprétation car on peut légitimement penser qu'il faut comprendre les dispositions *matérielles* de cet État étant donné que le législateur européen a l'habitude, dans le cas contraire, de viser « les règles [du] droit international privé »<sup>1132</sup> de l'État.

La véritable critique repose selon nous sur la consécration d'un détour par le droit du for désigné. Pour ménager véritablement la prévisibilité recherchée, c'est-à-dire ici le seul respect des prévisions concrètement formées par les parties, c'est à la règle elle-même de poser les conditions requises à l'exercice de la faculté. Dans cette perspective, la solution proposée par Madame H. GAUDEMET-TALLON de « partir, en droit international privé, d'une règle matérielle de validité de la clause attributive de juridiction, comme il en existe une pour la clause compromissoire »<sup>1133</sup> nous semble préférable, du moins si l'objectif poursuivi est bien la prévisibilité des solutions concrètement envisagées. Cette conception permettrait de renforcer l'efficacité de la norme permissive en évitant qu'elle ne soit conditionnée au respect d'exigences particulières nationales. Le juge saisi devrait seulement mais nécessairement s'assurer de la réalité du consentement à l'exercice de la faculté, abstraction faite des éventuelles particularités de son droit international privé commun, sachant que la manifestation de cette volonté devrait respecter les exigences formelles prescrites par le Règlement. Pour ce faire, l'exigence d'un choix exprès ou d'un exercice « indubitable » de la faculté par les parties serait source de sécurité<sup>1134</sup>. Cette exigence permet à la fois de protéger le titulaire de la faculté et surtout de respecter l'objectif de prévisibilité invoqué<sup>1135</sup>. Quant à la jurisprudence en droit international privé commun<sup>1136</sup>, elle est encore parfois hésitante.

---

<sup>1132</sup> V. En ce sens : J.-BERAUDO, « Regards sur le nouveau règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *JDI* 2013, p. 741, spéc. n°22 p. 746 ; C. NOURRISSAT, « L'avenir des clauses attributives de juridiction d'après le Règlement Bruxelles I bis », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Audit, les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 567, spéc. p. 574. Sur le nouvel article 25 du Règlement, v. aussi : L. D'AVOUT, « La refonte du Règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *D.* 2013, p. 1014.

<sup>1133</sup> V. note Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 octobre 1990, *Rev. Crit. DIP* 1991, p. 135, et sous CA Paris, 10 octobre 1999, *Rev. Crit. DIP* 1999, p. 611.

<sup>1134</sup> V. Sur ce point nos développements *infra* n°495 et s.

<sup>1135</sup> Ce mécanisme aurait par ailleurs le mérite d'éviter les discussions sur le point de savoir si une condition est requise à titre de condition de fond et de condition de forme, les unes renvoyant aux droits des États membres tandis que les autres renvoient aux seules dispositions du Règlement. V. Sur cette difficulté, J.-P. BERAUDO, « Regards sur le nouveau règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », art. préc., n°18.

<sup>1136</sup> V. Partie I *supra* n°168. Quant à la convention de la Haye sur les accords d'élection de for, elle ne gomme pas entièrement le droit commun puisqu'elle vise les seuls accords exclusifs (article 3) et qu'elle exclut les contrats conclus avec les consommateurs ou en matière de contrat de travail. Mais pour les accords entrant dans son champ d'application, elle a le mérite de prévoir un accord conclu « *i*) par écrit ; ou *ii*) par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement ».

En matière de prorogation tacite de compétence, l'exercice de la faculté par le défendeur n'était pendant longtemps nullement encadré puisqu'il était automatiquement déduit de sa comparution volontaire et de sa défense au fond<sup>1137</sup>. Conscient de ce problème, les auteurs du Règlement Bruxelles I dans sa version refondue ont toutefois modifié cet aspect, ce que l'on ne peut qu'approuver<sup>1138</sup>. Par conséquent, on ne peut qu'être surpris que le récent Règlement Rome IV en matière de successions internationales ait admis dans son article 9 la compétence fondée sur la comparution volontaire sans qu'aucune précaution ne soit prise quant à l'assurance de la volonté d'exercer la faculté par le défendeur. Toutefois, en matière de prorogation tacite de compétence et compte tenu de l'énoncé des règles, si l'on peut regretter qu'elles ne cherchent pas à s'assurer davantage de l'existence d'un choix éclairé du défendeur de comparaître devant une juridiction qui n'est *a priori* pas compétente, il n'y a pas véritablement de source d'imprévisibilité. Une éventuelle contestation de la compétence du tribunal *a posteriori* – en appel ou devant la Cour de cassation – aurait en effet peu de chances d'aboutir tant la rédaction est exempte d'ambiguïté sur ce point<sup>1139</sup>. Il s'agit à présent, par des exemples tirés de la jurisprudence, de montrer que les difficultés engendrées par la déficience de la réglementation des modalités d'exercice s'avèrent réelles.

**446. Illustrations des difficultés à travers la jurisprudence.** En effet, que l'on parle d'un choix « tacite », « implicite » voire, pour les plus critiques, « hypothétique » pour désigner ces exigences souples quant aux modalités d'exercice de la faculté, il est évident qu'elles sont sources d'incertitudes et nuisent au respect des prévisions des parties. L'étude de la jurisprudence révèle que l'interprétation des juges aboutit à des solutions variables qu'il est difficile, pour les parties, d'anticiper dès lors que le choix n'a pas été parfaitement exprimé.

**447. Choix de loi applicable et contrats de consommation.** Par exemple, dans un arrêt du 12 juillet 2005<sup>1140</sup> la Cour de cassation a pu écarter l'existence d'un tel choix dans un contrat de courtage matrimonial alors que la Cour d'appel en avait

---

<sup>1137</sup> V. pour un exemple où il est peu probable que l'assuré ait effectué un véritable choix et ait manifesté sa volonté d'utiliser la faculté octroyée par la règle permissive en comparaisant devant le tribunal du domicile du demandeur : CJCE 4<sup>ème</sup> ch., 20 mai 2010, *Česká podnikatelská pojišťovna as, Vienna Insurance Group contre Michal Bilas*, C-111/09, Rec. 2010 I-04545. Cet arrêt a été rendu à l'occasion d'une question préjudicielle posée lors d'un contentieux entre un assureur et un assuré.

<sup>1138</sup> V. Première partie : *supra* n°183-184.

<sup>1139</sup> Il a par ailleurs été signalé que ces règles avaient davantage des objectifs procéduraux que de prévisibilité, v. *supra* n°306.

<sup>1140</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juillet 2005, 02-16915, *RDC* 2006, p. 503, obs. D. BUREAU ; *D.* 2005, IR p. 2337, *D.* 2006, p. 1495, pan. F. JAULT-SESEKE, P. COURBE ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 94, note P. LAGARDE ; *Dr. et patr.*, nov. 2005, n° 142, p. 113, obs. M.-É. ANCEL.

retenu des indices comme l'usage de la langue allemande dans le contrat et la stipulation de la monnaie. Que l'on approuve ou non une telle solution au nom des exigences de protection du consommateur qui avait en l'espèce souscrit le contrat suite à un démarchage à domicile, on ne peut nier que le doute était permis. Il n'est pas déraisonnable de la part de la Cour d'appel d'avoir admis l'existence d'un tel choix même si d'autres considérations pouvaient permettre de justifier que l'arrêt ait été censuré. La jurisprudence opposant les professionnels aux consommateurs atteste d'ailleurs que les conseils de ces derniers tentent de remettre l'efficacité d'un choix de loi, soit en invoquant le caractère abusif de la clause soit en invoquant le mécanisme des lois de police pour évincer la loi choisie. Ainsi, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Bastia le 2 février 2011<sup>1141</sup>, la victime d'un dommage, qui souhaitait bénéficier d'un délai de prescription plus long de l'action en responsabilité à l'encontre du transporteur, invoquait le caractère abusif de la clause en vertu de l'article L. 132-1 du Code de la consommation et, à titre subsidiaire, l'application de la loi française à titre de loi de police pour l'indemnisation de son préjudice. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de transport maritime dans lequel était insérée une clause de choix en faveur de la loi italienne du pavillon du navire. Si en l'espèce, la demande fut rejetée notamment en ce que le demandeur ne montrait pas en quoi, « en ce qui concerne l'indemnisation de son préjudice, la loi française présenterait un caractère impératif et devrait être substituée à la loi italienne qui connaît du même principe de responsabilité », l'invocation de la loi de police était un moyen de neutraliser *a posteriori* l'exercice de la faculté. L'exercice même de la faculté était contesté par le demandeur puisqu'en invoquant également le caractère abusif de la clause, c'était en définitive sa volonté d'exercer une telle faculté qui était remise en cause, ce qui n'est guère surprenant dans les cas d'un contrat d'adhésion.

**448. Choix de loi applicable et contrat de cautionnement.** Pareille hésitation fut souvent visible en matière de cautionnement. En la matière, la détermination de la loi applicable a longtemps suscité des difficultés. En effet, avant l'adoption de la Convention de Rome, la jurisprudence française avait tendance à aligner la loi applicable au cautionnement sur celle de l'obligation garantie par le contrat de cautionnement<sup>1142</sup>. Après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, les juges du fond ont eu tendance à essayer de maintenir leur ancienne solution – application de la loi de l'obligation principale – en passant par le mécanisme de la clause d'exception. Plusieurs auteurs ont alors approuvé cette solution en considérant qu'en matière de cautionnement, la loi de l'obligation principale était

---

<sup>1141</sup> CA Bastia, 2 février 2011, RG n°08/00291.

<sup>1142</sup> v. par exemple : CA Versailles, 6 févr. 1991, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 745, note P. LAGARDE.

déterminante<sup>1143</sup>. Certes, il s'agissait alors d'hypothèses où la règle permissive n'avait pas été mise en œuvre et où la question portait sur l'opportunité de mettre en œuvre la clause d'exception. Mais il n'était pas déraisonnable qu'un tel raisonnement puisse être transposé en matière de choix tacite. Dans un arrêt de la chambre commerciale du 8 juin 2010, c'est d'ailleurs ce que défendait le pourvoi<sup>1144</sup>. Celui-ci arguait qu'une disposition expresse du contrat de prêt, objet du cautionnement, stipulait que le contrat « [serait] gouverné et interprété en accord avec les lois de l'Angleterre » et que l'acte de cautionnement, acte notarié passé devant un notaire français, stipulait également que « les litiges et contestations de toutes sortes auxquels les présentes [pourraient] donner lieu, tant pour leur validité que pour leur interprétation ou leur exécution, [seraient] soumis aux Tribunaux de PARIS, et ce, même en cas de pluralité d'instance ou de parties, ou même d'appel en garantie, *le tout sous réserve de l'application de la loi anglaise et de l'attribution de juridiction aux Tribunaux britanniques contenues dans la convention d'ouverture de crédit et auxquelles la présente clause ne présente pas une exception* ». Il y avait donc une clause attributive de juridiction en faveur des tribunaux français et une réserve à l'égard de l'application de la loi anglaise pour le contrat de prêt... La certitude reposait en l'espèce sur l'absence de toute certitude quant au choix de loi applicable au contrat de prêt ! Et notre accord avec le pourvoi s'arrête à l'affirmation « qu'il ressort[ait] *très clairement* de ces stipulations que l'engagement de caution pris par Mademoiselle X était soumis à la loi anglaise » (c'est nous qui soulignons) car ce qui ressortait *très clairement* des stipulations du contrat était leur caractère à tout le moins obscur. Pourtant, la Cour de cassation et la Cour d'appel ont retenu un choix de loi en faveur de la loi française au motif que « le contrat de cautionnement est soumis à sa loi propre », que ce contrat avait été passé devant un notaire parisien et qu'il contenait « des références traditionnelles du droit français, notamment de solidarité et d'indivisibilité et une référence à l'article 877 du code civil français » et enfin que « la clause contenue dans le passage " contestations " ne concerne que le contrat de crédit et non le contrat de cautionnement, que la distinction des régimes entre les deux contrats est d'autant plus patente que le contrat de cautionnement attribue compétence aux tribunaux de Paris *et que c'est donc le droit français qui s'applique à ce dernier* » (c'est nous soulignons). Ce dernier argument est d'ailleurs le moins convaincant tant la doctrine est divisée sur la question de savoir si la désignation d'un tribunal compétent est un indice de la désignation de la loi du for ainsi choisie<sup>1145</sup>.

---

<sup>1143</sup> G. LÉGIER, « Les conflits de lois en matière de cautionnement », in *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Lexisnexus, Dalloz, 2006, p. 375.

<sup>1144</sup> Com., 8 juin 2010, 08-16298 et 08-16485.

<sup>1145</sup> V. sur cette question : M. SCHERER, « Le choix implicite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du Règlement ? – L'exemple du choix tacite résultant des clauses attributives de juridiction et d'arbitrage », in *Le règlement communautaire Rome I et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010 à Dijon, dir. S. CORNELOUP et N. JOUBERT, Litec 2011, p. 253.

**449. Choix de loi applicable et contrat de travail.** Ces problématiques sont également visibles en matière de loi applicable au contrat de travail, où la jurisprudence est assez abondante. Les hésitations furent moindres dans la mesure où les juges disposaient ici d'éléments suffisamment explicites, comme la référence à la convention collective des industries métallurgiques des Bouches-du-Rhône pour la loi française<sup>1146</sup> ou à la convention collective de l'*Association of flight Attendants* (AFA) pour le droit américain<sup>1147</sup>, pour y découvrir un choix tacite.

**450. Choix du juge : les clauses contradictoires.** Ces difficultés n'épargnent pas le conflit de juridictions, spécialement dans les hypothèses où il existe des clauses contradictoires. L'hypothèse n'est pas d'école et nombreux sont les arrêts<sup>1148</sup> révélant l'existence, au sein d'un même contrat, d'une clause attributive de juridiction et d'une clause d'arbitrage<sup>1149</sup>. Si ces clauses traduisent chacune l'exercice d'une faculté octroyée par une norme permissive, il s'agit de deux règles permissives distinctes. L'une octroie aux parties la faculté de se soustraire aux juridictions étatiques en recourant à l'arbitrage tandis que l'autre permet d'élire une juridiction étatique particulière. L'exercice simultané de ces deux facultés s'avère donc théoriquement impossible et le juge est confronté à une alternative : soit il considère, en scrutant la volonté présumée des parties, qu'une des deux facultés a effectivement été exercée à l'exclusion de l'autre soit que la simultanéité de l'exercice des deux facultés révèle une absence d'accord entre les parties. Si la protection de la sécurité juridique devrait conduire à privilégier la seconde solution, telle ne semble pas être la position de la Cour de cassation alors même que les juges du fond ont à plusieurs reprises adopté la solution consistant à écarter les clauses contradictoires, plus respectueuse, nous semble-t-il, de la volonté des parties qui révélait en l'occurrence une absence de volonté partagée.

Dans un arrêt du 11 mai 2012, la Cour de cassation a admis la validité d'une clause d'arbitrage contenue dans les conditions générales de vente d'un contractant alors même qu'elle entraînait en contradiction avec une clause attributive de juridiction en faveur d'un tribunal allemand contenue dans les conditions générales d'achat et que la « référence à cette clause, fondue dans des conditions générales séparées,

---

<sup>1146</sup> Soc, 4 juillet 2001, n°99-44519.

<sup>1147</sup> Soc., 27 mai 2009, n°08-41908.

<sup>1148</sup> V. notamment : Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mai 2012, n°10-25620 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juin 2013, n°12-22656 ; Civ. 2<sup>ème</sup>, 18 décembre 2003, n°02-13410 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 novembre 2007, n°06-21629.

<sup>1149</sup> Sur cette question, v. L. PERREAU-SAUSSINE, « Le conflit entre clause compromissoire et clause attributive de juridiction », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit, Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 611.

rédigées en langue anglaise et en caractères à peine visibles, n'apparaiss[ait] pas clairement au recto de la confirmation de commande ». La Cour a pourtant décidé que la clause compromissoire avait été « portée à la connaissance de la société Ajinomoto qui a, fût-ce par son silence, accepté cette référence ». Dans cette hypothèse, il était pourtant difficile de croire à une réelle volonté bilatérale d'exercer la faculté de recourir à l'arbitrage<sup>1150</sup>.

Dans une autre affaire, une clause prévoyait que « si le différend n'est pas réglé dans les trente (30) jours après la réunion ou toute autre date que les parties ont déterminé, *chaque partie pourra choisir de recourir à l'arbitrage ou à une action devant la cour du lieu du siège de l'acheteur* » et que « Le différend devra être soumis et réglé de façon définitive par le règlement d'arbitrage de la London Court of International Arbitration (LCIA) ». En l'espèce, si la Cour de cassation a effectivement reconnu que le recours à l'arbitrage n'était envisagé que comme une option – sorte de rappel de l'existence de la règle permissive non synonyme d'un exercice de la faculté –, elle a néanmoins fait jouer une autre clause des conditions générales d'achat stipulant que « tous les litiges auxquels la présente commande pourrait donner lieu sont portés à défaut de conciliation amiable devant le tribunal de commerce de Paris »<sup>1151</sup>.

Dans d'autres cas, c'est tout bonnement en invoquant le caractère prioritaire de la clause d'arbitrage que la Cour de cassation résout la contradiction<sup>1152</sup>. En l'absence d'exigence d'un choix exprès, la recherche de la volonté des parties est source d'insécurité et si la tendance est de faire prévaloir la clause compromissoire, le bien-fondé de cette solution est très discutable. Dans le cadre d'un contrat prévoyant la clause suivante : « tous différends découlant de la présente convention seront tranchés définitivement à Paris, suivant le règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (ou tribunal de commerce), par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce règlement et avec application du droit français », la Cour d'appel et ensuite la Cour de cassation ont pu admettre la validité de la clause et la réalité de l'exercice de la faculté par les parties en faveur de l'arbitrage<sup>1153</sup>. Il est pourtant impossible de se satisfaire de cette

---

<sup>1150</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mai 2012, n°10-25620 ; v. aussi Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 novembre 2013, n°11-17736, *D.* 2014, pan. L. D'AVOUT, S. BOLLÉE, p. 1972, *RTD Civ.* 2014, p. 113, note H. BARBIER.

<sup>1151</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juin 2013, n°12-22656.

<sup>1152</sup> V. par exemple, Civ. 2<sup>ème</sup>, 18 décembre 2003, n°02-13410 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 novembre 2007, n°06-21629.

<sup>1153</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 2003, *M. Nègre c. Société Vivendi*, *Rev. Crit. DIP* 2003, p. 641, F. JAULT-SESEKE. Les clauses dites pathologiques sont fréquente, voir sur celles-ci : v. not. F. EISEMANN, « La clause d'arbitrage pathologique », in *Essays in Memoriam Eugenio Minoli*, U.T.E.T., 1974, p. 129 et s. ; H. SCALBERT et L. MARVILLE, « Les clauses compromissoires pathologiques », *Rev. arb.*, 1988.117 (Voir également sur ce thème : C. NOURISSAT, « L'avenir des clauses attributives de juridiction d'après le règlement « Bruxelles I bis », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Audit, Les relations privées internationales*, Lexisnexis, 2014, p. 567).

jurisprudence car son existence révèle l'existence d'un contentieux important à ce sujet.

**451.** En effet, il n'est jamais bon que le législateur ouvre lui-même la voie à des contentieux quand bien même il ne s'agirait que de manœuvres purement dilatoires ayant peu de chances d'aboutir. Aussi, même dans les cas où le choix semble effectif, la possibilité du choix tacite ouvre toujours la voie à la contestation, là où l'exigence d'un choix exprès inciterait les parties à plus de précautions dans la rédaction des contrats, sous peine d'une sanction sans appel<sup>1154</sup>. Ces incertitudes fragilisent la réalisation effective des prévisions des parties et vont donc à l'encontre des objectifs poursuivis. Mais il ne s'agit pas là du seul défaut structurel des normes permissives : le manque de précision dans la délimitation du domaine d'application de certaines règles permissives engendre également de l'insécurité.

### **B – Les incertitudes liées au manque de détermination du domaine des règles permissives**

**452.** Lors de l'identification des normes permissives et de leur structure, il a été montré que, pour plusieurs d'entre elles, le domaine de la faculté n'était pas clairement défini. En effet, que ce soit en matière de conflits de juridictions – règle permissive en matière d'arbitrage ou clause attributive de juridiction – ou de conflit de lois – règle permissive en matière d'applicabilité de la règle de conflit de lois ou accord procédural – le domaine de la faculté est défini en faisant appel au critère de la libre disponibilité des droits.

**453. Délimitation du domaine de la règle permissive : le problème du critère de la libre disponibilité des droits.** Le critère de la libre disponibilité des droits est un critère malaisé à identifier. Venu du droit processuel, la notion est difficile à cerner en partie parce qu'elle ne recoupe pas exactement la distinction entre les droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux et qu'il est difficile de se contenter d'énoncer qu'un droit est indisponible lorsqu'il touche à l'état et à la capacité des personnes. Il n'est pas non plus possible d'assimiler les droits disponibles à ceux qui seraient d'ordre public puisqu'une règle impérative peut être à l'origine d'un droit disponible<sup>1155</sup>. De manière plus neutre, et notamment lorsqu'il s'agit de faire état du droit positif français pour le comparer aux législations nationales de droit international privé des autres États européens, la définition

---

<sup>1154</sup> V. dans le même sens : T. AZZI, « La volonté tacite en droit international privé », *Travaux comité français DIP*, 2010-2012, Pédone, p. 147.

<sup>1155</sup> C. PÉRÈS, *La règle supplétive*, LGDJ 2004, préface. G. Viney, n°246 et s. Et sur cette question, v. déjà certains de nos développements *supra* n°128 et n°217.

donnée des droits disponibles est celle des « droits auxquels il est possible de renoncer »<sup>1156</sup>. Si elle a le mérite de la simplicité, cette définition a l'inconvénient de ne pas permettre de mieux saisir la notion puisqu'il est alors tout aussi difficile d'identifier ces droits auxquels il est permis de renoncer.

D'après la thèse de Madame FAUVARQUE-COSSON, pour pouvoir renoncer à un droit, il faudrait d'une part que celui-ci ne concerne pas l'intérêt public et que, d'autre part, dans la mesure où il s'avère effectivement d'intérêt privé, l'auteur de la renonciation ne soit pas, ou ne soit plus, dans « une situation de dépendance », c'est-à-dire dans un état d'infériorité<sup>1157</sup>. Si la distinction semble apparemment claire, la délimitation des intérêts public et privé est rien moins qu'évidente, tant les règles visent désormais souvent, outre un intérêt privé, un intérêt public et sociétal. C'est le cas dans le domaine des contrats internationaux, qui ne concernent *a priori* que des intérêts privés mais où des intérêts sociétaux peuvent être en jeu, notamment en raison des exigences du droit de la concurrence censées assurer une organisation optimale du fonctionnement de l'économie. Cela est tout aussi vrai en matière délictuelle où « la responsabilité civile (...) assume progressivement une dimension régulatoire au-delà de l'ajustement des seuls rapports interindividuels »<sup>1158</sup>. Par conséquent, l'on peut aisément comprendre l'embarras de Madame GAUDEMET-TALLON qui, tout en reconnaissant les mérites et les qualités de la thèse soutenue sur la libre disponibilité des droits en droit international privé, a pu « s'inquiéter de ce que, malgré les efforts déployés par Mme Fauvarque-Cosson pour cerner la notion de " droits dont les parties ont la libre disposition ", ce concept reste assez flou et indéterminé »<sup>1159</sup>.

**454.** Pourtant, ce constat ne devrait pas surprendre. Il semble assez vain de vouloir rechercher un critère net permettant d'opérer un classement fiable et universel entre, d'un côté, les droits disponibles et, de l'autre, les droits indisponibles. En effet, comme l'a démontré récemment une thèse soutenue sur la notion d'ordre public, un tel projet reviendrait à rechercher un critère de distinction entre des valeurs jugées fondamentales et celles qui ne le seraient pas ou moins<sup>1160</sup>,

<sup>1156</sup> V. S. FULLI-LEMAIRE et D. ROJAS TAMAYO, in *Application of Foreign Law*, dir. C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS et G. PALAO, Sellier, 2010, p. 185.

<sup>1157</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 1996 ; un droit serait disponible quand l'intérêt public n'est pas en cause et quand son titulaire n'est pas, ou plus, dans un état d'infériorité juridiquement sanctionné.

<sup>1158</sup> V. en ce sens H. MUIR WATT, *Rép. Inter. Dalloz*, v° « Loi étrangère », n°67 qui renvoie pour l'étude générale de cette transformation à H. MUIR WATT et F. CAFAGGI [sous la dir. de], *Making European Private Law*, t. II, 2008, Elgar.

<sup>1159</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « Compte rendu de thèse », *Rev. Crit. DIP*, 1997, p. 381.

<sup>1160</sup> V. A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne, essai de systématisation*, th. dactyl. Paris I, 2015.



entreprise tout bonnement impossible même si l'on conçoit aisément que le projet soit séduisant. Seules les valeurs sous-jacentes aux normes octroyant des droits sont en jeu, non les normes elles-mêmes. Cette observation permet de mieux comprendre la raison d'être de certaines hésitations.

D'une part, cela explique que l'on puisse s'interroger sans fin sur la question de savoir si c'est *parce que* des droits sont disponibles que le choix de loi ou de juge est autorisé ou si, au contraire, c'est la consécration du choix de loi ou de juge *qui rend* le droit disponible. Bien que la question soit légitime, elle n'attend pas de réponse<sup>1161</sup>. D'autre part, cela justifie également qu'en matière d'autorité de la règle de conflit, la Cour de cassation ait pu osciller entre la référence aux « matières dans lesquelles les parties ont la libre disposition de leurs droits » aux « droits disponibles ». La référence à la « matière » était empreinte de la conception que l'on pouvait avoir à l'époque, à savoir que certains champs du droit privé, comme l'état des personnes, étaient incompatibles avec toute idée de renonciation de la part des individus tant ces matières apparaissaient comme « sacrées ». L'évolution des mœurs et la libéralisation de la société a donc pu faire passer d'une idée de *matières sacrées* à l'idée, plus restreinte, de *droits sacrés*. Mais comment alors prétendre découvrir un critère de distinction entre le sacré et le profane ?

Pour reprendre l'expression de Monsieur D. BODEN à propos de l'exception d'ordre public international, il s'agit « des limites et des conditions de la tolérance »<sup>1162</sup> d'une société à l'égard de certaines valeurs, soit qu'elles lui soient chères, soit au contraire qu'elles lui soient trop étrangères. La frontière entre les droits disponibles et les droits indisponibles va dépendre de l'endroit où la société – à un moment donné et dans un lieu donné – décide de placer le curseur entre ce qui peut faire l'objet d'une faculté de choix des individus et ce qui ne le peut pas. S'agissant de l'ordre juridique français au jour de l'écriture de ces lignes, le positionnement du curseur va dépendre de l'« agencement typique de valeurs collectivement admis »<sup>1163</sup> par la société française en 2015. Si Madame

<sup>1161</sup> Comme le dilemme de savoir « Qui de la poule ou qui de l'œuf ? » Nous empruntons cette expression familière à Monsieur B. REMY dans son article sur les notions de prévisibilité lorsqu'il s'interroge sur la question de savoir quel est l'élément premier : les prévisions des parties ou la règle de droit, v. B. REMY, « Des notions de prévisibilité en matière de conflit de lois : qui de la poule ? qui de l'œuf ? », art. préc.

<sup>1162</sup> V. D. BODEN, *L'ordre public, limite et condition de la tolérance*, th. dactyl. Paris I, 2002.

<sup>1163</sup> V. A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne, essai de systématisation*, th. dactyl. Paris I, 2015, spéc. n°395-397 : « c'est-à-dire une pondération de valeurs que l'on s'accorde, dans un groupe donné, à juger comme optimale, dans un type plus ou moins précisément déterminé de circonstances. Ces agencements typiques sont nécessairement, à l'échelle collective qui est la leur et en raison de la dépendance dans laquelle ils se trouvent vis-à-vis des circonstances, *flous*. Il faut se les figurer sous la forme d'un "noyau dur" formé de cas nettement tranchés, et d'une périphérie ou "ballo", qui appelle la prise en considération d'un ensemble complexe de circonstances susceptibles de faire varier "le point idéal de médiation de valeurs concrètes". Par exemple, s'il est admis, en France, que la justice, au sens institutionnel du terme, ne saurait user de châtiments corporels et donc *a fortiori* de la peine de mort<sup>1163</sup>, en revanche, il est des hypothèses où le respect dû à l'intégrité physique et, plus largement, à la vie humaine cède devant l'exigence de ménager les conditions de paix nécessaires à la vie sociale, par exemple en cas de légitime défense ou de guerre<sup>1163</sup>. Outre l'illusion d'optique créée par le contraste entre une valeur générique et son prolongement dans un domaine particulier, ce ne sont

FAUVARQUE-COSSON n'a pas pu dégager de critère qui soit moins flou, c'est parce que ce flou est consubstantiel à la notion<sup>1164</sup>.

Cette idée peut être illustrée par les conceptions diverses que se font les différents ordres juridiques des rapports que peuvent entretenir l'institution de l'arbitrage et le droit de la famille. Alors que le prononcé d'un divorce par un arbitre peut paraître choquante en France, ce mode de résolution des conflits est déjà possible dans d'autres pays<sup>1165</sup> et passe même pour certains comme le mode « normal » de résolution de ces litiges<sup>1166</sup>. On trouve néanmoins déjà en France des manifestations de l'influence de ce courant puisque certains prennent en exemple l'État du New Jersey aux États-Unis qui offre aux futurs ex-époux cette possibilité de recourir à l'arbitrage<sup>1167</sup>. Quoique la société française ne soit probablement pas prête à franchir ce pas, il est indéniable que l'arbitrabilité des litiges a connu une extension ces dernières années<sup>1168</sup>.

---

jamais que ces agencements de valeurs typiques que l'on agglomère derrière l'idée qu'il existerait une échelle de valeurs propres à une société donnée, à un instant donné. Autrement dit, il n'y pas de hiérarchie abstraite des valeurs collectives, il n'existe que des agencements de valeurs collectivement admis dans des situations typiques, ou, si l'on veut, des hiérarchies concrètes, ou encore "*a posteriori*" ».

<sup>1164</sup> Madame A. JEAUNEAU évoque ainsi, à titre préliminaire de son travail, le risque qu'il s'agisse d'ajouter « du flou au flou », « du flou au carré », *op. cit.*, spéc. n°5.

<sup>1165</sup> v. sur ce point : L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, *op. cit.*, n°212.

<sup>1166</sup> F.-X. LICARI, « L'Arbitrage Rabbiniq, entre Droit Talmudique et Droit des Nations », *Rev. Arb.* 2013, p. 3.

<sup>1167</sup> Pour un exemple d'incitation du recours à l'arbitrage en droit de la famille : <http://www.arbitrage-infos.com/le-recours-a-larbitrage-pour-divorcer-cest-possible-au-new-jersey/droit/240>. Il est mentionné sur le site que « Le système juridique de l'Etat du New Jersey offre la possibilité aux époux de divorcer en recourant à l'arbitrage. La Cour Suprême du New Jersey aurait même tendance à inciter au développement des MARL (ADR : Alternative Dispute Resolution) en insistant sur le coût financier et émotionnel d'un divorce... Le New Jersey a adopté une version modifiée de l'Uniform Arbitration Act de 2000 : NJSA 2A : 23B-1s, en vigueur depuis le 1er janvier 2003., et applicable en matière matrimoniale. Un arbitre a le pouvoir de statuer sur toutes les questions soumises par les parties à l'occasion du divorce : pension alimentaire, prestation compensatoire (alimony), financement de la scolarité des enfants et des frais médicaux, honoraires d'avocat et rattachement fiscal, dommages-intérêts punitifs... La Cour Suprême du New Jersey considérant même que la sentence arbitrale était exécutoire (Faherty c. Faherty, 97 NJ 99, 1984). Sur la question de la garde, en présence d'enfants, certains auteurs considèrent cependant qu'il s'agit d'un point inarbitrable (George K. Walker, *Arbitrating Family Law Cases by Agreement*, Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, (2003) 429) ».

<sup>1168</sup> Sur ce point, la tendance est particulièrement nette. Déjà, la Cour de cassation énonce depuis l'arrêt *Zanji* de 1999 que la commercialité du litige n'est pas une condition nécessaire à la validité de la clause d'arbitrage international (Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 janvier 1999, réaffirmé ensuite dans Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 mars 2004, *Rado*, *Rev. Arb.* 2005, p. 115, X. BOUCOBZA, *D.* 2005, p. 3035, T. CLAY). En l'espèce, une société italienne s'était engagée à vendre à un particulier commerçant, qui s'était lui-même engagé à acquérir, des actions représentant le capital d'une société d'assurance. Comme l'acquéreur avait par la suite refusé d'exécuter ses obligations, la société italienne avait engagé une procédure d'arbitrage conformément à la clause compromissoire stipulée dans le contrat. L'acquéreur avait alors assigné la société italienne devant un tribunal de commerce afin de faire prononcer la nullité de la clause, nullité retenue sur le fondement de l'article 2061 du Code civil au motif que le contrat était de nature civile. La Cour de cassation avait accueilli le pourvoi formé contre cette décision en visant « le principe de validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité ». Si certains auteurs ont pu relever qu'en l'espèce, la cession d'actions opérait également un changement de majorité et pouvait à

ce titre être considérée comme un acte commercial, ils ont admis que l'absence de prise en compte de cet élément par la Cour de cassation manifestait sans aucun doute sa volonté de proclamer un principe en matière d'arbitrage international (B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, p. 1032, note 3). Parallèlement à la proclamation de ce principe, ce sont dans diverses matières que le domaine d'application de la règle permissive s'est étendu. Tout d'abord, c'est principalement en matière de droit de la concurrence que le mouvement fut observé. *A priori* exclu du domaine de la règle permissive en raison de la prévalence des dispositions impératives en la matière, la jurisprudence *Gang*, puis *Labinal* précitée a permis aux arbitres de connaître de ces contentieux alors même qu'étaient en cause des réglementations impératives du droit européen de la concurrence. L'interférence de ce type de réglementation n'est plus un obstacle à l'arbitrabilité du litige et « les arbitres peuvent en conséquence appliquer les règles du droit communautaire de la concurrence et, le cas échéant, sanctionner leur méconnaissance en tirant les conséquences civiles d'un comportement qu'ils jugent illicite » (v., faisant suite à cette jurisprudence en matière d'exécution d'un contrat de licence d'exploitation de brevets, mais pour des questions de droit de la concurrence : CA Paris, 14 octobre 1993, *Applix c. Velcro*, RA 1994, p. 164, note JARROSSON. Sur l'application du droit de la concurrence par les arbitres, v. O. CAPRASSE, « L'application du droit européen de la concurrence par l'arbitre », in *Arbitrage et droit de l'Union Européenne*, dir. P. MAYER, Actes du colloque du 4 novembre 2011, Paris, 2012, LexisNexis, p. 63 et les propos de P. MAYER lors de la table ronde qui s'en suivit, p. 87). Pas plus que le droit de la concurrence, les réglementations impératives du Centre national de la Cinématographie ne sont plus un obstacle à l'arbitrabilité du litige (*Almira Films*, CA Paris, 16 février 1989, RA 1989, p. 711 L. IDOT). Elle est également désormais admise en matière délictuelle dès lors que le litige est lié aux suites de l'exécution d'un contrat prévoyant une telle clause rédigée de manière à englober l'ensemble des litiges en découlant (CA Paris, 2 juin 2004, *Rev. Arb.* 2005, p. 673 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2010, *Sté Doga*, *Rev. crit. DIP* 2010, p. 743, note D. BUREAU et H. MUIR WATT ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 octobre 2015, n°14-25080, publié au bulletin où la Cour considère que « la généralité des termes de la clause compromissoire traduisait la volonté des parties de soumettre à l'arbitrage tous les litiges découlant du contrat sans s'arrêter à la qualification contractuelle ou délictuelle de l'action engagée »). La Cour d'appel de Paris a ainsi pu juger que « le caractère évident et incontestable d'une telle inapplicabilité ne se déduit pas des développements de la société (...) sur la nature contractuelle ou délictuelle du litige qui est lui-même « en relation » avec le contrat de distribution au sens de la clause précitée ». L'arbitrabilité a également été étendue en matière de propriété intellectuelle. En effet, si le contentieux en matière de validité et de domaine du brevet relève de la compétence exclusive des juridictions étatiques et est donc exclu du champ de la règle permissive, les litiges qui portent sur l'interprétation ou l'exécution des contrats relatifs à l'exploitation des brevets sont arbitrables. Cette jurisprudence est en accord avec les Règlements Bruxelles I et Bruxelles I révisé qui ne visent une compétence exclusive des juridictions de l'État membre sur le territoire duquel le dépôt ou l'enregistrement a été effectué qu'en matière d'inscription ou de validité des brevets. Si cette solution se conçoit parfaitement en théorie étant donné que la sentence n'aura pas d'effet sur le brevet lui-même mais seulement entre les parties, il est en pratique souvent délicat de distinguer ces aspects. En effet, il peut arriver qu'en tâchant d'interpréter le domaine de la licence concédée par le contrat, l'arbitre ne soit obligé de s'intéresser au domaine du brevet lui-même (Paris, 24 mars 1994, *Sté Deke*, *Rev. Arb.* 1994, p. 515, note Ch. JARROSSON). L'arbitrabilité a également été étendue en matière d'investissements financiers impliquant des particuliers. Dans l'affaire *Rado* (Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 mars 2004, préc.) particulièrement révélatrice du phénomène, un particulier avait investi 400 000 dollars US aux Etats-Unis en passant par un intermédiaire financier suite à un démarchage à domicile. Il avait souscrit une convention d'ouverture de compte et placé cette somme sur le compte ouvert dans l'état de New-York. Quelques mois plus tard, en raison du placement des sommes sur des marchés à risque, le compte s'était retrouvé débiteur. Elle saisit alors les tribunaux français en invoquant un transfert illicite de fonds, la nullité de la convention d'ouverture de compte et réclamait subsidiairement des dommages et intérêts en raison du préjudice pécuniaire causé par les manquements de son cocontractant. La société américaine invoqua alors la clause compromissoire contenue dans la convention d'ouverture de compte. S'il ne fait pas de doute, au regard du droit français comme du droit européen, qu'il s'agissait en l'espèce d'un litige opposant un consommateur à un professionnel, la Cour de cassation a pourtant donné raison à la société américaine en reconnaissant, non pas la validité de la clause, mais du moins la priorité de l'arbitre pour statuer sur sa compétence et décider de l'arbitrabilité du litige. Une telle solution n'est pas isolée et la Cour d'appel de Paris a également plusieurs fois affirmé, dans des faits similaires, qu'il appartenait à l'arbitre de se pencher sur l'applicabilité en l'espèce des dispositions protectrices du consommateur et *a fortiori* sur l'arbitrabilité du litige. Elle l'affirme expressément dans un arrêt du 2 avril 2003 que s'agissant d'« une éventuelle contrariété des clauses d'arbitrage contestées au regard des dispositions légales assurant la protection des consommateurs, (...) l'appréciation des limites et de la validité de l'investiture des arbitres relève au premier chef de la compétence de ceux-ci ; qu'une juridiction étatique ne saurait en conséquence se substituer aux arbitres pour déterminer, avant même que le tribunal choisi par les parties ait pu émettre un point de vue sur cette question, si les clauses en cause présentent, ou non, un caractère abusif » (Paris, 14<sup>e</sup> Ch. A), en date du 2 avril 2003 (affaire *Pourdien*) ; v. aussi

455. D'ailleurs, ce concept semble avoir été choisi par la Cour de cassation en matière de conflit de lois précisément pour le flou qu'il véhicule, flou qui « ne saurait [donc] étonner à propos d'un concept naguère qualifié de « bouteille à l'encre » par ceux-là mêmes qui en furent les promoteurs »<sup>1169</sup>. Il a en effet le grand mérite pour le juge de lui permettre de « dire ce qu'il veut dire »<sup>1170</sup>. Aussi est-ce principalement pour cette raison que la doctrine arbitragiste se félicite plutôt du concept de libre disponibilité des droits comme critère de détermination du domaine de la règle permissive. Il est approuvé en ce qu'il « permet d'expliquer une approche plus ou moins libérale du domaine de ces clauses, suivant les époques, suivant la nature des relations contractuelles en cause, et notamment leur caractère inégalitaire, suivant la nature du contrat en cause »<sup>1171</sup>. En bref, le critère est effectivement pertinent pour ceux qui proposent une grande souplesse en la matière, celui-ci permettant de faire évoluer le domaine de la faculté au gré des évolutions sociétales – ou de la faveur à l'institution de l'arbitrage de la part des magistrats français.

456. Sans que cette souplesse ne soit en elle-même condamnable, on ne peut toutefois que s'étonner du décalage ainsi perçu entre l'objectif proclamé des normes permissives et le domaine de celles-ci. En effet, on a vu que les règles permissives à l'égard du juge étaient considérées, tant dans le conflit de lois que dans le conflit de juridictions, comme dangereuses en raison du risque d'arbitraire du juge et de l'imprévisibilité engendrée. Mais au regard de ces considérations, est-il alors cohérent que l'on confère au juge un fort pouvoir d'appréciation dans la détermination du domaine de la faculté, faculté paradoxalement accordée aux parties pour permettre précisément de neutraliser ce pouvoir ? Une certaine « imprévisibilité » serait alors réintroduite là où l'objectif était précisément de la faire disparaître.

---

dans le même sens : Cour d'appel de Paris (1re Ch. D), 28 janvier 2004, affaire *Labalette*). La question de l'arbitrabilité des litiges de droit de la consommation avait déjà été débattue dans l'arrêt *Jaynar* du 21 mai 1997 (*Rev. Arb.* 1997, p. 537, note E. GAILLARD ; *RTD com.*, 1998, p. 330, obs. E. LOQUIN). Dans cet arrêt, la Cour de cassation avait admis que la clause d'arbitrage contenue dans le contrat de commande d'une voiture auprès d'un fabricant étranger devait être appréciée par l'arbitre lui-même, notamment s'agissant de l'arbitrabilité du litige. Dans ces différentes affaires, il revient d'ailleurs à l'arbitre d'apprécier lui-même si la question entre dans le domaine de règle permissive. Cette tendance conforte la position de ceux qui prévoient que l'inarbitrabilité devait devenir exceptionnelle en matière d'arbitrage international (V. notamment J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, préf. FOUCHARD, LGDJ, tome 309, 1999, n°51 p. 36) et qui voient désormais un véritable principe de faveur à l'égard de l'institution de l'arbitrage, faveur qui se manifeste par une diminution de l'inarbitrabilité (Sur l'existence d'une faveur à l'égard de l'arbitrabilité du litige : v. L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, 2012, spéc. n°174 et s.).

<sup>1169</sup> D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, n°366.

<sup>1170</sup> J. LEMONTEY, *Trav. Com. Fr. DIP* 1993, p. 32.

<sup>1171</sup> C. BOILLOT, « Le régime des clauses relatives au litige », *RTD com.* 2013 p. 1.

Il n'est nullement question ici d'approuver la doctrine partisane d'une méfiance à l'égard d'un fort pouvoir d'appréciation judiciaire. L'on tente simplement de démontrer les incohérences et le manque de logique du système mis en place puisque la quasi-certitude assurée par la règle permissive n'est en réalité que de surface. D'ailleurs, les plaideurs ne cessent d'utiliser cette faille dans le contentieux, où il est toujours possible de contester le caractère disponible ou non d'un droit en cause<sup>1172</sup>. La notion de disponibilité du droit suscite en effet également des difficultés d'ordre technique que les plaideurs peuvent exploiter. Si la question de la loi applicable à la détermination du caractère disponible ou non du droit en cause a été tranchée en faveur de l'application de la *lex fori*<sup>1173</sup>, l'existence d'un litige mêlant des questions portant sur des droits disponibles et d'autres sur des droits indisponibles n'est pas une hypothèse d'école. C'est ainsi le cas en matière de divorce : si le prononcé du divorce relève de droits indisponibles, la fixation du montant de la prestation compensatoire met au contraire en cause des droits disponibles<sup>1174</sup>. Une autre difficulté technique concerne la mutation du caractère disponible ou non du droit en fonction du moment auquel la réalisation du droit est demandée.

---

<sup>1172</sup> V. par exemple : libre disposition du droit de présenter un successeur et de lui demander une indemnité de présentation de clientèle (oui) : Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mai 2013, n°12-14726.

<sup>1173</sup> Loi applicable au caractère disponible ou non du droit en cause *lex fori*, v. V. HEUZÉ, P. MAYER, *Droit international privé*, n°153, 11<sup>ème</sup> éd.

<sup>1174</sup> V. Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mars 2009, n°08-13431 qui énonce que si les effets personnels du divorce sont des droits indisponibles, il en est autrement de la fixation du montant de la prestation compensatoire, droit disponible pour laquelle les époux peuvent conclure un accord procédural (« attendu que l'appel de Mme Z... ne portait que sur le montant de la prestation compensatoire ; que l'article 9 de la convention franco-marocaine ne vise que les effets personnels du divorce et qu'en revanche, *s'agissant de droits disponibles les époux peuvent convenir que soit appliqué le droit français* »).

## CONCLUSION DU TITRE I

457. Outre leurs difficultés de mise en œuvre, nos développements précédents ont tenté de remettre en cause le postulat initial des normes permissives selon lequel celles-ci seraient *a priori* le meilleur instrument au service de la prévisibilité des solutions. Bien au contraire, les normes permissives ne semblent pas constituer une traduction juridique adéquate de l'objectif de prévisibilité adressé au législateur. Elles manifestent davantage un renoncement de sa part à élaborer des solutions prévisibles qu'une prise en compte de cet objectif. Ce constat négatif serait toutefois atténué si l'on pouvait s'assurer de l'aptitude des parties, par le biais des normes permissives, à choisir elles-mêmes des solutions et donc à les rendre ponctuellement prévisibles. Néanmoins, même dans cette perspective, leur utilisation de ces normes s'avère décevante. De plus, certains dysfonctionnements, qu'ils soient propres aux normes permissives (défaut de structure) ou engendrés par les correctifs qu'elles appellent (interférence des dispositions impératives), compromettent la réalisation de ce qu'avaient anticipé les parties. Même en tant qu'instrument de garantie des prévisions concrètes, leurs nombreuses failles ne peuvent qu'inciter ces mêmes parties, au stade du litige où l'accord entre elles a par principe disparu, à utiliser ces brèches de manière contentieuse afin d'obtenir, si ce n'est le succès de leurs prétentions, du moins un outil propice aux manœuvres dilatoires.

Ce constat pour le moins critique à l'égard des normes permissives milite alors en faveur d'une suppression de cette catégorie de normes comme mode de réglementation des relations privées internationales. Pourtant, en adoptant une posture pragmatique, il semble que les normes permissives puissent être amenées à jouer un rôle en droit international privé. Aussi, plus qu'une suppression pure et simple, c'est davantage un aménagement des normes permissives que l'on peut préconiser en droit international privé, ce qu'il nous appartient à présent de préciser.

## TITRE II

### L'AMÉNAGEMENT PRÉCONISÉ DES NORMES PERMISSIVES

458. Qu'il s'agisse de favoriser l'émergence de solutions prévisibles en général ou la réalisation d'une solution prévue en particulier, on ne peut que constater l'échec des normes permissives à satisfaire pleinement les exigences liées à la prévisibilité. Par conséquent, toute réflexion sur l'utilisation de ces normes à titre de mode de réglementation des relations privées internationales impose de déterminer l'attitude qu'il convient d'adopter à l'égard de ces normes. La proposition de mesures concrètes aptes à améliorer leur mise en œuvre ne peut être d'une réelle utilité que si l'on s'assure qu'elles méritaient d'être maintenues et donc après avoir redéfini la place qu'elles pouvaient occuper en droit international privé.

En effet, si elles ne possèdent pas les vertus proclamées, les normes permissives ne sont pas pour autant dénuées de tout intérêt. Certes, contrairement au rôle qui leur est parfois dévolu en droit international privé contemporain, elles ne peuvent constituer le mode habituel de réglementation des relations privées internationales – sauf à admettre une abdication du législateur en faveur des destinataires des normes, ce qui ne nous semble pas opportun<sup>1175</sup>. Mais plus qu'une suppression pure et simple, c'est davantage un aménagement des normes permissives que l'on peut souhaiter, en les cantonnant à une fonction résiduelle. Au prix d'une rationalisation – restriction de leur domaine, précision de leur contenu –, elles sont susceptibles de présenter une utilité dans la mesure où un rôle subsidiaire peut leur être attribué, c'est-à-dire qui n'interviendrait qu'en second lieu « à titre de consolation [...] pour le cas où ce qui est principal, primordial, vient à faire défaut »<sup>1176</sup>, la défaillance provenant en l'occurrence du législateur lui-même.

Aussi, dans les hypothèses – qu'on espère les plus nombreuses – où le législateur s'avère apte à élaborer des règles de droit international privé prévisibles, les normes permissives n'auront pas vocation à être maintenues ; en revanche, dans celles où le législateur faillirait à sa mission, une place pourrait être concédée aux normes permissives mais à condition de n'être alors appréhendées que comme un procédé temporaire<sup>1177</sup>.

---

<sup>1175</sup> V. nos propos *supra* n°406 et s.

<sup>1176</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Puf, Quadrige, 10ème éd., 2014, v° « Subsidiaire ».

<sup>1177</sup> Nous verrons ainsi qu'elles n'ont vocation à être maintenues qu'autant qu'il n'existera pas de consensus dans le cadre de règles uniformes ou lorsqu'il est difficile d'énoncer une règle prévisible et de s'accorder sur un rattachement satisfaisant : v. *infra* n°478 et s.

459. Aussi convient-il de s'interroger sur les domaines dans lesquels les normes permissives méritent d'être conservées, non à titre de mode principal de réglementation, mais bien à titre de réglementation subsidiaire<sup>1178</sup>. Une fois la délimitation opérée, il sera nécessaire de proposer une rationalisation intrinsèque aux normes permissives. En effet, lorsqu'elles s'adressent aux parties, la structure des normes permissives se décompose en trois éléments : le domaine de la faculté, son objet et les modalités d'exercice de la faculté. C'est donc au moment de l'élaboration des normes permissives que le législateur pourra corriger certains éléments de leur structure afin de renforcer leur efficacité en tant qu'instrument palliatif. Un contrôle est également envisageable au stade de leur mise en œuvre.

Nous verrons d'abord le cantonnement des normes permissives (Chapitre I), puis, pour les domaines où elles ont une légitimité à être maintenues, leur encadrement (Chapitre II).

#### Chapitre I – Le cantonnement des normes permissives

#### Chapitre II – L'encadrement des normes permissives

---

<sup>1178</sup> Bien que les termes *subsidiaire* et *supplétif* soient parfois tenus pour synonymes (V. nos propos *supra* n°70), ils ne doivent nullement être confondus en l'espèce. En effet, souhaiter que les normes permissives deviennent un mode de réglementation subsidiaire au sens de *supplétif* n'aurait aucun sens puisque les règles supplétives sont celles qui sont applicables à défaut de manifestation de volonté contraire et que les règles permissives ne peuvent jamais être des règles applicables à défaut d'une telle manifestation de volonté puisqu'elles autorisent et donc présupposent, en pratique, qu'une telle volonté contraire se soit manifestée. En revanche, en s'en tenant à une terminologie stricte, affirmer que les normes permissives pourraient devenir un mode de réglementation subsidiaire signifie qu'il pourrait être mis en œuvre dès lors que le mode principal de réglementation des relations privées internationales – au sens de « premier » – ne pourrait être actionné.



## CHAPITRE I

### LE CANTONNEMENT DES NORMES PERMISSIVES

460. Sans qu'il soit opportun de bannir systématiquement les normes permissives du droit international privé, la rationalisation de cette catégorie de normes impose une délimitation stricte des hypothèses dans lesquelles elles ont vocation à subsister. Ainsi, dans tous les cas où une situation est en contact avec plusieurs ordres juridiques mais qu'un élément du rapport juridique en cause est suffisamment pertinent pour identifier le juge le mieux placé pour trancher le litige ou désigner la loi applicable, il nous semble inutile, voire contre-productif, de recourir aux normes permissives.

Par conséquent, nous verrons que dès lors qu'il existe un élément de rattachement prévisible, les normes permissives méritent d'être supprimées (Section I). Elles présenteront néanmoins une utilité qualifiée de résiduelle en raison de leur vocation subsidiaire (Section II).

Section I – La suppression des normes permissives

Section II – L'utilité résiduelle des normes permissives



**SECTION I**  
**LA SUPPRESSION DES NORMES PERMISSIVES EN RAISON DE**  
**L'EXISTENCE D'UN CRITÈRE DE RATTACHEMENT PRÉVISIBLE**<sup>1179</sup>

**461.** Si les normes permissives existent tant en matière de conflit de juridictions que de conflit de lois, on affirme traditionnellement que les critères de rattachement de chacune de ces questions n'obéissent pas aux mêmes impératifs<sup>1180</sup>. En effet, il est indéniable que les questions de savoir quel juge est compétent pour trancher un litige et quelle loi il doit appliquer sont différentes ; pour autant, il est tout aussi avéré que la considération de la prévisibilité dépasse le dualisme de ces problématiques. Si la prise en compte de la prévisibilité des solutions ne commande pas des choix identiques dans les réponses apportées, la prévisibilité du for est tout aussi primordiale que la prévisibilité de la loi applicable. La prévisibilité des solutions en général implique un degré de certitude raisonnable pour chacune de ces questions.

Pourtant, alors qu'il appartient en principe à l'auteur des règles de droit d'intégrer cet impératif au stade de l'élaboration des règles, on a pu constater que les normes permissives traduisaient plutôt une délégation implicite de la prise en compte de cet objectif en faveur des destinataires des règles. Or dès lors que ces derniers ne peuvent se substituer de manière pleinement satisfaisante au législateur, cette délégation ne se justifie pas lorsqu'il existe un critère prévisible, qu'il s'agisse d'un critère de compétence législative ou juridictionnelle. Par conséquent, dès lors qu'un critère prévisible existe, les normes permissives mériteraient d'être supprimées. En raison de la disparité des enjeux, nous traiterons de manière distincte les questions de la suppression des normes permissives en matière de conflit de juridictions (§I) et en matière de conflit de lois (§II).

---

<sup>1179</sup> La référence à l'élément ou au critère « de rattachement » peut surprendre à l'égard de développements ayant vocation à embrasser tant le conflit de lois que le conflit de juridiction, étant donné que l'expression est presque exclusivement utilisée en droit international privé dans le cadre du conflit de lois. Néanmoins, si l'on consulte les ouvrages de droit judiciaire privé, il est bien question d'élément de rattachement. Ainsi, dans son ouvrage, HÉRON énonçait-il à propos des règles de compétence territoriale que « le législateur doit (...) choisir un *élément de rattachement* appelé chef de compétence territoriale. Est compétent le tribunal dans le ressort duquel se localise l'élément de rattachement choisi », *Droit judiciaire privé*, 1991, Domat, n°813 p. 598. Par ailleurs, dans l'ouvrage de D. BUREAU et H. MUIR WATT, il est également question de « facteur de rattachement » à propos de la compétence internationale, *op. cit.*, n°59 p. 72 ; par conséquent, nous utiliserons cette terminologie tant pour le conflit de lois que le conflit de juridictions.

<sup>1180</sup> V. pour des exemples de considérations prises en compte dans le cadre du conflit de juridictions : D. BUREAU et H. MUIR WATT, *op. cit.*, n°117, p. 133. Quant à eux, MM. MAYER et HEUZÉ rappellent que seul *un* critère a vocation à être retenu pour désigner la loi applicable tandis que *plusieurs* juges peuvent avoir une vocation égale à trancher un même litige et que les considérations pertinentes pour déterminer la compétence des tribunaux seront différents de celles justifiant la désignation d'une loi plutôt qu'une autre, notamment en ce qu'il s'agit davantage de raisons matérielles en matière de conflit de juridictions (« on se préoccupera de ne pas obliger le défendeur à se déplacer, ou de faciliter l'administration des preuves, ou de permettre que le jugement soit rendu dans le pays où une exécution forcée paraît possible » et enfin que « tandis que la nationalité est rarement un élément de rattachement en matière de conflit de lois, il demeure en matière de conflit de juridictions », v. *op. cit.*, n°288, p. 201, 11<sup>ème</sup> éd. 2014).

## §I – Suppression des normes permissives en matière de conflit de juridictions

462. Pas plus qu'en matière de conflit de lois, les normes permissives ne constituent, dans le conflit de juridictions, un instrument satisfaisant de prévisibilité des solutions. Elles sont pourtant présentées comme telles en raison de l'incertitude relative à la compétence juridictionnelle dans les litiges internationaux où, par définition, les situations litigieuses intéressent plus d'un ordre juridique. Dans ces situations, il est fréquent qu'une pluralité de fors soient potentiellement compétents et ce en dehors de toute règle permissive. En effet, chacun est théoriquement libre de saisir n'importe quel tribunal de n'importe quel pays du monde et il n'est pas possible de prévoir avec certitude si le tribunal en question accepterait ou refuserait de connaître de la demande en justice<sup>1181</sup>. Cette considération n'est pas pour autant problématique car elle ne concerne que des hypothèses très marginales contre lesquelles il est illusoire et peu utile de vouloir lutter. En pratique, il est assez peu probable qu'un australien marié à une allemande et résidant à Paris saisisse un tribunal à Kyoto d'une demande de contribution aux charges du mariage. Et dans l'éventualité – hautement fantaisiste mais théoriquement non exclue – où le tribunal japonais se reconnaîtrait compétent, il n'est pas raisonnable pour le législateur français, au stade de l'élaboration des règles de droit, de prendre en compte l'intégralité des comportements possibles<sup>1182</sup>. Si l'on écarte ces cas exceptionnels, il demeure vrai qu'une pluralité de tribunaux peuvent s'avérer compétents en raison du rattachement de la situation litigieuse à plusieurs ordres juridiques. Néanmoins, la question ne se pose pas de la même manière selon que l'on se situe dans le cadre d'un système national de compétence juridictionnelle internationale ou d'un système uniforme de compétence juridictionnelle internationale, aussi les évoquerons-nous de manière distincte.

463. **Règle permissive et système national de compétence**<sup>1183</sup>. En matière de conflit de juridictions, la problématique consiste à déterminer l'aptitude des

---

<sup>1181</sup> Du moins en l'état actuel du droit positif, c'est-à-dire en l'absence d'une convention internationale universelle liant l'intégralité des États sur les règles de compétence internationale directe.

<sup>1182</sup> On pourrait dire, à rebours de la jurisprudence en matière de responsabilité du médecin devant informer le patient allant subir une opération ou un traitement de tous les risques même exceptionnelles, qu'il n'est pas opportun que le législateur élabore des règles de droit en tenant compte de tous les comportements possibles et imaginables, quand bien même ils seraient exceptionnels, pour élaborer une règle. Néanmoins, les règles de droit doivent être suffisamment bien construites – notamment de par leur caractère général et abstrait – pour permettre au juge de trancher un litige dans l'hypothèse où il serait confronté à ce type de comportement exceptionnel, v. sur ces considérations : *supra* n°417 et s.

<sup>1183</sup> On imagine par principe qu'aucune convention, ni Règlement européen n'est applicable. S'agissant du droit commun français, il faut noter que la règle permissive a été remplacée en partie par la Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for qui est entrée en vigueur le 1 octobre 2015. En effet, les 4 et 5 décembre 2014, le Conseil de l'Union européenne a adopté une décision relative à l'approbation, au nom de l'Union, de ladite convention. La Convention entrerait en vigueur à l'expiration d'une période de trois mois

tribunaux français à connaître d'un litige international. Contrairement au droit processuel interne où les règles de compétence organisent une « division du travail judiciaire »<sup>1184</sup>, il ne s'agit pas de désigner cette aptitude à l'exclusion ou par préférence à toutes les autres, puisque les règles internes de compétence internationale n'ont aucune fonction répartitrice. Dans le cadre du droit commun de la compétence internationale, le caractère unilatéral des règles entraîne un aléa dans la prévisibilité des solutions dans la mesure où la seule vocation de ces règles est de répondre à la question « les tribunaux français sont-ils, oui ou non, aptes à connaître d'une demande *x* en justice ? ». Si la réponse apportée est négative, ces mêmes règles ne permettent pas de désigner la juridiction ou les juridictions étrangères qui auraient une telle aptitude.

Face à ce constat, on ne peut alors qu'observer que les normes permissives ont, en quelque sorte, un caractère « trompeur » ou « mensonger » en matière de conflit de juridictions, c'est-à-dire qu'elles peuvent induire leurs destinataires en erreur sur l'effet réel de l'exercice de la faculté. En effet, la norme permissive qui existe en droit international privé commun suggère qu'à certaines conditions, les parties ont une faculté de choix du tribunal qui traitera de leur demande en justice. Au vu de la jurisprudence *Sorelec*<sup>1185</sup>, les parties à un contrat international peuvent croire que la désignation du juge californien dans leur contrat emporte compétence des tribunaux de l'État de Californie. Or, il n'est pas contesté que la règle permissive française n'a pas le pouvoir de forcer la compétence du juge américain<sup>1186</sup>. En réalité, la règle permissive française ne pourra effectivement jouer son rôle que dans des hypothèses et de façon limitées : elle sera appliquée de manière positive lorsque l'objet de la désignation est un tribunal français, mais de manière simplement négative lorsque l'objet de la désignation est un tribunal d'un État tiers<sup>1187</sup>. Cet effet négatif n'est d'ailleurs pas inéluctable dans la mesure où, en la matière, le juge français bénéficie d'une règle permissive consacrée par l'article 92, alinéa 2 du code de procédure civile. La jurisprudence rappelle de manière constante que le juge

---

après le dépôt de l'instrument d'approbation par l'Union. A l'exception du Danemark, l'ensemble des États membres sera lié par la Convention, ainsi que le Mexique, contractant depuis le 26 septembre 2007.

<sup>1184</sup> Selon CORNU et J. FOYER, l'État organise une « division du travail judiciaire », c'est-à-dire un « fractionnement de la fonction juridictionnelle entre les divers organes chargés de l'exercer. Chaque juridiction reçoit sa part du pouvoir de juger, sa compétence ». v. G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis, PUF, 1996, p. 160 et s.

<sup>1185</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 décembre 1985, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 537, note H. GAUDEMET-TALLON, *D.* 1986, IR 265, obs. B. AUDIT, *Grands arrêts*, n° 72.

<sup>1186</sup> Pour une illustration récente, voir l'affaire du vol 708 de la *West Caribbean* et nos propos, *supra* n°407, note de bas de page n°1015.

<sup>1187</sup> Dans le cas où la règle permissive joue son rôle de manière positive, c'est-à-dire lorsque le tribunal désigné est français, rien n'assure pour autant aux parties que la décision française sera reconnue à l'étranger si besoin est.

dispose d'une simple faculté de soulever d'office son incompétence<sup>1188</sup>, même s'il est fort probable que l'une des parties se charge de soulever l'exception<sup>1189</sup>. L'existence de la règle permissive française de droit international privé ne garantit en rien à ses destinataires que les tribunaux désignés se reconnaissent compétents ; le tribunal étranger répondra à cette question en tenant compte de ses propres critères de compétence et, le cas échéant, de sa propre règle permissive.

Dans l'hypothèse d'un système national de compétence, la règle permissive française ne présente d'intérêt que si l'objet du choix est la désignation du tribunal français, seule hypothèse où la règle permettrait – en théorie – de lever toute incertitude<sup>1190</sup>. Si l'objet du choix est la désignation d'un tribunal étranger, la règle permissive qui ne joue que de manière négative – les tribunaux français ne sont pas compétents en vertu d'une clause désignant les juridictions de l'État *x* – ne lèvera pas toute incertitude puisque rien n'assurera aux parties que les tribunaux désignés consacrent une règle permissive identique. Les inconvénients en termes de prévisibilité liés à l'unilatéralité des règles de compétence internationale ne sont en rien éludés par l'exercice de la faculté octroyée par la règle permissive, sauf peut-être dans l'illusion de sécurité ainsi donnée<sup>1191</sup>. Par conséquent, les difficultés liées à l'absence de prévisibilité en matière de conflit de juridictions viennent principalement du caractère unilatéral des règles de compétence, qui n'épargne pas la règle permissive. La prévisibilité soi-disant offerte est à l'image des règles en matière de compétence internationale, « unilatérale ». Mais une meilleure solution en termes de prévisibilité pourrait-elle venir d'une uniformisation des règles de compétence juridictionnelle internationale ?

---

<sup>1188</sup> V. par exemple Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 novembre 1982, n°81-15550 qui rappelle que l'alinéa 2 de l'article 92 du code de procédure civile ne consacre qu'une simple faculté. Néanmoins, dès lors – ce qui sera le plus fréquent – qu'une partie invoquera l'exercice de la faculté de désignation en faveur d'une juridiction d'un État tiers, les juges devront respecter la mise en œuvre de la faculté dès lors qu'il existait bien une règle permissive dans le domaine en cause et que les modalités d'exercice de la faculté ont été respectées. Et sur l'existence d'une règle permissive, v. *supra* n°155.

<sup>1189</sup> Encore faudra-t-il que, conformément à l'article 75 du Code de procédure civile, la partie ayant soulevé l'exception d'incompétence ait indiqué la juridiction étrangère devant être saisie. En la matière, on doit néanmoins admettre que la Cour de cassation se montre relativement souple quant à l'appréciation de cette condition (v. par exemple, Com. 25 novembre 1997, n°95-21021).

<sup>1190</sup> En réalité, même dans cette hypothèse, elle ne lève pas toute incertitude étant donné que le juge étranger objectivement compétent peut ne pas tenir compte de la clause et s'estimer compétent. Il existe donc toujours un risque de conflit de procédures.

<sup>1191</sup> Au regard de la sécurité juridique subjective telle que décrite précédemment, elle joue probablement un rôle dans le « ressenti » des justiciables, sentiment qui risque de s'évaporer si une action en justice s'avère nécessaire.

**464. Règle permissive et système uniforme de compétence**<sup>1192</sup>. Pour remédier aux incertitudes résultant du caractère unilatéral des règles de compétence internationale, l'une des principales techniques mises en œuvre par de nombreux États depuis plusieurs décennies réside dans l'uniformisation de ces règles<sup>1193</sup>. Sans qu'il soit ici nécessaire de présenter une liste exhaustive des différentes conventions, nous retiendrons l'exemple du droit européen qui constitue l'œuvre la plus aboutie à l'échelle de l'Union européenne à travers la Convention de Bruxelles, remplacée par le Règlement Bruxelles I puis par le Règlement Bruxelles I révisé.

Dans le cadre de ce système uniforme de compétence, les règles de compétence présentent un caractère bilatéral permettant d'assurer une prévisibilité à l'échelle régionale : dotées d'une fonction répartitrice, elles permettent de désigner les juridictions de n'importe quel État membre<sup>1194</sup>. Dans ce contexte, on pouvait, à l'image du droit interne et de la « division judiciaire du travail » ainsi opérée, aboutir à une certaine prévisibilité des solutions. Mais quel intérêt pouvait alors offrir l'existence d'une règle permissive au sein de ce système uniforme de compétence propre à l'Union européenne ? En réalité, c'est le système uniforme de compétence qui a lui-même induit l'apparente nécessité de la règle permissive. En effet, par la multiplication des options de compétence – si l'on ne prend comme exemple que les Règlements Bruxelles I et Bruxelles I révisé – ou par l'édition de critères de compétence alternatifs qui fonctionnent en définitive comme des options de compétence – tels dans le Règlement Bruxelles II bis –, l'imprévisibilité des solutions est réintroduite. Les règles permissives retrouvent alors leur raison d'être à titre de nécessité, afin de remédier aux difficultés engendrées par l'existence d'une pluralité de fors compétents au sein même de l'Union européenne. En effet, la multiplicité potentielle des fors compétents par le biais d'options de compétence nuit à la prévisibilité des solutions quant à l'identité du juge amené à trancher un éventuel litige. Cette absence de certitude quant à son identité entraîne, paradoxalement, ce qui prend la forme d'une « fuite en avant » dans l'adoption de

---

<sup>1192</sup> Dans le sens d'un critère de rattachement unique : P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques », *RCADI*, 2007, tome 327, n°269 p. 279. Pour l'auteur, la « possibilité de choix est considérée en général comme inéluctable, voire normale ; les traités bilatéraux ou multilatéraux, loin de lutter contre elle, ont pour effet de l'élargir, en cumulant les principaux critères connus des divers Etats parties. Or elle est profondément choquante, car elle viole le principe fondamental d'égalité entre les parties. Comment justifier que le demandeur soit ainsi mis en mesure d'imposer au défendeur le tribunal qui favorise le succès de sa prétention ? 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 ».

<sup>1193</sup> Ainsi par exemple, à l'initiative de la Conférence de La Haye pour le droit international privé, est entrée en vigueur le 30 juillet 1904 une Convention du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois mais aussi les conflits de juridictions en matière de divorce et de séparations de corps.

<sup>1194</sup> V. sur ce point, D. BUREAU et H. MUIR WATT, *op. cit.*, n°121, p. 148 : « En droit européen, la répartition multipartite des compétences dans l'espace judiciaire intégré renouvelle (...) la donne. La fonction de la règle de compétence, désormais répartitrice et non simplement unilatérale, est toujours de distribuer les litiges entre les différents Etats membres ».

règles permissives, présentées comme un moyen d'amoindrir l'insécurité en résultant.

Dès lors, on peut s'interroger sur l'opportunité de supprimer les différentes options de compétence, qu'elles se manifestent à travers des options proprement dites – Règlements Bruxelles I et Bruxelles I révisé – ou à travers une multiplicité de fors alternatifs – Règlement Bruxelles II bis. Néanmoins, cette solution ne peut être réellement adoptée que dans la mesure où il existe un élément de rattachement unique, suffisant et prévisible, qui soit apte à fournir un critère de compétence de principe au sein du système uniforme de compétence. En effet, si la plupart des systèmes nationaux ou uniformes de compétence retiennent un rattachement de principe, la pratique des options de compétence est courante. De telles options existent aussi en droit interne français, qu'il s'agisse par exemple du for du contrat (article 46 alinéa 1 du Code de procédure civile), du délit (article 46 alinéa 2 du Code de procédure civile) ou encore du divorce (article 1070 du Code civil). Par ailleurs, en vertu du principe « d'extension à l'ordre international des règles françaises internes de compétence » consacré par l'arrêt *Pelassa*<sup>1195</sup>, de telles options sont transposées dans les règles de compétence internationale. Que ces options soient courantes ne signifie pas qu'elles soient opportunes. Une telle critique est d'ailleurs présente dans l'ouvrage de Messieurs V. HEUZÉ et P. MAYER à propos de l'existence de ces options en droit judiciaire privé interne. Qu'il nous soit permis de l'explicitier afin d'en étendre la portée au système uniforme de compétence, c'est-à-dire en allant au-delà de la question abordée par les auteurs.

Messieurs V. HEUZÉ et P. MAYER dénoncent en effet ce principe d'extension des règles internes de compétence à l'ordre international, « dans la mesure où la fonction des règles de compétence territoriale est trop différente de celle des règles internes pour qu'il soit permis de procéder à de simples transpositions »<sup>1196</sup>. Pour justifier cette différence de traitement, les auteurs rappellent que la « compétence interne (...) est toute entière dominée par l'idée (...) que la justice est une, et donc que les conditions de son administration sont invariables d'un tribunal à l'autre »<sup>1197</sup> et qu'en raison du développement des moyens de communication rapide et des progrès scientifiques s'agissant de l'administration de la preuve et du recul de l'oralité des débats, « il n'y a pas d'inconvénient majeur à mêler ces différentes préoccupations dans une règle dont la principale vertu doit être de ne pas susciter l'hésitation : qu'importe qu'elle paraisse arbitraire si elle ne laisse planer le doute sur l'identité du tribunal devant être saisi »<sup>1198</sup>. On peut déduire de

---

<sup>1195</sup> Civ. 19 octobre 1959, *Pelassa*, *Rev. crit. DIP* 1960, p. 215, note Y. LEQUETTE, *D.* 1960.37, note D. HOLLEAUX.

<sup>1196</sup> V. HEUZÉ et P. MAYER, *Droit international privé*, n°296 p. 206 et s.

<sup>1197</sup> *Ibid.*

<sup>1198</sup> *Ibid.*



cette affirmation que les auteurs condamnent en droit interne la multiplicité des chefs de compétence par le biais d'options à l'égard du demandeur, concomitamment avec le rattachement de principe au domicile du défendeur. Si l'on ne peut que les approuver sur ce point, on regrette qu'ils poursuivent immédiatement ce raisonnement par l'observation que « l'on ne peut tenir le même raisonnement à propos de la compétence internationale ». Si cette réserve est compréhensible s'agissant des systèmes nationaux de compétence, en quoi le raisonnement devrait-il être différent au sein d'un espace qui repose sur un principe de confiance mutuelle<sup>1199</sup> ? Dès lors que la question se pose au sein d'un espace de « confiance mutuelle » entre les différentes juridictions des États membres<sup>1200</sup>, on peut légitimement se demander si les règles de compétence de l'Union européenne ne mériteraient pas d'être remplacées par une règle de compétence de principe unique, capable elle aussi de « ne pas susciter l'hésitation »<sup>1201</sup>. Si la première justification invoquée est la recherche de règles qui soient « hautement » prévisibles<sup>1202</sup>, il est parfaitement concevable de tenter d'établir, à l'aune de ce que l'on peut proposer pour les règles de la compétence territoriale interne, un critère de compétence unique<sup>1203</sup>. Il convient à présent de s'interroger sur l'existence et l'identification d'une telle règle de principe au moyen d'un critère de rattachement prévisible.

---

<sup>1199</sup> Dans son arrêt *Gasser*, la Cour de justice a rappelé que « la convention 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. » V. C.J.C.E., 9 décembre 2003, C-116/02, *Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl*, D. 2004, p. 1046, note Ch. BRUNEAU, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 444, note H. MUIR WATT, *JDI* 2004, p. 641, obs. A. HUET et C.J.C.E., 27 avril 2004, C-159/02, *Turner c. Grovit*, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 654, note H. MUIR WATT, *Gaz. Pal.* janvier-février 2005, Som. 399 (2ème esp.), note M.-L. NIBOYET.

<sup>1200</sup> Le considérant 26 du Règlement Bruxelles I révisé énonce que : « 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 ».

<sup>1201</sup> D'ailleurs, Monsieur D. BUREAU et Madame H. MUIR WATT effectuent déjà cette comparaison en énonçant que « cette situation rapproche le statut de l'espace judiciaire commun de celui d'un territoire unique, du point de vue de la compétence juridictionnelle » (*op. cit.*, n°121 p. 148). v. également sur ce thème, *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, dir. E. PATAUT, S. BOLLÉE, L. CADIET, E. JEULAND, IRJS éd., 2013.

<sup>1202</sup> Le considérant 12 du Règlement Bruxelles I révisé énonce que « les règles de compétence devraient présenter un *haut degré* de prévisibilité ».

<sup>1203</sup> Outre ses avantages en matière de prévisibilité, la multiplication des règles de compétence directe exclusives, à laquelle notre proposition conduit, est en outre présentée par Madame JOBARD-BACHELLIER comme un « moyen d'une impérativité active des règles de droit dans l'ordre international », (v. « Une impérativité active des règles de droit dans l'ordre international », *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 345, spéc. p. 355), ce qui ne peut que conforter notre position, même si cette solution n'est pas la solution privilégiée par l'auteur pour préserver « l'impérativité active » des règles de droit.

**465. Recherche d'un critère de rattachement satisfaisant**<sup>1204</sup>. La répartition des « tâches » judiciaires dans le droit judiciaire privé français se fait au moyen de différents critères de compétence, dont la mise en œuvre permettra de dire si le tribunal de commerce de Paris est compétent plutôt que la Cour d'appel de Douai. Elle conjugue règles de compétence d'attribution et règles de compétence territoriale. Qu'il s'agisse du droit interne ou international, les éléments traditionnellement pris en compte pour la détermination de ces critères ne sont pas discutés. Il s'agit de la commodité des parties et du souci d'une bonne administration de la justice, compte tenu notamment des exigences liées à l'administration de la preuve ; le droit international privé impose en outre de prendre en compte le probable lieu d'exécution de la future décision<sup>1205</sup>. Dans la mesure où les normes permissives ne sont pas en soi un instrument satisfaisant de prévisibilité, il est nécessaire de se demander s'il existe dans ce domaine des critères de compétence suffisamment prévisibles pour que le juge désigné soit à la fois légitime et commode<sup>1206</sup>.

---

<sup>1204</sup> P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques », *RCADI*, 2007, tome 327, n°269 p. 279. Pour l'auteur : « 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. En excluant les critères faibles, on évite de surcroît d'introduire le correctif, qui leur est consubstantiel, du *forum non conveniens*, qui est source de complication, de frais et de manque de prévisibilité ». En faveur du for du demandeur : v. B. AUDIT, « Cours général », *RCADI*, *op. cit.*, note 135 et n°428, cité par P. MAYER qui considère pour sa part qu'« un mouvement se dessine pour souligner les mérites que présenterait le for du domicile du demandeur (...). Ce n'est pourtant pas un hasard si, sauf à des fins nationalistes, ou pour protéger une partie faible, ce critère n'est admis nulle part. L'idée que c'est au demandeur de se déplacer me paraît fondamentalement juste. Il est vrai qu'il n'existerait pas de justice si n'était octroyée à tout individu la faculté de faire comparaître tout autre devant une cour de justice, sans avoir à justifier de quoi que ce soit. Il n'en reste pas moins qu'un tel pouvoir unilatéral sur autrui doit être organisé de façon à causer le moindre dérangement à celui contre lequel il s'exerce », spéc. note 438, p. 278.

<sup>1205</sup> V. en ce sens les ouvrages de V. HEUZÉ et P. MAYER, *Droit international privé*, n°288 ; B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, n°388 qui mentionnent notamment le futur lieu d'exécution de la décision. Monsieur B. ANCEL considère quant à lui que la protection des intérêts du défendeur, le souci de renforcer la protection de la partie faible, l'exigence de bonne administration de la justice et l'objectif d'économie procédurale « constituent les quatre pôles à l'attraction desquels est exposée la détermination des chefs de compétence internationale des tribunaux. », B. ANCEL, *L'institution exorbitante*, Cours de Master de droit international privé, Université Paris II Panthéon-Assas, p. 2.

<sup>1206</sup> S'il n'est pas forcément évident de déterminer le critère normal, il semble plus aisé de disqualifier les critères anormaux, qualifiés d'exorbitants. V. B. ANCEL, *L'institution exorbitante*, Cours de Master de droit international privé, Université Paris II Panthéon-Assas, p. 2, « L'usage en Droit international privé sollicite le qualificatif *exorbitant* pour stigmatiser certains chefs de compétence juridictionnelle internationale ; il considère ainsi que les articles 14 et 15 du code civil créent une compétence exorbitante des juridictions françaises fondée sur la nationalité du plaideur. Le terme suggère que ce privilège de juridiction échappe à l'orbite des principes qui animent la compétence internationale de droit commun. L'exorbitance est une anomalie ». En effet, il a été montré que certains chefs de compétence sont stigmatisés, tant par le droit de l'Union que par la Conférence de La Haye pour le droit international privé comme étant exorbitants et sont à ce titre interdits. *A contrario*, si ces chefs de compétence sont considérés comme « anormaux », cela sous-entend que certains peuvent être qualifiés de « normaux ». Quels sont alors les critères qui permettent de départager les normaux des pathologiques ?

En matière juridictionnelle, il semble difficile de contester l'idée qu'il existe un critère de compétence prévisible. En effet, s'il existe des particularités nationales dans de nombreux pays<sup>1207</sup>, la plupart d'entre eux reconnaît, à titre de chef de compétence ordinaire, la compétence du domicile du défendeur<sup>1208</sup>. En droit judiciaire interne, ce chef de compétence est consacré à l'article 42 du Code de procédure civile. Même si notre code consacre parallèlement des options de compétence et des compétences exclusives, ce critère constitue le chef de compétence de principe et est fréquemment justifié par l'idée selon laquelle « celui qui prend l'initiative d'un procès doit plaider chez l'adversaire »<sup>1209</sup>. En réalité, il fut adopté non pas tant en raison de ses qualités intrinsèques que des inconvénients de l'adoption de la solution inverse<sup>1210</sup>. Un critère proche, le critère de la résidence habituelle du défendeur, avait d'ailleurs été retenu à titre de principe dans le projet de convention de La Haye en matière civile et commerciale<sup>1211</sup>.

Néanmoins, une des critiques qui peut être formulée à l'égard de ce critère, outre comme le fait remarquer HÉRON « qu'assez souvent, il faut le reconnaître, elle favorise le mauvais payeur ou le cocontractant indélicat »<sup>1212</sup>, concerne les litiges

---

<sup>1207</sup> Par exemple : la présence ou la saisie dans le for de biens du défendeur, sauf si le litige est directement lié à ces biens, la nationalité du demandeur, la nationalité du défendeur, le domicile, la résidence habituelle ou temporaire, ou la présence du demandeur dans cet Etat, la poursuite d'activités commerciales ou autres par le défendeur sur le territoire de cet Etat, sauf si le litige est directement lié à ces activités, l'assignation délivrée au défendeur dans cet Etat, la désignation unilatérale du tribunal par le demandeur. Ces exemples sont empruntés à l'article 18 du projet de Convention de La Haye de 1999 sur les compétences interdites et illustrent la qualificatif de for « exorbitant ».

<sup>1208</sup> Sur les fondements d'une telle règle : v. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, n°131 et s., p. 165.

<sup>1209</sup> V. en ce sens : J. HÉRON, *Droit judiciaire privé*, 1991, Domat, n°816 p. 599.

<sup>1210</sup> V. en ce sens : J. HÉRON, *ibid.* En effet, cela reviendrait à « présumer que le défendeur est dans son tort ».

<sup>1211</sup> « Avant-projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale » adopté par la Commission spéciale n°11 d'août 2000 à l'intention de la Dix-neuvième session de juin 2001, article 3.1 « Sous réserve des dispositions de la Convention, un défendeur peut être attrait devant les tribunaux de l'Etat de sa résidence habituelle ». Néanmoins, si nous constatons que la consécration de la maxime *actor sequitur forum rei* apparaît en premier dans le projet, il faut préciser que les auteurs du rapport y afférant, P. NIGHT et F. POCAR prennent soin de préciser qu'« il s'agit d'un des fors à la disposition du demandeur, en alternative avec les autres compétences prévues par la Convention (et, dans la mesure où elles ne sont pas interdites par celle-ci, par le droit national de chaque Etat contractant), *sans aucune priorité* par rapport à ces dernières » (c'est nous qui soulignons). Ce critère de compétence est donc mis en concurrence avec plusieurs options de compétence consacrées dans la suite du projet de Convention. Néanmoins, si nous n'adhérons pas à l'idée selon laquelle de telles options seraient opportunes, on ne peut que constater que, de l'aveu même des auteurs du rapport, « la Convention suit une tendance bien établie des conventions internationales en matière de compétence internationale, de même que des systèmes nationaux lorsqu'ils définissent la compétence directe des juridictions nationales, en prévoyant un for général fondé sur le principe que le demandeur peut porter son action devant le juge du défendeur. » Nous n'entrerons pas ici dans le débat opposant les tenants de la résidence habituelle à ceux du domicile et renvoyons sur ce point à la bibliographie indiquée dans v. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, n°132, p. 166, « État des questions : sur la définition du domicile et de la résidence aux fins de la compétence internationale ».

<sup>1212</sup> J. HÉRON, *Droit judiciaire privé*, 1991, Domat, n°816 p. 599.

impliquant une partie dite faible. En effet, dans certaines circonstances, les parties devraient bénéficier d'une certaine protection – ou plutôt d'une protection certaine – de la part du législateur en raison de la situation plus vulnérable dans laquelle elles se trouvent. Il pourrait s'agir du contractant consommateur, du créancier d'aliments, de la victime d'un dommage, du salarié etc... Dans ces hypothèses, la perspective d'un procès hors les frontières pourrait s'avérer un obstacle insurmontable en termes de coût pour les parties et constituer une arme de dissuasion redoutablement efficace garantissant une certaine impunité à la partie qui est *a contrario* supposée forte. Quoique prévisible, le critère de rattachement au domicile du défendeur apparaît alors peu opportun, si l'on veut notamment garantir l'accès effectif au juge. Pourtant, un remède assez simple consiste dans ces hypothèses à consacrer un *forum actoris*. Face à ces deux chefs de compétence qui conjuguent simplicité et prévisibilité, on voit alors mal ce qui justifierait la recherche d'un meilleur critère<sup>1213</sup>. On pense alors immédiatement à certaines questions qui ont toujours été dérogatoires, comme par exemple en matière d'immeuble, de brevet ou encore d'inscription sur un registre public<sup>1214</sup>. Mais si ces exceptions sont fréquentes c'est parce qu'un autre rattachement prévisible et opportun semble également s'imposer et comme ces compétences sont le plus souvent exclusives, il n'est pas besoin de proposer une suppression des normes permissives qui sont le plus fréquemment interdites.

Par conséquent, dès lors que l'on supprime les options de compétence, les normes permissives en matière de conflit de juridictions n'ont pas vocation à être maintenues au sein du système de compétence uniforme de l'Union européenne, puisqu'il sera possible de dégager un critère de compétence prévisible et satisfaisant. Tel est également le cas de certaines règles permissives en matière de conflit de lois.

## §II – Suppressions des normes permissives en matière de conflit de lois

**466.** La délégation opérée par le législateur au destinataire de la règle permissive n'a aucune raison d'être lorsqu'il existe un critère de rattachement prévisible à une loi

---

<sup>1213</sup> S'agissant du consommateur, le rattachement au domicile de celui-ci nous semble être en soi un critère de rattachement suffisant. Aussi, il ne semble pas utile de prévoir une règle permissive en matière de compétence, quand bien même la faculté ne pourrait être exercée qu'en faveur du consommateur, comme c'est le cas à l'article 19 du Règlement Bruxelles I révisé. En effet, nous approuvons sur cette question la position de Monsieur P. MAYER qui regrette qu'une confusion soit opérée entre les notions de « faveur » et de « protection ». « L'objectif ne doit pas être de favoriser *a priori* une partie, mais de la protéger efficacement », v. P. MAYER, « La protection de la partie faible en droit international privé » in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaison franco-belge* / dir. Jacques Ghestin, Marcel Fontaine ; éd. Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I et de l'Université catholique de Louvain, LGDJ, 1996, p. 513, spéc. n°27, p. 529 et sur ce point, v. déjà nos développements : *supra* n°292, note de bas de page 752.

<sup>1214</sup> V. par exemple : article 22.3 du Règlement Bruxelles I et article 24.3 du Règlement Bruxelles I révisé et et article 12 de l'avant-projet de convention de la Haye d'août 2000.

donnée ou, en d'autres termes, qu'un ordre juridique semble être tout particulièrement désigné pour appréhender la situation en cause. Si la difficulté de l'élaboration de règles de conflit prévisibles vient de la pluralité des rattachements potentiels, il est des cas où un rattachement semble s'imposer. L'exemple traditionnellement donné est la matière immobilière, où il semble naturel pour tout un chacun que le critère de rattachement retenu soit celui du lieu de situation de l'immeuble. Même si cet exemple demeure un cas exceptionnel, il est indéniable que la règle de conflit en la matière correspond à une attente raisonnable des justiciables : l'énoncé de la règle correspond à ce qu'une personne rationnelle est susceptible de se représenter. Néanmoins, ce n'est pas parce que dans la plupart des cas plusieurs rattachements apparaissent également raisonnables qu'il faille abandonner le projet d'identifier un rattachement unique. Et si la tâche est difficile, « aucun principe général ne vient dispenser le législateur, la jurisprudence ou la doctrine, de rechercher pour chaque type de questions de droit les motifs, appropriés à sa nature spécifique, qui militent en faveur de tel ou tel rattachement »<sup>1215</sup>. Tel est le travail du législateur qui doit s'astreindre, comme en son temps la Cour de cassation aidée de la doctrine, à rechercher dans « l'expérience des générations » ce que peut être ce critère. La règle de conflit sera prévisible si le rattachement l'est : « 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 (aur)ont pu songer à lui »<sup>1216</sup>.

Et quoique le législateur européen laisse fréquemment entendre que cette tâche est impossible, il existe en réalité de nombreux cas où l'existence d'un critère de rattachement raisonnable est manifeste et l'étude de certaines règles permissives le démontre implicitement. Etant donné que les limites de cette recherche nous empêchent de prétendre appréhender l'ensemble des solutions retenues en matière de conflit de lois, deux exemples significatifs retiendront notre attention. Il s'agit des règles en matière de contrat de consommation (A) et en matière d'obligations alimentaires (B).

### **A – Suppression des règles permissives en matière de contrat de consommation**

**467.** Un certain type de règle permissive, que l'on a qualifié de « règle avec réserve matérielle »<sup>1217</sup>, se manifeste au niveau du conflit de lois. Le Règlement Rome I en offre deux figures différentes qui, à l'heure de l'uniformisation du droit international

---

<sup>1215</sup> P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973, n°209 p. 157

<sup>1216</sup> *Ibid.*

<sup>1217</sup> V. sur cette notion nos propos *supra* n°273.

privé européen, pourraient être reprises dans d'autres domaines en raison des avantages qu'elles sont censées procurer en termes d'équilibre. En effet, sans remettre en cause la possibilité d'un choix de loi par les parties, elles permettraient de garantir la prévisibilité des solutions tout en ménageant l'application de certaines règles simplement impératives afin d'éviter que la partie en position d'imposer sa volonté à l'autre ne puisse faire en sorte qu'elles soient éludées. Décrites précédemment, ces règles sont celles qui régissent les contrats impliquant une partie faible et celles qui s'appliquent aux contrats intra-européens. Pour ces deux catégories de règles, l'édition de réserves matérielles a été faite pour des raisons différentes, ce qui explique que seule la règle intéressant les contrats de consommation fasse l'objet de ces développements<sup>1218</sup>.

#### **468. Rappel de la complexité de la mise en œuvre de la règle permissive.**

Dans le titre précédent, il a été montré que ce type de règle, dont fait partie l'article 6 du Règlement Rome I, ne fonctionnait pas de façon satisfaisante<sup>1219</sup>. Son maniement est particulièrement complexe puisque, si la possibilité d'un choix de loi a été maintenue, sa mise en œuvre est conditionnée par un examen préalable en trois étapes effectué par le juge : l'identification de la loi objectivement applicable, l'identification des dispositions simplement impératives de la loi applicable et la comparaison de ces dispositions avec celles choisies par les parties. La complexité de ce mécanisme pouvait ainsi légitimement faire douter de la possibilité d'anticiper la réponse retenue par le juge.

#### **469. Inutilité du recours aux normes permissives en raison de l'existence d'un rattachement prévisible.**

En réalité, il est permis de s'interroger sur le fondement de cette disposition. S'agissant du consommateur, il faut tout d'abord rappeler que cette règle ne concerne que les consommateurs qui ont pu être qualifiés de « passifs ». Les conditions énoncées à l'article 6 permettent de ne faire bénéficier de cette protection que les consommateurs qui, alors qu'ils n'ont effectué aucune démarche particulière à l'étranger, peuvent se retrouver impliqués dans des relations privées internationales. En d'autres termes, il s'agit des cas où le consommateur n'a pas eu l'intention de faire du commerce juridique au-delà de la frontière, voire des cas où il n'en a pas eu conscience. Et c'est en considération de cette réalité que les auteurs du Règlement ont, tout en maintenant la possibilité théorique du choix de loi, réservé un rôle important aux dispositions impératives de la loi objectivement applicable. Encore peut-on se demander pourquoi cette loi en particulier a été retenue plutôt qu'une autre, ce qui nous invite à évaluer le rattachement concrètement adopté.

---

<sup>1218</sup> Pour les règles en matières de contrats intra-européens : v. *supra* n°435 .

<sup>1219</sup> V. *supra* n°431.

**470.** D'après le Règlement, la loi objectivement applicable est la loi de la résidence habituelle du consommateur. En effet, dès lors que la règle vise des hypothèses de consommation passive, c'est-à-dire lorsqu'il n'a pas forcément conscience de souscrire un contrat international et que la démarche à son encontre est effectuée par le professionnel étranger, le consommateur n'a aucune raison de s'attendre à l'application d'une loi étrangère. La majorité de la doctrine, dès lors que l'on distingue les notions de consommateur actif et consommateur passif, s'accorde sur la pertinence de ce rattachement, qui est elle-même confortée par la pratique.

À titre d'exemple, en matière de consommation « en ligne », nombreux sont les sites internet de grandes enseignes commerciales (enseigne de meubles suédoise, de décoration hollandaise...) qui prévoient une clause de choix de loi en faveur du pays vers lequel elles ciblent le contenu de leurs sites internet, pays dans lequel il est fort probable que le consommateur réside<sup>1220</sup>. Si le maintien de la norme permissive peut être souhaité pour d'autres raisons – mais encore faudrait-il l'énoncer clairement –<sup>1221</sup>, la prévisibilité de ce rattachement est indéniable et correspond à une attente prévisible des deux parties : du consommateur qui réside dans le pays ciblé par le contenu du site internet, du professionnel qui décide de développer son activité en investissant de nouveaux marchés à l'étranger. Face à un rattachement objectif prévisible, la nécessité d'une norme permissive apparaît donc douteuse voire, ce qui est plus regrettable, contre-productive. En effet, lorsque le choix de loi sera effectué en faveur d'une loi autre que celle de la résidence habituelle du consommateur, ce dernier risque d'être systématiquement surpris.

**471. Les inconvénients de la règle permissive.** Lorsque la clause de choix de loi prévoit l'application de la loi de la résidence habituelle du consommateur, la clause ne fait que conforter le rattachement objectif retenu en matière de contrats de consommation et prouve l'inutilité de la règle permissive. En revanche, lorsqu'elle

---

<sup>1220</sup> Pour des exemples, voir les conditions générales de vente de l'enseigne IKEA ®, HEMA ®, Cdiscount ®, Ebay ® : pour chaque site internet à destination d'un pays déterminé – France, Belgique, Pays-Bas, Angleterre... –, l'article relatif au droit applicable prévoit l'application du droit de ce pays. L'étude des conditions générales de vente par internet des produits de la marque HEMA, société hollandaise possédant des filiales dans différents pays européens, révèle qu'elles contiennent toutes une disposition relative au droit applicable qui prévoit l'application de la loi dont le marché est ciblé par le site internet en cause. Ainsi, les CGV du site français prévoient que « Les présentes conditions générales sont soumises au droit français. » ; celles du site belge que « Les contrats entre l'entrepreneur et le consommateur auxquels se rapportent les présentes conditions générales sont exclusivement régis par le droit belge » ; celles du site allemand « *Auf Verträge zwischen HEMA und dem Verbraucher findet das Recht der Bundesrepublik Deutschland unter Ausschluss des UN-Kaufrechts Anwendung* » ou encore celles du site hollandais que « *Op overeenkomsten tussen de ondernemer en de consument waarop deze algemene voorwaarden betrekking hebben, is uitsluitend Nederlands recht van toepassing* ».

<sup>1221</sup> En effet, les normes permissives peuvent être souhaitées comme étant un instrument de mise en concurrence des « produits » judiciaires, ce à quoi nous ne souscrivons pas en raison de l'atteinte à l'autorité de la loi, ou comme un instrument permettant un droit à la mobilité internationale des individus, en lequel nous ne croyons pas. Sur ces questions, v. Partie II, Titre I, Chapitre I, Section I (n°289 et s.).

retient une autre loi, il est fort probable que le consommateur soit toujours confondu d'étonnement face à ce choix. Ainsi, certaines sociétés s'adressant directement aux consommateurs par le biais de sites internet prévoient des clauses de choix de loi dans leurs conditions générales dont il est fort peu probable que les consommateurs en aient eu connaissance ou qu'ils en aient compris la signification. Tel serait le cas d'une grande société de vente de livres en ligne qui prévoirait l'application du droit luxembourgeois, de taxis privés celle des Pays-Bas ou encore pour des sites mettant des particuliers en relation pour des locations d'appartement situés dans le monde entier ou par le biais d'un réseau social qui désigneraient tous les deux la loi californienne<sup>1222</sup>. Dans ces différentes hypothèses, il n'est pas raisonnable de soutenir que le consommateur a consenti à exercer une faculté de choix de la loi applicable et il invoquera, le cas échéant devant le juge saisi, les dispositions impératives protectrices de la loi de sa résidence habituelle. Par ailleurs, dans un domaine où les contentieux ne sont pas très nombreux proportionnellement à la masse de contrats conclus, en raison de l'importance limitée des enjeux, l'invocation d'une clause de choix de la loi hollandaise par le professionnel à l'encontre du consommateur résidant en France, se conjuguant systématiquement avec une clause attributive de juridiction, pourra souvent constituer une arme suffisamment dissuasive pour que le second n'entame pas une procédure<sup>1223</sup>.

Par conséquent, il est difficile de voir dans ces situations une amélioration de la prévisibilité du droit applicable, tant pour le consommateur que pour le professionnel puisqu'il s'agira alors de mettre en œuvre un dépeçage incertain du contrat pour assurer une protection suffisante du consommateur. Outre qu'elle est dangereuse, cette complexité est aussi inutile dans la mesure où les parties demeurent libres d'aménager leurs contrats comme elles le souhaitent s'agissant des dispositions supplétives. En définitive, l'article 6 du Règlement pourrait être interprété comme autorisant les professionnels à déroger aux dispositions supplétives de la loi de la résidence habituelle du consommateur... ce qu'il sont déjà en droit de faire simplement en vertu des réglementations étatiques nationales.

La règle est donc complexe, inutile, voire potentiellement néfaste et rien ne justifie son maintien. Lors de l'adoption du Règlement Rome I, les critiques étaient

---

<sup>1222</sup> V. par exemple pour les sites à destination du marché français de consommateurs : société Amazon ® l'article 14 de ses conditions générales de ventes qui choisit l'application du droit luxembourgeois, pour la société Airbnb ® l'article X choisissant l'application de la loi californienne et pour la société UBER ® l'application de la législation des Pays-Bas – sauf aux Etats-Unis où la loi californienne est applicable ; société Facebook à l'article 15.1 qui choisit que « Le droit de l'État de Californie régit cette Déclaration, de même que toute action entre vous et nous, sans égard aux dispositions en matière de conflits de lois ».

<sup>1223</sup> Plusieurs actions à travers l'Europe ont néanmoins été intentées à l'égard de *Facebook* devant les tribunaux français. Si la question de la compétence des tribunaux français en raison de la désignation des tribunaux américains a été débattue, le tribunal de grande instance de Paris a tranché le 5 mars 2015 en faveur de la compétence des tribunaux français qui devraient maintenant avoir à se prononcer sur la question de la loi applicable.



d'ailleurs quasi unanimes à l'égard de cette disposition<sup>1224</sup> en ce que le Règlement maintenait un système complexe, dont il était douteux qu'il soit le plus favorable au consommateur. Si l'on s'accorde sur cette critique, certaines propositions, tout aussi complexes, méritent tout autant d'être écartées, telle la proposition du groupement européen de droit international privé qui prévoyait la combinaison des deux lois<sup>1225</sup>.

**472.** En définitive, la réserve de l'application des dispositions impératives de la loi de la résidence habituelle constitue, selon nous, l'aveu de l'existence d'un rattachement naturel dont la mise à l'écart déjouerait les attentes du consommateur. Par ailleurs, la prise en compte des dispositions *les plus favorables* ne nous semble pas forcément justifiée dans la mesure où la protection des parties faibles ne doit pas se muer en faveur à leur égard<sup>1226</sup>. Par ailleurs, est-il légitime que le consommateur bénéficie de la protection de la loi de sa résidence habituelle dans certains cas mais pas dans tous ? Le consommateur français qui prend l'initiative de traverser la frontière pour conclure un contrat, ou qui se rend sur un site internet allemand afin de bénéficier de certains avantages – en terme de prix par exemple –, ne doit pas pouvoir s'étonner de ce qu'une loi autre que celle de sa résidence soit applicable. Parallèlement, si le professionnel d'un État A dirige son activité vers un État B afin d'attirer les consommateurs de ce pays, il doit alors accepter que l'accroissement de ses parts de marché en dehors de son marché national se fasse au prix du respect de certaines législations tierces qui pourraient lui être moins favorables que la législation de son lieu d'établissement. Il n'est donc nullement question de privilégier le consommateur face au professionnel mais davantage de rétablir un équilibre en répartissant équitablement le coût de l'opération transfrontière entre le professionnel et le consommateur<sup>1227</sup>. Et face à cette difficulté, la solution initialement prévue par la proposition de Règlement Rome I du 15 décembre 2005<sup>1228</sup> nous semblait être la plus satisfaisante en termes de prévisibilité. En effet, en écartant la possibilité d'un choix de loi en raison de l'existence d'une partie faible

<sup>1224</sup> V. par exemple : O. BOSKOVIC, *D.* 2008, p. 2175 ; S. FRANCO, *JDI* 2009, p. 41.

<sup>1225</sup> V. Troisième commentaire consolidé des propositions de modification des articles 1er, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10bis, 12 et 13 de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), et de l'article 15 du règlement 44/2001/CE (Bruxelles I) ; Dixième, onzième, douzième et treizième réunions, Rome, 2000, Lund, 2001, Paris, 2002, Vienne, 2003 ; spéc. 4) Contrats de consommation. Cette solution était d'ailleurs approuvée par une partie de la doctrine : v. par exemple, O. BOSKOVIC, art. préc.

<sup>1226</sup> En ce sens : V. P. MAYER, *La protection de la partie faible en droit international privé*, *op. cit.*

<sup>1227</sup> En ce sens : *ibid.*

<sup>1228</sup> Proposition de Règlement du parlement européen et du conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) du 15 décembre 2005, COM(2005) 650 final, 2005/0261 (COD). Les auteurs de la proposition justifiaient ce choix en énonçant : « Le paragraphe 1 propose une nouvelle règle de conflit, simple et prévisible, consistant en la seule application de la loi de la résidence habituelle du consommateur, sans modifier en substance la marge de manœuvre du professionnel lors de la conception de ses contrats ».

et en retenant comme loi applicable la loi de la résidence habituelle du consommateur, le Règlement faisait preuve de bon sens en retenant un rattachement prévisible à la fois pour le professionnel et pour le consommateur. Évidemment, et sans qu'il ait été nécessaire de la mentionner dans l'énoncé de la règle, le professionnel demeurait libre d'aménager les stipulations contractuelles et les conditions générales des contrats comme bon lui semblait dans la limite des règles impératives de la loi de résidence habituelle<sup>1229</sup>.

473. On ne peut donc que regretter que le Règlement Rome I ait finalement décidé de maintenir un choix de loi au prix d'un correctif parfaitement impraticable et sources de nombreux contentieux. Si cette réalité est plus visible en droit du travail qu'en droit de la consommation, la raison ne vient pas de l'existence d'une meilleure règle en droit de la consommation mais simplement d'éléments tirés de la sociologie du droit : au vu des montants en jeu dans les litiges entre consommateurs et professionnels, le droit de la consommation est beaucoup moins judiciairisé que le droit du travail.

### **B – La suppression de la règle permissive en matière d'obligations alimentaires**

474. Il a été signalé à propos du Protocole relatif aux obligations alimentaires que tout en ménageant l'existence d'une règle permissive pour, une fois encore, des raisons de prévisibilité, les auteurs du texte avaient inséré dans celui-ci de nombreux garde-fous<sup>1230</sup>. En effet, outre la réserve « des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties » qui confère au juge un pouvoir modérateur<sup>1231</sup>, le Protocole prévoit que la possibilité de renoncer aux aliments sera impérativement soumise à la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments<sup>1232</sup>. Cette question est donc expressément exclue du domaine de la règle permissive et est soumise à un critère de rattachement objectif : la résidence habituelle du créancier d'aliment. Ce rattachement est loin d'être surprenant puisqu'il s'agit du rattachement de principe retenu par le Protocole, dont l'article 3 énonce que « sauf disposition contraire du Protocole, la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier régit les obligations alimentaires ».

---

<sup>1229</sup> Pour les mêmes raisons, la règle permissive avec réserve matérielle mériterait d'être écartée en matière de contrat de travail où le rattachement pertinent est le lieu d'exécution habituel du travailleur. On pourrait d'ailleurs imaginer que, dans les cas où le travail habituel s'effectue à différents endroits, les parties peuvent prévoir dans le contrat une clause le mentionnant, ce qui constituerait un indice pour le juge dans cette recherche, sans qu'il soit nécessairement lié par celle-ci.

<sup>1230</sup> V. *supra* n°431, note de bas de page n°1094.

<sup>1231</sup> Article 8, paragraphe 5.

<sup>1232</sup> Article 8, paragraphe 4.

**475.** Le rapport explicatif d'A. BONOMI<sup>1233</sup> justifie cette mesure par le souci « d'éviter que, par le biais du choix d'une loi particulièrement libérale et peu protectrice, le créancier puisse être amené à renoncer à la prestation alimentaire à laquelle il aurait droit selon la loi applicable à défaut de choix ». Mais si le choix de loi est admis, en quoi serait-il choquant que la loi choisie permette au créancier de renoncer à ce à quoi il aurait droit selon la loi de sa résidence habituelle ? Dès lors que l'on autorise les parties à choisir la loi de la résidence habituelle du débiteur d'aliments ou celle de leur nationalité commune voire celle de la nationalité de l'une des parties, pourquoi cette loi, plutôt qu'une autre, est-elle retenue à titre de référence ? Cette loi pourrait d'ailleurs parfaitement se révéler moins protectrice que l'une des autres lois mentionnées.

Si la raison d'être de cette disposition est la faveur à l'égard du créancier<sup>1234</sup>, pourquoi ne pas avoir proposé de vérifier, dans chacune des lois potentielles, s'il était ou non possible de renoncer aux aliments ? Il pourrait être rétorqué que la solution eût été très complexe – ce qui est indéniable – mais l'analyse du fonctionnement du Protocole et de ses nombreux aménagements nous laisse penser qu'une telle difficulté de mise en œuvre n'aurait pas rebuté ses auteurs. Si la règle ne manifeste pas une coloration matérielle en faveur du créancier, quelle a été la motivation de ce critère de rattachement ? L'auteur du rapport ne s'en explique pas. Il mentionne simplement que cette limitation du domaine de la règle permissive implique que « quel que soit le contenu de cette loi, la possibilité de renoncer au droit aux aliments, ainsi que les conditions d'une telle renonciation, restent soumises à la loi de la résidence habituelle du créancier »<sup>1235</sup>.

L'exclusion de cette question du domaine de la règle permissive semble néanmoins pouvoir s'expliquer par deux considérations : d'une part, en raison de la gravité des conséquences en jeu et, d'autre part, en raison de l'attente raisonnable que l'on peut nourrir à l'égard de l'application de la loi de la résidence habituelle. Le choix de ce critère de rattachement est probablement le signe de l'existence d'un rattachement « prévisible » et naturel, qui mériterait de désigner la loi applicable aux obligations alimentaires.

**476.** À l'image des dispositions impératives de la résidence habituelle du consommateur ou du lieu où le salarié effectue habituellement son travail, la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments est celle qui a la plus forte vocation à

---

<sup>1233</sup> V. *Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, Rapport explicatif*, établi par A. BONOMI, disponible en ligne à : <http://www.hcch.net/upload/expl39f.pdf>.

<sup>1234</sup> En effet, contrairement à l'article 8 paragraphe 5 qui vise « l'une ou l'autre des parties », la restriction du domaine de la règle permissive est pensée uniquement en faveur du créancier.

<sup>1235</sup> V. *Rapport explicatif*, préc., n°147 p. 34.

régir cette question. Et, contrairement aux deux exemples précités, il n'est pas question de savoir si cette loi est ou non plus protectrice. Par ailleurs, et même si le fonctionnement est différent, le paragraphe 5 de l'article 8 prévoit également, en cas de mise en œuvre du pouvoir modérateur du juge un retour au rattachement objectif. Or s'il existe bien des rattachements en cascade manifestant un esprit de faveur dans les articles 4 et 5, tous les créanciers d'aliments n'y sont pas éligibles et une créance d'aliments entre collatéraux sera par conséquent régie, par défaut, par cette loi.

Ce mécanisme n'est pas sans rappeler les propositions avancées par SCHNITZER lors des discussions sur la détermination d'une règle de conflit en matière contractuelle<sup>1236</sup>. Si l'auteur n'était pas fondamentalement opposé à l'idée d'une règle permissive en la matière, son existence devait selon lui être déterminée par une règle objective, à savoir la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique. Rattachement qui, même s'il n'est aujourd'hui que subsidiaire à la règle permissive, a néanmoins toujours conservé son statut de rattachement par défaut. Par ailleurs, il faut noter qu'au sein des pays ayant ratifié le Protocole et des États membres de l'Union, ce critère de rattachement fait l'objet – une fois n'est pas coutume – d'un relatif consensus parmi les États signataires<sup>1237</sup>. Monsieur A. BONOMI, sur d'autres questions, n'a en effet pas hésité à pointer l'absence totale de consensus entre les États et le caractère préjudiciable que cela portait aux règles qui seraient adoptées<sup>1238</sup>. Aussi, compte tenu des faiblesses structurelles et théoriques des règles existantes, conjuguées à nos observations pratiques et à l'existence d'un rattachement unanime et prévisible en la matière, l'on ne peut que suggérer un abandon en la matière de la règle permissive.

~

**477.** Par conséquent, dans les deux exemples énoncés où l'existence d'un rattachement prévisible permet d'adopter une règle de conflit bilatérale satisfaisante, les normes permissives devraient être abandonnées. Certes, l'on pourrait nous faire remarquer que les règles choisies à titre d'illustration ne sont pas forcément les plus caractéristiques puisqu'elles prévoient chacune certains correctifs – réserve matérielle ou clause échappatoire conjuguée à une restriction du domaine de la règle. Ces exemples ont effectivement été choisis car les règles en causes contiennent chacune dans leur structure un aveu implicite de l'existence d'une loi plus pertinente et donc plus prévisible. Si nous nous sommes limités à ces deux exemples, c'est

<sup>1236</sup> A. F. SCHNITZER, « La loi applicable au contrat », *Rev. Crit. DIP* 1955, p. 459.

<sup>1237</sup> Les précédentes conventions l'avait également adopté (v. article 4, Convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 2 octobre 1973).

<sup>1238</sup> V. *Rapport explicatif*, préc., n°98.

uniquement en raison des contraintes imposées par le cadre de notre recherche. Mais la méthode ainsi proposée – de rechercher s’il existe ou non un rattachement prévisible et ce, même si les discours justifient l’admission d’une règle permissive ne le concèdent pas expressément – peut être transposée à n’importe quel domaine. Ainsi, même si nous n’en avons pas traité, il semble que l’étude des conflits de lois en matière délictuelle permettrait d’arriver à la même conclusion qu’il existe bien un rattachement prévisible, même s’il doit être adapté pour certains types de délits, et que la règle permissive devrait être exclue. Sans qu’il soit donc nécessaire de passer en revue l’ensemble des solutions du conflit de lois de droit international privé, il semble que les normes permissives puissent avoir une certaine utilité, qui ne doit néanmoins qu’être résiduelle.



**SECTION II**  
**L'UTILITE RÉSIDUELLE DES NORMES PERMISSIVES :**  
**LA SUBSIDIARITÉ DES NORMES PERMISSIVES<sup>1239</sup>**

478. Si les normes permissives ne possèdent pas les qualités qu'on leur prête et que bon nombre d'entre elles méritent d'être abandonnées, elles peuvent néanmoins présenter une certaine utilité, utilité qui est alors résiduelle. En effet, si le législateur doit prendre en compte l'objectif de prévisibilité afin d'élaborer des règles satisfaisantes en droit international privé, il est indéniable que cet objectif est parfois difficilement réalisable. Soit parce que l'élaboration de règles de conflit uniformes nécessite l'existence d'une concordance de valeurs qui fait défaut, soit parce qu'un rattachement véritablement prévisible est difficile à déterminer. Davantage qu'un mode habituel de réglementation, les normes permissives pourraient alors constituer une méthode subsidiaire qui aurait vocation à demeurer temporaire, jusqu'à ce que les États aboutissent à une concordance de valeurs ou qu'un rattachement véritablement prévisible émerge pour certaines questions. Aussi, nous verrons que les normes permissives peuvent fournir un instrument de consensus (§I) ou un palliatif à l'indétermination d'un rattachement suffisamment prévisible (§II).

**§I – Les normes permissives, instrument de consensus**

479. L'utilisation des normes permissives à titre d'instrument de consensus suppose l'existence d'un désaccord auquel elles permettraient de remédier. Aussi convient-il tout d'abord de revenir sur l'origine de situations de ce type.

La conjoncture actuelle en droit international privé tend à une uniformisation des règles au niveau de l'Union européenne, uniformisation qui intervient dans un contexte où la concordance des valeurs entre les différents États membre est plus présumée qu'elle n'est vérifiée. Or, si louable que puisse être l'intention, l'observation de ce phénomène d'uniformisation laisse entrevoir les difficultés auxquelles il a contribué et la manière dont les règles permissives sont apparues comme l'un des remèdes possible.

En évoquant le caractère curatif des normes permissives, il ne s'agit donc nullement de leur prêter des vertus intrinsèques – on s'est efforcé de révéler le dysfonctionnement structurel qui les affecte – : il s'agit simplement de montrer qu'elles peuvent constituer un palliatif temporaire à l'inexistence de cette concordance des valeurs au sein de l'Union européenne. Si les normes permissives peuvent conserver un rôle, ce n'est pas en tant que solution désirable en elles-mêmes, mais face à l'uniformisation croissante du droit international privé européen

---

<sup>1239</sup> La subsidiarité impose la défaillance d'un élément principal, envisagé *largo sensu*. Ce peut être le consensus qui est défaillant ou le rattachement prévisible. V. A. GOUEZEL, *La subsidiarité en droit privé*, préf. P. CROCQ, Economica, 2013.

en l'absence de consensus, elles se présentent peut-être comme la moins mauvaise des solutions.

**480.** Aussi, ce n'est qu'après avoir explicité les difficultés actuelles rencontrées par le droit international privé (A) que nous pourrions préciser comment les normes permissives peuvent, dans ce contexte, présenter une certaine utilité (B).

### **A – Les difficultés du droit international privé contemporain**

**481. Position du problème.** Historiquement, le droit international privé français est l'archétype d'un droit principalement jurisprudentiel. À partir des articles 3, 14 et 15 du Code civil, les juges ont dû faire œuvre créatrice, avec l'aide de la doctrine, en élaborant un système de résolution des conflits de lois et des conflits de juridictions dont les prémises remontent à des théories antérieures au Code civil. Néanmoins, l'absence de reprise dans le Code des règles inspirées de ces théories s'explique aisément. À l'époque où le code fut promulgué, elles n'avaient pas été suffisamment systématisées, pas plus que n'étaient totalement identifiées les problématiques de droit international privé, pour que le besoin de telles règles se fasse ressentir et que leur contenu soit déterminé<sup>1240</sup>. Les règles ont été construites de manière progressive et mesurée, assurant une certaine cohérence à la discipline.

Mais dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la question de l'opportunité d'une uniformisation des règles de droit international privé entre certains États a commencé à être débattue<sup>1241</sup>. Pourtant, avant même la question de l'uniformisation des règles de conflit, pouvait se poser la question de l'existence ou non d'une communauté de droit entre les différents États, condition nécessaire au fonctionnement du paradigme conflictuel et sur laquelle certaines précisions doivent être données<sup>1242</sup>.

**482. L'existence d'une « communauté de droit » entre les ordres juridiques : condition nécessaire au fonctionnement du paradigme conflictuel.** La préexistence d'une communauté de droit à titre de condition nécessaire au fonctionnement du paradigme conflictuel est attribuée à SAVIGNY<sup>1243</sup>. Cette idée,

---

<sup>1240</sup> V. en ce sens sur l'explication de la place réduite de la loi dans le droit international privé français : D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd., n°26-1 et s. p. 42.

<sup>1241</sup> Pour le rappel de cette évolution, v. Y. LEQUETTE, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI*, tome 246, n°1 et s. p. 19 et s.

<sup>1242</sup> V. récemment sur ce thème : L. GANNAGÉ, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, Les livres de poche de l'Académie de droit international, 2013.

<sup>1243</sup> V. B. ANCEL, *L'institution exorbitante*, Cours de Master de droit international privé, Université Paris II Panthéon-Assas, p. 5. On admettra, en suivant les hypothèses de Monsieur B. ANCEL que l'expression est empruntée à SAVIGNY.



reprise entre autres par NIBOYET, permet à ce dernier d'énoncer que le droit international privé tente de répondre à la diversité des droits par une collaboration entre les ordres juridiques<sup>1244</sup>, mais que cette collaboration est subordonnée à l'existence d'une « communauté de droit » entre les différents ordres juridiques, c'est-à-dire « l'idée d'une permutableté des institutions, de l'équivalence des institutions ».

L'exigence d'une équivalence des institutions ne signifie pas une identité de celles-ci. Il faut néanmoins qu'elles aient une fonction similaire. Le mariage français, s'il n'est pas strictement identique dans ses conditions et effets au mariage allemand ou italien, lui est équivalent. Évidemment, cette équivalence ou absence d'équivalence n'est pas une donnée figée, à l'image de nos institutions nationales qui s'adaptent au fil du temps aux évolutions économiques et sociales d'une société. À l'échelle de l'Union européenne, il est difficile de contester l'existence d'une telle communauté de valeurs. La Charte des droits fondamentaux, qui a acquis depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1<sup>er</sup> décembre 2009 la même valeur juridique que les autres traités de l'Union, en est un indice<sup>1245</sup>. Quoique l'on puisse douter d'une fongibilité totale des valeurs entre les États membres, il est indéniable qu'ils en partagent certaines et sans doute suffisamment pour que l'on puisse parler d'une *communauté juridique* telle que l'envisageait SAVIGNY. La Charte proclame en effet que « 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 » et qu'elle « repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit ». Les États souhaitent partager « un avenir pacifique fondé sur des valeurs communes »<sup>1246</sup>.

---

<sup>1244</sup> *Ibid.*

<sup>1245</sup> V. néanmoins l'avis négatif 2/13 rendu par la C.J.U.E en Assemblée plénière le 18 décembre 2014 au titre de l'article 218, paragraphe 11, TFUE quant à la compatibilité du projet d'adhésion de l'Union européenne à la C.E.D.H avec les Traités UE et FUE. V. notamment les points 170 et 177 qui rappellent respectivement que « l'autonomie dont jouit le droit de l'Union par rapport aux droits des États membres ainsi que par rapport au droit international impose que *l'interprétation de ces droits fondamentaux soit assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de l'Union* (voir, en ce sens, arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, point 4, ainsi que *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, points 281 à 285) » et que « c'est dès lors dans le respect de ce cadre constitutionnel, rappelé aux points 155 à 176 du présent avis, que les droits fondamentaux, tels que reconnus en particulier par la Charte, doivent être interprétés et appliqués au sein de l'Union ». Cette position de la Cour peut dès lors être interprétée comme signifiant que les valeurs partagées par les États membres ne le sont que dans la limite des objectifs particuliers du traité. Il est alors tentant d'opérer un parallèle entre ce constat et la pensée de F. A. HAYEK : v. nos propos *infra* n°483..

<sup>1246</sup> Certes, l'on peut toujours se montrer dubitatif face aux proclamations de cet ordre, étant donné que l'Union européenne est devenue une véritable experte dans l'autosuggestion (définie par l'auteur E. COUÉ, à qui l'on attribue la méthode du même nom, comme le fait de « s'implanter une idée en soi-même par soi-même »). Elle postule plus souvent les données – la fongibilité des juges au sein de l'Union – qu'elle ne les constate. Néanmoins, compte tenu des valeurs consacrées dans la Charte, il est raisonnable de penser qu'elles traduisent effectivement bon nombres de valeurs partagées par les différents États membres.

Mais cette communauté de valeurs, « communauté de droit » au sens savignien<sup>1247</sup>, est-elle pour autant suffisante pour permettre une uniformisation des règles de droit international privé ? En effet, le préambule de la Charte, pour reprendre cet exemple, énonce que la préservation et le développement de ces valeurs communes doit se faire « dans le respect de la diversité des cultures et des traditions des peuples d'Europe, ainsi que de l'identité nationale des États membres ». Or la coexistence de ces identités et particularismes nationaux est-elle compatible avec une entreprise d'uniformisation ? L'élaboration de règles uniformes de droit international privé, c'est-à-dire de règles proprement identiques, postule un degré supplémentaire d'intégration juridique des différents États.

**483. L'existence d'une « concordance des valeurs » entre les différents ordres juridiques : condition nécessaire à l'élaboration de règles uniformes.** Dans son ouvrage *Droit, législation et liberté*, HAYEK rappelle un présupposé nécessaire à l'adoption d'une règle de droit. Selon lui, « aucun groupe ne peut se mettre d'accord sur des règles explicites si ses membres ne partagent pas des idées à quelque degré concordantes » tout en précisant que « cette concordance d'opinions doit précéder l'accord explicite sur de justes règles de conduite »<sup>1248</sup>. L'auteur met cependant en garde contre une lecture excessive de ses propos en précisant que « des personnes qui sont divisées quant à leurs valeurs générales peuvent parfois être d'accord sur des objectifs concrets particuliers et collaborer effectivement dans leur poursuite »<sup>1249</sup>. La divergence d'opinions n'empêche pas un groupe d'élaborer avec succès certaines règles dans le but de poursuivre des objectifs particuliers ; en revanche, l'émergence de véritables règles de conduite communes à ce groupe est impossible : « un tel accord sur des fins particulières ne suffira jamais à constituer l'ordre durable que nous appelons société ». Les auteurs des règles de droit qui ont pour vocation, d'après HAYEK, de « révéler » ce droit qui est en partie spontané, doivent s'accorder dans leurs opinions. Aussi, à une époque où le droit international privé se construit principalement à l'échelle de l'Union européenne, la question se pose de savoir si cette concordance des valeurs existe au sein des pays membres de l'Union et *a fortiori* si elle est susceptible de faire émerger un consensus.

---

<sup>1247</sup> En l'occurrence, il ne s'agit pas d'affirmer que SAVIGNY parlait d'une *communauté de droit* dans l'optique d'une uniformisation des règles de droit international privé. Il s'agit simplement de constater que si l'existence d'une telle communauté, au sens où l'entendait SAVIGNY, c'est-à-dire d'une communauté de droit entre les règles susceptibles d'être désignées, était pour cet auteur une condition *nécessaire* au fonctionnement du paradigme conflictuel, l'auteur n'a précisément jamais affirmé qu'elle était une condition *suffisante* à l'émergence de règles de droit international privé uniformes.

<sup>1248</sup> V. F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, *op. cit.*, p. 232 ; v. aussi, H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1962, note 4, p. 93

<sup>1249</sup> *Ibid.*

Au sein de l'Union, si l'on peut admettre qu'il existe une *communauté de droit* au sens de SAVIGNY, nécessaire au fonctionnement du paradigme conflictuel, la *concordance des valeurs* au sens où l'entend HAYEK, indispensable pour faire émerger une société véritablement européenne, n'existe pas. On peut la souhaiter, la promouvoir ou, à l'instar de l'Union européenne, la présupposer déjà établie pour mieux la faire advenir, mais à l'heure où nous écrivons ces lignes, elle demeure un idéal, ce qui n'empêche pas les États membres de partager certaines valeurs fondamentales et de s'accorder sur certains objectifs particuliers<sup>1250</sup>.

Il est alors difficile de ne pas faire le parallèle avec la difficile émergence d'un droit international privé européen cohérent et l'inexistence, pour l'heure, d'une « société » véritablement « européenne ». La communauté de droit implique une *convergence* d'opinions tandis que l'uniformisation impose une *concordance* d'opinions. Par conséquent, lorsque les États tâchent d'adopter des règles uniformes, le résultat n'est pas satisfaisant. Cet échec avait déjà été constaté par Monsieur Y. LEQUETTE, avant même le développement du droit international privé européen par le biais de Règlements, dans le cadre de la Conférence de La Haye.

**484.** En effet, lors de l'étude de certaines conventions de La Haye, Monsieur LEQUETTE<sup>1251</sup> aboutissait à ce constat lorsqu'il pointait les « pièges de l'utilitarisme », sans remettre en cause la « bonne volonté » sous-jacente. Il est aujourd'hui indéniable que, sur de nombreuses questions, cette concordance d'opinions fait défaut au sein de l'Union européenne. La recherche d'un compromis entre les États emporte deux conséquences très préjudiciables, que Monsieur LEQUETTE avait déjà dénoncées à propos de certaines conventions de La Haye en droit de la famille. D'une part, la recherche d'un compromis se traduit par l'adoption de règles techniquement défectueuses puisqu'il est nécessaire de ménager les différents protagonistes dans l'énoncé de la règle<sup>1252</sup> ; mais d'autre part, elle conduit à une fragmentation des solutions puisque les États ont tendance à s'accorder sur le

<sup>1250</sup> V. en ce sens : A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne*, th. dactyl. Paris I, 2015, n° 530 et s.

<sup>1251</sup> Y. LEQUETTE, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI*, tome 246.

<sup>1252</sup> L'article 4 du Règlement Obligations alimentaires énonce des règles en faveur de certains créanciers. Il s'agit de dispositions dérogatoires à l'article 3 qui constitue le rattachement de principe. Une des difficultés rencontrées par les auteurs du Protocole fut de déterminer le cercle des créanciers bénéficiant d'un esprit de faveur, s'agissant notamment des collatéraux et alliés qui ont pu bénéficier d'un tel esprit de faveur dès lors qu'il s'agit d'obligations envers une personne âgée de moins de 21 ans. Or l'auteur du rapport reconnaît avec une certaine honnêteté que sur cette question « la solution prévue par le Protocole n'est à cet égard pas très cohérente, car les mêmes relations sont d'une part privilégiées par l'article 4 et d'autre part défavorisées par l'article 6 » puis d'ajouter comme justification qu'« il s'agit évidemment d'une solution de compromis » (c'est nous qui soulignons). V. Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, Rapport explicatif, établi par A. BONOMI, disponible en ligne à : <http://www.hcch.net/upload/expl39f.pdf>, n°56 p. 17.

plus petit dénominateur commun – ce qui explique, par exemple, que l'on soit passé d'une convention sur la compétence juridictionnelle à la conférence de La Haye à une convention sur les clauses d'élection de for. Ces critiques formulées par M. LEQUETTE hier sont malheureusement encore pertinentes aujourd'hui. La difficulté s'est déplacée au sein du droit de l'Union européenne où la cohérence a été perdue, particulièrement en droit de la famille<sup>1253</sup>. Par contraste, à l'époque de l'arrêt *Rivière*, la règle de conflit française prévoyait un rattachement en cascade, sans qu'il soit question de revenir sur la pertinence du critère de rattachement alors retenu, la loi ainsi désignée régissait la question des effets du mariage comprenant les obligations alimentaires, le régime primaire, l'attribution du nom, l'autorité parentale et le divorce. Cette cohérence a disparu en raison du traitement éclaté de ces questions dans des instruments différents, d'autant que les règles de conflit bilatérales adoptées sont souvent techniquement complexes<sup>1254</sup>. Dans ce contexte, les normes permissives peuvent être amenées à jouer un rôle.

## B – L'intérêt ponctuel des normes permissives

485. Les domaines où les États membres de l'Union peinent encore à se rassembler autour d'un fort consensus existent principalement en droit de la famille. En matière de relations privées familiales internationales, le désaccord porte principalement sur l'identité du rattachement qu'il convient de faire prévaloir entre les critères de la nationalité, de la résidence habituelle, du domicile ou encore, de manière un peu hybride, du domicile de la *commun law*. L'émergence d'une règle satisfaisante est délicate puisque les compromis opérés par les États entraînent la dégradation des règles adoptées, tant pour le conflit de lois que pour le conflit de juridictions.

Dans ce contexte spécifique d'uniformisation des règles de conflit au niveau européen par une communauté d'États ne partageant pas les mêmes valeurs, la règle permissive peut alors être envisagée comme un remède<sup>1255</sup>. Cette idée a été

---

<sup>1253</sup> M. L. NIBOYET, « Les remèdes à la fragmentation des instruments européens de droit international privé (à la lumière de la porosité des catégories « *alimony* » et « *matrimonial property* » en droit anglais) », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Audit, les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 551 ; v. aussi sur ces questions : B. BOURDELOIS, « Relations familiales internationales et *professio juris* », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Audit, les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 137.

<sup>1254</sup> Pour un tel constat et la proposition d'un retour au critère du domicile en droit de la famille comme « rattachement fédérateur », v. L. D'AVOUT, « La *lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Audit, les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 15.

<sup>1255</sup> Dans son cours de la Haye, Monsieur LEQUETTE avait déjà exposé ce processus et décrit l'opposition entre les États favorables à un rattachement au domicile ou à la nationalité. « La *professio juris* consiste dans la possibilité laissée à un ou aux intéressés de choisir, entre plusieurs rattachements, celui qui désigne la loi qui répond le mieux à leur attente. Au premier abord, la démarche peut surprendre. Le droit de la famille n'est-il pas, en droit interne, la terre d'élection des dispositions impératives, y compris en matière patrimoniale où nombre de règles visent soit à protéger certains héritiers pour les successions, soit à sauvegarder les droits des époux, notamment de la femme, et des tiers de bonne foi pour les régimes matrimoniaux ? Mais précisément il s'agit, selon ses promoteurs, non d'admettre un libre choix du droit applicable mais une simple option entre

explicitement invoqué par C. KOHLER lors de son cours à l'Académie de La Haye en 2013. Si l'auteur admet qu'il s'agit d'un pis-aller, il y voit en l'état actuel des choses, la meilleure des solutions<sup>1256</sup>. Non pas une solution pleinement satisfaisante donc, mais une solution permettant de « sortir de l'impasse créée par le dualisme de la question »<sup>1257</sup>. Après l'échec de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 visant à « régler les conflits entre la loi de la nationale et la loi du domicile », le recours en dernière hypothèse à l'autonomie de la volonté des parties avait d'ailleurs été suggéré par l'Institut de droit international dès 1987<sup>1258</sup>.

**486.** Dans le cadre de l'élaboration d'un droit uniforme, les normes permissives peuvent s'avérer utiles dans la mesure où elles permettent d'atténuer les inconvénients de la logique propre au droit uniforme. En effet, Monsieur V. HEUZÉ a mis en avant la différence essentielle entre la logique réformatrice du droit interne et celle du droit uniforme. Pour l'auteur, les réformes du droit interne, aboutissant à l'élaboration de règles de nouvelles, sont guidées par un souci du législateur de modifier la *teneur* du droit existant : son intervention « est nécessairement motivée par son souci de déplacer le point où les règles antérieures situaient l'équilibre entre les intérêts particuliers qui s'affrontent à propos d'une question donnée »<sup>1259</sup>. S'agissant du droit privé, on pourrait ainsi prendre comme exemple la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, manifestant la volonté du législateur français de modifier la substance même de l'institution du mariage. Au contraire, l'adoption par

---

les deux principes qui se partagent le monde et qui conduisent tous deux à la désignation de lois entretenant des liens étroits avec la relation. Le recours à la volonté en tant que principe répartiteur apparaît, au demeurant, assez naturel. Roubier n'écrivait-il pas : « lorsqu'on pense qu'il est impossible de savoir objectivement ce qui est juste, on aura tendance à fonder le droit sur la volonté ». V. Y. LEQUETTE, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI*, tome 246, n°47 et P. ROUBIER, « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *Archiv. phil. dr.*, (3) 1957, p. 1. Nous citons ici les mots de Monsieur Y. LEQUETTE, sans vouloir les détourner de leur sens véritable, il ne s'agit nullement pour lui de défendre les règles permissives comme un remède absolu à l'encontre de ce dilemme mais de retranscrire les solutions proposées par la doctrine pour le surmonter. Si l'auteur n'approuve pas ce remède, nous ne pouvons que partager son opinion pour les raisons évoquées dans l'ensemble de la seconde partie de cette thèse. L'auteur évoquait donc déjà l'opposition entre les États partisans d'un rattachement par la nationalité et ceux proposant le domicile (v. *op. cit.*, n°26 p. 43) et le recours à la volonté des parties pour trancher (v. *op. cit.*, n°28).

<sup>1256</sup> Là où nous préférons, pour notre part, y voir « la moins mauvaise des solutions ».

<sup>1257</sup> V. C. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, 2013, p. 175. A côté du dualisme de la question, on souhaiterait ajouter « sortir de l'impasse » dans laquelle les États membres se sont eux-mêmes engouffrés par une précipitation prématurée vers l'uniformisation.

<sup>1258</sup> V. Résolution adoptée lors de la session au Caire : v. E. JAYME, « Institut de droit international – 63. Sitzung in Kairo », *IPRax*, 1988, p. 65, cité par C. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme*, *op. cit.*, p. 174.

<sup>1259</sup> V. HEUZÉ, « 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, n°3.

différents États de règles uniformes obéit à une « *volonté uniformisatrice* » ; ce qui importe aux États « c'est l'uniformité des solutions, non leur teneur »<sup>1260</sup>. Par conséquent, pour poursuivre notre exemple à propos du mariage et en imaginant que des États souhaiteraient se doter d'une réglementation uniforme sur cette institution, l'essentiel pour eux ne serait pas tant de savoir s'ils doivent ou non autoriser le mariage entre des personnes de même sexe, que de « s'arranger » pour adopter une règle uniforme en la matière – peu importe son contenu –, quitte à ce que la définition retenue de l'institution soit volontairement ambiguë pour ménager la diversité des opinions sur ce point. Évidemment, on mesure alors sans peine les difficultés que pourra engendrer ce type de disposition<sup>1261</sup>.

S'agissant du droit international privé où, en matière de conflit de lois, il ne s'agit pas de se prononcer sur le contenu de la règle de droit applicable mais sur son identification, le recours aux normes permissives permet, plutôt que d'adopter une règle supplétive complexe et insatisfaisante car tâchant de concilier des positions inconciliables, de laisser aux destinataires des règles de droit le soin d'arbitrer elles-mêmes. Si cette délégation de l'élaboration de la solution aux destinataires de la norme n'est pas en soi une solution satisfaisante, il faut lui reconnaître une supériorité sur les alternatives.

Encore faut-il insister sur l'idée que la règle permissive mérite d'être conservée à défaut d'existence d'une règle qui serait plus satisfaisante et non en raison de ses qualités intrinsèques ; leur maintien ne se justifie que tant qu'il n'existera pas de consensus sur la question faisant l'objet de la réglementation uniforme. Tantôt instrument de consensus, les normes permissives peuvent également venir pallier l'inexistence d'un critère de rattachement satisfaisant.

## §II – Les normes permissives, palliatif à l'indétermination d'un rattachement satisfaisant

**487. Fondement de la règle permissive en matière de loi applicable au contrat.** La règle permissive octroyant aux parties une faculté de choix de la loi applicable n'est véritablement apparue en France qu'avec l'arrêt *American Trading Compagnie* de 1910 rendu à propos d'un contrat international<sup>1262</sup>. Par la suite, la recherche du fondement de la règle a longtemps opposé les tenants d'une conception objectiviste aux tenants d'une conception subjectiviste du principe d'autonomie. Tandis que pour les premiers, le choix de loi devait être un indice parmi d'autres de localisation du contrat, il était pour les seconds l'expression de la

---

<sup>1260</sup> *Ibid.*

<sup>1261</sup> Sur lesquelles : *Ibid.*

<sup>1262</sup> V. *supra* n°347.

volonté des parties consacrée par le législateur<sup>1263</sup>. Si ses variantes les plus extrêmes ont été écartées<sup>1264</sup>, l'approche subjectiviste est aujourd'hui largement dominante et il n'est plus question de voir seulement dans l'expression de la volonté des parties un indice de localisation du contrat. À côté de certaines législations nationales qui maintiennent cette exigence<sup>1265</sup>, la plupart des conventions internationales n'exige aucun lien de rattachement, si minime soit-il, entre la transaction et la loi choisie, confortant l'abandon de toute approche en termes de proximité ou de localisation<sup>1266</sup>.

**488. Détermination difficile d'un critère de rattachement satisfaisant en matière contractuelle.** Cette évolution semble *a priori* légitime tant il s'avère parfois difficile de localiser certains rapports de droit, tel un contrat. Nombreux sont les auteurs qui ont rappelé à juste titre que « le contrat est une abstraction qui, comme telle, n'occupe pas de place dans l'espace et s'y manifeste par des événements multiples »<sup>1267</sup>, ou encore que « le contrat n'est pas un élément du monde physique mais une relation immatérielle qui n'a pas de situation géographique »<sup>1268</sup>. D'ailleurs, de préférence à BATIFFOL qui considérait que la volonté des parties pouvait constituer « un instrument pour mieux fonder la localisation du contrat »<sup>1269</sup>, on préfère admettre avec SCHNITZER qu'il n'est pas « tout à fait indiqué de parler de

---

<sup>1263</sup> V. Sur la présentation de cette opposition et les différents sens qu'elle recouvre : de H. BATIFFOL, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », *Choix d'articles*, Paris, 1976, p. 249 et s.

<sup>1264</sup> Par exemple : Convention de Rome, Convention de La Haye, Règlement Rome I... Dans l'ensemble de ces textes, il n'est pas discuté que le contrat se rattache nécessairement à la loi d'un état et, jusqu'à présent, la possibilité d'un choix de loi non étatique n'a pas été admis. Sur cette question, v. G.-P. ROMANO, « Le choix des principes UNIDROIT par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives », art. préc.

<sup>1265</sup> v. par exemple l'ancien droit polonais qui exige que la loi « ait une relation avec la convention » ; mais voir également le droit des États-Unis d'Amérique qui a admis assez tardivement le principe d'autonomie mais dont le second *Restatement* précise que le choix opéré par les parties sera neutralisé si « la loi choisie n'est pas en relation étroite avec les parties ou leur convention, et n'a pas été désignée pour aucune raison valable ». v. V. HEUZÉ, « La loi des contrats internationaux », Livre II, *Joly Contrats internationaux*, n°119 et 130. V. également les exemples cités par C. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes*, p. 175 et J. BASEDOW, « The Law of Open Societies — Private Ordering and Public Regulation of International Relations. General Course on Private International Law », *RCADI*, t. 360, 2013, p. 9.

<sup>1266</sup> V. en ce sens : A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, livre de poche de l'Académie de droit international de La Haye, n°80 p. 176. Voir pour un exemple récent le Projet de principes de la Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux de mars 2014 (document préliminaire n°6).

<sup>1267</sup> V. H. BATIFFOL, cité par V. HEUZÉ, *La volonté en DIP*, Droits, t. 28 (1999), p. 113 et s. spéc. p. 119.

<sup>1268</sup> V. A. F. SCHNITZER, « La loi applicable au contrat », *Rev. Crit. DIP* 1955, p. 459, spéc. n°1.

<sup>1269</sup> Cité par A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, livre de poche de l'Académie de droit international de La Haye, p. 107 à propos de H. BATIFFOL, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », *Choix d'articles*, Paris, 1976, p. 249-263.

localisation du contrat »<sup>1270</sup>. Délaissant toute position qui confère au principe d'autonomie et donc à la règle permissive un attribut positif, nous sommes davantage convaincus par ceux qui voient dans la consécration d'une telle règle une réaction par défaut.

En effet, la règle permissive en matière contractuelle fut également présentée comme un palliatif à l'indétermination d'un rattachement satisfaisant. Ainsi, de manière plus catégorique, KEGEL a présenté la consécration du principe d'autonomie comme un « pis-aller, justifié faute d'une méthode entièrement convaincante pour désigner la loi du contrat au moyen de critères objectifs »<sup>1271</sup>. La détermination d'un rattachement objectif capable de désigner une loi correspondant aux attentes raisonnables des parties s'avère donc malaisée en matière contractuelle.

Le principe de proximité, traduit notamment à travers l'exigence de la désignation de la loi présentant « les liens les plus étroits » avec le litige, ne peut fournir, pour des raisons évidentes, un critère de rattachement satisfaisant en termes de prévisibilité<sup>1272</sup>. Il serait donc nécessaire de se tourner vers des critères objectifs, permettant aux parties de déterminer *a priori* la loi applicable. S'il en existe plusieurs, aucun d'entre ne s'impose avec la force de l'évidence. Pour s'en convaincre, il suffit de voir la variété des rattachements qui ont été proposés et les critiques qui furent opposées à chacun<sup>1273</sup> : le lieu de conclusion du contrat, la nationalité, le lieu d'exécution du contrat, le domicile de l'une parties... Pourtant, on ne peut que saluer les efforts d'une partie de la doctrine pour rechercher un critère de rattachement satisfaisant, en tenant compte des liens du contrat « d'après [sa] fonction (...) dans la vie économique » ou en établissant pour chaque type de contrats le critère de rattachement adéquat à partir de la jurisprudence<sup>1274</sup>. Si certains

---

<sup>1270</sup> A. F. SCHNITZER, « La loi applicable au contrat », *Rev. Crit. DIP* 1955, p. 459, qui ajoute pour sa part : « Cette soi-disant localisation devrait plutôt consister dans la recherche de ses liens, d'après la fonction du contrat dans la vie économique », spéc. n°19, p. 465.

<sup>1271</sup> Cette formule est d'A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, *op. cit.*, (n°80 p. 177 et n°43 p. 107), citant lui-même KEGEL et SCHURIG, p. 653. Dans le même ordre idée, v. également P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, préc., qui remarque que si, en matière contractuelle, la plupart des législations de droit international privé consacrent une règle permissive, c'est « en raison des problèmes que soulève la détermination du facteur de rattachement objectif pertinent », spéc. n°5, p. 872.

<sup>1272</sup> C'est d'ailleurs ce qui a conduit, avec l'adoption du Règlement Rome I, à l'abandon de la règle édictée par l'article 4 paragraphe 1 de la Convention de Rome qui n'a eu de cesse d'être critiquée, en raison de l'imprévisibilité des résultats auxquels elle pouvait conduire et de l'ambiguïté engendrée quant à son rapport avec la présomption posée au paragraphe 2.

<sup>1273</sup> Le principe de la nationalité fut même retenu pour les auteurs ZITELMANN et FRANKENSTEIN, tentative qualifiée de « sans lendemain » par SCHNITZER, « La loi applicable au contrat », *Rev. Crit. DIP* 1955, p. 459, spéc. p. 476.

<sup>1274</sup> V. respectivement : A. F. SCHNITZER, « La loi applicable au contrat », art. préc. et V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux*, *op. cit.*



rattachements ainsi dégagés apparaissent pertinents, aucun ne fait l'unanimité tant la variété des contrats et l'existence d'une infinité potentielle de contrats innomés rend la tâche délicate<sup>1275</sup>.

**489. Le recours aux normes permissives en matière contractuelle : intérêt de cette solution et précautions nécessaires.** Dans cette hypothèse où la détermination d'un critère de rattachement prévisible est difficile, le recours aux normes permissives apparaît comme une solution envisageable. Néanmoins, cette affirmation appelle plusieurs réserves.

La première consiste à rappeler qu'il s'agit alors d'accepter l'existence d'une règle permissive à l'image de W. CHURCHILL reconnaissant que la démocratie est le pire des régimes à l'exception de tous les autres<sup>1276</sup>. Elle est une solution par défaut et non la meilleure des solutions. Ici, le législateur peut s'en remettre à la volonté des parties, non pas parce que dans le cadre d'une uniformisation de règles de conflit il doit passer outre l'absence de consensus, mais parce que cette fois il lui est impossible de trouver un rattachement satisfaisant.

La seconde réserve découle donc de la précédente : la règle permissive doit être nécessairement résiduelle et n'aura vocation à être consacrée que dans la mesure où il n'existe pas, pour un type de contrat donné, un rattachement prévisible. Aussi, les contrats de consommation tels qu'ils ont été envisagés dans le paragraphe précédent devront être exclus du domaine de la règle permissive, tout comme les contrats pour lesquels un rattachement objectif est suffisamment prévisible pour être satisfaisant, à l'image de certains rattachements de l'article 4 du Règlement Rome I<sup>1277</sup>.

La troisième réserve consiste enfin à relever que s'il n'existe pas un rattachement unique qui soit suffisamment prévisible, il n'y a aucune raison de ne pas limiter l'objet du choix en matière contractuelle, comme cela est pratiqué en matière de droit de la famille.

**490.** Néanmoins, une difficulté resurgit. En effet, la prévisibilité d'une règle de droit dépasse ses attributs formels et suppose un certain contenu de la règle, qui doit

---

<sup>1275</sup> V. HEUZÉ et P. MAYER, *Droit international privé, op. cit.* rappellent que « on peut observer avec Rabel que, lorsque le contrat est véritablement international aucune des lois nationales des États avec lesquels il a des liens n'a de vocation *inéductible* » (c'est nous qui soulignons), spéc. n°743. V. par exemple pour une critique du rattachement à la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique : D. BUREAU et H. MUIR WATT, *op. cit.*, n°900 et s.

<sup>1276</sup> « Democracy is the worst form of Government except all those other forms that have been tried from time to time », 11 novembre 1947, à Londres, Chambre des communes, dans *The Official Report, House of Commons* (5th Series), 11 November 1947, vol. 444, cc. 206–07.

<sup>1277</sup> Comme par exemple la loi du lieu de situation de l'immeuble pour les contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble (article 4.1c)).

correspondre aux attentes légitimes des parties. Or, si les règles permissives ne constituent pas une solution pleinement satisfaisante, il n'en demeure pas moins qu'en matière contractuelle, ces règles ont pénétré l'esprit des opérateurs du commerce international et que l'emprise de cette solution est visible bien au-delà des frontières européennes. Dans les pays où la législation n'autorise pas expressément la possibilité d'un choix de loi, il est courant que la pratique admette de telles clauses, conjuguées à des clauses arbitrales ou attributives de juridiction permettant ainsi d'éviter les tribunaux dont la législation est prohibitive. Aussi, pourrait-on considérer qu'il y a là un élément paradoxal à vouloir circonscrire les règles permissives aux hypothèses où il n'existe pas de rattachement pleinement satisfaisant – comme c'est le cas pour certains contrats complexes –, tout en admettant que la règle permissive dans ce domaine est devenue une règle prévisible pour les contractants, c'est-à-dire que la possibilité de choisir la loi applicable<sup>1278</sup> correspond désormais à une attente raisonnable des parties. Le regret qu'accompagne ce constat ne doit pas nous empêcher de reconnaître l'aura dont jouit la règle permissive en droit international privé. Cette observation n'interdit nullement de limiter l'objet du choix. Aussi, peut-on également proposer que l'utilisation de la règle permissive dans ces hypothèses ne soit, comme lorsqu'elle est instrument de consensus, que temporaire et que la jurisprudence, avec l'aide de la doctrine, et la réflexion du législateur fassent émerger un ou plusieurs critères de rattachement prévisibles. En définitive, la possibilité d'un choix de loi devra être acceptée pour ménager davantage de certitude aux parties, qui devront choisir entre des lois dont l'application pouvait sembler raisonnable. La règle pourra être un instrument de prévisibilité dans la mesure où elle resserre le cercle des lois éligibles.

~

**491.** Par conséquent, si de nombreuses normes permissives doivent être supprimées, certaines méritent d'être maintenues, du moins temporairement. En effet, ce n'est pas en raison de leurs qualités intrinsèques que l'on propose d'en conserver certaines, mais parce qu'elles constituent une solution utile en cas d'absence de consensus dans le cadre de règles uniformes ou lorsqu'il est difficile d'énoncer une règle prévisible et de s'accorder sur un rattachement satisfaisant. Néanmoins, même vouées à un rôle subsidiaire, les normes permissives ne sont aptes à le remplir que dans la mesure où elles sont suffisamment encadrées. Aussi, une fois le cantonnement des normes permissives opéré, il est nécessaire d'en proposer un encadrement.

---

<sup>1278</sup> Dans une certaine mesure, il est vrai que l'on pourrait étendre cette assertion à la question du juge compétent.

## CHAPITRE II

### L'ENCADREMENT DES NORMES PERMISSIVES

492. Le maintien des normes permissives, même cantonnées à des domaines réduits, implique un encadrement de celles-ci. Cet encadrement doit se manifester principalement au stade de l'élaboration des règles permissives, où l'auteur des règles doit veiller à ce qu'elles constituent une traduction adéquate de l'objectif recherché. La modification de certains aspects du régime des normes permissives permettra également au juge d'exercer un contrôle au stade de leur mise en œuvre. Nous verrons tout d'abord quel doit être l'encadrement intrinsèque aux normes permissives, c'est-à-dire propre à leur structure (Section I), mais également quel doit être l'encadrement extrinsèque des normes permissives, notamment par la réintroduction d'un contrôle de la fraude par le juge (Section II).

Section I – L'encadrement au stade de l'élaboration des normes permissives

Section II – L'encadrement au stade de la mise en œuvre des normes permissives



**SECTION I**  
**L'ENCADREMENT AU STADE DE L'ELABORATION DES NORMES :**  
**AMENAGEMENT DE LA STRUCTURE**

493. L'étude de la structure des normes permissives a montré qu'elles présentaient, pour bon nombre d'entre elles, de nombreux dysfonctionnements. Un meilleur encadrement des trois éléments de celles-ci permettrait de s'assurer de la qualité du choix de loi ou juridiction et, *a fortiori*, assurerait une meilleure efficacité de celui-ci au stade de la mise en œuvre de la règle permissive. Plusieurs propositions doctrinales ont déjà été faites en ce sens et certaines d'entre elles méritent d'être adoptées<sup>1279</sup>. Dès lors que les normes permissives à l'égard des parties présentent toutes la même structure, composée de trois éléments – le domaine de la permission, les modalités d'exercice du choix et l'objet du choix –, il convient de revenir sur chacun d'entre eux.

494. S'agissant du premier élément, l'idée d'un cantonnement des normes permissives a montré que cette catégorie de normes ne devait subsister qu'à titre subsidiaire : elles n'ont vocation à intervenir que dans les domaines où une autre règle, notamment une règle de conflit bilatérale, ne peut être déterminée de manière satisfaisante. Par conséquent, étant donné ce caractère contingent, le domaine de la permission énoncée doit s'entendre de manière stricte puisque la règle elle-même doit être cantonnée à des hypothèses bien précises<sup>1280</sup>. Le constat est similaire s'agissant des deux autres éléments et l'encadrement plus strict tant des modalités d'exercice que de l'objet du choix n'est pas une proposition nouvelle. Si certains efforts ont été fournis dans les instruments récents, les modalités d'exercice de la faculté mériteraient d'être encore précisées (§I) et l'objet du choix dans de nombreuses hypothèses encadré (§II).

**§I – L'encadrement préconisé des modalités d'exercice de la faculté**

495. La question de l'encadrement des modalités d'exercice de la faculté ne devrait se poser que dans un nombre d'hypothèses restreintes en raison de la vocation subsidiaire de cette catégorie de règles. L'existence de la règle permissive peut se justifier pour deux motifs différents : soit par une absence de consensus dans le cadre d'une règle de droit international privé uniforme, soit par l'absence de rattachement prévisible satisfaisant. La dualité des fondements explique que les

---

<sup>1279</sup> V. notamment la proposition de T. AZZI, « La volonté tacite en droit international privé », *Travaux comité français DIP*, 2010-2012, Pédone, p. 68.

<sup>1280</sup> S'agissant du domaine de la faculté et dès lors que l'on a admis le caractère nécessairement résiduel de la catégorie des normes permissives, il semble que l'emploi d'un critère de détermination flou du domaine de la faculté n'est pas souhaitable : V. nos critiques *supra* sur le critère de la libre disponibilité des droits.

matières concernées ne soient pas les mêmes : si l'absence de consensus se manifeste surtout en droit de la famille, l'absence de rattachement prévisible se manifeste principalement en matière contractuelle. Dès lors, les régimes proposés pour chaque type de norme permissive ne seront pas identiques en raison des spécificités propres à chacune de ces matières. En effet, les exigences relatives aux modalités d'exercice devront dépendre étroitement de la matière concernée au fond et, indirectement, de la raison d'être de la règle permissive selon qu'elle doit pallier l'inexistence d'un consensus – en droit de la famille – ou l'inexistence d'un rattachement prévisible – en droit des contrats. Il convient donc de traiter de manière distincte la question des modalités d'exercice s'agissant des règles venant pallier l'inexistence d'un rattachement prévisible (A) et les modalités d'exercice s'agissant des règles venant palliant l'absence de consensus (B).

### **A – Modalités d'exercice des règles permissives venant pallier l'inexistence d'un rattachement prévisible**

**496. Position du problème.** Le débat sur l'encadrement des modalités d'exercice des normes permissives s'est cristallisé autour de la possibilité du choix implicite ou de la nécessité d'un choix exprès, qu'il s'agisse du conflit de lois ou du conflit de juridictions. Alors que les Règlements européens en la matière ont souhaité renforcer cet aspect des normes permissives, les mécanismes proposés ne nous semblent pas encore satisfaisants. Par ailleurs, s'est posée la question de l'exigence d'un écrit comme modalité d'extériorisation du choix.

**497. Dissociation traditionnelle des considérations relatives au fond et de celles relatives à la forme.** Ces questions sont *a priori* de deux ordres : certaines sont relatives aux conditions de fond de l'exercice du choix et d'autres relèvent des conditions de forme. Dans un cas il s'agit de s'assurer que le consentement au choix de loi ou de juridiction est réel et dans le second, que le mode d'extériorisation de la volonté est valable. Ces deux modalités d'exercice du choix sont traitées de manière distincte dans la plupart des Règlements et renvoient chacune à une règle spécifique. En matière contractuelle, par exemple, les conditions de fond relatives à l'exercice du choix sont en principe régies par la loi applicable au fond du contrat – loi choisie par les parties ou, à défaut, loi objectivement applicable<sup>1281</sup> – tandis que les conditions de forme sont régies, pour partie par la règle matérielle applicable à la forme du contrat lui-même<sup>1282</sup> et pour partie par des dispositions directement

---

<sup>1281</sup> La règle relative au fond ne constitue pas en elle-même une règle permissive étant donné qu'elle n'octroie pas directement à la partie une faculté de choix, mais qu'elle ne fait qu'intégrer dans son rattachement l'éventuel choix exercé par la partie. Par conséquent, la loi applicable à cette question ne peut être dissociée de celle applicable au fond du contrat.

<sup>1282</sup> Il s'agira le plus souvent d'une règle de faveur à la validité formelle de contrat.

énoncées dans la règle permissive. Elles sont donc soumises à deux catégories de rattachement différentes.

#### **498. Préoccupation identique des considérations relatives au fond et de celles relatives à la forme : l'exigence d'une manifestation du consentement.**

Quoiqu'apparemment distinctes, les exigences relatives aux conditions de fond de la manifestation du consentement et celles relatives aux conditions de forme sont étroitement liées : l'essentiel est l'existence du consentement et un mode d'extériorisation particulier de celui-ci n'est requis que pour s'assurer de la *réalité du consentement*. Évidemment, comme il est difficile d'en être convaincu s'il n'a pas été extériorisé<sup>1283</sup>, la forme revêtue par ce consentement sera l'assurance qu'il l'a effectivement été<sup>1284</sup>. Mais il s'agit toujours de saisir une manifestation de volonté et de se demander comment elle doit ou peut l'être. Par conséquent, il est nécessairement difficile de rationaliser clairement la distinction traditionnelle du droit international privé entre la forme et le fond et, pour cette raison, l'on peut *a priori* penser que cette question mériterait que lui soit appliquée une loi unique. C'est d'ailleurs à cette conclusion qu'aboutit Monsieur DELAPORTE dans sa thèse sur la forme des actes juridiques<sup>1285</sup>. Il estime que cette question ne devrait pas être érigée en catégorie autonome mais se rattacher à la loi applicable au fond. Selon lui, la règle de forme ne serait que l'accessoire de la règle de fond et mériterait à ce titre d'être confondue dans une même catégorie en droit international privé. Si la consécration d'une catégorie unique pour régir cette proposition nous paraît pertinente, la règle de forme nous semble davantage qu'un accessoire de la règle de fond.

---

<sup>1283</sup> V. J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études offertes à Georges Ripert*, Tome I, LGDJ, 1950 : « la volonté n'est créatrice de droit que sous la condition d'avoir été extériorisée », n°4, p. 96. Extérioriser sa volonté signifie la mettre à jour, rendre apparent et visible « ce qui n'était qu'intérieur à soi-même » (Dictionnaire CNRTL, v° « Extérioriser »). Cela ne signifie pas que l'extériorisation de la volonté soit toujours formelle au sens *juridique* : l'exigence d'un formalisme ne signifie pas l'exigence d'une forme – qui est consubstantielle à l'extériorisation – mais l'exigence d'une forme *imposée*. GÉNY énonce que « le formalisme ne commence qu'autant que la loi impose les modes d'expression du consentement ; tant que la manière d'extérioriser la volonté reste libre, le consensualisme demeure », cité par J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », art. préc.

<sup>1284</sup> Le comportement de la ou des parties en causes peut alors être rattaché à une attente légitime. Quant à l'exercice de la faculté, on peut se reporter à la théorie des actes juridiques puisqu'il s'agit bien d'une manifestation de volonté destinée à créer des effets juridiques, qu'elle soit unilatérale ou bilatérale. Pour cela, on peut reprendre les observations de GOUNOT (*Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, op. cit.*) qui énonce, « pour qu'il y ait contrat, il faut et il suffit que les volontés des parties, examinées à travers les usages, les idées dominantes et les besoins de la vie juridique, paraissent s'être manifestées d'une manière assez ferme et s'être suffisamment rapprochées pour engendrer normalement une confiance qu'il serait injuste de léser », spéc. p. 157. L'auteur ajoute qu'« en d'autres termes, pour savoir s'il y a ou s'il n'y a pas contrat, au lieu de s'attacher uniquement à la volonté psychologique réelle de chaque partie, il faut davantage tenir compte de la *confiance* que ses agissements, vus à travers les usages, les besoins sociaux et les exigences de la bonne foi, ont dû engendrer normalement chez l'autre partie », spéc. note de bas de page n°2, p. 144-145.

<sup>1285</sup> V. DELAPORTE, *Recherche sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, thèse Paris II, 1974.

Par conséquent, les objectifs poursuivis par les deux règles – forme et fond – se rejoignent ; ces règles ne sont que des traductions différentes d’une même préoccupation : l’exigence d’une manifestation du consentement suffisamment explicite, non seulement pour s’assurer du consentement de son auteur mais aussi pour que ce consentement puisse être connu de l’autre partie et, le cas échéant, des tiers, afin de leur être opposable. Ce constat appelle néanmoins immédiatement une interrogation : quelle devrait être la loi ou la règle régissant la manifestation du consentement ?

#### **499. Détermination de la loi applicable à la manifestation du consentement.**

Différentes solutions sont envisageables : soumettre la question à la loi choisie par les parties, à la *lex fori*, à une règle matérielle de droit international privé, ou encore la soumettre systématiquement à la loi objectivement applicable même s’il y a eu un choix de loi ? Nous reprendrons successivement ces différentes propositions.

**500. Propositions écartées.** Tout d’abord, le recours à la *lex fori* doit être immédiatement écarté<sup>1286</sup>. Il ne constitue pas un rattachement satisfaisant car il contribue, de manière générale, à une « fuite en avant » du droit international privé vers l’adoption de règles permissives toujours plus nombreuses. En effet, même si l’on propose de supprimer les règles permissives en matière juridictionnelle dans le droit de l’Union européenne, il existera toujours ce que l’on a nommé des « permissions faibles » de saisir n’importe quel juge sur la planète, c’est-à-dire des absences d’interdiction formelle<sup>1287</sup>. Or la menace de l’application de la *lex fori* est toujours un argument avancé pour justifier la nécessité des règles permissives. L’existence d’une infinité de juges potentiellement compétents conjuguée à l’application éventuelle, par l’un d’entre eux, de sa propre loi au litige, du seul fait de sa compétence, constitue un risque jugé intolérable en termes de prévisibilité. Ce risque – assez chimérique au demeurant – justifie ensuite pleinement le recours aux règles permissives. Afin de ne pas donner d’arguments aux partisans des règles permissives dont on souhaite voir l’emprise diminuer, cette solution doit être rejetée.

S’agissant de l’éventuelle application de la loi choisie par les parties – si choix il y a eu –, ce rattachement comporte un défaut notable puisqu’il revient à imposer à la partie qui s’en défendrait d’approuver le choix effectué par l’autre partie<sup>1288</sup>. De l’aveu même des auteurs de la Convention de Rome puis du Règlement Rome I, ce rattachement ne serait pas infaillible puisqu’ils ont prévu une réserve à l’alinéa 2 de

<sup>1286</sup> Contra. v. C. KOHLER, *L’autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismisme*, op. cit., n°58, p. 101.

<sup>1287</sup> V. sur la notion *supra* n°94 et sur l’existence d’une permission faible *supra* n°131.

<sup>1288</sup> V. en ce sens : C. KOHLER, *L’autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismisme*, op. cit., p. 101.



l'article 9 (article 10 du Règlement) selon laquelle « pour établir qu'elle n'a pas consenti, une partie peut se référer à la loi du pays dans lequel elle a sa résidence habituelle s'il résulte des circonstances qu'il *ne serait pas raisonnable* de déterminer l'effet du comportement de cette partie d'après la loi prévue au paragraphe précédent »<sup>1289</sup>. Il est par conséquent difficile de se satisfaire de cette solution<sup>1290</sup>.

Une autre solution, qui a déjà été suggérée par plusieurs auteurs et qui pourrait sembler *a priori* plus satisfaisante, est de retenir la loi objectivement applicable<sup>1291</sup>. Cette proposition rappelle la proposition énoncée par A. SCHNITZER avant l'adoption de la Convention de Rome. L'auteur, s'il ne raisonnait pas expressément en termes de règles permissives, faisait le constat suivant : il ne lui semblait pas cohérent d'appliquer la règle permissive du for, alors même que la *lex fori* n'avait peut-être aucun lien avec le contrat<sup>1292</sup>. Par conséquent, il proposait de « laisser la loi qui est applicable d'office d'après les règles de conflit du for décider de l'autonomie à accorder aux parties ». Sa proposition allait certes plus loin puisque c'est la règle permissive elle-même dont l'existence et, le cas échéant, le régime qui devaient être puisés dans la loi objectivement applicable. Pour notre part, si on limite le recours à la loi objectivement applicable aux conditions d'exercice de la faculté, un tel mécanisme se conçoit. Pourtant, il doit également être écarté car il suppose un recours à la loi objectivement applicable qui est, par définition, difficile à déterminer<sup>1293</sup>. En effet, dès lors que l'on accepte de maintenir une règle permissive dans la mesure où il n'existe pas de rattachement prévisible suffisamment fédérateur, cela signifie qu'il est délicat de déterminer une loi qui aurait une vocation plus légitime que les autres et serait en même temps d'une application prévisible pour les parties. S'il est difficile, en matière contractuelle, d'identifier ce que peut être la loi prévisible, alors il peut sembler illégitime de décider que la loi objectivement applicable – mais dont on admet que l'application n'est pas évidente pour tous – sera la loi qui décidera de la réalité du consentement<sup>1294</sup>.

---

<sup>1289</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>1290</sup> Quoique ce rattachement comporte des limites notables, l'application de la loi choisie à la question du consentement au fond semble moins contestable dès lors que, comme nous le proposons, l'objet du choix serait limité : v. *infra* n°507 et s.

<sup>1291</sup> V. A. F. SCHNITZER, « La loi applicable au contrat », *Rev. Crit. DIP* 1955, p. 459 et KHOLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismisme*, *op. cit.*, p. 101.

<sup>1292</sup> V. A. F. SCHNITZER, « La loi applicable au contrat », art. préc., n°17, p. 473.

<sup>1293</sup> V. C. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismisme*, *op. cit.*, p. 101.

<sup>1294</sup> Il est pourtant fréquent que les instruments conventionnels révèlent implicitement que certaines lois auraient une vocation plus naturelle à s'appliquer que les autres. Tel est en effet, selon nous, le sens des dispositions de l'article 9 paragraphe 2 de la Convention de Rome (article 10, paragraphe 2 du Règlement Rome I) précitée que l'on retrouve également dans d'autres instruments qui ne sont pas propres à la matière contractuelle. En l'occurrence, le caractère déraisonnable ou non du choix de loi est apprécié par référence à la loi de la résidence habituelle du contractant. La référence peut surprendre étant donné que, le plus souvent

**501. Solution retenue.** Une fois ces différents rattachements écartés, il est nécessaire de se pencher sur la solution que nous préconisons, à savoir la détermination de l'ensemble des modalités d'exercice par des dispositions contenues dans la règle permissive elle-même.

S'agissant de la *forme* du consentement, la solution ne semble pas irréaliste car le choix du formalisme « ne signifie pas forme *compliquée*, mais forme *impérative*, forme imposée, c'est-à-dire sans équivalent possible, pour donner valeur juridique à la manifestation de volonté »<sup>1295</sup>. La prescription d'une forme impérative à la manifestation de volonté d'exercer la faculté est matériellement possible, plusieurs règlements prévoient d'ailleurs ce mécanisme.

En revanche, l'édiction de prescriptions relatives à l'*existence* du consentement – question traditionnellement rattachée aux conditions de fond – apparaît de prime abord plus complexe. Comment pourrait-on prétendre proposer une théorie du consentement, telle qu'on la connaît dans les législations internes, dans le cadre de l'énoncé d'une simple règle permissive ? Si le Code civil français ne consacre que peu de dispositions à cette question, la jurisprudence est venue étoffer ce régime et il est indéniable que le droit positif français contient une réglementation très fournie qu'il ne serait pas opportun de vouloir transposer à l'échelle internationale<sup>1296</sup> – d'autant que l'on rencontrerait les difficultés générales énoncées quant à l'absence de consensus<sup>1297</sup>. Pourtant, il ne nous semble pas exclu que l'on puisse faire l'économie

---

en matière de contrats internationaux, les parties n'auront pas leur résidence habituelle dans le même pays et que cet article prévoit – potentiellement il est vrai étant donné qu'en pratique il n'y aura toujours qu'une partie qui tentera d'invoquer la disposition pour faire échec au choix de loi – deux lois différentes. Si telle est la loi qui apparaît la plus prévisible, alors pourquoi ne pas l'appliquer ? En réalité, un tel rattachement aboutirait à une application distributive des lois ce qui, en matière contractuelle, explique probablement qu'il n'ait pas été retenu.

<sup>1295</sup> V. J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études offertes à Georges Ripert*, Tome I, LGDJ, 1950, n°9, p. 101. Pour l'auteur, la distinction entre la forme et la preuve est elle-même délicate et il s'agit plus d'une différence de degré que de nature (spéc. n°6 p. 98).

<sup>1296</sup> Dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations du 25 février 2015, il s'agit de 14 articles regroupés dans la section « vices du consentement ».

<sup>1297</sup> La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise de 1980 en est une illustration puisque les États contractants ont prévu des règles uniformes quant à la formation du contrat mais non quant à sa validité. Pour notre part, on ne serait pourtant pas choqué de se contenter d'une règle matérielle, même pour la vérification de l'existence du consentement, étant donné que la théorie des vices du consentement ne nous semble pas un élément du droit français qu'il faille à tout prix conserver. Le caractère délictuel du dol et de la violence devrait permettre de sanctionner ce type de comportement et l'erreur n'y a selon nous pas sa place. Seule l'erreur obstacle nous semble devoir être prise en compte mais en ce qu'elle détruit l'existence d'un consentement, le détour par cette notion est donc inutile. Par conséquent, il n'existe qu'une alternative : soit il y a eu consentement soit il n'y a pas eu consentement. Sur ce point notre position est fortement inspirée des enseignements de GOUNOT (*Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, op. cit.*) : soit le comportement a pu faire naître une attente légitime soit il n'a pas pu. Dans un cas on peut dire qu'il y a eu consentement, ou plutôt apparence de consentement, ce qui doit être suffisant. Néanmoins, faute de pouvoir approfondir, dans le cadre de cette recherche, ces considérations, nous nous en tiendrons, à la position dominante.

de telles dispositions. D'abord parce que la théorie des vices du consentement, telle qu'elle est appréhendée en droit français, tout en permettant à l'auteur du consentement présumé de démontrer *a posteriori* qu'il n'a pas consenti, prévoit également des limites à la protection de l'existence du consentement. En effet, il s'agit d'accepter de tenir compte de certains indices, dans certains cas précis (par exemple une erreur excusable sur les qualités substantielles de la chose ayant déterminé le consentement<sup>1298</sup>), qui attestent que la personne n'a pas pu manifester son consentement. Mais en dehors de ces hypothèses, et quand bien même l'*errans* n'aurait pas *réellement* consenti (par exemple si son erreur est inexcusable), la jurisprudence s'en tient à une *apparence* de consentement. Or, dès lors que les règles de forme contribuent, au même titre que les vices de consentement, à établir qu'une personne a consenti, on peut parfaitement concevoir que le respect *a priori* de certaines prescriptions formelles suffise à réputer le consentement réel, quand bien même il faudrait se contenter dans certains cas – comme dans l'hypothèse précitée d'une erreur inexcusable – d'une apparence de consentement qui interdirait de s'interroger sur sa réelle portée<sup>1299</sup>. Il est parfaitement concevable de considérer qu'un formalisme informatif permettra de s'assurer que le consentement a été éclairé – ou du moins qu'il aurait dû l'être au vu des formalités requises – et de réserver seulement l'hypothèse où le consentement n'a pas été libre<sup>1300</sup>. Ensuite, dans la mesure où la règle permissive ne concernerait que les contrats qui excluent l'hypothèse d'une partie dite faible, la forme ne serait pas tant imposée au titre d'une mesure de protection que pour accroître la sécurité et la rapidité des transactions et garantir la protection des tiers<sup>1301</sup>. Sur ce point, même si le droit international privé des contrats a tendance à se montrer extrêmement laxiste quant aux exigences

---

<sup>1298</sup> Dans cet exemple, on peut d'ailleurs observer que l'erreur ne sera source de nullité que si elle est excusable. Dans le cas contraire, personne ne conteste le fait que l'*errans* n'a pas réellement consenti : son consentement a bien été vicié par son erreur, néanmoins étant donné son caractère inexcusable, elle ne devra pas permettre la nullité de l'acte en cause. Dans ce cas de figure, la théorie des vices du consentement se contente d'une simple *apparence* de consentement, si c'est en raison de l'extrême négligence du cocontractant, voire de sa bêtise, que son consentement a été vicié.

<sup>1299</sup> V. le parallèle effectué avec les effets de commerce : *infra* n°512 et sans préjudice de l'éventuellement sanction pénale qu'encourrait celui qui aurait forcé le destinataire de la faculté à consentir à son exercice contre sa volonté.

<sup>1300</sup> Il faudrait par conséquent ménager un équivalent du vice de violence tel qu'il est connu et sanctionné en droit positif.

<sup>1301</sup> Dans son célèbre article, FLOUR avait tenté de classer les différents objectifs poursuivis par les règles de forme, pour en retenir finalement trois, les règles de forme poursuivant fréquemment plusieurs d'entre eux. Dans la plupart des cas, la prescription d'une forme particulière est un moyen d'« éviter que (les) contrats soient conclus sans réflexion et de protéger les parties contre toute pression extérieure » ou de « sauvegarder les intérêts des tiers » ou encore constituer un « facteur de simplicité, de rapidité et de sécurité », v. « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études offertes à Georges Ripert*, Tome I, LGDJ, 1950, spéc. n°12 et s. p. 104.

formelles, le droit interne révèle qu'elles sont pourtant souvent usitées dans les relations d'affaires afin justement de simplifier et de sécuriser les transactions<sup>1302</sup>.

L'essentiel consisterait donc, non à se contenter de l'existence d'un choix *exprès*, exigence de fond, mais d'*imposer une forme* à la manifestation de ce choix qui devra *de facto* être expresse<sup>1303</sup>. Comme a pu le rappeler Madame H. GAUDEMET-TALLON à propos des règles permissives en droit international privé, « moins on sera exigeant sur la forme du choix, plus il y aura de risque d'incertitude »<sup>1304</sup>. À ce titre, on peut tout d'abord souhaiter que l'exercice de la faculté fasse l'objet d'une convention négociée par les parties, spécialement signée et incluant un formalisme informatif sur la portée du choix effectué, convention à défaut de laquelle l'exercice de la faculté ne serait pas valable<sup>1305</sup>. En cas de déclaration distincte par rapport au contrat principal, la convention devrait revêtir la mention expresse et manuscrite de la référence aux contrats<sup>1306</sup>. Il est en effet envisageable d'imaginer que, à l'instar des clauses types proposées par la CCI en matière d'arbitrage, une annexe de l'instrument contenant la règle permissive prévoit un libellé type en plusieurs langues à reproduire impérativement par les parties, par exemple : « Tout différend découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront tranchés définitivement en application de la loi de l'État X ». Par conséquent, toute idée de faveur à l'égard de la validité formelle devrait être exclue. Dans ces conditions, si l'édition d'une règle de forme nous paraît suffisante, encore faudrait-il que la forme imposée soit assez contraignante pour que puisse naître une attente légitime quant à l'exercice effectif de la faculté.

---

<sup>1302</sup> V. par exemple le formalisme en matière de lettre de change (articles L. 511-1 à L. 511-6 du Code de commerce), de chèque ou de billets à ordre. Sur le retour du formalisme en droit interne : V. *Defrenois*, 2000, p. 867 et s.

<sup>1303</sup> V. pour l'exigence d'un choix *exprès* : T. AZZI, « La volonté tacite en droit international privé », *Travaux comité français DIP*, 2010-2012, Pédone.

<sup>1304</sup> V. H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé, richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI* 2005, tome 312, n°349 p. 321.

<sup>1305</sup> V. en ce sens C. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes*, *op. cit.*, p. 109, qui insiste sur le caractère opportun d'un accord librement négocié comme dans le Règlement Rome II (v. article 14).

<sup>1306</sup> L'article 8 du Projet de Règlement sur le droit commun de la vente prévoit quant à lui un tel mécanisme : « L'application du droit commun européen de la vente requiert une convention des parties à cet effet. Les conditions d'existence et de validité d'une telle convention sont déterminées sur la base des paragraphes 2 et 3 du présent article, de l'article 9, ainsi que des dispositions pertinentes du droit commun européen de la vente. 2. Dans les contrats entre professionnels et consommateurs, la convention d'application du droit commun européen de la vente n'est valable que si le consentement du consommateur est donné par une déclaration expresse distincte de celle exprimant son accord pour conclure un contrat. Le professionnel délivre au consommateur une confirmation de cette convention sur un support durable (...) ». L'intérêt de cette disposition est qu'elle englobe la question de la validité matérielle et au fond. En d'autres termes, tous les éléments de la règle permissive sont concentrés dans une seule et même disposition, ce qui est souhaitable. En revanche, sur la question de la méthode, on ne peut que regretter que le Règlement prévoit sa propre règle permissive alors qu'il en existe déjà une dans le Règlement Rome I. Sur cette problématique : v. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, n°959-1, p. 496.

S'agissant des règles permissives venant pallier l'inexistence d'un consensus, la détermination des modalités d'exercice de la faculté doit obéir à des considérations différentes puisque de telles règles se manifestent surtout en droit de la famille. Il convient à présent de les étudier.

## **B – Modalités d'exercice des règles permissives venant pallier l'inexistence d'un consensus**

**502.** Les règles permissives maintenues en raison de l'absence de consensus se trouvent principalement en droit de la famille. Par conséquent, les exigences relatives aux modalités d'exercice de la faculté ne répondent pas aux mêmes impératifs qu'en droit des contrats. Tandis qu'en matière contractuelle les modalités d'exercice peuvent contribuer à renforcer la sécurité et la rapidité des transactions, en droit de la famille il est essentiel de s'assurer de la réalité du consentement et de la conscience de la ou des parties des conséquences de l'exercice de la faculté.

La problématique est également différente dans la mesure où la règle permissive propose toujours en la matière un choix restreint de lois éligibles – une option est le plus souvent offerte entre la loi de la résidence habituelle et la loi de la nationalité. Néanmoins, les propos énoncés dans le paragraphe précédent relatifs au rôle des prescriptions formelles peuvent être réitérés ici. Si la forme peut être « un instrument d'extériorisation de la volonté », c'est-à-dire permettant de s'assurer de la volonté d'exercer la faculté, elle peut également constituer, en droit de la famille, un mode de protection du consentement. Ce formalisme doit néanmoins être parfaitement adapté à la matière en cause. Comme le rappelle Monsieur DELAPORTE dans sa thèse : « Les actes juridiques se rapportant au droit de la famille sont tous formalistes (...) et n'entraînent la production des effets voulus par les parties que si leur volonté a été exprimée dans les formes légales »<sup>1307</sup>. Au vu de la gravité et des conséquences mises en œuvre, l'intervention d'un spécialiste du droit à même de conseiller les parties devrait être requise – un notaire en France ou tout officier public qui aurait une fonction équivalente. Cela éviterait le recours à certains correctifs complexes, comme en matière d'obligation alimentaires, qui sous-entendent que la partie n'a pas réalisé la portée de son choix. Aussi, les modalités d'exercice de la faculté devraient être imposées par la loi de la résidence habituelle, tout en imposant certaines formules expresses. L'intervention d'un notaire par la réalisation d'un acte notarié prévoyant le choix de loi et l'éventuel engagement de sa responsabilité dans le cas où il n'aurait pas permis aux parties de mesurer la portée du choix, permettrait de renforcer la protection du consentement.

---

<sup>1307</sup> V. V. DELAPORTE, *Recherche sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, *op. cit.*, n°2 bis, p. 15.

## §II – L’encadrement de l’objet de la faculté

**503.** S’agissant de l’objet de la faculté, la question se pose cette fois directement en fonction de la raison d’être de la règle permissive : soit qu’il s’agisse de pallier l’inexistence d’un rattachement satisfaisant soit d’en faire un instrument de consensus. Pour ces dernières, que l’on rencontre principalement dans le droit international privé de la famille, la limitation de l’objet du choix n’est pas discutée. Tous les instruments ayant introduit une telle règle en la matière prévoient une limitation plus ou moins stricte, souvent révélatrice des points de désaccords des États ayant élaboré la règle de conflit uniforme sur les rattachements pertinents. Mais si un rattachement unique n’a pas pu émerger, l’exigence d’un rattachement fort entre la loi élue et la situation des intéressés est toujours requise. Monsieur B. AUDIT justifie cette solution en droit international privé de la famille en affirmant que « l’idée n’est que de permettre aux parties de lever elles-mêmes l’incertitude sur la loi applicable (...) il n’y a aucune raison de ne pas restreindre le choix de la loi à celles présentant un lien objectif avec la situation », ce qui ne peut qu’emporter notre conviction. *A contrario*, il ne lui semble pas opportun de limiter l’objet du choix dès lors qu’est en cause l’« idée de facilitation du commerce international »<sup>1308</sup>. Les raisons invoquées pour justifier le maintien, à titre subsidiaire, des règles permissives nous conduisent à nous inscrire à l’encontre de cette doctrine pourtant majoritaire. En effet, l’idée de facilitation du commerce internationale n’est pas remise en cause dès lors qu’il s’agit, en amont, d’éviter que ce choix puisse être neutralisé en aval, notamment par l’intervention d’une loi de police.

Les développements suivants tentent de réfléchir à l’opportunité d’une limitation de l’objet du choix dans les domaines où la règle permissive doit pallier l’absence d’un rattachement suffisamment pertinent, c’est-à-dire principalement en matière contractuelle. En illustrant notre propos par les règles de conflit de lois au sein de l’Union européenne, il est nécessaire de s’interroger spécialement sur deux points distincts. Tout d’abord, certaines remarques nous semblent nécessaires quant aux règles permissives avec réserve matérielle propres aux contrats intra-européens pour lesquelles il faudrait proposer, sans même qu’il soit besoin d’adhérer à notre conception critique des normes permissives, une limitation de l’objet du choix (A). Ensuite, nous pourrions nous pencher sur la solution générale à préconiser en matière contractuelle (B).

---

<sup>1308</sup> V. B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d’universalité », *RCADI* 2003, tome 305, note n°300.

## A – La transformation des règles permissives avec réserve matérielle relatives aux contrats intra-européens

504. On a évoqué précédemment les règles dites permissives avec réserve matérielle. Il s'agit des règles qui, tout en octroyant à leur destinataire une faculté de choix, limitent l'efficacité de ce choix qui ne pourra porter atteinte à l'application de certaines dispositions impératives d'une loi désignée objectivement. Autrement dit, si le choix de loi est autorisé, la loi choisie devra s'effacer derrière les dispositions *simplement* impératives d'une loi tierce, alors qu'en principe seules les dispositions *internationalement* impératives devraient provoquer la neutralisation du choix<sup>1309</sup>.

L'article 3 du Règlement Rome I prévoit ainsi, dans son paragraphe 4, une réserve matérielle à l'égard des contrats intégrés à l'Union européenne au moment du choix. Il y est précisé que « le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un État membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'État membre du for »<sup>1310</sup>. En l'espèce et contrairement aux autres règles du même type insérées dans le Règlement<sup>1311</sup>, cette adaptation de la règle permissive n'est pas mue par un impératif de protection mais a davantage pour but, à l'instar de l'article 3 paragraphe 3 de la Convention de Rome repris dans le Règlement Rome I, d'éviter que les parties à un contrat rattaché à un seul et même espace, doté d'une réglementation uniforme, ne se soustraient volontairement à des réglementations impératives. Le mécanisme proposé par l'article 3 paragraphe 3 ne nous convainc pas dès lors qu'un résultat similaire pouvait être obtenu plus simplement par une limitation de l'objet du choix, c'est-à-dire en limitant le choix de loi aux législations des États membres.

505. L'article 3 paragraphe 3 précité devait déjà permettre d'éviter que les parties à un contrat interne puissent, par un choix de loi applicable, se soustraire aux dispositions internes impératives. La connaissance par les contractants internes du droit international privé et de la règle permissive offerte aux contractants en matière internationale ne devait pas leur permettre de se soustraire aux réglementations internes impératives. Si la justification de la règle est tout à fait légitime – éviter de rendre l'ensemble du droit des contrats internes supplétif dans la seule limite de l'application des lois de police – la méthode employée nous paraissait déjà discutable.

---

<sup>1309</sup> V. *supra* n°423 et s..

<sup>1310</sup> Sur cette disposition, v. L. D'AVOUT, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2165.

<sup>1311</sup> V. *supra* n°273 et n°295 et s.

En effet, l'article 3§3, s'il présente les attributs extérieurs de la règle permissive de droit international privé, ne permet pas aux parties d'effectuer un choix de loi en tant que tel mais simplement de mettre en œuvre la règle permissive du droit interne concerné qui autorise, pour de nombreux aspects du droit des contrats, à s'écarter des règles supplétives et à prévoir d'autres solutions. Ainsi, en droit interne, rien ne s'oppose à ce que les contractants s'inspirent, voire reprennent à la lettre, les dispositions d'un droit étranger. La référence ou le renvoi à certaines dispositions du droit allemand dans un contrat français ne rend pas la loi allemande, ni une partie de cette loi, applicable pour autant. Les parties sont parfaitement libres de déterminer le contenu des stipulations contractuelles dans la limite du domaine des règles supplétives. Il était donc regrettable que les auteurs de la Convention de Rome puis du Règlement aient, par cette disposition, opéré un rapprochement confus entre la règle permissive du droit interne et la règle permissive de droit international privé<sup>1312</sup>. Cela l'était d'autant plus que l'article 3 paragraphe 3 pouvait suggérer que, allant au-delà d'une simple contractualisation de la loi choisie, il rendait les dispositions impératives de cette loi applicable, ce qui aurait pu surprendre les parties toutes les fois que les contours de l'impératif et du supplétif dans une législation étrangère différaient de celles de la législation française.

Néanmoins, dès lors que la justification de la règle était légitime, pouvait-on véritablement s'en passer ? En réalité, il était très simple de l'éviter mais les auteurs des deux textes ont eux-mêmes créé la nécessité de cette précision en ne prenant pas la peine de circonscrire la notion d'internationalité du contrat. En effet, dès lors que le domaine de l'instrument contenant la règle permissive ne comprenait que les seuls contrats internationaux, la règle permissive octroyant une faculté de choix de loi était *de facto* exclue pour les contrats de droit interne. L'article 3 paragraphe 3 peut être perçu comme l'aveu d'une mauvaise délimitation du domaine du Règlement qui prévoit dans son article 1 paragraphe 1 son application aux situations comportant un conflit de lois<sup>1313</sup>. Pourtant, un mécanisme similaire a été retenu pour les contrats intra européens et une fois encore, si l'objectif poursuivi est louable, le moyen employé est contestable.

---

<sup>1312</sup> V. néanmoins la jurisprudence critiquable de la Cour de cassation sur les clauses Paramount qui étend le domaine de la réglementation impérative au-delà du champ d'application prévu par le législateur. La Cour opère ainsi une confusion préjudiciable entre un choix de dispositions matérielles par les parties – choix qui relève de leur liberté contractuelle en droit interne – et un choix de loi en droit international privé qui emporte l'application des dispositions supplétives et impératives de la loi choisie. La Cour de cassation a en effet pu décider que lorsque les parties choisissent de soumettre leur contrat à la Convention de Bruxelles du 25 août 1925, elles ne peuvent s'affranchir des dispositions qui seraient impératives si la convention était applicable de plein droit : Com. 4 févr 1992, *Rev. crit DIP*, 1992, p. 495, note P. LAGARDE.

<sup>1313</sup> V. en ce sens V. HEUZÉ et P. MAYER, *Droit international privé*, n°738, p. 523 et les propositions des auteurs.



506. S'agissant des contrats intra européens, la question pouvait *a priori* sembler plus problématique étant donné qu'un contrat entièrement intégré à l'Union européenne n'en demeure pas moins un contrat international, c'est-à-dire susceptible d'entraîner la mise en œuvre des règles du droit international privé. Néanmoins, l'article 3 paragraphe 4 revient lui aussi à empêcher les parties de se référer à des dispositions impératives autres que celles émanant de l'Union européenne. En définitive, s'agissant des dispositions impératives, les parties ne peuvent s'affranchir des législations des États membres. Or ici également, cela revient à dire que les parties peuvent uniquement se référer à la législation d'États tiers pour les dispositions supplétives. Par conséquent, il ne s'agit encore une fois que de la liberté contractuelle consacrée par les législations internes des États membres. Lorsque les questions sont régies par des dispositions supplétives, les parties peuvent décider de s'inspirer du droit chinois, californien ou inventer des solutions inédites, liberté qui leur est octroyée par les législations internes des États membres.

Encore une fois, il ne s'agit pas ici de dire que le paragraphe 4 de l'article 3 devrait être supprimé dans son esprit. À l'heure où l'Union européenne s'achemine vers une fédération d'États nations prévoyant un niveau minimum de réglementations impératives voire une uniformisation du droit des contrats<sup>1314</sup>, il est souhaitable que les contrats intégrés à cet espace respectent les règles qui le régissent. Une solution qui nous semble toutefois beaucoup plus judicieuse serait de prévoir une règle permissive spécifique à ces contrats dont l'objet du choix serait limité. Seules les législations des États membres pourraient être éligibles, ce qui permettrait de maintenir un niveau de protection suffisant tout en évitant la nécessité de recherches quant à la compatibilité des dispositions impératives du droit de l'Union avec celles d'un état tiers. La loi de l'État membre ainsi choisie fixerait elle-même le champ du « supplétif » et donc la marge de liberté dont disposeraient les parties dans l'élaboration de leur contrat. Cette solution permettrait également d'éviter un éventuel conflit entre les lois de transposition des directives européennes<sup>1315</sup>.

Il faut enfin souligner que cette solution ne vise qu'à reformuler une règle existante pour arriver à un résultat proche de celui qui est consacré aujourd'hui par le Règlement Rome I. Mais la règle proposée aurait le mérite de gagner en simplicité tant il a été montré que la mise en œuvre des règles permissive qui contraignent le

---

<sup>1314</sup> V. le projet de droit commun de la vente perçu par certains comme le signe de cette volonté au niveau européen, même s'il a été retiré récemment par la Commission européenne qui propose de le restreindre aux contrats conclus par voie électronique : *Annex II to the communication from the commission to the european parliament, the council, the european economic and social committee and the committee of the regions, commission work programme 2015, a new start*, du 16 décembre 2014 (COM(2014) 910 final), v. *infra* n° 41, note de bas de page n°101.

<sup>1315</sup> Sur cette difficulté, v. la note de L. D'AVOUT, *D.* 2014, p. 60 à propos de CJUE, 3<sup>ème</sup> Chambre, 17 octobre 2013, *Unamar c/ Navigation Maritime Bulgare*, C-184/12.

juge à l'identification des dispositions impératives du droit de l'Union n'est pas des plus aisées ; elle nuit à la sécurité juridique et donc à l'efficacité. Mais, dans notre perspective d'encadrement des normes permissives en raison de leur vocation subsidiaire, il faut encore se demander comment, en dehors d'un espace de réglementations harmonisées, l'objet du choix peut être encadré.

## **B – La limitation généralisée de l'objet du choix en matière contractuelle**

507. En matière contractuelle, pour les contrats pour lesquels il n'existe pas de rattachement véritablement satisfaisant, il peut être opportun de recourir aux normes permissives. Cette solution se voit d'ailleurs confortée par l'observation que, dans le droit du commerce international et plus spécialement des contrats internationaux, la règle permissive est en passe de devenir en elle-même une règle prévisible, tant son emprise s'est étendue à des législations toujours plus nombreuses<sup>1316</sup>. En d'autres termes, la possibilité dans les relations commerciales internationales impliquant des professionnels de choisir la loi applicable au contrat peut être considérée comme une solution prévisible pour les parties<sup>1317</sup>. Ce constat nous incite à nous interroger sur l'opportunité de ne conserver la règle permissive que dans le cas des contrats pour lesquels le Règlement Rome I ne prévoit pas de rattachement spécifique. Nous serions en effet tentés de croire que les différentes règles de conflit bilatérales consacrées par le Règlement Rome I usent chacune d'un rattachement à la fois prévisible et qui a fait l'objet d'un consensus au-delà des États (en matière de vente, de contrat de prestation de service, de droit réel immobilier...). Un retour en arrière en matière contractuelle ne nous semble toutefois ni réaliste ni surtout correspondre à la tendance dominante actuelle<sup>1318</sup> et, pour ces raisons, il semble que le principe de l'existence de la règle permissive doit

---

<sup>1316</sup> V. dans ce sens l'évolution constatée à la lecture de « La loi des contrats internationaux », Livre II, *Joly Contrats internationaux.*, n°115 et s. p. 63 et s. On constate d'ailleurs que, même dans les pays où les règles permissives sont en principe expressément exclues, telle que la Colombie, nombreux sont les praticiens qui recourent à des clauses de choix de loi dans leurs contrats internationaux.

<sup>1317</sup> Il ne s'agit pas ici de remettre en cause le défaut intrinsèque des normes permissives en général au regard de la prévisibilité mais seulement de constater qu'au vu de l'ancienneté de la règle permissive en matière de contrats internationaux et de sa présence dans de nombreuses législations, le fait de pouvoir choisir la loi applicable au contrat international peut aujourd'hui correspondre à une attente *raisonnable* des individus.

<sup>1318</sup> V. notamment les travaux de la conférence de La Haye sur l'adoption d'une convention sur le choix de loi : « Le projet révisé de Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats commerciaux internationaux », Doc. pré-l. révisé n° 6 de juillet 2014. Sur le projet, v. P. DEUMIER, B. FAUVARQUE-COSSON, « Un nouvel instrument du droit souple international. Le "projet de Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux" », *D.* 2013, p. 2185 ; S.C SYMÉONIDES, « L'autonomie de la volonté dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 843.

être maintenu<sup>1319</sup>. Néanmoins, même en s'inscrivant dans le sens de cette évolution, il est encore possible d'encadrer ces règles en imposant l'existence d'un lien entre la loi choisie et la transaction<sup>1320</sup>.

**508.** En d'autres termes, il paraît opportun de limiter l'objet du choix à des lois qui ont un titre légitime à appréhender le contrat. Évidemment, il n'est pas question ici des dispositions supplétives que les parties auront toujours la liberté de soumettre à une loi tierce, voire à une convention internationale. Il ne s'agit nullement de l'exercice d'une faculté de la règle permissive de droit international privé mais uniquement de l'étendue de la liberté contractuelle au sein de la loi applicable. Par conséquent, s'agissant du véritable exercice de la faculté, l'objet du choix devra être limité aux lois des États qui présentent un lien significatif avec le contrat. Mais le projet peut dès lors s'annoncer « kafkaïen », compte tenu des difficultés pour déterminer quels pourraient être, *a priori*, ces liens significatifs.

Peut-être peut-on tout d'abord opérer cette délimitation de manière négative : certains rattachements semblent être majoritairement disqualifiés. Ainsi en est-il du lieu de conclusion du contrat, qui apparaît soit purement fortuit, soit difficilement identifiable à l'heure de la conclusion fréquente des contrats par des échanges dématérialisés. La nationalité des parties peut-elle aussi être disqualifiée en raison du lien faiblement significatif qu'elle incarne<sup>1321</sup>.

De manière positive, d'autres rattachements sont considérés comme davantage significatifs. Ainsi en est-il de la résidence du débiteur de la prestation caractéristique, rattachement objectif retenu par la Convention de Rome et le Règlement Rome I, lui-même inspiré du droit suisse et des travaux de SCHNITZER<sup>1322</sup>. La résidence habituelle d'un des contractants nous semble en effet un rattachement significatif : il localise le rapport compte tenu des activités principales des cocontractants. Mais la règle de conflit objective a dû trancher entre l'une ou l'autre des activités et a retenu celle qui se traduirait par la fourniture d'une prestation autre que monétaire. Si l'on conçoit la nécessité d'un arbitrage en faveur d'un critère unique de la règle de conflit de lois, afin d'écartier les dangers inhérents à une méthode impressionniste<sup>1323</sup> en termes de prévisibilité, il faut avouer que ce

---

<sup>1319</sup> À l'exclusion toutefois des contrats impliquant une partie faible – contrats de travail, de consommation... v. nos propos *supra* n°467.

<sup>1320</sup> Contrairement au projet précité qui énonce qu'« aucun lien n'est requis entre la loi choisie et les parties ou leur transaction ».

<sup>1321</sup> V. nos propos *supra* n°488.

<sup>1322</sup> V. A. F. SCHNITZER, « La loi applicable au contrat », *Rev. Crit. DIP* 1955, p. 459 et « Les contrats internationaux en droit international privé suisse », *RCADI* 1968.I, tome 123, p. 543 et s. ; v. également sur cette notion : M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, *Economica*, 2002, préf. L. AYNÈS.

<sup>1323</sup> Quand bien même, la règle limiterait le nombre des indices pouvant être pris en considération au nombre de deux.

choix encourt certaines critiques. Certains dénoncent « un inconvénient majeur : créer un effet anti-concurrentiel en favorisant les professionnels installés dans les pays à faibles contraintes par rapport aux professionnels installés dans des États moins libéraux », ce qui oblige ces derniers à « répercuter dans les prix qu'ils pratiquent le coût des obligations les plus lourdes qui leur sont imposées (garanties, conseil, assurance... etc) »<sup>1324</sup> ; quand d'autres rappellent les difficultés liées à l'identification de cette prestation caractéristique pour certains contrats complexes<sup>1325</sup>. Néanmoins, malgré ces débats, aucun auteur ne conteste la pertinence du rattachement à la résidence habituelle, c'est l'identité du contractant dont la résidence est retenue qui, pour différentes raisons – distorsion de concurrence et difficulté d'identification de la prestation caractéristique –, est critiquée. Mais dans la mesure où il s'agit pour nous de délimiter les rattachements présentant un lien significatif, il semble que tant les lois des résidences habituelles de chacun des cocontractants pourraient être retenues. Par ailleurs, il n'est pas souvent contesté que le lieu d'exécution du contrat est « révélateur du centre de gravité du contrat »<sup>1326</sup>, les critiques à l'encontre à l'égard d'un tel rattachement visant principalement les difficultés de mise en œuvre à titre de rattachement de principe – notamment lorsque ce lieu est d'une identification difficile. Mais il n'existe donc pas de véritable obstacle à ce que la loi du lieu d'exécution du contrat puisse faire partie du cercle des lois éligibles, dès lors que ce lieu aura été précisé dans le contrat par les parties au moment du choix.

Aussi, à côté de la loi de la résidence habituelle de chacun des cocontractants – qu'il soit créancier ou débiteur de la prestation caractéristique –, on pourra adjoindre la loi du lieu d'exécution du contrat. Évidemment, il sera toujours possible de faire valoir que les parties pourront artificiellement jouer sur ces points de rattachement par l'effet de leur volonté et ainsi élargir indirectement l'objet du choix. Cet argument ne nous semble pourtant pas dirimant pour deux raisons principales.

D'une part, parce que si cette manipulation sera possible dans certains contrats, elle sera impossible dans de nombreux autres. Par exemple, si le contrat a pour objet la construction d'un immeuble à l'étranger, il sera difficile de modifier son lieu d'exécution. Par ailleurs, cet écueil n'est pas propre aux normes permissives. Ainsi, de nombreuses règles de conflit permettent indirectement à la volonté individuelle de jouer un rôle : tel est le cas de la règle de conflit française en matière de partenariat enregistré qui prévoit l'application de la loi du lieu d'enregistrement.

---

<sup>1324</sup> V. M. AUDIT, S. BOLLÉE, P. CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 2014, n°171, p. 141

<sup>1325</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, n°901, p. 418

<sup>1326</sup> V. en ce sens : M. AUDIT, S. BOLLÉE, P. CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 2014, n°171, p. 141

Si les parties décident, par exemple, de se déplacer pour enregistrer leur partenariat en Hollande et revenir vivre en France, libres à elles. Ce « choix » de la loi hollandaise ne se fait qu'indirectement et oblige les parties à adopter un comportement actif qui peut par ailleurs leur faire prendre conscience de l'incidence de ce choix. À l'image de la consécration du caractère réel de la donation afin de permettre à celui qui se dessaisit de l'objet de réaliser l'importance de son geste, celui qui se déplace en Hollande mesure mieux l'incidence d'un enregistrement de son PACS à l'étranger par les autorités néerlandaises.

D'autre part, même si la manipulation de la localisation n'est jamais inévitable, on pourra alors retrouver une certaine utilité à la réserve de fraude qui, dès lors que le choix n'est pas infini, retrouve une légitimité<sup>1327</sup>. En effet, il a déjà été montré<sup>1328</sup> que la possibilité de choisir n'importe quelle loi pour régir le contrat rend la caractérisation de la fraude impossible : dès lors qu'il n'existe pas d'élément légal, elle ne peut être caractérisée<sup>1329</sup>. En revanche, si l'objet du choix est limité, il est alors possible de montrer, notamment à propos du lieu d'exécution du contrat, que celui-ci a été déterminé uniquement afin d'échapper aux lois éligibles et de faire tomber le contrat sous l'empire d'une loi qui n'aurait aucun lien avec la transaction<sup>1330</sup>.

~

**509.** Le renforcement de l'efficacité des normes permissives doit venir principalement de l'encadrement de sa structure, au stade de la détermination du contenu de la norme par son auteur. Néanmoins, cet encadrement en amont n'empêche pas le juge de disposer d'un certain rôle en aval, au stade de la mise en œuvre des règles permissives, afin de garantir l'efficacité du système mis en place.

---

<sup>1327</sup> V. *infra* n°516.

<sup>1328</sup> V. V. HEUZÉ, *bull. Joly*, art. préc.

<sup>1329</sup> Sauf à rendre un contrat interne artificiellement international.

<sup>1330</sup> On peut dès lors songer à utiliser le concept de fraude ou d'abus, pour l'utilisation de ces notions, v. B. AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, coll. « Bibl. de droit international privé », vol. XVIII, 1974 ; S. CLAVEL, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *TCFDIP*, éd. Pédone 2013, p. 255 et s. ; E. CORNUT, « Forum shopping et abus de choix de for en droit international privé », *JDI* 2007 p. 27.



**SECTION II**  
**L'ENCADREMENT DES NORMES PERMISSIVES**  
**AU STADE DE LA MISE EN ŒUVRE**

**510.** Si l'essentiel de l'encadrement des normes permissives doit intervenir au stade de leur élaboration par l'auteur de la norme, il n'est pas inutile de ménager au juge un certain pouvoir de contrôle au stade de leur application. Ce contrôle doit porter sur deux éléments distincts : d'abord, le juge devra vérifier que la faculté a été effectivement mise en œuvre par les parties ; ensuite, l'objet du choix devrait, à titre exceptionnel et notamment par le biais de la fraude, pouvoir être contrôlé par le juge. Au stade de l'application des normes permissives, il nous faut donc proposer un encadrement strict quant au contrôle de l'exercice de la faculté (§I) et un encadrement exceptionnel quant à l'objet du choix (§II).

**§I – Encadrement strict du contrôle de l'exercice de la faculté**

**511.** Dans nos précédents développements<sup>1331</sup>, nous avons proposé que les modalités d'exercice de la faculté de choix soient strictement encadrées. En matière contractuelle, dès lors que la faculté de choix doit être exclue des contrats impliquant une partie faible, les prescriptions formelles doivent être un moyen d'assurer, outre la protection du consentement des parties, la sécurité et la rapidité des transactions. Au contraire, en droit de la famille, il s'agit de renforcer la protection du consentement de la ou des parties. Il convient néanmoins de s'interroger sur la manière dont ce formalisme sera accueilli par les tribunaux. En effet, comme l'a montré le doyen FLOUR, ce formalisme est appréhendé de manière préventive par le législateur, tandis que le juge interviendra systématiquement *a posteriori* et devra se prononcer au stade de la sanction<sup>1332</sup>. Dans nos deux hypothèses, les enjeux du formalisme n'étant pas identiques, la réponse du juge en termes de sanction pourra être, elle-aussi, différenciée.

**512. Contrôle de l'exercice de la faculté en matière contractuelle.** Dès lors que les clauses de choix de loi sont perçues comme un moyen de faciliter et d'encourager le commerce international, il est nécessaire que ces clauses puissent assurer le rôle qui leur est dévolu, à savoir la prévisibilité par les parties de la loi applicable. Il peut alors s'avérer nécessaire que le juge ait un réel pouvoir de contrôle de la validité de l'expression du consentement, si l'on décide, comme nous le proposons, que le consentement se déduise du respect de certaines prescriptions formelles. Par conséquent, l'existence de clauses contradictoires ou insuffisamment

---

<sup>1331</sup> V. *supra* Section I, n°493 et s.

<sup>1332</sup> V. J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », art. préc., n°19, p. 112.

précises devrait conduire le juge, non à rechercher laquelle des deux clauses doit être privilégiée, mais à constater l'absence d'accord entre les parties qu'il serait alors inutile de tenter de reconstituer au moment du procès. En réalité, le juge doit procéder à une seule vérification : que la faculté de choix a bien été mise en œuvre par les parties et la constatation du respect des prescriptions formelles devrait suffire, de manière irréfragable, à réputer la faculté exercée ; à l'opposé, leur non-respect devrait aboutir au constat de l'absence d'exercice de la faculté<sup>1333</sup>. Pour ce faire, et en lieu et place de la jurisprudence hésitante en la matière<sup>1334</sup>, il convient de consacrer une véritable règle permissive à l'égard du juge, en lui octroyant la faculté de relever d'office l'absence d'exercice de la faculté. L'introduction d'un formalisme dans le monde des affaires est d'ailleurs loin d'être un procédé nouveau. Certes, le formalisme est principalement utilisé par le législateur contemporain à titre de protection, que ce soit par un formalisme informatif ou requis *ad validitatem*<sup>1335</sup>, mais il subsiste également en contribuant, par l'emploi de titres stéréotypés, à assurer la rapidité et la sécurité des transactions. Procédé très ancien, la lettre de change en est une illustration intéressante<sup>1336</sup>. Pour recevoir la qualification de lettre de change, le titre doit contenir certaines mentions, prescrites à titre obligatoire par législateur comme la dénomination de la lettre de change, le nom du débiteur, le lieu du paiement... Le formalisme est ici essentiel en raison du caractère abstrait du titre si l'on veut qu'il puisse assurer sa fonction de moyen de paiement de manière efficace. Or si la jurisprudence a pu admettre que l'absence de certaines mentions puissent être supplées par d'autres<sup>1337</sup>, il n'en demeure pas moins que le juge dispose en la matière d'un pouvoir important. Les juges bénéficient ainsi du pouvoir de relever d'office la non-conformité du titre aux prescriptions de la lettre de change<sup>1338</sup>. Ce pouvoir ne vient pas du souci de protéger l'une des parties mais d'assurer la sécurité, donc l'efficacité et *a fortiori* la pérennité de ce moyen de paiement. Une telle solution

<sup>1333</sup> Sur l'exigence d'une forme particulière imposée à l'exercice de la faculté, allant au-delà de l'exigence d'un choix exprès, v. nos propos *supra* n°501.

<sup>1334</sup> Pour une présentation des hésitations de la jurisprudence en pareille hypothèse quant aux clauses d'arbitrage et d'élection de for : v. L. PERREAU-SAUSSINE, « Le conflit entre clause compromissoire et clause attributive de juridiction », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit, Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 611.

<sup>1335</sup> V. en ce sens : X. LAGARDE, « Observations critique sur la renaissance du formalisme », *JCP G* 1999, I, 170.

<sup>1336</sup> Définie comme le « titre par lequel le tireur donne l'ordre au tiré de payer au bénéficiaire une certaine somme d'argent à une date déterminée », son régime prévu par les articles L. 511-1 et suivant du Code de commerce est issu du décret-loi du 30 octobre 1935, lui-même façonné à partir des conventions internationales signées à Genève le 7 juin 1930, v. pour cette présentation : S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *Droit bancaire*, Economica, 2011, n°284, p. 302.

<sup>1337</sup> V. par exemple : Com., 12 octobre 1993, *JCP* 1993, II 23738, note E. BAZIN ou Com. 26 mai 2010, *D.* 2010, p. 1476, obs. X. DELPECH.

<sup>1338</sup> V. en ce sens : Com., 16 juillet 1973, n°72-11035.



pourrait donc être transposée s'agissant du contrôle de l'exercice de la faculté de choix en matière contractuelle.

**513.** Si la solution peut surprendre pour plusieurs raisons, chacune d'entre elles doit pourtant être écartée. D'abord, il est vrai que l'octroi d'une règle permissive à l'égard du juge a toujours suscité une grande méfiance dans la doctrine de droit international privé en raison des risques d'arbitraires que cela engendrerait<sup>1339</sup>. Néanmoins, on a d'ores et déjà montré qu'au stade de l'application des règles de droit, l'invocation de l'impératif de prévisibilité n'était pas pertinente et que, paradoxalement, l'arbitraire pouvait parfaitement être introduit dans le litige, non par l'octroi d'une règle permissive, mais par l'obligation faite au juge de découvrir une volonté soi-disant réelle des parties. Dans le cadre d'une mission relevant parfois de l'art divinatoire, une telle prescription au juge s'avère fort dangereuse puisqu'elle le contraint à entrer dans une casuistique qui est, elle, source d'insécurité. Le juge doit s'en tenir aux comportements des parties et aux attentes légitimes qu'elles ont pu raisonnablement faire naître chez leurs contractants et non à ce qu'elles avaient secrètement à l'esprit.

Ensuite, contrairement aux règles permissives qui s'adressent aux parties et qui impliquent une véritable liberté quant à l'exercice de la faculté – et parallèlement une neutralité de la part du législateur quant à l'opportunité de son exercice par les parties –, il n'en est pas de même pour le juge dont la « liberté » d'exercer ou non une faculté au sens de bon vouloir n'a pas de sens en dehors de la poursuite d'un objectif particulier<sup>1340</sup>. Dès lors que la faculté est octroyée au juge de mettre en œuvre une certaine prérogative, le législateur « s'en remet à la prudence des magistrats pour apprécier l'opportunité d'en faire usage selon les circonstances de la cause »<sup>1341</sup>. En matière de prescription formelle, il semble en effet sage de s'en remettre à la prudence des magistrats car « si la forme est la sœur jumelle de la liberté, elle est aussi cousine de la mauvaise foi »<sup>1342</sup>. Comme l'avait déjà montré FLOUR, les prescriptions formelles ne doivent pas permettre aux parties de se

---

<sup>1339</sup> V. *supra* n°356 et s.

<sup>1340</sup> V. *supra* n°82 et n°135, note de bas de page n°367.

<sup>1341</sup> V. en ce sens : Civ. 2<sup>ème</sup>, du 7 décembre 1973, 73-10187 et Civ. 2<sup>ème</sup>, du 30 juin 1976, 75-10033.

<sup>1342</sup> V. M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préface J. GHESTIN, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 411, 2004, p. 783. Par ailleurs, si la jurisprudence de la Cour de cassation est parfois critiquée en matière de formalisme pour ce qui a trait à la sanction du non-respect des conditions en matière de cautionnement par une personne physique, elle est le plus souvent approuvée. Les juges font davantage preuve d'une prise en compte satisfaisante de la *ratio legis* en ne permettant pas l'annulation du contrat de cautionnement dans les cas où certaines omissions, de ponctuations par exemple, n'ont pas altéré le sens des mentions manuscrites et ont ainsi rempli le rôle qui leur est dévolu puisqu'elles ont permis à la caution de mesurer la portée de son engagement. Si l'on peut sans conteste adhérer aux critiques formulées à l'encontre du législateur quant à l'utilisation de ce formalisme à titre de protection, il nous semble que les juges font globalement une application raisonnée de ces textes, même si cette appréciation générale n'empêche pas l'existence de décisions critiquables.

réfugier derrière une irrégularité formelle pour se ménager la possibilité d'écarter la loi choisie. Il ne faudrait donc pas, alors que la question n'a pas été soulevée devant les juges du fond, que l'exercice de la faculté puisse être remis en cause devant la Cour de cassation. Le ménagement d'une faculté au juge sur ce point lui permettrait ainsi de maintenir un équilibre satisfaisant.

**514. Contrôle de l'exercice de la faculté dans le droit de la famille.** En revanche, en matière de droit de la famille et dès lors que le formalisme est exigé à des fins de protection, il est nécessaire que la faculté se mue en obligation pour le juge : il doit relever d'office toute irrégularité formelle quant à l'exercice de la faculté et il est donc légitime que les juges du fond soient sanctionnés par la Cour de cassation s'ils ont omis de le faire.

**515.** Si le système peut paraître sévère, l'étude des sanctions permet de relativiser le mécanisme. En effet, qu'il soit question de la matière contractuelle ou du droit de la famille, la « sanction » n'en est pas véritablement une puisqu'il s'agit alors simplement pour le juge de constater que la faculté n'aura pas été exercée et de revenir aux règles de conflit supplétives de volonté.

Cet encadrement strict du contrôle de l'exercice de la faculté par le juge doit être usuel et devrait permettre aux normes permissives de jouer le rôle qui leur est dévolu – palliatif ici, instrument de consensus là – et de ne pas perturber le jeu de la prévisibilité. Mais les normes permissives, si elles peuvent être un remède ponctuel utile, ne doivent pas permettre de se soustraire à certaines réglementations et ainsi nuire à l'autorité de la loi. Aussi, il convient de ménager au juge, cette fois à titre exceptionnel, la possibilité de contrôler l'objet du choix.

## §II – Un encadrement exceptionnel de l'objet du choix effectué

**516.** Au vu de nos développements précédents, les règles permissives à l'égard des parties n'ont vocation à être maintenues qu'à titre de palliatifs. Paradoxalement, la règle permissive ne devrait être utilisée qu'à titre subsidiaire dans la réglementation des relations privées internationales, par rapport aux règles de conflit de lois et règles de conflit de juridictions. Par conséquent, si le choix est permis, ce n'est pas parce que la volonté des parties mérite, en tant que telle, d'être respectée mais simplement parce qu'il est difficile au législateur d'élaborer une règle satisfaisante et qu'il recourt *par défaut* à la volonté des parties. Dans cette perspective et dès lors que l'objet du choix sera toujours encadré afin que l'arbitrage se fasse entre des lois qui ont toutes un titre raisonnable à s'appliquer, il se peut que les parties modifient artificiellement une situation afin d'accroître l'éventail des lois éligibles ou qu'ils choisissent la loi qui présenterait le moins de rattachement possible avec le litige afin

de contourner l'application de dispositions impératives. Dans ces différentes hypothèses, il nous semble opportun que le juge puisse exercer un contrôle<sup>1343</sup>.

Tout d'abord, dès lors que la liberté de choix octroyée aux parties n'est plus illimitée, l'idée selon laquelle le principe d'autonomie est incompatible avec l'idée de fraude<sup>1344</sup> n'est plus un obstacle. S'il existe un éventail de lois restreintes et que les parties l'élargissent artificiellement en modifiant certains éléments de la situation, il n'est plus impossible pour le juge, même en matière contractuelle, de sanctionner ce comportement en rendant le choix inefficace.

Par ailleurs, s'agissant cette fois de la seule matière contractuelle et dans la mesure où le choix d'une loi présentant des liens moins étroits que d'autres avec le contrat aurait été choisie en raison d'une législation impérative moins contraignante, une règle permissive devrait alors être ménagée au profit du juge afin qu'il puisse faire application, non seulement de ses propres lois de police, mais également des dispositions internationalement impératives des autres lois éligibles et plus légitimes pour régir le contrat<sup>1345</sup>. Si une loi de police étrangère, autre que celle du lieu d'exécution du contrat<sup>1346</sup>, doit pouvoir être appliquée d'office par le juge, il n'est cependant pas opportun de l'y obliger. L'existence d'une marge d'appréciation de sa part est particulièrement bénéfique dans la mesure où la faible pertinence de la loi élue devrait l'inciter à plus de diligence quant à l'application d'une loi de police étrangère, sans qu'il soit nécessaire d'en faire une application systématique, ce qui pourrait d'ailleurs engendrer un éventuel conflit de lois de police. La très rare mise en œuvre du mécanisme des lois de police étrangères sous l'égide de la Convention

---

<sup>1343</sup> Même si, en l'occurrence, c'est pour proposer une « neutralisation casuelle de la clause attributive de juridiction pour sauvegarder l'impérativité étatique des lois de police », Madame M.-J. JOBARD-BACHELLIER s'en remet également au juge pour préserver les impérativités étatiques puisque, pour cet auteur, « c'est en amont grâce à la résistance des juges, gardiens des impérativités étatiques, que peut se construire un ordre public protecteur, certes adapté aux relations internationales, qui, pour reprendre une formule choc, pourra seule ébranler "la primauté du marché et de l'hypertrophie de l'international, qui au nom du cosmopolitisme et de l'ouverture au commerce international a sombré dans l'abus des biens communs et le mépris du local" », v. « Une impérativité active des règles de droit dans l'ordre international », *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 345, spéc. p. 363. Si nous allons plus loin que Madame M.-N. JOBARD-BACHELLIER quant aux mesures proposées pour préserver l'autorité de loi, nous nous rangeons à son avis qu'il peut être sage, dans l'ordre international, d'instituer les juges, comme « gardiens » de cette autorité. On peut simplement souhaiter que ceux-ci adoptent « une attitude de ce qui est, d'ordinaire, le propre d'un juge : une attitude faite de délibération, de prudence et de mesure » (V. P. KINSCH, « Quel droit international privé pour une époque néo-libérale ? », *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, spéc. p. 390.

<sup>1344</sup> V. en ce sens V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux*, *op. cit.*, n°198 et s.

<sup>1345</sup> V. l'identification de ces lois : v. nos propos *supra* n°508.

<sup>1346</sup> Et contrairement sur ce point au Règlement Rome I dont l'article 9 qui réserve l'application des seules « lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées » et seulement « dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale ».

de Rome permet de conforter l'idée que la mise en œuvre de ce mécanisme devra demeurer tout à fait exceptionnelle<sup>1347</sup>.

---

<sup>1347</sup> V. Com., 16 mars 2010, pourvoi n° 08-21511, préc. et notre constat que la mise en œuvre de ce mécanisme est rare : v. *supra* n°260 *in fine*. Et v. également l'arrêt CA Paris (pôle 5, ch. 4), 25 février 2015, n°12/23757, D. 2015, p. 1260, note M. WINKLER, A. LACOMBE, dans laquelle il nous semble justement contestable que la loi fédérale américaine instituant un embargo sur les exportations à destination de l'Iran soit écartée en raison des conditions strictes posées par l'article 9 du Règlement Rome I quant à l'applicabilité des lois de police étrangères.

## CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

517. Après avoir découvert les principales figures de normes permissives en droit international privé, il s'est agi dans cette Partie d'éprouver l'efficacité de ces normes lorsque la faculté de choisir est octroyée aux parties<sup>1348</sup>. La mesure de cette efficacité supposant une confrontation des objectifs poursuivis aux résultats obtenus, il a donc été nécessaire d'*identifier*, au préalable, quels étaient les objectifs assignés aux normes permissives, notamment dans le cadre de l'Union européenne. Cette recherche a permis de mettre en avant qu'un objectif de prévisibilité était principalement invoqué au soutien de la multiplication de ces normes en droit international privé. Mais au vu des incertitudes entourant le concept de prévisibilité, il est apparu également nécessaire d'*apprécier* la portée d'un tel objectif.

D'abord en se demandant à quoi renvoyait la *notion* même de prévisibilité, ensuite en s'interrogeant sur sa *fonction*, c'est-à-dire sur le rôle que doit jouer la prévisibilité lorsqu'elle est érigée à titre d'objectif du droit. L'étude de la notion a ainsi révélé qu'elle était porteuse d'une pluralité de sens aux yeux de la doctrine et du législateur et que, selon nous, sa signification première résidait dans la possibilité pour les justiciables d'envisager la règle de droit comme une possibilité et de prendre leurs dispositions en vue de son éventuelle application. L'existence de la règle doit ainsi correspondre aux attentes raisonnables des parties. Par conséquent, nous avons pu en déduire que cet impératif s'adressait avant tout au législateur, au stade de l'élaboration de la norme. Fort de ces enseignements, nous avons alors vérifié que les normes permissives constituaient une traduction normative satisfaisante de l'objectif recherché.

Nous avons pu constater la réalisation à tout le moins imparfaite de l'objectif de prévisibilité par les normes permissives. En effet, dès lors que l'objectif de prévisibilité s'adresse principalement à l'auteur de la règle de droit, il nous a fallu admettre que les normes permissives étaient davantage le signe d'un renoncement du législateur à élaborer des règles de droit prévisibles qu'une marque de la prise en compte de cet objectif dans l'élaboration de la règle de droit. Par la faculté de choix qu'il octroie au destinataire de la règle permissive, le législateur délègue le rôle qui lui est dévolu aux destinataires des règles de droit. Or, si honorable soit l'idée que la volonté individuelle puisse jouer le rôle d'« autorité régulatrice des rapports internationaux »<sup>1349</sup>, elle se révèle erronée : par l'exercice des facultés de choix qui leur sont octroyées, les individus s'assurent de la réalisation de *ce qu'ils souhaitent* pour

---

<sup>1348</sup> Sur cette limitation aux règles permissives s'adressant aux parties, v. nos propos *supra* n°281. Ont par conséquent été exclues comme objet principal de l'étude de la seconde partie les règles permissives s'adressant aux juges, telles que celles existant en matière de clause d'exception, de lois de police étrangère ou encore de *forum non conveniens*.

<sup>1349</sup> La formule est de A. F. SCHNITZER, évoquant lui-même la pensée de HAUSS, v. « La loi applicable aux contrats internationaux », *Rev. crit. DIP* 1955, p. 464.

eux-mêmes et non de *ce qui est souhaitable* en terme de prévisibilité pour l'ordre juridique. Néanmoins, si les normes permissives s'avèrent incapables de conduire à la prévisibilité des solutions, c'est-à-dire au respect des attentes raisonnables *abstraitement* formulées dans une situation donnée, peut-être peuvent-elles concourir au respect de ce qui avait été *concrètement* prévu par les parties. Non plus garante de la prévisibilité en général, les normes permissives seraient du moins garantes des prévisions des parties. Cette instrumentalisation des normes permissives ne nous a pourtant pas paru convaincante, tant l'interférence des réglementations impératives conjuguée au déficit structurel de nombreuses normes permissives conduit fréquemment, en pratique, à voir les prévisions des parties déjouées. La pertinence des normes permissives au regard de l'objectif de prévisibilité a donc dû être récusée. Tandis que cette conclusion semblait sonner le glas des normes permissives en droit international privé, nous avons par la suite entrepris de montrer que ces normes présentaient toutefois une certaine utilité dans le droit international privé contemporain.

Certes, dans les cas où l'auteur de la règle de droit serait apte à élaborer des règles de droit international privé prévisibles, les normes permissives n'auraient pas vocation à être maintenues : elles pourraient cependant être conservées en dehors de ces hypothèses, principalement dans deux cas de figure. D'une part, à l'heure d'une uniformisation toujours plus étendue du droit international privé, les normes permissives pourraient apparaître comme un instrument de consensus à l'échelle de l'Union européenne. D'autre part, face à la difficulté d'élaborer, dans certains cas, des règles de conflit satisfaisantes, elles pourraient constituer un palliatif à l'inexistence de critères de rattachement prévisibles. Sans être nouvelles, ces propositions auraient le mérite de rétablir une utilisation rationnelle des normes permissives, émancipée d'un discours en termes de prévisibilité du droit. Mais une fois cantonnées, les normes permissives devaient encore être encadrées, en proposant au législateur qui édicte une norme permissive de déterminer strictement les modalités d'exercice de la faculté mais également de circonscrire l'objet du choix. Parallèlement, il conviendrait d'offrir au juge le pouvoir de veiller au respect de ces objectifs par les normes permissives, en lui ménageant la possibilité exceptionnelle de contrôler la légitimité du choix ainsi effectué.

## CONCLUSION

« Les concepts nous mènent à des investigations.  
Ils sont l'expression de notre intérêt, et le dirigent ».

L. WITTGENSTEIN,  
« Investigations philosophiques »,  
in ID., *Tractatus logico-philosophicus*  
suivi de *Investigations philosophiques*,  
Intro. B. Russell, trad. fr. P. Klossowski,  
Paris Gallimard, coll. « Tel », 1988, p. 282.

---

**518.** À l'issue de ces développements, il est nécessaire d'adopter une vision d'ensemble pour tirer les enseignements de l'étude entreprise. En se proposant d'analyser certains phénomènes du droit international privé contemporain à travers le prisme des normes permissives, notre première préoccupation fut de démontrer l'intérêt du concept de *norme permissive*. À l'instar de Monsieur G. TUSSEAU qui observait, à propos des normes d'habilitation, qu'elles « ne sont pas un objet qui serait donné à l'avance à l'observateur »<sup>1350</sup>, les normes permissives ne constituaient pas *a priori* un objet d'étude et il nous a fallu justifier le choix d'une telle démarche. Non pas que ce concept nous ait conduit à appréhender des phénomènes juridiques nouveaux ou jusqu'alors ignorés<sup>1351</sup>, ni qu'il ait eu une propension particulière « à révéler l'essence véritable du droit »<sup>1352</sup>, mais parce que le concept de norme permissive présentait une utilité certaine pour la lecture et la compréhension du droit positif<sup>1353</sup>.

**519.** Pour le démontrer, il nous a fallu d'abord souligner l'insuffisance des concepts existants, notamment celui de norme *supplétive*. En effet, si cette dernière semblait permettre l'appréhension du principe d'autonomie, nous avons montré que ce principe ne peut être assimilé à une règle supplétive puisqu'il n'a pas pour objet

---

<sup>1350</sup> V. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, préf. M. Troper, Dalloz, 2006, n°1192, p. 639.

<sup>1351</sup> Comme l'énonce Monsieur G. TUSSEAU, *op. cit.* : « sauf erreur, chaque appréhension conceptuelle de la masse des phénomènes juridiques rend compte des mêmes données. En effet, l'ensemble de phénomènes dont chaque conceptualisation des énoncés juridiques permet de rendre compte demeure identique », v. n°1194, p. 641.

<sup>1352</sup> *Ibid.*

<sup>1353</sup> V. G. TUSSEAU, *op. cit.*, n°1194, p. 641. « Leur utilité – par exemple en termes de prédiction, d'élégance, de pouvoir heuristique, de pouvoir explicatif, d'économie conceptuelle, etc. – est en définitive le critère de pertinence qui permet de les [deux théories empiriquement équivalentes] départager ».

de *pallier* une volonté défaillante mais d'*autoriser* une manifestation de volonté. En outre, le concept de norme supplétive n'est pas susceptible de rendre compte des énoncés normatifs octroyant au juge une simple faculté. Au contraire, le concept de norme *permissive* permet de saisir l'ensemble des énoncés normatifs où l'auteur de la norme se contente d'octroyer à un destinataire une faculté de faire ou de ne pas faire, qu'il s'agisse du juge lorsqu'il lui est permis de surseoir à statuer en cas de connexité ou encore des parties lorsqu'il leur est permis de choisir la loi applicable à un contrat international.

**520.** Convaincu de l'intérêt du concept de norme permissive pour l'analyse du droit international privé, l'étude du droit positif a par la suite montré que les manifestations de ces normes étaient nombreuses, tant dans le domaine du conflit de lois que du conflit de juridictions, mais qu'elles obéissaient à des logiques différentes selon que la faculté est octroyée au juge ou aux parties.

En effet, nous avons vu que lorsque la faculté bénéficie au juge, son exercice n'est pas neutre pour l'auteur de la norme : il est alors dicté par « l'opportunité d'en faire usage selon les circonstances de la cause »<sup>1354</sup>, appréciation abandonnée à la prudence des magistrats, non à leur bon vouloir. Au contraire, lorsque la faculté bénéficie à la ou aux partie(s), son exercice se veut indifférent pour l'auteur de la norme qui délègue au destinataire de la faculté la décision de la mettre en œuvre, en fonction de ses propres intérêts. Cette neutralité apparente du législateur peut alors susciter certaines interrogations lorsque la faculté en cause vise non, comme dans l'ordre interne, à choisir par exemple un régime matrimonial de séparation de biens ou de communauté universelle dans un ordre juridique donné, mais à déterminer librement le *statut*<sup>1355</sup> auquel la personne entend se soumettre dans l'ordre international pour une question donnée. La multiplication des règles permissives dans les domaines les plus variés revient dès lors à permettre aux personnes privées de se construire un régime juridique « sur-mesure »<sup>1356</sup>, « piochant » ici et là les règles qui semblent adaptées à leurs besoins.

Si la possibilité de se créer son propre cadre normatif est déjà habituelle dans l'ordre interne, la liberté offerte est circonscrite par les limites de l'ordre juridique

---

<sup>1354</sup> V. en ce sens : Civ. 2<sup>ème</sup>, 7 décembre 1973, 73-10187 et Civ. 2<sup>ème</sup>, 30 juin 1976, 75-10033.

<sup>1355</sup> Nous faisons ici écho à l'expression d'A. SUPIOT qui évoque l'essor du « *Le libre choix de son statut (...)* » aussi bien sur le plan des échanges économiques que sur le plan personnel, v. « L'inscription territoriale des lois », *Rev. Esprit*, novembre 2008, p. 151 et spéc. p. 161 et s.

<sup>1356</sup> Pour filer la métaphore de Madame C. PÉRÈS qui oppose la règle supplétive, solution « prêt-à-porter » à une solution taillée « sur-mesure », nous pourrions parler d'une solution « haute couture » offerte en droit international privé à la personne privée par la règle permissive (v. « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie, (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet) », *D.* 2009, p. 381).



dans lequel elle s'exerce<sup>1357</sup>. Or s'agissant des normes permissives en droit international privé, il n'est plus question d'une liberté octroyée *par* la règle de droit mais d'une liberté concédée *dans le choix* de la règle de droit. L'éclatement des catégories de rattachement du droit international privé permettant aux parties de s'affranchir de certains garde-fous, y compris parfois des règles internationalement impératives, elles deviennent libres « de se placer sous la loi qui leur [est] la plus profitable » sans que la cohérence du *statut* ainsi créé ne soit assurée. La spécificité de la règle permissive octroyant une faculté aux parties nous a alors semblé suffisamment originale pour que l'on décide d'y consacrer la seconde partie de notre recherche<sup>1358</sup>. Par conséquent, après avoir procédé à l'*identification* des principales figures de normes permissives, l'*efficacité* de celles octroyant une faculté aux parties a dû être éprouvée puisque ces normes sont présentées comme un mode de réglementation ordinaire des relations privées internationales.

**521.** La mesure de l'efficacité des normes permissives, entendue comme leur capacité à produire l'effet attendu, nous a conduit à déterminer les objectifs assignés à ces normes afin de les confronter aux résultats obtenus. C'est principalement dans le cadre de l'Union européenne que cette recherche a été entreprise.

L'objectif de prévisibilité s'est imposé comme le principal objectif invoqué au soutien de la prolifération de ces normes en droit international privé et, au vu des incertitudes que véhicule la notion de prévisibilité, il nous est apparu nécessaire de nous y arrêter. Nous avons alors dû écarter certaines conceptions de la prévisibilité, non parce qu'elles nous semblent intrinsèquement erronées mais parce qu'elles ne sont pas aptes à traduire le caractère que doivent, selon nous, revêtir les règles de droit.

Nous avons en effet soutenu que la prévisibilité d'une règle de droit résidait dans la possibilité pour les justiciables d'envisager la règle en cause comme une possibilité, impliquant qu'ils puissent prendre leurs dispositions en vue de son éventuelle application. Le contenu de la règle doit ainsi correspondre aux attentes raisonnables des parties et il appartient donc au législateur de prendre la mesure de cet impératif au stade de l'élaboration des règles de droit. Souhaitant vérifier que cet impératif est correctement pris en compte par l'auteur de la norme, nous avons pourtant constaté que ce dernier, par l'édiction de normes permissives, ne ménage pas l'existence d'une solution *abstraitement prévisible* mais délègue à la partie

---

<sup>1357</sup> Ainsi, lorsque Monsieur CONVERT, dans sa thèse (v. *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés. : Etude de droit comparé : Angleterre, Espagne, France*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 374, 2003, préface B. SAINTOURENS), décrit les normes permissives existant en droit comparé des sociétés, la liberté bénéficiant aux associés ne s'exprime qu'au sein d'un ordre juridique donné, qu'il soit anglais, espagnol ou français, c'est-à-dire au sein d'un système juridique entier et cohérent, capable de d'imposer certains garde-fous à l'usage qui est fait de cette liberté.

<sup>1358</sup> Sur cette limitation aux règles permissives s'adressant aux parties, v. nos propos *supra* n°281.

destinataire de la faculté le pouvoir de déterminer une solution, qui a pour mérite d'avoir été *concrètement prévue*. Un tel raisonnement ne peut néanmoins convaincre en termes de prévisibilité puisqu'il conduit à s'accommoder de la proposition tautologique que *le fait de prévoir une solution* – le contrat sera soumis à la loi chilienne – *permet à cette solution* – la loi chilienne est applicable – *d'être prévisible puisque l'objet de la prévision* – la loi chilienne – *a été prévu*<sup>1359</sup>. La norme permissive se contente en effet de favoriser la prévisibilité de *la* solution choisie et non la prévisibilité *des* solutions en général. Or nous nous sommes efforcée de montrer que la solution la plus souvent choisie par les parties n'était pas celle qui correspondait aux attentes légitimes que l'on pouvait formuler à l'égard du contenu d'une règle de droit, mais celle qui leur convenait le mieux.

**522.** Au terme de cette réflexion critique à l'égard des normes permissives, nous avons alors tenté de redéfinir le rôle que ces normes pourraient jouer en droit international privé. Nous avons tout d'abord proposé qu'elles soient abandonnées à titre de mode de réglementation principal des relations privées internationales dès lors qu'un rattachement prévisible permet d'adopter une règle de conflit satisfaisante, comme en matière d'obligations alimentaires ou de contrats de consommation. Nous avons ensuite suggéré, qu'en dehors de ces hypothèses, elles puissent conserver une utilité résiduelle, à titre de mode de réglementation subsidiaire, pour pallier une défaillance du législateur dans l'élaboration d'une règle de conflit prévisible. Il arrive en effet que le législateur rencontre de sérieuses difficultés dans l'élaboration de règles de conflit : soit parce que l'élaboration de règles de conflit uniformes nécessite l'existence d'une concordance de valeurs qui fait défaut – comme dans le droit international privé de la famille à l'échelle de l'Union européenne –, soit parce qu'un rattachement véritablement prévisible est difficile à déterminer – comme en matière de loi applicable au contrat international conclu entre des professionnels. Dans un cas les normes permissives constitueraient un instrument de consensus, dans l'autre, un palliatif à l'indétermination d'un rattachement suffisamment prévisible. En dernier lieu, la perspective du maintien de normes permissives dans certains domaines du droit international privé nous a imposé de proposer un encadrement de celles-ci, par une détermination stricte des modalités d'exercice de la faculté conjointement à une circonscription de l'objet du choix, mais également par l'octroi au juge du pouvoir de contrôler la légitimité du choix ainsi effectué, afin de veiller à une utilisation des normes permissives conformément aux objectifs ainsi redéfinis.

---

<sup>1359</sup> La proposition tautologique est la proposition qui ne dit rien, elle est vide de sens : v. sur cette définition les propositions 4.46, 4.461, 4.462, 4.463 et 4.464 de L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, Intro. B. Russell, trad. fr. G. Gaston-Granger, Paris Gallimard, coll. « Tel », 2004, p. 68 et s.

523. Une fois rappelés les enseignements tirés de cette étude, deux observations restent à faire. La première, en réponse à une appréhension que l'on avait formulée au début de notre recherche quant à l'opportunité d'entreprendre une étude critique des normes permissives en droit international privé ; la seconde, en réponse à une objection que l'on pourrait entendre à l'issue de nos développements. Revenons tout d'abord sur ces deux réserves.

D'une part, nous avons souligné le caractère paradoxal de vouloir mener l'étude *critique* de normes demeurées jusqu'alors dans les limbes : pourquoi les en extraire pour les précipiter aussitôt dans une catégorie à proscrire ? À titre de réponse, nous avons rappelé que l'étude *critique* d'un objet déterminé consistait, non à dénoncer nécessairement les dangers ou faiblesses de cet objet – en l'occurrence des normes permissives –, mais à l'apprécier positivement et négativement. Une fois la lecture de la thèse achevée, cette précaution pourrait être jugée artificielle, tant notre étude critique a révélé les méfaits bien plus que les bienfaits des normes permissives en droit international privé. D'autre part, dans la lignée de la remarque précédente, on pourrait s'étonner de ce que notre recherche entreprend de montrer, dans la première partie, la *pertinence* du concept de norme permissive, pour souligner, dans la seconde, l'*absence de pertinence* de ces normes. Les réponses à chacune de ces réserves, tout en étant liées, nous imposent de procéder en deux temps.

En premier lieu, la principale critique que l'on a pu énoncer à l'égard des normes permissives en droit international privé ne vient pas tant des normes elles-mêmes que de la justification invoquée au soutien de leur prolifération. Que l'on partage ou non la conception que l'on se fait de la fonction première des règles de droit qui est, selon nous, d'organiser la vie en société, le présupposé des normes permissives consistant à en faire le meilleur instrument de prévisibilité semble erroné. Libre à ceux qui défendent la promotion d'un libre choix de leur statut par les individus dans l'ordre international de rétablir le véritable objectif des normes permissives et d'en tirer les enseignements nécessaires quant à l'adéquation des moyens au but poursuivi<sup>1360</sup>.

En second lieu, s'il est exact que l'utilisation des normes permissives à titre de mode de réglementation des relations privées internationales n'est pas, selon nous, souhaitable, le constat critique à l'égard de l'utilisation qui est en faite ne remet nullement en cause celui de l'intérêt du concept de norme permissive pour appréhender le droit positif. Ainsi, lorsque Madame C. PÉRÈS refuse dans sa thèse d'assimiler la règle supplétive à la règle permissive, elle reconnaît le caractère complémentaire de l'une à l'égard de l'autre puisque la règle supplétive permet de « résoudre, en contrebas, les difficultés nées du défaut d'exercice de la permission

---

<sup>1360</sup> Mais comme le rappelle Monsieur P. KINSCH : « c'est un choix d'ordre politique qui doit être fait chaque fois en ayant conscience des enjeux autres que de technique juridique », « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 377, spéc. p. 389.

octroyée »<sup>1361</sup> par la règle permissive. Et si l'auteur réhabilite la règle supplétive, pour le modèle idéal qu'elle exprime, elle ne dénigre pas les *concepts* de norme *impérative* ou *permissive*, utiles à la compréhension du droit positif, que son étude tend au contraire à clarifier. Pour notre part, en nous focalisant sur les normes permissives, nous espérons avoir convaincu de l'intérêt certain que présente l'introduction de ce concept pour l'analyse du droit international privé. Mais si l'intérêt du concept est d'enrichir la grille de lecture de cette matière, il ne préjuge en rien de l'opportunité de multiplier les énoncés permissifs à l'adresse des parties. Par conséquent, dénoncer le caractère contradictoire de notre étude reviendrait à en offrir une lecture tronquée : si le concept de norme permissive est sans nul doute un objet digne d'intérêt du point de vue de la science du droit et de l'appréhension de la variété des énoncés normatifs, il demeure loisible à chacun d'apprécier la légitimité de recourir à de tels énoncés, que ce soit dans la procédure civile, le droit des contrats, le droit administratif, le droit international privé, *etc.*

**524.** Affirmer qu'un concept est utile à l'appréhension des phénomènes juridiques existant n'est donc pas le signe que nous approuvons l'ensemble des phénomènes décrits à l'aide de ce concept. Révéler à Monsieur Jourdain qu'il s'exprime en prose, même si cela ravit le principal concerné, ne signifie pas que l'on approuve ou, au contraire, que l'on désapprouve qu'il s'exprime de la sorte, aucun jugement de valeur n'est porté dans cette affirmation. En outre, à supposer que le Maître de philosophie de Monsieur Jourdain eût estimé préférable que celui-ci s'exprime en vers dans le cadre d'un billet galant, cette opinion ne viendrait pas remettre en cause le phénomène selon lequel, dans l'imaginaire de son auteur, le personnage s'exprime en prose, sans le savoir, depuis quarante ans<sup>1362</sup>. Mais que l'on saisisse cet exemple – du Bourgeois gentilhomme qui s'est longtemps passé non de la *prose* mais du *concept de*

---

<sup>1361</sup> *La règle supplétive, op. cit.*, n°145, p. 134.

<sup>1362</sup> MOLIÈRE, *Le Bourgeois gentilhomme*, Acte II, scène 4 :

« Maître de philosophie : (...) Sont-ce des vers que vous lui voulez écrire ?

Monsieur Jourdain : Non, non, point de vers.

Maître de philosophie : Vous ne voulez que de la prose ?

Monsieur Jourdain : Non, je ne veux ni prose ni vers.

Maître de philosophie : Il faut bien que ce soit l'un ou l'autre.

Monsieur Jourdain : Pourquoi ?

Maître de philosophie : Par la raison, Monsieur, qu'il n'y a pour s'exprimer que la prose ou les vers.

Monsieur Jourdain : Il n'y a que la prose ou les vers ?

Maître de philosophie : Non, Monsieur : tout ce qui n'est point prose est vers ; et tout ce qui n'est point vers est prose.

Monsieur Jourdain : Et comme l'on parle, qu'est-ce que c'est donc que cela ?

Maître de philosophie : De la prose.

Monsieur Jourdain : Quoi ? quand je dis : « Nicole, apportez-moi mes pantoufles, et me donnez mon bonnet de nuit », c'est de la prose ?

Maître de philosophie : Oui, Monsieur.

Monsieur Jourdain : Par ma foi ! il y a plus de quarante ans que je dis de la prose sans que j'en susse rien, et je vous suis le plus obligé du monde de m'avoir appris cela ».

*prose* – pour se demander si la doctrine de droit international privé n’aurait pas pu continuer à s’exprimer en ignorant le concept de norme permissive, nous ne pourrions que répondre *we would prefer not to*.



## BIBLIOGRAPHIE

Les liens internet proposés ont été vérifiés au 1<sup>er</sup> sept. 2015. Seules les sources les plus importantes de la recherche ont été ici reportées.

### I. OUVRAGES GÉNÉRAUX : TRAITÉS ET MANUELS

- ANCEL (B.)** et **LEQUETTE (Y.)**, *Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, 5<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2006, préf. H. BATIFFOL.
- ARNAUD (A.-J.)**, **BELLEY (J.-G.)**, **CARTY (J.A.)** [et al.] (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 1993.
- AUDIT (B.)** et **AVOUT (L. d')**, *Droit international privé*, 7<sup>ème</sup> éd., Economica 2013.
- AUDIT (M.)**, **BOLLÉE (S.)**, **CALLÉ (P.)**, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 2014.
- BATIFFOL (H.)**, *Traité de droit international privé*, LGDJ, 1<sup>re</sup> éd., 1949.
- BATIFFOL (H.)** et **LAGARDE (P.)**, *Droit international privé*, 2 vol. LGDJ, t. 1, 8<sup>ème</sup> éd. 1993 ; t. II, 7<sup>ème</sup> éd., 1983.
- BLUMANN (C.)** et **DUBOUIS (L.)**, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5<sup>ème</sup> éd., Litec 2013.
- BUREAU (D.)** et **MUIR-WATT (H.)**, *Droit international privé*, 3<sup>ème</sup> éd. PUF, 2014.
- CADIET (L.)**, **NORMAND (J.)** et **AMRANI-MEKKI (S.)**, *Théorie générale du procès*, 2<sup>ème</sup> éd., PUF 2013.
- CARBONNIER (J.)**, *Droit civil, tome 4, Les obligations*, PUF, Coll. Thémis, 22<sup>ème</sup> éd., 2000.
- CARBONNIER (J.)**, *Droit Civil, Volume I*, PUF, Coll. Quadrige, 2004.
- COMBACAU (J.)** et **SUR (S.)**, *Droit international public*, Montchrestien 10<sup>ème</sup> éd., 2012.
- CORNU (G.)**, *Droit civil, Introduction*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 13<sup>ème</sup> édition, 2007.
- CORNU (G.)** et **FOYER (J.)**, *Procédure civile*, PUF, coll. Thémis, 1996.
- DABIN (J.)**, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969.
- EISENMANN (C.)**, *Cours de droit administratif*, t. 2, LGDJ, 1983.
- FOUCHARD (Ph.)**, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1965.
- FOUCHARD (Ph.)**, **GAILLARD (E.)**, **GOLDMAN (B.)**, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996.
- GAUDEMET-TALLON (H.)**, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2015.
- GHESTIN (J.)**, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 1993.
- HERON (J.)**, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 1991.
- ISAAC (G.)** et **BLANQUET (M.)**, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 9<sup>ème</sup> éd., 2006.
- KEGEL (G.)** et **SCHURIG (K.)**, *Internationales Privatrecht*, C.H. Beck, 9<sup>e</sup> éd., 2004.
- LALANDE (A.)**, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 1999.
- LARROUMET (C.)**, **AYNÈS (A.)**, *Introduction à l'étude du droit*, T. 1, Economica, 6<sup>ème</sup> édition, 2013.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.)**, *Précis de droit international privé*, Dalloz, 1928.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.)**, *Droit international privé*, Dalloz, coll. Précis, 8<sup>ème</sup> éd. par Y. LOUSSOUARN, 1962.
- LOUSSOUARN (Y.)**, **BOUREL (P.)** et **VAREILLES-SOMMIERES (P. de)**, *Droit international privé*, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2013.
- MACKAAY (E.)** et **ROUSSEAU (S.)**, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2008.
- MAINGUY (D.)**, *Introduction générale au droit*, Litec, Objectif droit, 3<sup>e</sup> éd, 2002.
- MALAURIE (Ph.)**, **AYNÈS (L.)** et **STOFFEL-MUNCK (Ph.)**, *Droit civil, les Obligations*, Defrénois, 7<sup>ème</sup> éd., 2015.
- MALINVAUD (Ph.)**, *Introduction à l'étude du droit*, 15<sup>ème</sup> éd., 2015, Litec.
- MALINVAUD (Ph.)**, **FENOUILLET (D.)**, **MEKKI (M.)**, *Droit des obligations*, Lexisnexis, 13<sup>ème</sup> éd., 2014.
- MAYER (P.)**, *Droit international privé*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 4<sup>ème</sup> éd., 1991.
- MAYER (P.)** et **HEUZE (V.)**, *Droit international privé*, 11<sup>ème</sup> éd., Montchrestien 2014.
- NIBOYET (J.-P.)**, *Traité de droit international privé français*, Sirey, 8 tomes, 1938-1950, spécialement les tomes I (1938) et VI (1948).
- NIBOYET (J.-P.)**, *Manuel de droit international privé*, 2<sup>ème</sup> éd., Sirey 1928.
- NIBOYET (M.-L.)** et de **GEOUFFRE de LA PRADELLE (G.)**, *Droit international privé*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd. 2013.
- NORMAND (J.)**, **AMRANI-MEKKI (S.)**, **CADIET (L.)**, *Théorie générale du procès*, PUF, coll. Thémis, 2<sup>ème</sup> éd., 2013.
- PASQUIER (C. du)**, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Sirey, 1937.
- PIEDELIEVRE (S.)** et **PUTMAN (E.)**, *Droit bancaire*, Economica, 2011.

- PILLET (A.)**, *Traité pratique de droit international privé*, T. II, Sirey.
- QUADRI (R.)**, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 5<sup>ème</sup> éd., Liguori Editore 1969.
- SERAGLINI (Ch.)** et **ORTSCHEIDT (J.)**, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien 2013.
- SUR (S.)**, **COMBACAU (J.)**, *Droit international public*, Montchrestien, coll. Domat, 9<sup>ème</sup> éd., 2010.
- TERRÉ (F.)**, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 5<sup>ème</sup> éd.
- TERRÉ (F.)**, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 7<sup>ème</sup> éd.
- TERRÉ (F.)**, **SIMLER (Ph.)**, **LEQUETTE (Y.)**, *Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11<sup>ème</sup> éd., 2013.
- VIGNAL (T.)**, *Droit international privé*, Armand Colin 2005.

## II. COURS

- ANCEL (B.)**, « Analyse critique de l'érosion du paradigme contractuel (1) », *Cours Master 2*, Université Paris II, 2005-2006.
- « Analyse critique de l'érosion du paradigme conflictuel (4) », *Cours Master 2*, Université Paris II, 2008-2009.
- AUDIT (B.)**, « Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI* 2003, t. 301.
- « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la "crise" des conflits de lois) *RCADI* 1984-III, t. 186.
- BASEDOW (J.)**, « The law of open societies, private ordering and public regulation of international regulations », *RCADI* 2012, t. 360.
- BATIFFOL (H.)**, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI* 1973-II, t. 139.
- BUCHER (A.)**, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*, 1993, tome 239.
- « La famille en droit international privé », *RCADI*, 2000, tome 283.
- BUCHER (A.)**, *La dimension sociale du droit international privé*, livre de poche de l'Académie de droit international de La Haye.
- BÜLOW (O. von)**, « Dispositives Zivilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung », *Archiv für die zivilistische Praxis*, 1881.
- CURTI GIALDINO (A.)**, « La volonté des parties en droit international privé », *RCADI*, 1972, tome 137.
- GAUDEMET-TALLON (H.)**, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *RCADI* 2005, t. 312.
- GANNAGÉ (L.)**, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, Les livres de poche de l'Académie de droit international, 2013.
- HANOTIAU (B.)**, « L'arbitrabilité », *RCADI*, 2002, tome 296.
- JAYME (E.)**, « Le droit international privé du nouveau millénaire : la protection de la personne humaine face à la globalisation », *RCADI*, 2000, tome 282.
- KEGEL (G.)**, « The crisis of conflict of laws », *RCADI* 1964-II, tome 112.
- KOHLER (C.)**, *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatsisme*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, 2013.
- KREUZER (K.)**, « La propriété mobilière en droit international privé », *RCADI*, 1997, tome 259.
- LAGARDE (P.)**, « Le principe de proximité », *RCADI* 1986-I, tome 196.
- LALIVE (P.)**, « Tendances et méthodes en droit international privé », *RCADI* 1977-II, tome 155.
- LEQUETTE (Y.)**, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI*, 1994, tome 246.
- LOQUIN (E.)**, « Les règles matérielles internationales », *RCADI*, 2006, tome 322.
- LOUSSOUARN (Y.)**, « Cours général de droit international privé », *RCADI*, 1973, tome 139.
- MAYER (P.)**, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI* 2007, tome 327.
- MEZGHANI (A.)**, « Méthodes du droit international privé et contrat illicite », *RCADI*, 2003, tome 303.
- MUIR WATT (H.)**, « Aspects économiques du droit international privé », *RCADI* 2004, tome 307.
- NIBOYET (J.-P.)**, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI*, 1927, tome 16.
- OPPETIT (B.)**, « Le droit international privé, droit savant », *RCADI* 1992-331, tome 234.
- PAMBOUKIS (Ch.)**, « Droit international privé holistique : droit uniforme et droit international privé », *RCADI* 2007, tome 330.
- PICONE (P.)**, « La méthode de référence à l'ordre juridique compétent », *RCADI* 1986-II, tome 197.
- « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI* 1999, tome 276.
- RADICATI DI BROZOLO (L.G.)**, « Arbitrage commercial international et lois de police : considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international », *RCADI*, 2005, tome 315.



**SCHNITZER (A.)**, « Les contrats internationaux en droit international privé suisse », *RCADI* 1968, tome 123.

**VAREILLES SOMMIERES (P. de)**, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *RCADI*, 2015, tome 371.

### **III. ENTRÉES D'ENCYCLOPÉDIE ET DE DICTIONNAIRE**

**ANCEL (B.)**, v° « Droit international privé », *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, coll. Quadrige, dir. D. ALLAND et S. RIALS, 1<sup>ère</sup>, 2003, p. 493.

**DANTI-JUAN (M.)**, v° « Ordre de la loi », *Rép. droit pénal et proc. pénale*, Dalloz.

**GALLANT (E.)**, v° « Règlement Bruxelles II bis », *J.-Cl. Droit international*.

**GAUDEMET-TALLON (H.)**, v° « Compétence civile et commerciale », *Rep. droit international Dalloz*.

- v° « Convention de Rome et règlement "Rome I" », *J.-Cl. Droit international*, fasc. 552-15.

**GOLDMAN (B.)**, v° « Arbitrage – convention d'arbitrage », *J.-Cl. Droit international*, fasc. 586-3.

**HASCHER (D.)**, v° « Arbitrage international », *Rep. droit international Dalloz*.

**HEUZÉ (V.)**, v° « La loi des contrats internationaux », Livre II, *Joly Contrats internationaux*.

- v° Sous-traitance, *Rep. droit international Dalloz*.

**HUET (A.)**, v° « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. – règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français. – clauses attributives de juridiction », *J.-Cl. Droit international*, fasc. 581-41.

- v° « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux - Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français - Règlements des incidents de compétence – Incompétence internationale des juridictions françaises », *J.-Cl. Droit international*, fasc. 581-42.

- v° « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. – Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français. – Règlements des incidents de compétence. – Litispendance et connexité internationales », *J.-Cl. Droit international*, fasc. 581-43.

**JOBARD-BACHELLIER (M.-N.)** et **TRAIN (F.-X.)**, v° « Ordre public international - Notion d'ordre public en droit international privé », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. 534-1.

**MOLINS (F.)**, v° « Ministère public », *Rép. Dr. pén. et proc. Pénale*, Dalloz.

**MUIR WATT (H.)**, v° « Loi étrangère », *Rép. Droit international Dalloz*.

**ROBERT-WANG (L.)**, v° « Règle de droit », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 1<sup>ère</sup> éd., 2003.

### **IV. OUVRAGES SPÉCIAUX : MONOGRAPHIES, THÈSES, OUVRAGES COLLECTIFS**

**AMSELEK (P.)**, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit : (essai de phénoménologie juridique)*, th., Paris, LGDJ, 1964, préf. Ch. EISENMANN.

**ANCEL (B.)**, *Les conflits de qualification à l'épreuve de la donation entre époux*, Dalloz, Bibl. droit privé, vol. XXII, 1977, préf. H. BATIFFOL.

**ANCEL (B.)**, *L'institution exorbitante*, Cours de Master de droit international privé, Université Paris II Panthéon-Assas, p. 5.

**ANCEL (B.)**, *Analyse critique de l'érosion du paradigme conflictuel (4)*, Cours Master 2, Université Paris II Panthéon Assas, 2008-2009.

**ANCEL (M.-E.)**, *La prestation caractéristique du contrat*, *Economica*, 2002, préf. L. AYNÈS.

**ALLARD (J.)**, **GARAPON (A.)**, *Les juges dans la mondialisation, La nouvelle révolution du droit*, La République des idées, Seuil, 2005.

**ARCHER (D.)**, *Impérativité et ordre public en droit communautaire et en droit international privé des contrats (étude des conflits de lois)*, th. Cergy, dactyl., 2006.

**ARRUE MONTENEGRO (C.)**, *Autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions en droits français et panaméen*, LGDJ, tome 531, 2011, préf. B. ANCEL.

**AVOUT (L. d')**, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, *Economica* 2006, préf. H. SYNDET.

**BATIFFOL (H.)**, *Philosophie du droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 10<sup>ème</sup> éd., 1997.

- *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, rééd. 2002, préf. Y. LEQUETTE.

**BAYARD (P.)**, *Aurais-je été résistant ou bourreau ?*, coll. Paradoxe, Les éditions de Minuit, 2013.

**BÉCHILLON (D. de)**, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997.

**BERGÉ (J.-S.)**, *L'application du droit national, international et européen – Approche contextualisée des cas de pluralisme juridique mondial*, éd. Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013.

**BERNHEIM-VAN DE CASTEELE (L.)**, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, 2012, préf. Th. CLAY.

- BODEN (D.)**, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, th. Paris I, dactyl., 2002.
- BOILLOT (C.)**, *La transaction et le juge*, th. Paris I, dactyl., 2001.
- BORE (J.) et BORE (L.)**, *La cassation en matière civile*, Dalloz Action, 2003.
- BRAND (R. A.) et HERRUP (P. M.)**, *The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements, Commentary and Documents*, Cambridge University Press, 2008.
- CALEB (M.)**, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, Recueil Sirey, 1927.
- CALMES (S.)**, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Nouvelle bibliothèque de thèse, Dalloz, 2001, préf. D. TRUCHET.
- CANIVET (G.), FRISON-ROCHE (M.-A.), KLEIN (M.)**, (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, 2005.
- CARBONNIER (J.)**, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 7<sup>ème</sup> édition, 1992.
- CHALAS (C.)**, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, PUAM, 2000, préf. H. MUIR WATT.
- CONVERT (L.)**, *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés. : Etude de droit comparé : Angleterre, Espagne, France*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 374, 2003, préf. B. SAINTOURENS.
- CORBION (L.)**, *Le déni de justice en droit international privé*, PUAM, 2004, préf. Y. LEQUETTE.
- DEBY-GÉRARD (F.)**, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Dalloz, Bibl. droit privé, vol. XVI, 1973, préf. B. GOLDMAN.
- DEFFAINS (B.)**, (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, éd. Cujas, 2002, préface G. CANIVET.
- DELAPORTE (V.)**, *Recherche sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, thèse Paris II, dactyl., 1974.
- DROZ (G. A. L.)**, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun (Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Bibl. dr. inter. priv., vol. XIII, Dalloz, 1972.
- DUBUISSON (B.)**, *Le droit applicable au contrat d'assurance dans un espace communautaire intégré*, Bibliothèque interuniversitaire de la Communauté française de Belgique, 1994.
- DWORKIN (G.)**, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge, CUP, 1988.
- FAUVARQUE-COSSON (B.)**, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, coll. « Bibliothèque de droit privé », LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 272, 1996, préf. Y. LEQUETTE.
- FRANCESKAKIS (Ph.)**, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958.
- GANNAGE (L.)**, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 353, 2001, préf. Y. LEQUETTE.
- GAUDEMET-TALLON (H.)**, *Recherches sur les origines de l'article 14 du Code civil*, PUF, 1964.
- GÉNY (F.)**, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, t. II.
- GÉNY (F.)**, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *Élaboration technique du droit positif*, Sirey, 1921.
- GERALDY (P.)**, *Toi et moi*, éd. Stock, 1926.
- GOUÉZEL (A.)**, *La subsidiarité en droit privé*, *Economica*, 2013, préf. P. CROCQ.
- GOUNOT (E.)**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. A. ROUSSEAU, 1912.
- GOURDET (G.)**, *L'effectivité en droit international privé*, th. Nice, dactyl., 1978.
- GROULIER (C.)**, *Norme permissive et droit public*, th. Limoges, dactyl., 2006.
- GUEZ (P.)**, *L'élection de for en droit international privé*, th. Paris X, dactyl., 2000, consultable en ligne [www.glose.org](http://www.glose.org).
- GUILLAUMÉ (J.)**, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 530, 2011, préf. C. GRARE.
- HABRE (C.)**, *La subsidiarité en droit privé*, th. Paris II, dactyl., 2014.
- HAFTTEL (B.)**, *La notion de matière contractuelle en droit international privé. Etude dans le domaine du conflit de lois*, th. Paris II, dactyl., 2009.
- HAYEK (F. A.)**, *Droit, législation et liberté*, préf. P. NEMO, PUF, 2013.
- HEUZÉ (V.)**, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, éd. Joly, 1990, préf. P. LAGARDE.
- KELSEN (H.)**, *Théorie générale des normes*, traduit de l'Allemand par O. BEAUD et F. MALKANI, PUF, 1996.
- KELSEN (H.)**, *Théorie pure du droit*, trad. fr. de C. EISENMANN de la 2<sup>e</sup> éd. de la *Reine Rechtslehre*, Paris, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », Vol. 7, 1962.
- JACQUET (J.-M.)**, *Principe d'autonomie et droit applicable aux contrats internationaux*, *Economica*, 1983, préf. J.- M. BISCHOFF.
- JEAUNEAU (A.)**, *L'ordre public en droit national et droit de l'Union. Essai de systématisation*, th. Paris I, dactyl., 2015.
- JOBARD-BACHELLIER (M.-N.)**, *L'apparence en droit international privé: Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 178, 1984, préf. P. LAGARDE.

- JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), BACHELLIER (X.),** *La technique de cassation, pourvois et arrêts en matière civile, méthode du droit*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 2010.
- JOUBERT (N.),** *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Litec, 2007, préf. P. LAGARDE.
- KALINOWSKI (G.),** *Introduction à la logique juridique*, LGDJ, 1965.
- KAHNEMAN (D.) :** *Système 1, Système 2, Les deux vitesses de la Pensée*, Flammarion, 2012.
- KESSEDJIAN (C.) et LOQUIN (E.) (dir.),** *La mondialisation du droit*, Litec, 2000.
- KOJEVE (A.),** *La notion d'autorité*, Gallimard, 2004, préf. F. TERRÉ.
- LAFAY (F.),** *La modulation du droit par le juge - Étude de droit privé et sciences criminelles*, t. 1 et 2, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, préf. O. MORÉTEAU.
- LERCLERC (F.),** *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de lois)*, Bruylant Bruxelles, 1995, préf. D. ALEXANDRE.
- MAILHE (F.),** *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions, Le droit de la compétence internationale face à la mondialisation économique*, th. Paris II, dactyl. 2013.
- MARINESE (V.),** *L'idéal législatif du conseil constitutionnel. Étude sur les qualités de la loi*, thèse Paris X, dactyl., 2007.
- MATHIEU (B.),** *Directives européennes et conflits de lois*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2015, préf. D. BUREAU.
- MAYER (P.),** *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973, préf. H. BATIFFOL.
- MAYER (P.),** « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCDAl* 2007, tome 327.
- MEKKI (M.),** *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, tome 411, 2004, préf. J. GHESTIN.
- MOREAU (G.),** *Dictature de la croissance*, Gingko éditeur, 2005.
- MOREAU-BOURLES (M.-A.),** *Structure du rattachement et conflits de lois en matière de responsabilité civile délictuelle*, th. Paris II, dactyl., 1986.
- MOTULSKY (H.),** *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Sirey, 1948, préf. P. ROUBIER.
- MUIR WATT (H.) et CAFAGGI (F.)** [sous la dir. de], *Making European Private Law, Governance design*, t. II, 2008, Elgar.
- NAJM (M.-C.),** *Principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisation*, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2005, préf. Y. LEQUETTE.
- NUYTS (A.),** *L'exception de Forum non conveniens (Etude de Droit International Privé Comparé)*, coll. ILB, 2003.
- OLIVE (L.),** *Etude de l'autonomie en droit international*, Université Bordeaux, dactyl., 1899.
- OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.),** *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2002, préf. Y. LEQUETTE.
- PANOU (C.),** *Le consentement à l'arbitrage, Etude méthodologique du droit international de l'arbitrage*, IRJS, tome 32, , préf. V. HEUZÉ.
- PATAUT (E.),** *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, LGDJ, 1999, préf. P. LAGARDE.
- PATOCCHI (P. M.),** *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel (De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe)*, coll. « Études suisses de droit international » vol. 42, Genève, Librairie de l'Université et Georg et Cie SA, 1985.
- PIAZZON (T.),** *La sécurité juridique*, Defrénois, tome 35, 2009, préf. L. LEVENEUR.
- PÉRÈS (C.),** *La règle supplétive*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 421, 2004, préf. G. VINEY.
- POGGI (F.),** *Norme permissive*, Giappichelli, Turin, 2004.
- RACINE (J.-B.),** *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 309, 1999, avant-propos L. BOY, préf. Ph. FOUCHARD.
- RANOUIL (V.),** *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, préf. J. Ph. Lévy, PUF, 1980.
- REMY (B.),** *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2008, vol. 79, préf. P. MAYER.
- REMY (D.),** *Légistique. L'art de faire les lois*, Paris, Romillat, 1994.
- RÉMY-CORLAY (P.),** *Étude critique de la clause d'exception dans les conflits de lois (Application en droit des contrats et des délits)*, Th. Poitiers, dactyl., 1997.
- ROGUIN (E.),** *Étude de science juridique pure. La Règle de droit. Analyse générale, spécialités, souveraineté des États, assiette de l'impôt, théorie des statuts, système des rapports de droit privé, précédé d'une introduction sur la classification des disciplines*, F. Rouge, 1889.
- SERAGLINI (C.),** *Lois de police et justice arbitrale*, 2001, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 10, préf. P. MAYER.
- SINAY-CYTERMANN (A.),** *L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale*, th. Strasbourg, dactyl., 1980.

**TUSSEAU (G.)**, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2004, vol. n° 60, préf. M. TROPER.

**USUNIER (L.)**, *La régulation de la compétence internationale juridictionnelle en droit international privé*, Economica, 2008, préf. H. MUIR WATT.

**VAREILLES-SOMMIÈRES (P. de)**, *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 257, 1997, préf. P. MAYER.

## **V. ARTICLES, COMMUNICATIONS**

**AMSELEK (P.)**, « Lois juridiques et lois scientifiques », *Droits*, n°6, 1987, p. 131.

- « Ontologie du droit et logique déontique », *R.D.P* 1992, p. 1014.

**ANCEL (B.)**, « La loi applicable à défaut de choix », in *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Schulthess, Genève, 2008, p. 77.

**ANCEL (B.)** et **MUIR WATT (H.)**, « La désunion européenne : le Règlement dit « Bruxelles II bis », *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 403.

- « Annotation sur la consultation 53 de Dumoulin traduite en Français », in *Le monde du droit, Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 1.

**ANCEL (J.-P.)**, « L'invocation d'un droit étranger et le contrôle de la Cour de cassation », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz 2008, p. 3.

- « Arbitrage et internationalité, Quelques réflexions et propositions », *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 17.

**ANCEL (M.-E.)**, « La protection internationale des sous-traitants », *Trav. com. fr. DIP*, 2008-2010, Pédone, p. 2.

**ATTAL (M.)**, « Union européenne et convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for : vers un droit communautaire de source non communautaire », *D.* 2009, p. 2379.

**AUBRY (J.)**, « Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé », *JDI*, 1896, p. 465.

**AUDIT (B.)**, « Le critère d'application des conventions judiciaires multilatérales », in *Le droit international privé, Esprit et méthode, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 19.

- « Observations sur la Convention de La Haye du 30 juin 2005 relative aux accords d'élection de for », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 171.
- « Du bon usage des lois de police », *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 25.

**AUDOLANT (A.)**, « Les lois de police en droit international privé : une force « super-impérative », in *La force normative, naissance d'un concept*, sous la dir. de C. THIBIERGE, LGDJ, 2009, p. 309.

**AVOUT (L. d')**, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2165.

- « La refonte du Règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *D.* 2013, p. 1014.
- « La *lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Audit, les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 15.

**AVOUT (L. d')** et **PERREAU-SAUSSINE (L.)**, « Droit international privé des contrats : la CJCE n'aurait-elle pas déjà un train de retard ? », *JCP G*, 2009, 550.

**AZZI (T.)**, « La volonté tacite en droit international privé », *Travaux comité français DIP*, 2010-2012, Pédone, p. 68.

**BARBET (J.)** et **ROSHER (P.)**, « Les clauses de résolution de litiges optionnelles », *Rev. arb.* 2010, p. 45.

**BARTHE-GAY (C.)**, « Les normes permissives en droit administratif français », *RRJ* 2004, p. 233.

**BATIFFOL (H.)**, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », *Choix d'articles*, Paris, 1976, p. 249.

- « Les intérêts de droit international privé », *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgans des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Gerhard Kegel*, Francfort-sur-le-Main, 1977, p. 11.
- « Observations sur certaines transpositions en droit international privé », in *Festschrift für Karl Firsching zum 70. Geburtstag*, München : C.H. Beck, 1985, p. 5.

**BERAUDO (J.-P.)**, « Regards sur le nouveau règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *JDI*, 2013, p. 741.

**BERGÉ (J.-S.)**, « Hiérarchies des normes et application du droit au niveau national, international et Européen », in *La Hiérarchie des normes*, éd. L'Harmattan - collection des travaux de l'association des lauréats de la Chancellerie des Universités de Paris (ALCUP) – sous la direction de G. TEBOUL et L. SOUBELET, à paraître.

- « Question de vocabulaire : impact de la disparition du terme "Communauté" et de ses dérivés dans les Traités sur l'Union européenne en droit des contrats », *RDC* 2008, p. 523.

**BETOULLE (J.)**, « La distinction contrôle lourd/contrôle léger de la Cour de cassation. Mythe ou réalité ? », *JCP G* 2002, I, 171.

- BISMUTH (J.-L.)**, « La sous-traitance internationale », *Trav. Com. fr. DIP*, 1984-1985, éd. CNRS, 1987, p. 23.
- BOILLOT (C.)**, « Le régime des clauses relatives au litige », *RTD com.* 2013 p. 1.
- BOLLEE (S.)**, « L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale », *Rev. crit.* 2007, p. 307.
- « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », *L'efficacité économique en droit*, S. BOLLÉE, Y.-M. LAITTHIER, C. PÉRÈS, Economica 2008, p. 121.
  - « Retour au Cap des Tempêtes », *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 65.
- BONOMI (A.)**, « Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement "Rome I" sur la loi applicable aux contrats », in *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, E. CASHIN RITAINE et A. BONOMI (ss. dir.), Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2008, p. 217.
- BOURDELOIS (B.)**, « Relations familiales internationales et *professio juris* », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Audit, les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 137.
- BUREAU (D.)**, « L'application d'office de la loi étrangère, Essai de synthèse », *Clunet* 1990, p. 317.
- « L'accord procédural à l'épreuve », *Rev. Crit. DIP* 1996, p. 585.
  - « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz, J. -Cl, PUF, 1999, p. 285.
  - « Juger le présent, prévoir l'avenir », *Dossier nouveau droit international privé des successions : les zones d'ombre, Droit et Patrimoine*, 2014, p. 78.
  - « Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Audit, les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 155.
- BUREAU (D.)** et **MUIR-WATT (H.)**, « L'impérativité désactivée ? », *Rev. Crit. DIP*, 2009, p. 1.
- CACHARD (O.)**, « Efficacité d'une clause de juridiction et son articulation avec le mécanisme de l'appel en garantie », *DMF* 2013, p. 316.
- CADIET (L.)**, « Ordre concurrentiel et justice », in *Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Ed. Frison-Roche 2003, p. 109.
- CAPITANT**, « Comment on fait les lois aujourd'hui », *RPP*, vol.91, 1917, p. 305.
- CAPRASSE (O.)**, « L'application du droit européen de la concurrence par l'arbitre », in *Arbitrage et droit de l'Union Européenne*, dir. P. MAYER, Actes du colloque du 4 novembre 2011, Paris, 2012, LexisNexis.
- CARBONNIER (J.)**, « Tendances actuelles de l'art législatif en France », in *Legal Science Today*, 1978, Uppsala, p. 23.
- CARTWRIGHT (J.)**, « L'obligation de négocier ? Un domaine de concurrence entre droit anglais et droit français des contrats », in J. du BOIS DE GAUDUSSON et F. FERRAND [dir.], *La concurrence des systèmes juridiques*, Actes du colloque de Lyon, 20 oct. 2006, PUAM, 2008, p. 49.
- CATALA (P.)**, « Rapport de synthèse », in *L'ordre Public , Travaux de l'association H. CAPITANT, Journées Libanaises*, t. 49, 1998, LGDJ, 2001, p. 1.
- CHEKROUN (D.)**, *La diffamation mondialisée*, www.laviedesidees.fr, publié le 15 juillet 2010.
- CHÉNEDÉ (F.)**, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative du mythe à la réalité », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2012, 4, p. 155.
- « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *D.* 2014, p. 179.
- CLAVEL (S.)**, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *TCFDIP*, éd. Pédone 2013, p. 255.
- COHEN (D.)**, « Contentieux d'affaires et abus de forum shopping », *D.* 2010, p. 975.
- CORNUT (E.)**, « Forum shopping et abus du choix du for en droit international privé », *JDI* 2007, p. 27.
- COUTURIER (G.)**, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Études offertes à Jacques Flour*, Defrénois, 1979, p. 95.
- DABIN (J.)**, « Autonomie de la volonté et lois impératives, ordre public et bonnes mœurs, sanction à la dérogation aux lois, en droit privé interne », in *Annales de droit et de sciences politiques*, Université catholique de Louvain, 1940, p. 198.
- DAMMANN (J.)** et **HANSMANN (H.)**, « A global market for judicial services », *RIDC* 1998, p. 421
- « Globalizing commercial litigation », 94 *Cornell L. Rev.* 1, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=1113217>
- DELAMARRE (M.)**, « La sécurité juridique et le juge administratif français », *AJDA* 2004, p. 186.
- DELANOY (L.-C.)**, « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », *Rev. arb.*, 2007, p. 177.
- DERAINS (Y.)**, « L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige », *Rev. Arb.*, 1972, p. 99.
- DEUMIER (P.)**, **FAUVARQUE-COSSON (B.)**, « Un nouvel instrument du droit souple international. Le "projet de Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux" », *D.* 2013, p. 2185.

- DEVERS (A.) et FARGES (M.)**, « Le nouveau droit international privé du divorce. - À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce », *JCP G*, 2012, p. 778.
- DUBOS (O.)**, « Juridictions américaines et juridictions françaises face à l'application de l'article 33 de la Convention de Montréal: un dialogue de sourds? », *JDI*, 2012, p. 1281.
- EISEMANN (F.)**, « La clause d'arbitrage pathologique », in *Essays in Memoriam Eugenio Minoli*, U.T.E.T., 1974, p. 129.
- EISENMANN (C.)**, « Problèmes de méthodologie des définitions et des classifications », *A.P.D.*, 1966, p. 25.
- FALLON (M.)**, « Approche systémique de l'applicabilité dans l'espace de Bruxelles I et Rome I » in *Enforcement of International Contracts in the European Union*, sous la direction de J. MEEUSEN, M. PERTUGAS et G. STRAETMANS, INTERSENTIA, 2004, p. 127.
- FAUVARQUE-COSSON (B.)**, « Rome 1 et le droit européen des contrats », Colloque international « Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux », CREDIMI, Université de Bourgogne, 9 et 10 septembre 2010, p. 137.
- FAUVARQUE-COSSON (B.)**, « L'accord procédural à l'épreuve du temps », in *Mélanges Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 263.
- FÉVRIER (J.- M.)**, « Remarques sur la notion de norme permissive », *D.* 1998, chron., p. 271.
- FLOUR (J.)**, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, Études offertes à Georges Ripert*, Tome I, LGDJ, 1950, p. 93.
- FRANESKAKIS (Ph.)**, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapport avec les règles de conflit de lois », *Rev. Crit. DIP* 1966, p. 1.
- FRANCO (S.) et JAULT-SESEKE (F.)**, « Les lois de police, une approche de droit comparé », in *Le règlement Rome I...*, colloque Credimi, dir. S. CORNELOUP et N. JOUBERT, Litec, 2011, p. 357.
- FULLI-LEMAIRE (S.) et ROJAS TAMAYO (D.)**, in C. ESPLUGUES, J.- L. IGLESIAS, G. PALAO (eds.), *Application of Foreign Law*, Sellier., 2011, Munich, p. 185.
- GAILLARD (E.) et de LAPASSE (P.)**, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.* 2011, p. 175.
- GAUDEMET-TALLON (H.)**, « La litispendance internationale dans la jurisprudence française après la communication de Dominique Holleaux au comité français de droit international privé », in *Mélanges dédiés à D. Holleaux*, Litec, 1990, p. 121.
- « Les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle en matière civile et commerciale : *forum non conveniens, lis pendens* », *RIDC*, Vol. 46 n°2, Avril-juin 1994, p. 423.
  - « Les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen : quelques repères », in *Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, Martinus Nijhoff 1996, p. 85.
  - « L'introuvable "juge naturel" », in *Nonagesimo anno. Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, Paris, PUF, 1999, p. 591.
  - « La clause attributive de juridiction, un moyen d'échapper aux lois de police ? », in *Liber Amicorum K. Siebr*, 2010, p. 707.
  - « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 255.
- GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.)**, « La critique économiste de la tradition romano-germanique », *RTD civ.*, 2010, p. 683.
- GOTHOT (P.)**, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste », *Rev. crit. DIP*, 1971, p. 1.
- « La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats », *Trav. com. fr. DIP*, 1977, p. 205.
- GROULIER (C.)**, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in *La force normative, Naissance d'un concept*, C. THIBIERGE et al., L.G.D.J., 2009, p. 199.
- HALPÉRIN (J.-L.)**, « L'autonomie privée en France: un concept cantonné ou rejeté? », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2014, Vol. 43, n°1, p. 461.
- HANOTIAU (B.)**, « La loi applicable à l'arbitrabilité », *Rev. Dr. Aff. Int.*, 1998-7, p. 755.
- HARTLEY (T.)**, « "Libel Tourism" & Conflict of Laws », *ICLQ* vol 59, janvier 2010, p. 25.
- HÉRAUD (G.)**, « La validité juridique », Mélanges offerts à Jacques Maury, Tome II : Droit comparé, théorie générale du droit et droit privé, Paris, Librairie Dalloz et Sirey, 1961, p. 477.
- HENRI PALLARD (R.)**, « La règle et le droit : la subjectivité et la genèse de la normativité dans l'ordre juridique », *R.R.J* 1998, p. 211.
- HÉRON (J.)**, « Existe-t-il des règles de non-imputation ? », *Écrits en hommage à Gérard Cornu, Droit civil, procédure, linguistique juridique*, PUF, 1994, p. 217.
- H. E. YNTEMA**, « Les objectifs du droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 1959, p. 1-29.
- HEUZÉ (V.)**, « La volonté en droit international privé », *Droits* 1999, n°28, p. 113.
- « 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.

- « L'Union européenne, la démocratie et l'État de droit : lettre ouverte au président de la République », *JCP G* 2006, act. 586.
  - « Le technocrate et l'imbécile. Essai d'explication du droit commun européen de la vente », *JCP G* 2012, p. 1225.
  - « La Reine Morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice. - La soumission à un utilitarisme obscur (2e partie) », *JCP G*, 2011, doctrine 397.
  - « Quelle raison à la déraison ? », *D.* 2011, p. 2880.
  - « Construction européenne, État de droit et droit international privé », in *Construction européenne et Etat de droit*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 130.
  - « Une variété de transaction : la convention d'arbitrage », *Rev. arb.* 2015, p. 1.
  - « Faut-il confondre les clauses d'élection de for avec les conventions d'arbitrage dans les rapports internationaux ? », *Mélanges en l'honneur du Professeur P. MAYER*, LGDJ, p. 295.
- HOLLEAUX (D.)**, « La litispendance internationale », *Trav. com. fr. DIP*, 1971-1973, p. 211.
- HUET (A.)**, « Relations habituelles d'affaires et acceptation tacite d'une clause attributive de juridiction », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, 2001, Bruylant, p. 501.
- HUET (J.)**, « Le nouvel article 15 du Code civil », in *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, 2008, Dalloz, p. 311.
- IDOT (L.)**, « L'arbitrabilité des litiges, l'exemple français », *R. J. Com.* 1996, n°1, p. 6.
- « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », *Petites affiches*, 12 décembre 2002 n° 248, p. 27.
- JACQUET (J.-M.)**, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Trav. Com. Fr. DIP*, 1993-1995, p. 23.
- « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 727.
  - « L'émergence du droit souple (ou le droit « réel » dépassé par son double) », in *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 331.
  - « La théorie de l'autonomie de la volonté », in *Le Règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, (sous la direction de) S. CORNELOUP et N. JOUBERT, Actes du Colloque de Dijon, septembre 2010, Travaux du Credimi, vol. 34, Paris, LexisNexis Litec, 2011.
- P. ???**
- JARROSSON (C.)**, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *R. J. com.* 1996, p. 1.
- JAULT-SESEKE (F.)**, « L'adoption du règlement n° 593/2008 (Rome 1) sur la loi applicable aux obligations contractuelles : le choix de la continuité pour le contrat de travail » - Commentaire de l'article 8 du règlement Rome I -, *RDT* 2008. 619.
- JEAMMAUD (A.)**, « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, chron. p. 199.
- JEULAND (E.)**, « L'efficacité des procédures et des sanctions en matière économique », *RJC*, novembre 2002, p. 156.
- JOBARD-BACHELLIER (M.-N.)**, « Une impérativité active des règles de droit dans l'ordre international », *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 345.
- JOUBERT (N.)**, « De l'opposabilité d'une clause attributive de juridiction insérée dans un contrat d'adhésion relatif au contrôle aérien », *Ren. crit. DIP* 2010, p. 525.
- KALINOWSKI (G.)**, « Obligations, permissions et normes. Réflexions sur le fondement métaphysique du droit », *APD* t. 26, 1981, p. 331.
- KAMDEM (I. F.)**, « Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », *R.J.T.* 2009 (43), p. 605.
- KEGEL (G.)**, « Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht », *Festschrift für H. Lewald*, Bâle, 1953, p. 259.
- KESSEDJIAN (C.)**, « La convention de La Haye du 30 juin 2005 », *JDI* 2006, p. 813.
- « Le droit entre concurrence et coopération », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 119.
- KINSCH (P.)**, « Quel droit international privé pour une époque néo-libérale ? », *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 377.
- LAGARDE (P.)**, « La sous-traitance en droit international privé », in C. GAVALDA (dir.), *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, p. 187.
- « Examen de l'avant-projet de convention C.E.E sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles », *TCFDIP* 1971-1973, p. 147.
  - « Sur le contrat de travail international : analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Paris, 1989, p. 83.
  - « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *Rabels Z.* 2004. 225 ; « Reconnaissance. Mode d'emploi », *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, p. 481.
  - « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *Ren. crit. DIP*, 2006, p. 331.

- LAGARDE (X.)**, « Observations critique sur la renaissance du formalisme », *JCP G* 1999, I, 170.
- LEGIER (G.)**, « Les conflits de lois en matière de cautionnement », in *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Lexisnexis, Dalloz, 2006, p. 375.
- LEMAIRE (S.)**, « La connexité internationale », *Trav. com. fr. DIP*, 2008-2010, p. 95.
- LEMMENICIER (B.)**, « L'économie de la justice : du monopole d'Etat à la concurrence privée », *Justices* 1995, n°1, p. 135.
- LEMONTEY (J.)**, *Trav. Com. Fr. DIP*, 1985-1986, Pédone, p. 65.
- LEQUETTE (Y.)**, « L'abandon de la jurisprudence *Bisbal* », *Rev. Crit. DIP* 1989, p. 314.
- LEQUETTE (Y.)**, « Vers un Code civil européen ? », *Pouvoirs*, 2003, p. 105.
- LEVEL (P.)**, « L'arbitrabilité », *Rev. arb.* 1992, p. 213.
- LIBCHABER (R.)**, « Insondables mystères : les incertitudes de la renonciation », *Deffrénois* 2002, p. 779.
- LICARI (F.-X.)**, « L'Arbitrage Rabinique, entre Droit Talmudique et Droit des Nations », *Rev. Arb.* 2013, p. 3.
- LOQUIN (E.)**, « Les illusions perdues du contrôle de l'arbitrabilité du litige international », in *Justice et droits fondamentaux, Etudes offertes à J. Normand*, Litec, 2003, p. 339.
- MANCINI (P. S.)**, « De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou de 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 » *Clunet*, 1874, p. 221 et p. 285.
- MARAIS (B. de)**, « Attractivité économique du droit : le droit français peut-il survivre dans la compétition internationale ? », *Droit et Patrimoine*, n°170, mai 2008, p. 38.
- MAUREL (L.)**, « Comparaison des systèmes de réglementation du cannabis dans le monde: Eléments pour un débat public », *Médecine et Droit*, 2003, n°58 p. 17.
- MAURY (J.)**, « La condition de la loi étrangère en droit français », *Trav. Comité fr. dr. int. pr.* 1948-1952, p. 97.
- « 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 », in *Choix d'articles de P. MAYER*, LGDJ, 2015.
- « Les lois de police étrangères », *Clunet*, 1981, p. 277.
  - « Les lois de police », *Trav. Com. fr. DIP*, Journée du cinquantenaire, éd. CNRS, 1989, p. 105.
  - « Les clauses relatives à la compétence insérées dans les contrats de travail », in *Mélanges dédiés à D. Holleaux*, Litec, 1990, p. 263.
  - « La sentence contraire à l'ordre public au « Existe-il des normes individuelles ? », *Choix d'articles de Pierre MAYER*, LGDJ, 2015, p. 483fond », *Rev. arb.* 1994, p. 615.
  - « La protection de la partie faible en droit international privé » in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaison franco-belge / dir. Jacques Ghestin, Marcel Fontaine ; éd. Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I et de l'Université catholique de Louvain*, LGDJ, 1996, p. 513.
  - « Existe-il des normes individuelles ? », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Economica, 2006, p. 661.
  - « L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences aux lois de police », *Mélanges Gaudemet Tallon*, Dalloz, 2008, p. 459.
  - « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *Mélanges P. Lagarde*, p. 547.
  - « Le choix de loi dans la jurisprudence arbitrale », in *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi applicable dans les contrats internationaux*, dir. S. CORNELOUP et N. JOUBERT, Actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010, Dijon, Litec, 2011.
- MENJUCQ (M.)**, « L'Europe et le droit de l'entreprise », *JCP éd. G*, 2007, I, 130.
- MOLFESSIS (N.)**, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », *Rapport public du Conseil d'État 2006*, « Sécurité juridique et complexité du droit », EDCE, n°57, La documentation française, 2006, p. 399.
- MOTULSKY (H.)**, « L'office du juge et la loi étrangère », *Écrits. Étude et notes de droit international privé*, préf. H. BATIFFOL, Ph. FRANCESKAKIS, Dalloz, 1978, p. 87.
- « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », *Écrits. Étude et notes de droit international privé*, préf. H. BATIFFOL, Ph. FRANCESKAKIS, Dalloz, 1978, p. 125.
- MOURRE (A.)**, « Le libre arbitre, ou l'aveuglement de Zaleucus », *JDI* 2005, p. 371.
- MUIR WATT (H.)**, « Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges P. Lagarde*, 2005, p. 615.
- « La régulation des services judiciaires en Europe, Concurrence interjuridictionnelle et mobilité des juges : vers des riding circuits ? », in *Conflits de lois et régulation économique*, M. AUDIT, H. MUIR WATT et E. PATAUT (dir.), LGDJ 2008, p. 231.
  - « European Federalism and the 'New Unilateralism' », vol. 82 *Tulane L. Rev.*, 2008.



- « Les limites du choix : dispositions impératives et internationalité du contrat », in *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, CREDIMI, Université de Bourgogne, 9 et 10 septembre 2010.
- « Les limites du choix : dispositions impératives et internationalité du contrat », in *Le règlement communautaire Rome I et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010 à Dijon, dir. S. CORNELOUP et N. JOUBERT, Litec 2011.
- « Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme », in *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO dir., Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 77.

**MUIR WATT (H.) et RADICATI DI BROZOLO (L.)**, « Party autonomy and mandatory rules in a global world », *International Law FORUM du droit international*, 2004, p. 90.

**NEUMAYER (K.)**, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », R. 1957, p. 579 et s. et 1958, p. 53.

**NIBOYET (M.-L.)**, « Les conflits de procédures », *Trav. com. fr. DIP*, 1995-1998, p. 71.

- « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *JDI* 2006, p. 937.
- « Les remèdes à la fragmentation des instruments européens de droit international privé (à la lumière de la porosité des catégories « *alimony* » et « *matrimonial property* » en droit anglais) », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Audit, les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 551.

**NICOD (M.)**, « Un droit venu d'ailleurs : la loi étrangère désignée par la règle de conflit », in *Libres propos sur les sources du droit : mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, p. 417.

**NOURISSAT (C.)**, « Rupture brutale d'une relation commerciale établie : du curieux effet du franchissement d'une frontière sur la nature de l'action », *RLDA*, septembre 2007, p. 67.

- « L'avenir des clauses attributives de juridiction d'après le Règlement Bruxelles 1 bis », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Audit, les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 567.

**NUYTS (A.)**, « Forum shopping et abus de forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *Mélanges J. Kirkpatrick*, Bruylant, 2004, p. 745.

**OPPETIT (B.)**, « Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international », *JDI*, 1987, p. 5.

**OTHENIN-GIRARD (V.)**, « Quelques observations sur le for de nécessité en droit international privé suisse », *Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht*, 1999, p. 251.

**OVERBECK (A. E. von)**, « L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé », in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Régaux*, Bruylant, 1993, p. 619.

**PAMBOUKIS (Ch.)**, « La renaissance métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *Rev. crit.*, 2008, p. 513.

**PATAUT (E.)**, « Qu'est-ce qu'un litige "intra-communautaire" ? » : réflexions autour de l'article 4 du Règlement Bruxelles I », in *Études offertes à Jacques Normand*, Litec 2003, p. 365.

- « Liberté d'établissement et droit international privé des sociétés : un pas de plus », *Recueil Dalloz*, 2004, p. 491.
- « Lois de police et ordre juridique communautaire », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, dir. A. FUCHS, H. MUIR WATT, E. PATAUT, Dalloz, 2004, p. 117.

**PACTEAU (B.)**, « La sécurité juridique : un principe qui nous manque ? », *AJDA* 1995, p. 151.

**PELLERIN (J.)**, « L'exception de litispendance internationale » *Bull. Ch. av. Paris*, 1991, p. 125.

**PÉRÈS (C.)**, « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie, (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet) », *D.* 2009 p. 381.

**PERREAU-SAUSSINE (L.)**, « Le conflit entre clause compromissoire et clause attributive de juridiction », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit, Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 611.

**PILLET (A.)**, « Essai d'un système général de solution des conflits de lois », *JDI*, 1894, p. 417, 711 ; 1895, p. 241, p. 500, p. 929 et *JDI*, 1896, p. 5.

**RADICATI DI BROZOLO (L. G.)**, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire », *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 1.

- « L'illicéité "qui crève les yeux" : critère du contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt *Thalès* de la Cour d'appel de Paris) », *Rev. arb.*, 2005, p. 529.

**RANGEON (F.)**, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 126.

**RAVILLON (L.)**, « La recherche de la sécurité juridique : la stipulation quasi-systématique d'une clause de choix de la loi applicable », in *Le règlement Rome I...*, colloque Credimi, dir. S. CORNELOUP et N. JOUBERT, Litec, 2011, p. 67.

**RAYNARD (J.)**, « À propos de la subsidiarité en droit privé », in *Mélanges Mouly*, Litec, Paris 1998, p. 131.

**RAYNOUARD (A.)**, « La concurrence normative dans l'Union européenne », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 903.

**REMY (B.)**, « La réforme et le droit international privé », in *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, sous la direction de D. MAZEAUD et de Y. LEQUETTE, avec la participation d'O.DESCAMPS, éd. Panthéon Assas, 2014.

- « Des notions de prévisibilité en matière de conflit de lois : qui de la poule ? Qui de l'œuf ? », *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, Lextenso, 2015.

**RÉMY-CORLAY (P.)**, « Mise en œuvre et régime de la clause d'exception dans les conflits de lois », *Rev. Crit. DIP* 2003, p. 37.

**RETORNAZ (V.)**, **VOLDERS (B.)**, « Le for de nécessité : tableau comparatif et évolutif », *Rev. crit. DIP*, 2008, p. 227.

**RIEG (A.)**, « Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français », *Trav. Ass. H. Capitani*, 1968, p. 43.

**ROMANO (G. P.)**, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité », *Rev. crit.* 2006, p. 547.

- « Le choix des principes UNIDROIT par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives », *JDI* 2007, p. 473.
- « Sécurité juridique et CJCE », in Colloque « La convention de Lugano : passé, présent et devenir », dir. A. BONOMI, E. CASHIN RITAINE, G.-P. ROMANO, *Actes de la 19e Journée de droit international privée du 16 mars 2007 à Lausanne*, Schulthess, 2007, p. 165.
- « Règles internationalement supplétives et règles internationalement disponibles », in *Regards Comparatistes sur le phénomène contractuel*, P.U.A.M, Aix-en-Provence, 2009, p. 243.
- « Non-Marital Unions in European Laws », *XLII-2 Comp. L. Rev.*, p. 27.

**ROUBIER (P.)**, « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *Archiv. phil. dr.*, (3) 1957, p. 1.

**SCALBERT (H.)** et **MARVILLE (L.)**, « Les clauses compromissaires pathologiques », *Rev. arb.*, 1988, p. 117.

**SCHERER (M.)**, « Le choix implicite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du Règlement ? – L'exemple du choix tacite résultant des clauses attributives de juridiction et d'arbitrage », *Le règlement communautaire Rome I et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010 à Dijon, dir. S. CORNELOUP et N. JOUBERT, Litec 2011, p. 253.

**SCHNITZER (A.)**, « La loi applicable aux contrats internationaux », *Rev. crit. DIP* 1955, p. 464.

**SERAGLINI (C.)**, « Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythes et réalités », *Cab. arbitrage*, vol. V (2010), Pedone 2011, p. 198.

**SIBONY (A.-L.)**, « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », in M. FATIN-ROUGET, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité des normes juridiques : nouveau vecteur de légitimité ?* coll. À la croisée de droits, Larcier, Bruxelles, 2012, p. 61.

**SIMON (D.)**, « Invocabilité du droit communautaire », in *Lamy procédures communautaires*, Étude 210, janv. 2005.

**SINAY-CYTERMANN (A.)**, « La protection de la partie faible en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, p. 737.

**STRAS (D. R.)**, « Why Supreme Court Justices should ride circuits again », 91 *Minn. L. Rev.* 1710.

**SUPIOT (A.)**, « L'inscription territoriale des lois », *Rev. Esprit*, novembre 2008, p. 151.

**SYMÉONIDES (S.C.)**, « L'autonomie de la volonté dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 843.

**SZÁSZY (E.)**, « L'évolution des principes généraux du droit international privé dans les démocraties populaires », *Rev. crit. DIP*, 1963, p. 37.

**THIBIERGE (C.)**, « Le droit souple : réflexion sur les textures du droit », *RTD Civ.*, 2003, p. 499.

**THOUVENIN (G.)**, « L'obligation de motivation », Intervention à la Cour de cassation lors du colloque du 3 mai 2010 sur le thème « La Cour de cassation, garante du procès équitable », consultable en ligne à l'adresse : [https://www.courdecassation.fr/IMG/File/Thouvenin\\_3mai10.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/File/Thouvenin_3mai10.pdf).

**TULKENS (F.)**, « La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1990, p. 24.

**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 rapport Doing Business 2012, la concurrence des systèmes juridiques et l'attractivité du droit français des contrats », *RDC* 2012/2, p. 575.

**VAREILLES SOMMIERES (P. de)**, « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *TCFDIP* 2000-2002, p. 49.

- « Lois de police et politiques législatives », *Rev. Crit. DIP* 2011, p. 207.
- « La sentence arbitrale étrangère contraire à une loi d'ordre public du for. - (remarques en marge des solutions françaises envisagées sous le rapport de l'ordre public substantiel) », *JDI* 2014, p. 824.

**WENGLER (W.)**, « Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat », *Rev. crit.*, 1982, p. 467

- « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. crit. DIP*, 1990, p. 657.

**WRIGHT (G. H. von)**, « On the logic of norms and action », in *Practical Reason. Philosophical Papers*, Volume I, Oxford, Basil Blackwell, 1983, p. 104.

- *Norm and action, A logical enquiry*, International Library of Philosophy, Routledge & Kegan Paul PLC, 1963
- « L'analyse des normes », trad. O. TAVIOT, en collaboration avec J.-P. DELVILLE, *R.R.J* 2003-1, p. 19.

## **VI. JURISPRUDENCE (ET COMMENTAIRES)**

### **A. Jurisprudence française**

#### **Jurisprudence administrative**

- **CE, 26 janvier 1912**, *Blot*, *S.* 1913, p.17, retranscrite dans M. HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Tome II, Rec. Sirey, 1929, p. 365.
- **CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> sous-sections réunies, 10 mai 2012**, *Ministre du budget contre Eurospeed Technic France*, requête n° 337573, *D.* 2012, p. 2289, note C. KLEINER.

#### **Jurisprudence judiciaire**

- **Civ., 25 mai 1948**, *Lantour*, *Rev. crit. DIP*, 1949.89, note H. BATIFFOL ; *D.* 1948.357, note P. LEREBOURS-PIGEONNIERE ; *S.* 1949.1.21, note J.-P. NIBOYET ; *JCP*, 1948.II.4532, note VASSEUR ; *Grands arrêts*, n°19.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1959**, *Rev. Crit. DIP* 1959. 708, note BATIFFOL ; *Grands arrêts*, n°35.
- **Civ. 19 octobre 1959**, *Pelassa*, *Rev. crit. DIP* 1960, p. 215, note Y. LEQUETTE, *D.* 1960.37, note D. HOLLEAUX.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 2 mars 1960**, *CACB c. Chemouy*, *Rev. crit. DIP*, 1960, p. 97, note H. BATIFFOL, *JDI*, 1961, p. 408 note B. GOLDMAN ; *JCP* 1960.II.11734, note H. MOTULSKY ; *GA* n° 33.
- **Civ. 12 mai 1959**, *Bisbal*, *D.* 1960, p. 610, note P. MALAURIE ; *JCP* 1960.II.11733, note H. MOTULSKY ; *Rev. crit. DIP* 1960, p. 62 note H. BATIFFOL ; *JDI* 1960, p. 812, note J.-B. SIALELLI ; *GA* n° 32.
- **Civ., 21 novembre 1961**, *Montefiore* ; *Rev. Crit. DIP*, 1962. 329, note P. Lagarde ; *Clumet* 1962. 686, note GOLDMAN, ; *Grands arrêts*, n°36.
- **Civ., 6 mai 1962**, *Rev. Crit. DIP*, 1963 p. 103, note H. BATIFFOL.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mai 1963**, *Rev. Crit. DIP* 1964. 340, note Y. LOUSSOUARN ; *JDI* 1964. 113, note J. SIALELLI ; *RTD civ.* 1963. 795, obs. HEBRAUD et RAYNAUD ; *Rép. Commaille* 1963. 636, note G. DROZ.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 14 avril 1964**, *JCP* 1965, II 4406, note LEVEL ; *JDI*, 1965, p. 646, note B. GOLDMAN ; *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 68, note H. BATIFFOL.
- **Civ., 27 oct. 1964**, *Rev. Crit. DIP* 1965, p. 119, 1<sup>re</sup> esp., MARO.
- **Civ., 25 janvier 1966**, *Royal Dutch* : *D.* 1966, p. 390, note Y. LOUSSOUARN.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 2 mai 1966**, *Galakis*, *JDI* 1966. 648, note P. LEVEL, *Rev. crit. DIP* 1967. 553, note B. GOLDMAN.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 27 mai 1970**, *Rev. Crit. DIP* 1971. 113, note H. BATIFFOL ; *Grands arrêts, préc.*, n°72.
- **Soc., 31 mai 1972**, *Rev. Crit. DIP* 1973, p. 683, note P. LAGARDE ; Paris, 15 mai 1975, *Rev. Crit. DIP*, 1976, p. 690, note H. BATIFFOL.
- **Com., 16 juillet 1973**, n° 72-11035.
- **Civ. 2<sup>e</sup>, 7 décembre 1973**, n° 73-10187.
- **Ch. mixte, 28 juin 1974**, *Rev. crit. DIP* 1975, p. 110, note P. LAGARDE ; *JDI* 1975, p. 82, note D. HOLLEAUX.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 26 novembre 1974**, *Soc. Minière de Fragne*, *Rev. crit. DIP* 1975.491, note D. HOLLEAUX ; *JDI* 1975, p. 108, note A. PONSARD ; *Grands arrêts* n° 54.
- **Ch. mixte, 24 mai 1975**, *Jacques Vabre*, *Rev. crit. DIP*, 1976.347, note J. FOYER et D. HOLLEAUX ; *JDI* 1975, p. 801, note D. RUZIÉ, *Grands arrêts*, n°55.
- **Civ. 2<sup>e</sup>, 30 juin 1976**, n° 75-10033.
- **TGI Paris, 1<sup>er</sup> octobre 1976**, *D.* 1977, p. 535, note A. HUET.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 6 décembre 1977**, n° 76-12510.
- **Com., 4 avril 1978**, n° 76-14766, *Rev. Crit. DIP* 1979, p. 88 et *RTD Civ.* 1979, p. 419.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 13 nov. 1979**, *Weyrich-Laroche*, *Rev. crit. DIP* 1980, p. 753, note M. SIMON DEPITRE
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juillet 1981**, n° 80-11846.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 16 novembre 1982**, n° 81-15550.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 6 févr. 1985**, *Simitch*, *Grands arrêts* n°70.

- **Soc. 8 juillet 1985**, n° 84-40284, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 113, note H. GAUDEMET-TALLON.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 19 novembre 1985**, *Sté Cognacs and Brandies from France*, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 712, note Y. LEQUETTE, *JDI* 1986, p. 719, note A. HUET, *D.* 1986, p. 362, note PREVAULT, *D.* 1986, IR 268, obs. B. AUDIT, *JCP* 1987. II. 20810, note P. COURBE, *Grands arrêts*, n° 71.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 17 déc. 1985**, *CSEE c/Sté Sorelec*, *Rev. crit. DIP* 1986. 537, note H. GAUDEMET-TALLON, *D.* 1986, IR 265, obs. B. AUDIT, *Grands arrêts*, n° 72.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 25 novembre 1986**, *Rev. Crit. DIP* 1987, p. 396, note H. GAUDEMET-TALLON.
- **Soc., 7 mai 1987**, n° 84-42986, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 78, note H. GAUDEMET-TALLON.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juin 1987**, n° 85-11940, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 78, note H. GAUDEMET-TALLON.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 19 avr. 1988**, *Robo*, *Rev. Crit. DIP* 1989, p. 68, note BATIFFOL, *D.* 1988, somm. p. 345, obs. B. AUDIT.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 11 oct. et 18 oct. 1988**, *Reboub et Schule*, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 368 et note Y. LEQUETTE, p. 277 ; *JDI* 1989, p. 349 note D. ALEXANDRE ; *JCP* 1989.II.21237, note P. COURBE ; *Grands arrêts* n° 74.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 6 décembre 1988**, *MACIF*, n° 86-14064.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 20 décembre 1988**, *Bull. civ. I*, n° 368.
- **CA Paris, 16 février 1989**, *Almira Films*, *Rev. arb.* 1989. 711, note L. IDOT.
- **CA Paris, 5 juill. 1989**, *JDI* 1990, p. 151, obs. A. HUET.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 4 octobre 1989**, *De Baat*, *Rev. Crit. DIP* 1990, p. 316, note P. LAGARDE.
- **Com., 30 janvier 1990**, n° 88-10466.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1990**, n° 88-17553.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 9 octobre 1990**, *Rev. Crit. DIP* 1991, p. 135.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 6 déc. 1990**, *Sté COVECO*, *JDI* 1991, p. 371, note D. BUREAU ; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 558, note M.-L. NIBOYET ; *Grands arrêts* n° 76.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 18 décembre 1990**, *Rev. Crit. DIP* 1991, p. 759, note B. ANCEL.
- **CA Versailles, 6 févr. 1991**, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 745, note P. LAGARDE.
- **CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. suppl., 29 mars 1991**, *Ganz*, *Rev. arb.* 1991, p. 478, note L. IDOT.
- **CA Versailles, 1<sup>re</sup> ch. A., 26 septembre 1991**, *G. Bruno c. Soc. Citibank*, *Rev. Crit. DIP* 1992, p. 333, note H. GAUDEMET-TALLON.
- **CA Paris, 17 décembre 1991**, *Gatoil*, *Rev. Arb.* 1993, p. 281, note H. SYNDET.
- **Com., 4 févr 1992**, *Rev. crit DIP*, 1992, p. 495, note P. LAGARDE.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 27 octobre 1992**, n° 91-10054.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 27 octobre 1992**, n° 90-21661.
- **Com., 12 novembre 1992**, n° 91-10093.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 27 janvier 1993**, *D.* 1993, p. 602, note J. MASSIP.
- **CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. suppl., 19 mai 1993**, *Labinal*, *Rev. arb.* 1993, p. 645, note C. JARROSSON.
- **CA Paris, 30 septembre 1993**, *Westman*, *Rev. arb.* 1994, p. 359 note D. BUREAU, *Rev. Crit. DIP* 1993, p. 343, note V. HEUZE.
- **Com., 12 octobre 1993**, *JCP* 1993, II 23738, note E. BAZIN.
- **CA Paris, 14 octobre 1993**, *Applix c. Velcro*, *Rev. Arb.* 1994, p. 164, note JARROSSON.
- **Com., 16 novembre 1993**, *Rev. Crit. DIP*, 1994, p. 332, note P. LAGARDE, *JDI* 1994, p. 98, note J.-B. DONNIER, *Dr. mar. jr.*, 1994, p. 120, note Y. TASSEL, *Grands arrêts*, n° 82.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 20 décembre 1993**, *Dalico*, *JDI* 1994, p. 432, note E. GAILLARD, et p. 690, note E. LOQUIN ; *Rev. Crit. DIP* 1994, p. 663, note P. MAYER, *Rev. arb.* 1994, p. 116, note H. GAUDEMET-TALLON.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 23 février 1994**, *Rev. Arb.* 1994, p. 683.
- **CA Paris, 24 mars 1994**, *Sté Deko*, *Rev. Arb.* 1994, p. 515, note Ch. JARROSSON
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 1995**, n° 93-16467.
- **CA Paris, 16 avril 1996**, *Société Gallay*, note Y.DERAINS.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 1997**, *Hannover international*, *Grands arrêts*, n°78 ; *JDI* 1997, p. 805, note D. BUREAU ; *Rev. Crit. DIP* 1997, p. 514, note B. FAUVARQUE-COSSON.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mai 1997**, *V 2000*, *Rev. arb.* 1997, p. 537, note E. GAILLARD, *Rev. crit. DIP* 1998, p. 87, note V. HEUZE, *JDI* 1998, p. 969, note S. POILLOT-PERUZZETO.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 1997**, *Rev. crit. DIP* 1998, p. 454, note B. ANCEL.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 2 décembre 1997**, n° 95-22220.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 24 mars 1998**, *RTD Civ.* 1999, p. 377, obs. J. MESTRE.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 28 avril 1998**, n° 96-14775.
- **Civ. 2<sup>e</sup>, 23 septembre 1998**, n° 95-15687.
- **CA Paris 29 oct. 1998**, *D.* 1999, somm. p. 293, obs. B. AUDIT.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 5 janvier 1999**, *Rev. arb.* 1999, p. 260, note Ph. FOUCHARD, *Rev. Crit. DIP* 1999, p. 546, note D. BUREAU, *RTD com.* 1999, p. 380, obs. E. LOQUIN ; *JDI* 1999, p. 784, note S. POILLOT-PERUZZETO.

- **Civ. 1<sup>re</sup>, 5 janvier 1999**, *Zanzj*, *Rev. arb.* 1999, p. 260, note Ph. FOUCHARD.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 5 janvier 1999**, n° 96-16746, *Rev. Arb.* 2001, p. 810, note Y. DERAÏNS.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mai 1999**, *Mutuelles du Mans*, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 707, 1<sup>ère</sup> esp., note H. MUIR WATT ; *Gaz. Pal.* 2000, n° 61 et 62 obs. M.-L. NIBOYET ; *Grands arrêts* n° 77.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mai 1999**, *Belaid*, *RC* 1999.707, note H. MUIR WATT ; *Grands arrêts*, n° 74-78.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mai 1999**, n° 97-15433 et 97-16128.
- **Civ. 1<sup>e</sup>, 22 juin 1999**, *Rev. crit. DIP* 2000.42, note G. CUNIBERTI.
- **CA Paris, 10 octobre 1999**, *Rev. Crit. DIP* 1999, p. 611.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 2000**, *Verboeft c. Moreau*, inédit, *Rev. arb.*, 2001.804 (3<sup>ème</sup> esp.), chron. Y. DERAÏNS, spéc. p. 817.
- **CA, 15 juin 2000**, *Rev. Arb.* 2001, p. 810, note Y. DERAÏNS.
- **Civ. 27 juin 2000**, n° 98-18747.
- **Com., 3 octobre 2000**, n° 97-14433.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 20 déc. 2000**, *Rev. crit. DIP* 2001, 689, note V. HEUZÉ.
- **Com., 30 janv. 2001**, *ING Bank*, *Rev. crit. DIP* 2001, p.539, note S. POILLOT-PERUZZETTO, *D.* 2002, p. 1392, obs. B. AUDIT.
- **Soc, 4 juillet 2001**, n° 99-44519.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 18 septembre 2002**, *D. & J. Sporting Ltd*, *JDI* 2003, p. 107, note H. PÉROZ ; *Rev. Crit. DIP* 2003, p. 91, note H. MUIR WATT.
- **Soc., 12 nov. 2002**, n° 99-45821, *D.* 2004. 661, note J.-G. MAHINGA ; *ibid.* 2003. 387, obs. E. LAFUMA ; *Rev. crit. DIP* 2003. 446, note F. JAULT-SESEKE ; *Dr. soc.* 2003. 339, note M.-A. MOREAU ; *JDI* 2004. 131, note S. DION.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janvier 2003**, *M. Nègre c. Société Vivendi*, *Rev. Crit. DIP* 2003 p. 641, F. JAULT-SESEKE.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janvier 2003**, *Rev. Crit. DIP* 2003, p. 462, note B. ANCEL.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 2003**, *Banque Worms*, *Gaz. Pal.*, 25 juin 2003, n° 176/177, p. 33 et la chron. M.-N. JOBARD-BACHELLIER.
- **Com., 11 mars 2003**, n° 00-20737.
- **CA Paris, 14<sup>e</sup> ch. A, 2 avril 2003**, *Pourdiou*.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 13 nov. 2003**, *Besnard*, *Rev. Crit. DIP* 2004, p. 95, note B. ANCEL.
- **Com., 13 nov. 2003**, *Magliera Gipsy*, *Rev. Crit. DIP* 2004, p. 95, note B. ANCEL.
- **Civ. 1<sup>e</sup>, 25 nov. 2003**, n° 01-01414.
- **Civ. 2<sup>e</sup>, 18 décembre 2003**, n° 02-13410.
- **Com., 14 janvier 2004**, *RDC* 2004, p. 1059, obs. D. BUREAU ; *RTD civ.* 2004, p. 353, obs. R. PERROT ; *RTD com.* 2004, p. 845, obs. P. DELEBECQUE ; *RJ com.* 2004, p. 302, note S. POILLOT-PERUZZETTO ; *DMF* 2004, p. 723, note G. MECARELL.
- **Soc., 21 janvier 2004**, *Rev. crit. DIP*, p. 645, note F. JAULT-SESEKE.
- **CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. D, 28 janvier 2004**, affaire *Labalette*.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004**, *Gros c/ Sté Painewebber*, *D.* 2004. 2458, note I. NAJJAR.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004**, *Unikod*, *RTD com.* 2004 p. 443, obs. E. LOQUIN ; *Rev. arb.* 2005, p. 961, note Ch. SERAGLINI ; *JDI* 2006, p. 127, note S. BOLLÉE.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004**, *Rado*, *Rev. Arb.* 2005, p. 115, X. BOUCOBZA, *D.* 2005, p. 3035, T. CLAY.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 27 avr. 2004**, n° 01-13.831, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 808, note V. MOISSINAC MASSENAT ; *RTD com.* 2005, p. 486, obs. E. LOQUIN.
- **CA Paris, 2 juin 2004**, *Rev. Arb.* 2005, p. 673.
- **CA Paris, 1<sup>re</sup> ch., sect. C, 18 nov. 2004**, *Thalès* ; *JCP G* 2005, I, 134, note C. SERAGLINI ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 104, note S. BOLLÉE.
- **Crim. 4 janvier 2005**, n°43-84652, *Revue de science criminelle*, 2005, p. 297, note G. VERMELLE.
- **Soc., 25 janvier 2005**, *D.* 2005.1540, note F. VIANGALLI, *Rev. crit. DIP* 2005.477, note I. PINGEL, *JDI* 2005.1142, note L. CORBION.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> février 2005**, *Rev. arb.* 2005.693, note H. MUIR WATT, *Rev. crit. DIP* 2006.140, note Th. CLAY.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 22 février 2005**, n° 02-17587, *Rev. Crit. DIP* 2005, p. 305, note P. LAGARDE.
- **CA Colmar 1<sup>re</sup> ch. civile**, 12 mai 2005.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin 2005**, *Rev. crit. DIP* 2005, p. 645, note B. ANCEL et H. MUIR WATT., M. NICOD, « Un droit venu d'ailleurs : la loi étrangère désignée par la règle de conflit », in *Libres propos sur les sources du droit : mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, p. 417, *D.* 2005, p. 2853, note N. BOUCHE, *RTD. com.* 2005, p. 872, obs. P. DELEBECQUE.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juillet 2005**, n° 02-16915, *RDC* 2006, p. 503, obs. D. BUREAU, *D.* 2005, IR p. 2337, *D.* 2006, Panorama, p. 1495, note F. JAULT-SESEKE, P. COURBE, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 94, note P. LAGARDE ; *Dr. et patr.*, nov. 2005, n° 142, p. 113, obs. M.-É. ANCEL.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 22 novembre 2005**, n° 02-20122.

- **Civ. 1<sup>re</sup>, 6 décembre 2005**, n° 03-10274, *Droit & Patrimoine*, décembre 2006, p. 79, obs. M.-E. ANCEL.
- **TGI Bernay, 26 janvier 2006**, *Procédures* 2006, comm. n° 275, obs. C. NOURISSAT.
- **Soc., 23 mars 2006**, n° 03-42609.
- **CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 11 mai 2006**, *Rev. Arb.* 2007, p. 101, note S. BOLLÉE.
- **Soc., 10 mai 2006**, *Epoux Moukarim c/ Isopehi*, n° 03.46593, *JCP* 2006, II 10121, note S. BOLLEE ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 856, note PATAUT et HAMMJE ; *RDC* 2006, p. 1260, note DEUMIER, *JDI* 2007. 531, note J.-M. JACQUET ; *D.* 2006.1400, note P. GUIOMARD.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006**, n° 03-15637, *D.* 2006. 2798, note M. AUDIT ; *ibid.* 1597, obs. V. AVENAROBARDET ; *ibid.* 2007. 1751, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; *ibid.* 2562, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; *Rev. crit. DIP* 2007. 85, note D. COCTEAU-SENN ; *RTD com.* 2006. 644, obs. D. LEGEAIS, *JDI* 2007. 537, A. SINAY-CYTERMANN, *Rev. Contrats*, 2006. 1253, obs. P. DEUMIER.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006**, *Prieur*, n° 04-12777, *D.* 2006, p. 1846, chron. B. AUDIT et pan. 1751, obs. P. COURBE *D.* 2006.1846, *JCP* 2006.II.10134, note P. CALLÉ, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 870, note H. GAUDEMET-TALLON, *JDI* 2006, p. 1377, note C. CHALAS, *LPA* 22 sept. 2006, p. 10, obs. P. COURBE, *Grands arrêts*, n° 87.
- **Ass. plén., 7 juill. 2006**, *Césaréo*, n° 04-10672, *JCP G* 2006.I.183, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *D.* 2006.2135, note L. WEILLER.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 22 sept. 2006**, *JDI* 2006, p. 1377, note C. CHALAS ; *Rev. Crit. DIP* 2006, p. 870, note GAUDEMET-TALLON ; *JCP* 2007. I. 109, n°11, obs. C. DELPY.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 12 déc. 2006**, n° 05-21388, *D.* 2007. *AJ.* 221, obs. E. CHEVRIER ; *RTD Com.* 2007 p. 630, obs. P. DELEBECQUE.
- **Com., 19 déc. 2006** : *RDC* 2007, p. 467, note P. DEUMIER ; *Rev. Crit. DIP* 2007, p. 592, 1<sup>re</sup> esp., note P. LAGARDE ; *D.* 2007, p. 1751, obs. P. COURBE et pan. p. 2566, obs. L. d'AVOUT et S. BOLLÉE.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janvier 2007**, n° 04-10897, *Campenon Bernard Méditerranée I*, *Bull. civ. I*, n° 33 ; *D.* 2007. 2008, note E. BORYSEWICZ et J.-M. LONCLE ; *ibid.* 2562, obs. L. AVOUT et S. BOLLÉE ; *RDI* 2007. 418, obs. H. PERINET-MARQUET ; *RTD. com.* 2007. 631, obs. P. DELEBECQUE ; *RDC* 2007. 879, obs. P. DEUMIER ; *Dr. et patr.* 2007, n° 165, p. 82, M.-E. ANCEL.
- **Com., 6 févr. 2007**, n° 04.13178, *D.* 2007. *AJ.* 653, obs. E. CHEVRIER ; et Pan. 1688, obs. A. BALLOT-LENA, E. CLAUDEL, B. THULLIER et F.-X. TRAIN ; *RTD civ.* 2007. 343, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RDC* 2007. 731, obs. J.-S. BORGHETTI, *JCP* 2007. II. 10108, note F. MARMOZ.
- **Crim., 28 févr. 2007**, n° 06-84266.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mars 2007**, n° 06.10946, *D.* 2007. *AJ.* 951, obs. E. CHEVRIER ; *RTD com.* 2008, p. 210 note Ph. DELEBECQUE.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 22 mai 2007**, n°05-12243, *Rev. crit. DIP* 2007, p. 592, 2<sup>e</sup> esp., note P. LAGARDE.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 22 mai 2007**, *Ferrométal*, *D.* 2007, p. 2548, chron. B. AUDIT ; *JDI* 2007, p. 956, note B. ANCEL et H. MUIR-WATT ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 610, note H. GAUDEMET-TALLON ; *Gaz. Pal.* 2007. *Jur.* 1918, note M.-L. NIBOYET
- **CA Aix-en-Provence, 11 octobre 2007**, 07/01534.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 14 novembre 2007**, n° 06-21629.
- **Ch. mixte., 30 novembre 2007**, *D.* 2008, p. 758, note W. BOYVAULT, S. LEMAIRE ; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 728, note M.-E. ANCEL.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 2008**, n° 06-21898, *Bull. civ. I*, n° 17 ; *D.* 2008. *AJ.* 490
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 22 oct. 2008**, n° 07-15823, *Sté Monster Cable Products Inc c/ Sté Audio marketing services*, *D.* 2008. *AJ.* 2790, obs. I. GALLMEISTER ; *JCP* 2008. II. 10187, note L. D'AVOUT ; *D.* 2009. *Jur.* 200, note F. JAULT-SESEKE ; *JDI* 2009, p. 599, note M.-N. JOBARD-BACHELLIER, F.-X. TRAIN ; *RDC* 2009, 691, obs. E. TREPPOZ ; *D.* 2009. 2385, obs. S. BOLLEE ; *D.* chron. A. HUET, p. 684 ; *RTD. com.* 2009, p. 646, obs. P. DELEBECQUE ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Rev. Crit. DIP* 2009 p.1.
- **CA Angers, 4 novembre 2008**, n° 08/00110.
- **Com., 25 novembre 2008**, *D.* 2009. 1516, note G. PELLET.
- **CA Paris, ch. 22 C, 11 décembre 2008**, n° 07/01970.
- **CA Paris ch. 15 B, 12 février 2009**, n° 07/07675.
- **Civ. 3<sup>e</sup>, 25 février 2009**, n° 07-20096, *RDI* 2009. 353, obs. H. PERINET-MARQUET, *Rev. Crit. DIP* 2009, p. 728, note M.-E. ANCEL.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 2009**, n° 08-13431.
- **Soc., 27 mai 2009**, n° 08-41908.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 2009**, n° 08-12456, *Rev. crit. DIP* 2010, p. 170, note E. PATAUT.

- **Civ. 1<sup>re</sup>, 1 juillet 2009**, n° 08-15955, *JCP G* 2009, n°29, p. 10, note E. CORNUT, *JDI* 2010, p. 825, note L. SINOPOLI, *Gaz. Pal.* 2009 du 28/11/2009, n°331, p. 8, note M.-L. NIBOYET.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 1 juillet 2009**, n° 08-15955, *D.* 2009, p. 1899, note I. GALLMEISTER.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juillet 2009**, n° 07-18522.
- **Civ. 2<sup>e</sup>, 15 octobre 2009**, n° 08-14380.
- **CA Paris, 22 octobre 2009**, *Linde, Rev. Arb.* 2010, p. 124, F.-X TRAIN.
- **Com., 10 novembre 2009**, n° 08-15127.
- **Soc. 10 nov. 2009**, n° 09-40029.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 20 janvier 2010**, n°09-10078.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 17 févr. 2010**, n° 08-12.749 et 08-15.024, *D.* 2010. 588, obs. X. DELPECH ; *RTD. com.* 2010. 460, obs. P. DELEBECQUE, *Rev. Crit. DIP* 2010 p. 525, note N. JOUBERT.
- **Com., 16 mars 2010**, n° 08-21511, *Sté AP Moller Maersk c/ Sté Viol frères*, *RDC* 2010, p. 1385 : *JCP G* 2010, 530, note L. d'AVOUT et D. BUREAU ; *DMF* 2010, n° 714, note S. SANA-CHAILLE DE NERE et rapp. A. POTOCKI [extrait] ; *JDI* 2011, p. 2, note A. MARCHAND ; *Dr. et patrimoine* 2010, n° 198, p. 117, chron. M.-E. ANCEL ; *RLDA* 2010/51, p. 63, note C. NOURISSAT ; *LPA* 27 juill. 2010, p. 7, note C. LEGROS ; *Rev. dr. transp.*, juin 2010, comm.131, note P. DELEBECQUE.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 14 avril 2010**, n° 09-11909.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 12 mai 2010**, *Rev. Arb.* 2010, p. 2933, note T. CLAY.
- **Com., 26 mai 2010**, *D.* 2010, p. 1476, obs. X. DELPECH.
- **Com., 8 juin 2010**, n° 08-16298 et 08-16485.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 23 juin 2010**, *D.* 2010, p. 2955, note L. d'AVOUT ; *Rev. Crit. DIP* 2011, p. 53, note B. ANCEL, *AJ famille* 2010, p. 401, obs. A. BOICHE ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 224, p. 13, avis P. CHEVALIER ; *JDI* 2010, p. 1263, note H. PEROZ ; *JCP* 2010. 748, obs. E. CORNUT ; *JCP N* 2010, p. 1308, obs. A. DEVERS ; *Defrénois*, 2010, p. 1805, note P. CALLÉ ; *Dr et patr.* 2010, n° 198, p. 118, obs. M.-E. ANCEL.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juillet 2010**, *Sté Doga*, *RC* 2010, p. 743, note D. BUREAU et H. MUIR WATT.
- **Soc., 12 juill. 2010**, n° 07-44655, *Rev. crit. DIP* 2011, note F. JAULT-SESEKE, p. 72 ; *Dr. soc.* 2011. 212, obs. M. KELLER ; *JCP S* n° 41, 2010. 1409, note S. BRISSY.
- **Com., 13 juillet 2010**, *Transimaz*, n° 09-13354, *Rev. crit. DIP* 2010. 720, rapp. A. POTOCKI ; *RTD com.* 2010, p. 779, obs. B. BOULOC.
- **Com., 13 juill. 2010**, n° 10-12154, *D.* 2010, p. 2339, obs. X. DELPECH ; *ibid.* 2323, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; *JDI* 2011, p. 91, note F. JAULT-SESEKE ; *JCP G* 2010, n° 972, note D. BUREAU et L. D'AVOUT.
- **Soc., 29 septembre 2010**, n° 09-68851, 09-68852, 09-68853, 09-68854, 09-68855, *D.* 2011, p. 2434, pan. L. D'AVOUT ; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 72, note F. JAULT-SESEKE ; *Droit soc.* 2011, p. 209, note P. CHAUMETTE.
- **Soc., 29 sept. 2010**, *D.* 2010, p. 2370 ; *RDT* 2011. 271, obs. F. JAULT-SESEKE ; *LPA* 2011, obs. J. GUILLAUMÉ ; *JDI* 2011, p. 134, note J. BURDA ; *Gaz. Pal.*, 11 août 2011, n°223, p. 5, Ph. GUEZ ; *RDC* 2011, p. 565, obs. P. DEUMIER.
- **Com., 19 octobre 2010**, n°09-69246, *D.* 2010. 2509, obs. X. DELPECH.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 4 novembre 2010**, n° 09-12131, *D.* 2010, p. 2933, note T. CLAY.
- **Com., 18 janvier 2011**, n° 10-11885, *D.* 2011. 366, obs. X. DELPECH, *RTD Com.* 2011 p. 406, obs. B. BOULOC.
- **CA Bastia, 2 février 2011**, RG n°08/00291.
- **Com., 8 mars 2011**, n°09-11751, *JDI* 2011 p. 579, note J. MOREL-MAROGER.
- **Com., 27 avr. 2011**, n° 09-13524, *D.* 2011. 1654, note Y.-E. LE BOS ; *ibid.* 2434, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 26 octobre 2011**, n° 09-71369.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 26 octobre 2011**, n° 10-23298.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 23 novembre 2011**, n° 10-21007.
- **CA Poitiers, 2<sup>e</sup> ch. civ., 29 nov. 2011**, n° 10-03500 : *RTD com.* 2012, p.217, obs. P. DELEBECQUE ; *DMF* 2012, p. 738, note O. CACHARD, *RDC* 2012, p. 1335, note P. DEUMIER.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 7 décembre 2011**, n°10-30919, *JCP G* 2012. 241, L. D'AVOUT ; *D.* 2012, p. 254, P. DELEBECQUE, *JDI* 2012, p. 1281, O. DUBOS.
- **Com., 13 décembre 2011**, n° 11-12024.
- **Soc., 25 janv. 2012**, n° 11-11374.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 13 février 2012**, n°11-27967, *D.* 2013, p. 2293, note L. D'AVOUT, p. 1503, note F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 725, note D. BUREAU ; *RTD com.* 2013, p. 324, note B. BOULOC.

- **Com., 21 février 2012**, n°11-16156, *Rev. crit. DIP* 2012, p. 630, note D. BUREAU ; *D.* 2013 p.1503, note F. JAULT-SESEKE.
- **Com., 20 mars 2012**, n°11-11570, *Journal des Sociétés* 2013, n°110, p. 25, note E. FLAICHER-MANEVAL, A. REYGROBELLET ; *CCC* août 2012, comm. 208.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 22 mars 2012**, n°09-68067.
- **Soc., 28 mars 2012**, n° 11-12778.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mai 2012**, n° 10-25620.
- **Com., 18 sept. 2012**, n° 11-20789.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 26 septembre 2012**, n° 11-26022, *D.* 2012, p. 2876, note D. MARTEL ; *RLDC* nov. 2012, p. 12, obs. C. LE GALLOU ; *JCP G* 2012, 1065, obs. E. CORNUT ; *Gaz. Pal.* 14 nov. 2012, n° 228, p. 7, note J.-G. MAHINGA ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 256, note D. BUREAU ; *RDC* 2013, p. 565, obs. J. KLEIN, p. 661, note J.-B. RACINE ; *JCP E* 2013, 1003, n° 9, obs. P. GRIGNON ; *RLDA* mars 2013, p. 51, obs. C. NOURISSAT ; *JCP G* 2013, 105, note L. DEGOS et D. AKCHOTI.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 10 octobre 2012**, n° 11-12621.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 10 oct. 2012**, n° 11-18345,; *AJ fam.* 2012. 624, obs. A. BOICHE ; *JCP* 2012, 1368, note L. PERREAU-SAUSSINE ; *JDI* 2013, p. 119, note E. FONGARO et concl. P. CHEVALIER, *RD. rur.* 2013. Comm 777, obs. J. FOYER, *JCP N* 2013, n° 13, 1069, note S. GODECHOT-PATRIS
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 24 octobre 2012**, n° 11-25278.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 19 décembre 2012**, n° 11-20421, *JDI* 2012, p. 771, note S. FRANCO.
- **Soc., 26 mars 2013**, n° 11-25580, *Dr. soc.* 2013. 457, obs. J. MOULY, et 576, chron. S. TOURNAUX ; *JDI* 2014. Comm. 2, obs. J. BURDA.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2013**, n° 12-14726.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juin 2013**, n° 12-22656.
- **Com., 18 juin 2013**, n° 11-27132, *JDI* 2014. 858, note C. PELLEGRINI.
- **Civ., 1<sup>re</sup>, 25 septembre 2013**, n° 12-23380.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 6 novembre 2013**, n° 11-17736, *D.* 2014, pan. L. D'AVOUT, S. BOLLÉE, p. 1972, *RTD Civ.* 2014, p. 113, note H. BARBIER.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 4 déc. 2013**, n° 12-26.066, *D.* 2014. 179, note F. CHÉNEDÉ ; *ibid.* 153, point de vue H. FULCHIRON ; *ibid.* 1342, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ fam.* 2014. 124, obs. S. THOURET ; *ibid.* 2013. 663, point de vue F. CHÉNEDÉ ; *RTD civ.* 2014. 88, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 2014, p. 307, note J.-P. MARGUENAUD.
- **Com., 25 mars 2014**, *JCP G* 2014, p. 619, note D. BUREAU.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mai 2014**, n° 12-29295.
- **Com., 23 sept. 2014**, n° 12-26585, *Sté Compass Group Holdings*, *Gaz. Pal.*, 10 mars 2015, n° 69, p. 18, obs. M. NIOCHE ; *JDI* 2015, n°2, comm. 10, note A. SINAY-CYTERMANN.
- **Civ 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2014**, n° 13-14643.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 3 décembre 2014**, n° 13-25802.
- **Civ. 2<sup>e</sup>, 8 janvier 2015**, n° 13-28336.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janvier 2015**, n° 13-24742 et 14-11208.
- **Soc., 28 janvier 2015**, n° 13-22994 13-22995 13-23003 13-23004 13-23005 13-23006.
- **Com., 10 févr. 2015**, n° 12-13.052, *D.* 2015. 429 et 1056, pan. H. GAUDEMMENT-TALLON et F. JAULT-SESEKE.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 11 février 2015**, n° 13-25572.
- **CA Paris (pôle 5, ch. 4), 25 février 2015**, n°12/23757, *D.* 2015, p. 1260, note M. WINKLER, A. LACOMBE.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mars 2015**, n° 13-27264, *PA* 16 juin 2015, n°119, p. 8, note J.-G. MAHINGA ; « Pour une réhabilitation des clauses attributives de juridiction dissymétriques », *JCP G* 2015, n°21, 600, note L. D'AVOUT.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juillet 2015**, n° 14-17880.
- **Soc. 9 juillet 2015**, n°14-13497.
- **Civ. 1<sup>er</sup>, 16 septembre 2015**, n°14-10373
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 7 octobre 2015**, n° 14-16898.
- **Civ. 1<sup>re</sup>, 21 octobre 2015**, n°14-25080

## **B. Jurisprudence internationale**

- **CPJI, 12 juillet 1929**, *serie A n° 20-21*, *Chunet*, 1929, p. 1002, cité par P. MAYER, *op. cit.*, note 320 p. 209.



### C. Jurisprudence de l'Union européenne

L'identifiant européen de la jurisprudence (ECLI) n'a été utilisé qu'à compter de la date où le Recueil général a cessé d'être publié sur support papier, soit le 1<sup>er</sup> janvier 2012.

- **CJCE, 15 juin 1964**, *Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64, Rec. p. 1141.
- **CJCE, 14 déc. 1976**, *Estasis Salotti c/Ruena*, aff. 24/76, Rec. p. 1831, concl. F. CAPOTORTI ; *Rev. crit. DIP* 1977, 576, note E. MEZGER ; *JDI* 1977, 734, obs. J.-M. BISCHOFF ; *D.* 1977, IR 349, obs. B. AUDIT.
- **CJCE, 14 déc. 1976**, *Segoura c/ Rahim Bonakdarian*, aff. 25/76, Rec. p. 1851.
- **CJCE, 22 nov. 1978**, *Somafer*, aff. 33/78, Rec. p. 2183, concl. MAYRAS, *JDI*, 1979.672, obs. A. HUET, *D.* 1979, *Inf. rap.* 458, obs. B. AUDIT.
- **CJCE, 24 juin 1981**, *Elefanten Schuh*, aff. 150/80, Rec. p. 1671.
- **CJCE, 19 juin 1984**, *Tilly Russ*, aff. 71/83, Rec. p. 2417.
- **CJCE, 19 janvier 1993**, *Shearson Lehman Hutton Inc c. TVB*, C-89/91, Rec. p. I-139, *Rev. crit. DIP* 1993.325, note H. GAUDEMET-TALLON, *JDI* 1993.466, obs. A. HUET.
- **CJCE, 15 sept. 1994**, *W. Brenner et P. Noller c. Dean Witter Reynolds Inc.*, C-318/93, Rec. p. I-4275, *Rev. Crit. DIP* 1995, p. 754, note R. LIBCHABER.
- **CJCE, 6 déc. 1994**, *The ship Tatry*, C-406/92, Rec. p. I-5439, *Rev. crit. DIP* 1995, 588, note E. TICHADOU, *JDI* 1995, 469, obs. A. HUET.
- **CJCE, 20 février 1997**, *Mainschiffahrts-Genossenschaft eG c/ Les Gravières Rhénanes*, C-106/95, Rec. p. I-911, concl. G. TESAURO ; *Rev. crit. DIP* 1997, p. 663, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1997, p. 625, obs. A. HUET ; *Europe* 1997, n° 130, obs. L. IDOT.
- **CJCE, 9 mars 1999**, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, C-212/97, Rec. p. I-1459, concl. A. M. LA PERGOLA, présentées le 16 juillet 1998.
- **CJCE, 23 novembre 1999**, *Arblade*, aff. jtes C-369/96 et C-376/96, Rec. p. I-845, *Rev. Crit. DIP* 2000, p. 710, note M. FALLON ; *JDI* 2000, p. 493, note M. LUBY ; *AJDA* 2000, 307, chron. H. CHAVRIER, H. LEGAL et G. de BERGUES ; *Rev. sciences crim.* 2000, 248, obs. L. IDOT ; *RTD eur.* 2000, 727, chron. J.-G. HUGLO ; *Rev. Crit. DIP* 2000, 710, note M. FALLON.
- **CJCE, 13 juillet 2000**, *Group Josi Reinsurance Company SA contre Universal General Insurance Company (UGIC)*, C-412/98, Rec. p. I-5925.
- **CJCE, 9 nov. 2000**, *Coreck Maritime*, C-387/98, Rec. p. I-9337, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 359, note F. BERNARD-FERTIER.
- **CJCE, 15 mars 2001**, *Procédure pénale c. André Mazzoleni et Inter Surveillance Assistance SARL*, C-165/98, Rec. p. I-2189, *Rev. Crit. DIP* 2001, 495, note E. PATAUT.
- **CJCE, 30 septembre 2003**, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd.*, C-167/01, Rec. p. I-10155, concl. S. ALBER présentées le 30 janvier 2003.
- **CJCE, 2 octobre 2003**, *Garcia Avello*, C-148/02, Rec. p. I-11613, *JDI* 2004, p. 1219, note S. POILLOT-PERRUZZETO.
- **CJCE, 9 décembre 2003**, *Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl*, C-116/02, Rec. p. I-14693, *D.* 2004.1046, note Ch. BRUNEAU, *Rev. crit. DIP* 2004.444, note H. MUIR WATT, *JDI* 2004.641, obs. A. HUET.
- **CJCE, ass. plén., 27 avril 2004**, *Turner c. Grovit*, C-159/02, Rec. p. I-3565, *Rev. crit. DIP* 2004.654, note H. MUIR WATT, *Gaz. Pal.* janvier-février 2005, Som. 399 (2<sup>ème</sup> esp.), note M.-L. NIBOYET.
- **CJCE 14 octobre 2004**, *Maersk Olie & Gas*, C-39/02, Rec. p. I-9657, *Rev. crit. DIP*, 2005, 118, note E. PATAUT.
- **CJCE, gde ch., 1<sup>er</sup> mars 2005**, *Owusu*, C-281/02, Rec. p. I-1383, *D.* 2006, Pan. p. 1259, obs. C. NOURISSAT ; *JDI* 2005, p. 1177, note G. CUNIBERTI et WINCKLER ; *Rev. Crit. DIP* 2005, p. 698, note C. CHALAS ; *Gaz. Pal.* 2005, n° 148, note M.-L. NIBOYET.
- **CJCE, gde ch., 6 octobre 2009**, *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) c/ Balkenende Oosthuizen BV et MIC Operations BV*, C-133/08, Rec. p. I-9687, concl. Y. BOT, présentées le 19 mai 2009, *JCP G* 2009, 550, note L. d'AVOUT et L. PERREAU-SAUSSINE, *Rev. dr. transp. nov.* 2009, comm. 210, note C. GRARD ; *RDC* 2010, 701, note P. DEUMIER, J.- B. RACINE et E. TREPPOZ ; *Rev. crit. DIP* 2010, p. 199, note P. LAGARDE ; *D.* 2010, p. 236, note F. JAULT-SESEKE ; *JDI* 2010, p. 183, note C. LEGROS.
- **CJUE, 4<sup>e</sup> ch., 20 mai 2010**, *Česká podnikatelská pojišťovna as, Vienna Insurance Group contre Michal Bilas*, C-111/09, Rec. p. I-4545, *Rev. crit. DIP* 2010, 575, note E. PATAUT.
- **CJUE, gde ch., 8 mars 2011**, *Gerardo Ruiz Zambrano c/ Office national de l'emploi*, C-34/09, Rec. p. I-1177.

- **CJUE, gde ch., 15 mars 2011**, *Koelzsch*, C-29/10, Rec. p. I-1595, D. 2011. 957, et 2434, obs. L. D'AVOUT ; *Rev. crit. DIP* 2011. 447, note F. JAULT-SESEKE ; *RTD civ.* 2011. 314, obs. P. REMY-CORLAY ; *RTD eur.* 2011. 476, obs. E. GUINCHARD ; *JDI* 2012. 187, note C. BRIERE ; *JCP* 2011. 664, obs. MARTEL ; *Europe* 2011. Comm. 205, obs. L. IDOT.
- **CJCE, 3<sup>e</sup> ch., 5 mai 2011**, *Shirley McCarthy c/ Secretary of State for Home Department*, C-434/09, Rec. p. I-3375.
- **CJCE, gde ch., 15 nov. 2011**, *Murat Dereci et a. c/ Bundesministerium für Inneres*, C-256/11, ECLI:EU:C:2011:734.
- **CJUE, 1<sup>re</sup> ch., 17 nov. 2011**, *Hypotecni Banka*, C-327/10, ECLI:EU:C:2011:745, *Rev. crit. DIP* 2012, p. 411, note M. REQUEJO et G. CUNIBERTI ; D. 2011, p. 2876 et 2012 p. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *Rev. Europe* 2012, comm. 53 par L. IDOT.
- **CJUE, gde ch., 19 juillet 2012**, *Ahmed Mahamdia c. République algérienne démocratique et populaire*, C-154/11, ECLI:EU:C:2012:491, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 217, note E. PATAUT.
- **CJUE, 3<sup>e</sup> ch., 18 avr. 2013**, *Mulders*, C-548/11, ECLI:EU:C:2013:249.
- **CJCE, 3<sup>e</sup> ch., 12 septembre 2013**, *Anton Schlecker contre Melitta Josefa Boedeker*, C-64/12, ECLI:EU:C:2013:551, *Revue droit du travail Dalloz*, 2013, p. 785, note F. JAULT-SESEKE et P. RÉMY ; *Europe* 2013, n°11, p. 53, note L. IDOT ; *Rev. crit. DIP* 2014, p. 150, note E. PATAUT ; *JDI* 2014, p. 165, note C. BRIÈRE.
- **CJUE, 3<sup>ème</sup> ch., 17 octobre 2013**, *Unamar c/ Navigation Maritime Bulgare*, C-184/12, ECLI:EU:C:2013:663, D. 2014, p. 60, note L. d'AVOUT ; *Europe* 2013, comm 560, par L. IDOT ; *JCP G* 2013, 1287, note C. NOURISSAT ; *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. 4, par N. MATHEY ; *JDI* 2014, p. 625, note J.-M. JACQUET et p. 917, note J.-S BERGÉ et S. TOUZÉ ; *DMF* 2014, p. 183, obs. M. MORIN, p. 299, obs. O. CACHARD ; *RDC* 2014, p 80, note P. DEUMIER.
- **CJUE, 3<sup>e</sup> ch., 23 oct. 2014**, *Haeger & Schmidt*, C-305/13, ECLI:EU:C:2014:2320, D. 2015. 136, note P. DELEBECQUE et J. ARIÉ LÉVY ; *AJCA* 2015. 76, obs. C. LEGROS.

#### D. Jurisprudence étrangère

- *High Court of Justice (Queen's Bench Division, Commercial Court)*, 10 mai 2005, *Konkola Copper Mines PLC v. Coromin*, *Rev. Crit. DIP* 2005. 722, note H. MUIR WATT.
- *Cour de justice fédérale d'Allemagne*, 5 septembre 2012, *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 890, note F. JAULT-SESEKE.

### VI. Documents officiels et rapports

(Les documents sont classés par ordre chronologique).

#### A. Projets et propositions

- Avant-projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale d'août 2000, document préliminaire n°11.
- Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2005 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), COM (2005) 650 final.
- Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, COM (2009) 154 final.
- Livre vert de la commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et pour les entreprises (juillet 2010).
- Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2010 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, COM (2010) 748 final.
- Proposition de règlement du Conseil du 16 mars 2011 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, COM (2011) 126 final.
- Proposition de règlement du Conseil du 16 mars 2011 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés COM (2011) 127 final.
- Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 11 octobre 2011 relatif à un droit commun européen de la vente, COM (2011) 635 final.

- Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations du 25 février 2015

### **B. Rapports publics ou officiels**

- « Rapport sur la convention relative à l'adhésion du Royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (signée à Luxembourg le 9 octobre 1978) », *JOCE* n° C 59/71 du 5 mars 1979, par P. SCHLOSSER.
- Rapport public du Conseil d'État 1991, « De la sécurité juridique », *EDCE*, n°43, La documentation française, 1992.
- Avant-projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale d'août 2000, document préliminaire n°11, Rapport explicatif de P. NIGHT et F. POCAR.
- Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, 20<sup>e</sup> session de la Conférence de La Haye de droit international privé (disponible sur internet : [www.hcch.net](http://www.hcch.net)), Rapport explicatif de M. DOGAUCHI et T. C. HARTLEY.
- Rapport public du Conseil d'État 2006, « Sécurité juridique et complexité du droit », *EDCE*, n°57, La documentation française, 2006.
- Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, Rapport explicatif, établi par A. BONOMI, disponible en ligne à : <http://www.hcch.net/upload/expl39f.pdf>.
- « La légistique ou l'art de rédiger le droit », *Courrier juridique des finances et de l'industrie*, numéro spécial, juin 2008, La documentation française, disponible en ligne à l'adresse suivante : [http://www.economie.gouv.fr/files/directions\\_services/daj/cjfi/2008/cjfi-special-legistique.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/cjfi/2008/cjfi-special-legistique.pdf).
- Rapport de la Cour de cassation, 1994, J. LEMONTEY et J.-P. REMERY.
- *Annex II to the communication from the commission to the european parliament, the council, the european economic and social committee and the committee of the regions, commission work programme 2015, a new start*, du 16 décembre 2014 (COM(2014) 910 final), Consultable en ligne : [http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp\\_2015\\_withdrawals\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2015_withdrawals_en.pdf).
- Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations du 25 février 2015, Réponse de l'Association Henri Capitant à la consultation relative au projet.



## INDEX

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

---

### A

**Accord procédural** 218, 236 s.

**Agencement de typique valeurs** *v. valeurs*

**Analyse économique du droit** 312-314, 323

**Arbitrabilité des litiges** 124-130, 328, 454

**Attentes raisonnables** 386, 404, 419, 488

**Attentes légitimes** 250, 367, 419, 490, 513, 521

**Autonomie de la volonté** 7, 31-33, 40, 68-70, 74-75, 101-102, 308, 319, 347, 410, 485

**Autorité de la règle de conflit** 34-38, 213 s.

**Autorité de la loi** 326, 331, 310, 401

### B

**Batiffol** 36-37, 488

**Bisbal** 35-38, 214

### C

**Centros** (Affaire) 319

**Chef de compétence alternatif non hiérarchisé** 180

**Choix**

- exprès 439, 496
- forme du choix 501, 439
- implicite ou tacite 443, 446 s., 496
- *v. faculté*

**Clause attributive de juridiction** 151, 160 s.

- accord exclusif 167
- clauses contradictoires 450
- et clause non attributive de juridiction 160
- et contrat de travail 166
- dissymétrique 175
- et prévisibilité 341

**Clause compromissoire** 124 s., 454

- clauses contradictoires 450
- et prévisibilité 341

**Clause d'élection de for** *v. clause attributive de juridiction*

**Clause d'exception**

- applicabilité (office du juge) 225-227
- application 251-255
- et contrat de cautionnement 448
- et prévisibilité 361-362, 371

**Clause pénale** 2, 82, 93, 250

**Communauté de droit** 482-483

**Comparution volontaire du défendeur** 182-185, 306, 445

**Compétition législative** 312, 318-319

**Concurrence des droits** 311 s.

**Conflit de procédures** 152, 195-197, 203-205

- connexité 197, 204, 205
- litispendance 152, 196, 383

**Consensus**

- instrument de consensus 479 s.

**Critère de rattachement**

- et autonomie de la volonté 410
- et contrat de consommation 469
- et loi de police 427
- en matière contractuelle 488-489
- et obligations alimentaires 474-476
- et règles de conflit de juridictions 464-465
- prévisibilité du rattachement 407-408

**D**

**Déni de justice** *v. forum necessitatis*

**Déréglementation** 326

**Distinction de l'impératif et du supplétif**

- et controverse sur le domaine d'application de l'autonomie de la volonté 31 s.
- et controverse sur l'office du juge 34 s.
- insuffisance de la distinction 68-70
- présentation de la distinction 20 s.
- remise en cause de la distinction 45 s.
- utilité de la distinction en droit interne 25

**Droits disponibles**

- et arbitrage 128
- et autorité de la règle de conflit 215 s.
- et clause attributive de juridiction 242-243
- notion 217, 453-456

**E**

**Efficacité** 282

**Exception d'ordre public international** *v. ordre public*

**F**

**Faculté**

- faculté de choix 74-75
- dimension bilatérale de la faculté 93
- modalités d'exercice de la faculté 168 s., 189, 222, 244 s., 277, 438 s., 495 s.
- et norme permissive 92
- objet de la faculté 75, 173-174, 196-197, 271-272, 247, 278, 423, 503 s.

**Faveur** 292

**Flour** 511-513

**For de nécessité** *v. forum necessitatis*

**Formalisme** 439, 501, 502, 511-512, 514

**Forum non conveniens** 135, 146, 202

**Forum necessitatis** 156, 198, 201

**Forum shopping** 131, 316

**Fraude** 508, 516

## **G**

**Gounot** 419

## **H**

**Habilitation** *v. norme d'habilitation*

**Hayek** 413, 414, 417, 483

- illusion synoptique 414

**Héron** 25, 465

## **I**

**Impérativité**

- atteinte aux impérativités étatiques 326-328
- désactivée 327
- disposition internationalement impérative *v. loi de police*
- dispositions simplement et internationalement impératives 39, 422, 504
- disposition simplement impérative 431 s.

**Individuation des normes**

- critères 109
- individuation des normes permissives 110-113

**Isopehi** (affaire) *v. Moukarim* (affaire)

## **J**

**Justice**

- impératif de justice et impératif de prévisibilité 399, 402
- justice matérielle et justice de droit international privé 336, 382
- justice subjective ou de « cas individuels » 396

## **K**

**Kelsen** 90, 105

## **L**

**Libéralisme** 310, 319, 326, 329-332

**Libre disponibilité des droits** *v. droits disponibles*

**Logique déontique** *v. logique des normes*

**Logique des normes** 90, 93, 105, 106

**Loi de police**

- applicabilité des lois de police étrangères 229 s., 516
- application des lois de police étrangères 256 s.
- et contrat de consommation 447

- critère de rattachement 427
- et droit de l'Union européenne 428
- qualification 424-425

## **M**

**Mancini** 32

*Monster Cable* (Affaire) 326, 426

**Motulsky** 38

*Moukarim* (époux) (Affaire) 156, 198, 402

## **N**

**Norme abstraite** 417-419

**Norme d'habilitation** 75

**Norme dispositive** 24, 100 s.

**Norme d'obligation** 80, 82

**Norme permissive**

- à caractère fermé 272
- à caractère ouvert 271
- avec réserve matérielle 273
- droit international public 73
- et droit privé 91
- et droit public 90
- et faculté 92
- et neutralité 92, 135
- normativité 97-98
- et principe d'autonomie 74, 75

**Norme prescriptive** 105-106

**Norme supplétive** 24, 45-47

- articles 4 des Convention de Rome et Règlement Rome I 64
- et juge 82
- qualification 56-61

## **O**

**Ordre public**

- et arbitrage 129, 328
- clause spéciale d'ordre public 264
- contenu de l'ordre public 264-265
- exception d'ordre public international 262 s.
- et for de nécessité 198
- lois d'ordre public 23, 35, 39
- et Règlements Aliments 351, 431

**Office du juge**

- et clause d'exception 225 s., 516
- et exception d'ordre public 262
- et exercice de la faculté de choix par les parties 512



- généralités 82
- et incompétence des tribunaux français 155
- et loi de police étrangère 232 s.
- et privilèges de juridiction 187
- et règle de conflit 34 s., 213 s.

**Option de compétence** 179, 360, 464

*Owusu* (Affaire) 145, 383

## **P**

**Permission faible, permission forte** 94

**Pouvoir discrétionnaire** 135-136, 140, 281

**Pouvoir souverain** 82, 267

**Prévisibilité**

- « ante normative » et « post normative » 371
- et attentes raisonnables 386
- définition 386
- « préjudiciaire » et « postjudiciaire » 370
- et sécurité juridique 367

**Prévisions des parties** 371, 390-393, 421 s.

**Principe d'autonomie** 67 s., 74-75, 271, 281, 295-297, 346 s., 391, 415, 429, 441, 487-488

**Prise en considération** 229

**Privilège de juridiction** 186 s., 193, 305

**Proposition de Règlement d'un droit commun européen de la vente** 39, 326, 501

## **Q**

**Qualification**

- de l'action fondée sur l'article L. 442-6 du code de commerce 166
- et loi de police 425
- et règles impératives ou supplétives 56-61

## **R**

**Reconnaissance**

- des décisions étrangères 10, 117
- des situations 309

**Règle** *v. norme*

**Règlement Bruxelles I**

- applicabilité 139 s.

**Renvoi juridictionnel** 199

## **S**

**Savigny** 482-483

**Sécurité juridique**

- conflit entre la sécurité juridique objective et la sécurité juridique subjective 383
- conflit entre les sécurités juridiques subjectives 382
- matérielle et formelle 378

- objective et subjective 375
- sécurité macro-juridique et micro-juridique 375

**Système normatif de compétence** 120

**T**

**Thèses réductionnistes** 105, 106

**U**

**Uniformisation**

- des droits 325
- du droit international privé 343
- des règles de conflit de juridictions 316, 408, 463

**V**

**Valeurs**

- agencement typique de valeurs 265, 454
- communauté de droit 482
- concordance des valeurs 483
- et ordre public international 262

**Von Wright** 90, 106

**W**

***West Caribbean*** (Affaire) 360, 407

## TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
PREMIÈRE PARTIE L'IDENTIFICATION DES NORMES PERMISSIVES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ .....	13
TITRE I LE CONCEPT DE NORME PERMISSIVE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.....	17
CHAPITRE I LA NÉCESSITÉ DU CONCEPT.....	19
SECTION I L'INSUFFISANCE DE LA DISTINCTION DE L'IMPÉRATIF ET DU SUPPLÉTIF EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.....	21
§I – Les tentatives d'utilisation de la distinction de l'impératif et du supplétif comme outil d'analyse du droit international privé contemporain.....	21
A – Présentation de la distinction de l'impératif et du supplétif.....	21
1) La distinction appréhendée de manière stricte .....	22
2) La distinction appréhendée de manière large.....	26
B – L'utilisation de la distinction comme outil d'analyse du droit international privé.....	28
1) La distinction dans la controverse sur le domaine d'application de l'autonomie de la volonté .....	29
2) La distinction dans la controverse sur l'office du juge .....	31
3) Le renouveau de la distinction dans la doctrine internationaliste .....	36
§II – L'échec de l'utilisation de l'impératif et du supplétif comme outil d'analyse du droit international privé contemporain.....	40
A – La remise en cause de la distinction par la thèse de C. PÉRÈS.....	40
B – Les insuffisances de la distinction en droit international privé .....	42
1) Les objections non dirimantes .....	43
2) Les objections dirimantes .....	47
SECTION II L'INTÉRÊT DU CONCEPT DE NORME PERMISSIVE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.....	63
§I – Intérêt de la prise en compte des normes permissives en droit international privé .....	63
§II – Intérêt d'une étude centrée sur les normes permissives.....	68
A – Les inconvénients d'une adaptation de la distinction.....	68
B – Les avantages d'une analyse à travers une catégorie de normes .....	73
CHAPITRE II L'ANALYSE DU CONCEPT .....	75
SECTION I DÉFINITION DE LA NOTION DE NORME PERMISSIVE.....	77
§I – L'analyse doctrinale de la notion .....	77
§II – Éléments constitutifs de la notion.....	80
SECTION II PERTINENCE DE LA NOTION DE NORME PERMISSIVE EN TANT QUE MODÈLE D'INTELLIGIBILITÉ DU DROIT POSITIF .....	85
§I – La valeur normative des normes permissives.....	85

§II – L'autonomie conceptuelle des normes permissives .....	88
A – La notion de règle permissive à l'épreuve de celle de règle dispositive ....	88
B – L'autonomie de la notion à l'épreuve des thèses réductionnistes .....	91
1) Exposé des thèses réductionnistes.....	92
2) L'insuffisance des thèses réductionnistes .....	93
C – L'autonomie à l'épreuve des critères d'individuation des normes de G. TUSSEAU .....	95
1) Les critères d'individuation des normes juridiques .....	95
2) Confrontation des critères au concept de norme permissive .....	96
CONCLUSION DU TITRE I.....	100
TITRE II LES MANIFESTATIONS DES NORMES PERMISSIVES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ .....	101
CHAPITRE I LE DOMAINE DES CONFLITS DE JURIDICTIONS .....	103
SECTION I LES NORMES PERMISSIVES RELATIVES À L'APPLICABILITÉ .....	107
§I – Existence de normes permissives d'applicabilité à l'égard des parties .....	108
A – Existence d'une règle permissive en faveur de l'arbitrage .....	109
B – L'absence de règle permissive générale en matière de compétence juridictionnelle .....	117
§II – Caractère résiduel des normes permissives d'applicabilité à l'égard du juge .....	119
A – Le principe : exclusion d'une règle permissive à l'égard du juge .....	121
B – Exceptions : l'applicabilité permissive des systèmes de compétence à l'égard du juge .....	131
1) La permissivité seulement apparente.....	131
2) L'application véritablement permissive.....	134
SECTION II LES NORMES PERMISSIVES RELATIVES À LA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE INTERNATIONALE.....	139
§I – Les normes permissives à l'égard des parties.....	139
A – Les règles qui octroient une faculté aux deux parties.....	140
1) Le domaine matériel de la faculté .....	142
2) Les modalités d'exercice de la faculté – formelles et temporelles.....	150
3) L'objet de la faculté.....	156
B – Les règles qui octroient une faculté à une seule partie .....	160
1) Les règles unilatérales élargissant le choix des juridictions éligibles .....	160
2) La comparution volontaire du défendeur.....	163
3) Les privilèges de juridiction .....	168
§II – Les règles permissives à l'égard du juge.....	172
A – La permissivité résiduelle des règles de compétence internationale en droit français.....	172

B – La permissivité des règles de compétence internationale en droit européen .....	179
1) Le cas du <i>forum necessitatis</i> .....	179
2) Le <i>forum non conveniens</i> ou <i>forum more convenient</i> .....	180
3) Règles permissives dans le cadre de procédures parallèles.....	181
CHAPITRE II LE DOMAINE DES CONFLITS DE LOIS .....	185
SECTION I LES NORMES PERMISSIVES DANS LES RÈGLES D'APPLICABILITÉ DES RÈGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ .....	189
§I – Les normes permissives à l'égard du juge .....	189
A – L'autorité de la règle de conflit .....	189
1) Évolution de l'autorité de la règle de conflit.....	190
2) L'existence d'une règle permissive à l'égard du juge.....	191
a) Essai de détermination du domaine de la règle permissive .....	192
b) Encadrement de l'exercice de la faculté .....	199
B – Applicabilité de la clause d'exception.....	199
C – Applicabilité des lois de police étrangères.....	205
§II – Les normes permissives à l'égard des parties .....	210
A – Identification de la règle permissive.....	210
1) Existence d'une règle permissive .....	210
2) Exposé de la règle permissive.....	211
B – Structure de la règle permissive.....	212
1) Champ d'application de la règle.....	213
2) Les modalités d'exercice de la faculté.....	213
3) L'objet de la faculté.....	215
SECTION II LES NORMES PERMISSIVES DANS LES RÈGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ELLES-MÊMES .....	217
§I – Les normes permissives à l'égard du juge .....	217
A – La clause d'exception, règle permissive à l'égard du juge .....	218
1) Existence de la règle permissive.....	218
2) Contrôle de la mise en œuvre de la clause d'exception par la Cour de cassation. ....	220
B – Les lois de police étrangères.....	223
C – L'exception d'ordre public international .....	230
§II – Les normes permissives à l'égard des parties .....	238
A – Typologie des règles permissives.....	238
1) Les règles permissives octroyant une faculté aux deux parties.....	238
a) Les règles permissives à caractère ouvert.....	238
b) Les règles permissives à caractère fermé.....	240

2) Les règles permissives avec réserve matérielle.....	241
3) Les règles permissives octroyant une faculté à une seule partie.....	242
B – Structure des règles.....	243
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	245
DEUXIÈME PARTIE L’EFFICACITÉ DES NORMES PERMISSIVES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.....	247
TTTRE I LA PERTINENCE RÉCUSÉE DES NORMES PERMISSIVES .....	251
CHAPITRE I LES OBJECTIFS PROCLAMÉS DES NORMES PERMISSIVES	253
SECTION I IDENTIFICATION DES OBJECTIFS.....	255
§I – Les objectifs écartés.....	255
A – L’esprit de « faveur » .....	255
1) Les normes permissives comme instrument d’une faveur à l’égard de certaines catégories de personnes ?.....	258
a) L’esprit de faveur dans le but de rétablir un équilibre .....	258
b) L’esprit de faveur dans le but de conférer un avantage .....	263
2) Les normes permissives comme instrument de faveur à l’égard de la personne en droit international privé ?.....	266
B – La mise en concurrence des systèmes juridiques.....	268
1) Les normes permissives et la mise en concurrence des droits .....	272
a) Les normes permissives comme palliatif aux « externalités négatives » de la concurrence des droits ? .....	272
b) Les normes permissives comme instrument de mise en concurrence des systèmes juridiques.....	274
2) Le refus de voir dans la mise en concurrence des droits l’objectif des normes permissives .....	278
§II – L’objectif retenu : la prévisibilité des solutions.....	290
A – L’affirmation de l’objectif de prévisibilité .....	290
1) L’objectif de prévisibilité en droit international privé.....	290
2) Les normes permissives présentées comme le meilleur moyen d’atteindre cet objectif .....	294
a) La prévisibilité invoquée par la doctrine au soutien des normes permissives .....	294
b) La prévisibilité invoquée par le législateur européen.....	296
B – La traduction normative de l’objectif de prévisibilité .....	297
1) La prolifération des normes permissives à l’égard des parties.....	297
a) Les normes permissives et le droit international privé des obligations .....	298
b) Normes permissives et droit international privé de la famille .....	301
2) La défiance pour les normes permissives à l’égard du juge.....	304
a) Normes permissives et règles de compétence juridictionnelle.....	304
b) Normes permissives et conflit de lois .....	307

SECTION II APPRÉCIATION DE L'OBJECTIF DE PRÉVISIBILITÉ.....	311
§I – Les incertitudes quant à la notion de prévisibilité.....	311
A – L'appréhension théorique.....	312
1) Temps et prévisibilité.....	314
2) Focalisation et prévisibilité .....	318
B – L'appréhension en pratique .....	321
1) Prévisibilité et légistique .....	321
2) Prévisibilité et procès.....	323
C – La définition retenue de la notion de prévisibilité .....	326
§II – Les enseignements quant à la fonction de l'objectif de prévisibilité.....	328
A – Un impératif inutilisable au stade de l'application des règles de droit ....	328
1) Accessoire pour les parties.....	328
2) Inutile pour le juge .....	334
B – Un impératif adressé à l'auteur de la règle de droit au stade de son élaboration.....	337
CHAPITRE II LA RÉALISATION IMPARFAITE DE L'OBJECTIF DE PRÉVISIBILITÉ PAR LES NORMES PERMISSIVES .....	343
SECTION I L'OBJECTIF DE PRÉVISIBILITÉ HORS D'ATTEINTE DES NORMES PERMISSIVES.....	345
§I – L'impératif de prévisibilité abdiqué par l'auteur de la règle de droit à travers la figure des normes permissives .....	345
A – Les difficultés rencontrées par le législateur .....	346
B – Le renoncement du législateur .....	349
§II – L'inaptitude des destinataires des normes permissives à s'ériger en législateurs.....	351
A – La surestimation du pouvoir de la volonté individuelle.....	351
B – Le caractère nécessairement abstrait des règles de droit .....	357
SECTION II LES PRÉVISIONS DES PARTIES MALMENÉES PAR LES NORMES PERMISSIVES.....	361
§I – Des prévisions malmenées en raison de l'indétermination du domaine des réglementations impératives.....	362
A – L'interférence des dispositions internationalement impératives : les lois de police .....	362
B – L'interférence des dispositions simplement impératives dans les règles permissives prévoyant une réserve matérielle .....	371
§II – Des prévisions malmenées en raison du déficit structurel des règles permissives.....	377
A – Les incertitudes liées aux modalités d'exercice de la faculté.....	377
B – Les incertitudes liées au manque de détermination du domaine des règles permissives .....	391
CONCLUSION DU TITRE I.....	398

TITRE II L'AMÉNAGEMENT PRÉCONISÉ DES NORMES PERMISSIVES .....	399
CHAPITRE I LE CANTONNEMENT DES NORMES PERMISSIVES.....	401
SECTION I LA SUPPRESSION DES NORMES PERMISSIVES EN RAISON DE L'EXISTENCE D'UN CRITÈRE DE RATTACHEMENT PRÉVISIBLE	403
§I – Suppression des normes permissives en matière de conflit de juridictions	404
§II – Suppressions des normes permissives en matière de conflit de lois.....	412
A – Suppression des règles permissives en matière de contrat de consommation .....	413
B – La suppression de la règle permissive en matière d'obligations alimentaires .....	418
SECTION II L'UTILITE RÉSIDUELLE DES NORMES PERMISSIVES : LA SUBSIDIARITÉ DES NORMES PERMISSIVES .....	423
§I – Les normes permissives, instrument de consensus .....	423
A – Les difficultés du droit international privé contemporain.....	424
B – L'intérêt ponctuel des normes permissives .....	428
§II – Les normes permissives, palliatif à l'indétermination d'un rattachement satisfaisant.....	430
CHAPITRE II L'ENCADREMENT DES NORMES PERMISSIVES.....	435
SECTION I L'ENCADREMENT AU STADE DE L'ELABORATION DES NORMES : AMENAGEMENT DE LA STRUCTURE .....	437
§I – L'encadrement préconisé des modalités d'exercice de la faculté.....	437
A – Modalités d'exercice des règles permissives venant pallier l'inexistence d'un rattachement prévisible .....	438
B – Modalités d'exercice des règles permissives venant pallier l'inexistence d'un consensus.....	445
§II – L'encadrement de l'objet de la faculté.....	446
A – La transformation des règles permissives avec réserve matérielle relatives aux contrats intra-européens .....	447
B – La limitation généralisée de l'objet du choix en matière contractuelle....	450
SECTION II L'ENCADREMENT DES NORMES PERMISSIVES AU STADE DE LA MISE EN ŒUVRE.....	455
§I – Encadrement strict du contrôle de l'exercice de la faculté .....	455
§II – Un encadrement exceptionnel de l'objet du choix effectué.....	458
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE .....	461
CONCLUSION.....	463
BIBLIOGRAPHIE .....	471
INDEX.....	493
TABLE DES MATIÈRES.....	499