

Mélanges en l'honneur
du Professeur **PIERRE
MAYER**

Liber
Liber
amicorum
amicorum

LGDJ

lextenso éditions

MÉLANGES EN L'HONNEUR
DU PROFESSEUR
PIERRE MAYER

TABLE DES CONTRIBUTIONS

Bertrand ANCEL, <i>La lectura de Balde sur Cunctos populos, traduite en français</i>	1
Jean-Pierre ANCEL, <i>Arbitrage et internationalité. Quelques réflexions et propositions</i>	17
Bernard AUDIT, <i>Du bon usage des lois de police</i>	25
Mathias AUDIT, <i>Les autorités nationales de régulation et le droit international privé</i>	43
Matthieu DE BOISSÉSON, <i>Joint-venture internationale et arbitrage</i>	55
Sylvain BOLLÉE, <i>Retour au Cap des Tempêtes</i>	65
Béatrice BOURDELOIS, <i>La famille du XXI^e siècle et problématiques de conflits de lois</i>	77
Pierre CALLÉ, <i>Regards sur un mal-aimé : le testament international</i>	91
David CHILSTEIN, <i>Le juge des référés face à l'arbitrage frauduleux</i>	103
Sandrine CLAVEL, <i>Le droit international privé européen est-il « honorable » ? Retour sur une controverse doctrinale</i>	119
Thomas CLAY, <i>Le coarbitre</i>	133
Daniel COHEN, <i>Immunités d'exécution des États et arbitrage international</i>	159
Sabine CORNELOUP, <i>Les contrats internationaux de l'Administration dans le domaine de la gestion de l'immigration : un nouveau champ à explorer</i>	173
Louis Christophe DELANOY, <i>Les mystères du contrat d'arbitre ex parte</i>	185
Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, <i>Règles impératives et instruments de droit souple</i> ...	195
Dominique FOUSSARD, <i>La date d'appréciation des conditions d'application de la règle</i>	207

Emmanuel GAILLARD, <i>Le concours de procédures arbitrales dans le droit des investissements</i>	225
Estelle GALLANT, <i>Réflexions sur la résidence habituelle des enfants de couples désunis</i>	241
Hélène GAUDEMET-TALLON, <i>L'autonomie de la volonté : jusqu'où ?</i>	255
Horacio A. GRIGERA NAÓN, "Misères et Splendeurs" of the Kompetenz-Kompetenz Principle in International Arbitration (a Transatlantic Comparison)	273
Marc HENRY, <i>La place de l'arbitre</i>	283
Vincent HEUZÉ, <i>Faut-il confondre les clauses d'élection de for avec les conventions d'arbitrage dans les rapports internationaux ?</i>	295
Jean-Michel JACQUET, <i>Les libertés de l'arbitre international</i>	311
Charles JARROSSON, <i>Réflexions sur les sanctions applicables à la sentence arbitrale</i>	331
Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, <i>Une impérativité active des règles de droit dans l'ordre international</i>	345
Catherine KESSEDIAN, <i>Les instruments optionnels en droit privé international</i> ...	365
Patrick KINSCH, <i>Quel droit international privé pour une époque néolibérale ?</i>	377
Caroline KLEINER, <i>L'affaire du siècle : NML c/ République d'Argentine ou la « contribution » des fonds vautours au droit international</i>	391
François KNOEPFLER, <i>L'opinion dissidente dans l'arbitrage commercial international : une hypocrisie</i>	415
Malik LAAZOUZI, <i>L'arbitre international et les contrats administratifs français</i>	431
Paul LAGARDE, <i>Sur la vulnérabilité des situations juridiques</i>	441
Philippe LEBOULANGER, <i>La renonciation à l'immunité d'exécution : désordre ou pragmatisme ?</i>	455
Sophie LEMAIRE, <i>L'opposabilité de la sentence arbitrale aux tiers. Approche critique du droit français</i>	465
Yves LEQUETTE, <i>De la « proximité » au « fait accompli »</i>	481
Rémy LIBCHABER, <i>L'avenir d'un paradoxe</i>	519
Éric LOQUIN, <i>L'application par les tribunaux arbitraux internationaux des règles de droit qu'ils estiment appropriées</i>	533
Ali MEZGHANI, <i>L'État, l'économie marchande et le droit international privé. Quelques enseignements de l'histoire</i>	547
Juliette MOREL-MAROGER, <i>Regard critique sur les règles de conflits de lois en matière d'assurance-vie</i>	561

Alexis MOURRE et Julien FOURET, <i>Le chapitre X de l'accord économique et commercial global Canada-Union européenne : une solution équilibrée au débat sur le recours à l'arbitrage dans le règlement des différends entre investisseurs et États ?</i>	571
Horatia MUIR WATT, <i>La globalisation et le droit international privé</i>	591
Jean-Claude NAJAR, <i>La gestion effective des litiges : de l'avènement du méta-juriste d'entreprise</i>	607
Marie-Laure NIBOYET, <i>De l'optimisation juridique dans les relations civiles internationales</i>	629
William W. PARK, <i>Equality of Arms in Arbitration: Cost and Benefits</i>	643
Étienne PATAUT, <i>Territorialité et coordination en droit international privé. L'exemple de la sécurité sociale</i>	663
Jacques PELLERIN, <i>La sentence arbitrale, incertitudes et proposition</i>	679
François PERRET, <i>Les passerelles entre le droit de l'arbitrage interne et international : une particularité du droit suisse</i>	687
Philippe PINSOLLE, <i>La renonciation au recours en annulation en matière d'arbitrage international</i>	697
Gérard PLUYETTE, <i>La désignation d'un arbitre par le juge d'appui</i>	711
Jean-Baptiste RACINE, <i>Sur l'idéologie de la transparence en droit de l'arbitrage</i>	727
Luca G. RADICATI DI BROZOLO, <i>Ethics and the law applicable to the merits in arbitration</i>	753
Alan Scott RAU, <i>Crossing the Threshold: Arbitral Jurisdiction after BG Group</i> ...	771
Benjamin REMY, <i>Des notions de prévisibilité en matière de conflit de lois. Qui de l'œuf? Qui de la poule ?</i>	791
Maufo RUBINO-SAMMARTANO, <i>L'élaboration de la décision mettant fin au litige : comparaison entre les démarches de l'arbitre international et du juge étatique</i>	805
Christophe SERAGLINI, <i>L'influence de la culture juridique sur la décision de l'arbitre</i>	817
Eduardo SILVA ROMERO, <i>Dogmatisme et pragmatisme dans l'arbitrage international</i>	833
Hervé SYNDET, <i>La place de la décision administrative en droit bancaire</i>	845
Aline TENENBAUM, <i>L'Autorité européenne des marchés financiers : une autorité nouvelle au service d'une mutation de l'ordre juridique européen ?</i>	857
Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES, <i>Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats</i>	869

LISTE DES CONTRIBUTEURS

Bertrand ANCEL

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Jean-Pierre ANCEL

Président de chambre honoraire à la Cour de cassation

Bernard AUDIT

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Mathias AUDIT

Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Matthieu DE BOISSÉSON

*Avocat à la Cour,
Linklaters*

Sylvain BOLLÉE

*Professeur à l'École de droit de la Sorbonne
(Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)*

Béatrice BOURDELOIS

*Professeur à l'Université du Havre,
Directrice du LexFEIM (laboratoire de recherche en droits fondamentaux,
des échanges internationaux et de la mer)*

Pierre CALLÉ

Professeur à l'Université Paris-Sud

David CHILSTEIN

*Professeur à l'École de droit de la Sorbonne,
(Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)*

Sandrine CLAVEL

*Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines,
Doyen de la Faculté de droit et science politique*

Thomas CLAY

*Professeur à l'Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines,
Vice-président de l'Université,
Doyen honoraire de la Faculté de droit et de science politique,
Associé-gérant de Corpus Consultants*

Daniel COHEN

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

Sabine CORNELOUP

Professeur à l'Université de Bourgogne

Louis Christophe DELANOY

Avocat associé, Bredin Prat AARPI

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON

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

Dominique FOUSSARD

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Emmanuel GAILLARD

Professeur des Universités,

*Associé responsable du département arbitrage international,
Shearman & Sterling LLP*

Estelle GALLANT

*Maître de conférences HDR à l'École de droit de la Sorbonne
(Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)*

Hélène GAUDEMET-TALLON

*Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II),
Membre de l'Institut de droit international*

Horacio A. GRIGERA NAÓN

International Arbitrator,

*Former Secretary General of the International Court of Arbitration
of the International Chamber of Commerce*

Marc HENRY

Docteur en droit,

Avocat à la Cour,

Hughes Hubbard

Vincent HEUZÉ

*Professeur à l'École de droit de la Sorbonne
(Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)*

Jean-Michel JACQUET

*Professeur à l'Institut des hautes études internationales
et du développement (Genève)*

Charles JARROSSON
*Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II),
Directeur de la Revue de l'arbitrage*

Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER
Professeur émérite de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Catherine KESSEDJIAN
*Professeur,
Directeur adjoint,
Collège européen de Paris*

Patrick KINSCH
*Avocat,
Professeur à l'Université du Luxembourg*

Caroline KLEINER
Professeur à l'Université de Strasbourg

François KNOEPFLER
*Professeur honoraire de l'Université de Neuchâtel,
Avocat*

Malik LAZOUZI
Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Paul LAGARDE
*Professeur émérite de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne,
Membre de l'Institut de droit international*

Philippe LEBOULANGER
*Avocat aux barreaux de Paris et d'Athènes,
Chargé d'enseignement à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

Sophie LEMAIRE
*Professeur à l'Université Paris-Dauphine,
Codirectrice du Centre de recherche Droit Dauphine*

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

Rémy LIBCHABER
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)

Éric LOQUIN
*Professeur à la Faculté de droit de Dijon
(Université de Bourgogne Franche-Comté, CREDIMI)*

Ali MEZGHANI
Professeur agrégé

Juliette MOREL-MAROGER
*Maître de conférences à l'Université Paris Dauphine, PSL Research University
Centre de recherche Droit Dauphine*

Alexis MOURRE* et Julien FOURET**

**Avocat à la Cour et **Associé, betto seraglini (Paris)*

Horatia MUIR WATT

Professeur à Sciences Po Paris

Jean-Claude NAJAR

*International Counsel, Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle
Ancien directeur juridique de GE France*

Marie-Laure NIBOYET

Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

William W. PARK

*Professor of Law, Boston University,
President, London Court of International Arbitration,
General Editor, Arbitration International*

Étienne PATAUT

*Professeur à l'École de droit de la Sorbonne
(Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)*

Jacques PELLERIN

*Docteur d'État en droit,
Avocat à la Cour de Paris*

François PERRET

*Professeur émérite de l'Université de Genève (Suisse),
Avocat au barreau de Genève*

Philippe PINSOLLE

*Avocat à la Cour,
Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan LLP (Paris)
Barrister (England & Wales)*

Gérard PLUYETTE

Conseiller doyen honoraire de la Première chambre civile de la Cour de cassation

Jean-Baptiste RACINE

Professeur à l'Université Nice – Sophia Antipolis

Luca G. RADICATI DI BROZOLO

*Professor, Catholic University of Milan,
Arblit – Radicati di Brozolo Sabatini Benedettelli (Milan),
Fountain Court Chambers (London)*

Alan Scott RAU

*Mark G. & Judy G. Yudof Chair in Law,
University of Texas at Austin School of Law*

Benjamin REMY

*Professeur à la Faculté de droit de Poitiers,
Équipe de recherche de droit privé*

Mauro RUBINO-SAMMARTANO
*Président de la Cour européenne d'arbitrage,
Chartered Arbitrator*

Christophe SERAGLINI
Professeur à l'Université Paris-Sud

Eduardo SILVA ROMERO
*Avocat associé, Dechert LLP (Paris),
Professeur de droit international à l'Université du Rosaire (Bogotá),
Maître de conférences à Sciences Po
(contrats internationaux ; arbitrage international)*

Hervé SYNDET
*Professeur de droit privé
à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

Aline TENENBAUM
*Maître de conférences,
Faculté de droit, Université Paris-Est Créteil*

Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES
*Professeur à l'École de droit de la Sorbonne
(Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)*

Quel droit international privé pour une époque néolibérale ?

Patrick KINSCH

Avocat,

Professeur à l'Université du Luxembourg

Le droit international privé n'est pas intemporel¹. Comme toute chose, il évolue avec son temps ; la conviction contraire – mettons celle de Savigny, qui admettait une évolution du droit, mais une lente évolution indépendante de facteurs extérieurs – est elle-même datée et révolue. Il ne s'ensuit certes pas que tout changement d'époque même mineur, dans le domaine culturel, économique ou politique, entraînerait avec lui une révolution conceptuelle complète en droit privé ou en droit international privé. Les concepts peuvent rester largement stables, de même que la plupart des solutions. Mais celles qui seront affectées seront en tout cas celles qui auront spécifiquement reflété l'époque antérieure et qui ne correspondent plus à l'évolution en cours.

La constatation d'un changement est facile lorsqu'elle est rétrospective. Si elle se veut prospective, elle encourt certains risques (entre le nostradamisme, si elle est vague, et l'erreur pure et simple, si elle ne l'est pas). L'évolution n'est pas nécessairement univoque. Mais un élément caractéristique de notre époque, qui la différencie de l'époque précédente, est – dans une mesure certes incertaine, et dont le sort ultime reste à vérifier – le renouvellement des idées et des solutions libérales, le néolibéralisme par conséquent. L'utilisation de l'expression « néolibéralisme » relève, il est vrai, du paradoxe ou de la provocation : personne ne se revendique de lui. Ni ses adversaires bien entendu, ni ses partisans, tant a été efficace la dévalorisation dont le néolibéralisme a fait l'objet. On peut, si on le préfère, faire référence au « libéralisme contemporain », qui correspond mieux à l'autodescription des partisans du néolibéralisme².

Ce renouvellement des idées libérales représente, pour les juristes et parmi eux les internationalistes, un changement d'époque – pas nécessairement un changement épochal, puisqu'il n'est pas nécessairement irréversible et définitif, mais un

1. On peut relire, pour s'en convaincre, l'histoire concise du « mouvement des idées dans le droit des conflits de lois » publiée par P. Mayer, *Droits 2* (1985), p. 129 et s.

2. « Le libéralisme contemporain – ce que d'autres appellent le néolibéralisme » : A. Laurent et V. Valentin, *Les penseurs libéraux*, Paris, Les Belles Lettres, 2012, p. 863. On peut cependant trouver des auteurs qui se revendiquent du « néolibéralisme », identifié simplement à un libéralisme renouvelé et intégrant la nécessité d'une organisation de la concurrence, parmi les intellectuels ordolibéraux allemands ; v. par ex. H. Willgerodt, « Der Neoliberalismus – Entstehung, Kampfbegriff und Meinungsstreit », *Ordo 57* (2006), p. 47 et s. ; M. Streit, « Der Neoliberalismus – Ein fragwürdiges Ideensystem ? », *Ordo 57* (2006), p. 91 et s.

changement quand même. L'époque intellectuelle précédente, celle qui caractérisait le droit international privé du xx^e siècle, était symboliquement celle de l'avant-1968 dans le domaine sociétal, et de l'avant-1989 dans le domaine économique ; dans les deux domaines, le droit de cette époque-là se caractérisait (rétrospectivement) par son conservatisme – ce terme étant employé ici dans un sens neutre et descriptif, sans aucune connotation³ – et par son attachement à l'autorité de la loi. Par ces deux caractéristiques il était un bon reflet d'une époque qui était elle-même, par rapport à la nôtre, relativement conservatrice en droit de la famille et favorable à l'encadrement étatique de l'économie.

La pensée classique du droit international privé européen de l'après-guerre – représentée au plus haut point par Henri Batiffol en France et par Gerhard Kegel en Allemagne⁴ – se caractérise ainsi par la conciliation de la prise en compte de l'internationalité des situations avec le souci permanent de veiller à l'autorité de la loi. D'où l'importance que prend, pour l'un comme pour l'autre auteur, la localisation objective des relations de droit privé. Pour Batiffol, l'intérêt des parties est identifié à l'application de la « loi qui a les relations les plus réelles avec leurs intérêts permanents », ce qui coïncide avec l'intérêt de l'État, représentant de l'intérêt général : « l'intérêt essentiel de l'État consiste à assurer l'homogénéité et l'autorité de sa loi »⁵ ; s'il peut (et doit) consentir à ce que celle-ci ne soit pas appliquée aux relations dont l'élément essentiel est rattaché à un État étranger, le droit international privé ne peut admettre qu'une localisation à l'étranger « par un élément accidentel » aboutisse à ce que l'objectif de la loi ne soit pas atteint⁶. En droit familial international, « il semble bien que le facteur prépondérant dans cette notion de statut personnel soit l'autorité de la loi : si la loi française subordonnant le divorce à telle ou telle condition, il suffit de le demander à Genève ou à Bruxelles pour l'obtenir sans ces conditions et s'en prévaloir ensuite en France, il paraît assez clair que la règle légale est vaine »⁷. Et même à l'égard des contrats internationaux, l'approche de Batiffol, qui a toujours maintenu ses convictions objectivistes, comme celle de Kegel qui ne reconnaissait le choix subjectif de la loi applicable que parce qu'en définitive il n'existe pas d'autre solution praticable⁸, n'était pas favorable à une véritable autonomie de la volonté⁹.

3. Pour un vrai conservateur, G. Ripert, faisant l'éloge du « statisme du droit » : « Tout juriste est un conservateur... Tout juriste est un homme du passé », *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, n° 3, p. 8 et n° 6, p. 18.

4. Les affinités entre ces deux auteurs étaient nombreuses ; v. H. Batiffol, « Les intérêts de droit international privé », *Festschrift Gerhard Kegel*, Francfort, A. Metzner, 1977, p. 11 et s.

5. H. Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, 1^{re} éd., LGDJ, 1949, n° 266 (passage maintenu dans la 8^e éd., 1993, par H. Batiffol et P. Lagarde ; mise en évidence dans l'original) ; c'est aussi l'un des thèmes dominants de ses *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956.

6. *Ibid.*

7. *Traité élémentaire*, n° 269.

8. G. Kegel et K. Schurig, *Internationales Privatrecht*, Munich, C. H. Beck, 9^e éd., 2004, § 18, I, 1, c : « Verlegenheitslösung ». Le terme est repris des éditions antérieures de l'ouvrage, écrites par G. Kegel seul.

9. V. C. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *RCADI* 2013, t. 359, p. 285 et s.

Cette pensée classique est aujourd'hui remise en cause, d'une part par l'effet d'une évolution lente des concepts et des méthodes, qui n'a rien de spectaculaire, mais aussi, d'autre part, par le passage d'une société d'après-guerre caractérisée par le rôle quasi-paternel de la loi à une société valorisant l'individualisme et la concurrence. Le droit international privé joue un rôle central dans les stratégies des entreprises, mais aussi des particuliers, actifs sur le marché international des produits normatifs¹⁰ qui est la caractéristique primaire du néolibéralisme pratique¹¹. Il s'agira d'examiner les changements qu'implique la pensée néolibérale, si elle est mise en œuvre avec tout l'esprit de conséquence qu'elle implique en tant que pensée scientifique, quant aux *options fondamentales* du droit international privé (I) et ceux qu'a entraînés et qu'entraînera le modèle néolibéral quant aux *techniques* du droit international privé, sauf si et dans la mesure où l'on souhaite lui résister (II).

I – LA PENSÉE NÉOLIBÉRALE ET LES OPTIONS FONDAMENTALES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Les idées du libéralisme contemporain, ou néolibéralisme, sont des idées d'inspiration principalement économique, et c'est le domaine économique et social qui est leur habitat le plus naturel. Mais des idées néolibérales – les mêmes idées en somme, même si elles ne sont pas nécessairement les idées des mêmes personnes – sont transposables dans le domaine sociétal. Dans les deux cas, elles impliquent le même type de changements par rapport au droit international privé classique.

A. Le domaine économique et social

La transposition du projet libéral au droit international privé peut avoir un aspect strictement intellectuel : le passage, dans les écrits des auteurs libéraux, des modes de raisonnement habituels du droit international privé (avec, parfois, leur bagage conceptualiste), vers des raisonnements du type *law and economics*, tirés du « choix rationnel », et l'intronisation du critère utilitariste de l'« efficience »

10. Cf. l'élégante synthèse, très ouvertement néolibérale, par E. O'Hara et L. Ribstein, *The Law Market*, New York, Oxford University Press, 2009.

11. Cf. la non moins élégante critique d'un adversaire résolu du néolibéralisme, A. Supiot, qui souligne que les inconvénients du système sur le plan interne (par ex. en ce qui concerne la protection sociale) découlent de la mise en compétition des lois nationales : v. par ex. « Le droit du travail bradé sur le "marché des normes" », *Droit social* 2005. 1087 ; « L'Europe gagnée par l'économie communisme de marché », www.journaldumauss.net, janv. 2008 ; « L'inscription territoriale des lois », *Esprit*, nov. 2008, 151. Et par une spécialiste du droit international privé : 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 ?*, Paris, Dalloz, 2009, p. 77 et s. ; et, du même auteur, « Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale », *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, Dalloz, 2012, p. 459 et s.

comme critère de raisonnement de dernier recours¹². Pour l'essentiel cependant, elle consistera dans le déplacement de l'accent mis sur l'autorité de la loi (en particulier l'autorité 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, participants au marché, de la loi à laquelle ils entendent soumettre leurs transactions économiques. Ce seront, en d'autres termes, les règles de droit international privé favorisant, directement ou indirectement, l'autonomie de la volonté qui seront l'élément caractéristique du droit international privé de l'époque néolibérale.

L'adoption de ces règles est justifiée, dans la pensée libérale relative au droit international privé, par deux grandes idées. La première – celle selon laquelle le droit à l'autonomie de la volonté est un droit qui découle naturellement du droit à l'autodétermination de la personne, reconnu depuis la philosophie des Lumières et, aujourd'hui, par les droits de l'homme¹³ – peut être rejetée, par ceux qui n'y croient pas spontanément, comme empreinte d'une conception mythique de l'origine de l'autorité (et donc des lois) au sein des sociétés humaines¹⁴. La deuxième en revanche découle d'un raisonnement d'ordre économique sur des bases empiriques, conduit par ce penseur impitoyablement systématique du libéralisme qu'était Friedrich Hayek et dirigé d'abord contre la planification étatique de l'économie, puis étendu par lui-même au domaine juridique. C'est une raison d'ordre cognitif : le monde moderne est si complexe qu'il vaut mieux renoncer à la planification étatique, qui n'aboutira jamais à un résultat optimal, au profit de l'ordre « spontané » qui résulte de la libre interaction des agents économiques sur le marché¹⁵.

Transposé par des spécialistes libéraux de cette matière au droit international privé, ce type de raisonnement aboutit à faire de l'autonomie de la volonté au moins *l'un* des fondements du droit international privé¹⁶. Elle a des avantages

12. Pour des exemples de référence explicite à ce critère en droit international privé, v. G. Rühl, *Statut und Effizienz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011 ; par rapport au droit international privé américain, critiquant le poids qu'y ont les intérêts étatiques, E. O'Hara et L. Ribstein, « From Politics to Efficiency in Choice of Law », 67 *U. Chi. L. Rev.* 1151 (2000).

13. J. Basedow, « Theorie der Rechtswahl, oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts », *RabelsZ* 2011. 32 ; beaucoup plus brièvement dans son cours, « The Law of Open Societies », *RCADI* 2012, t. 360, p. 196.

14. David Hume avait, pour cette raison, rejeté dès le XVIII^e siècle la fondation de la liberté politique par John Locke sur un contrat social originnaire : « Of the Original Contract », *Essays and Treatises on Several Subjects*, Londres, Cadell, 1777, vol. I, p. 471 et s. Il est vrai que l'objection est prise en considération par J. Basedow, qui admet qu'« il n'est pas question de décrire de manière réaliste des événements historiques » (*RabelsZ* 2011, p. 41).

15. « The Use of Knowledge in Society », *American Economic Review* 35 (1945), p. 519 et s., puis *Law, Legislation and Liberty*, vol. I : *Rules and Order*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1973 ; trad. fr. : *Droit, législation et liberté*, vol. I : *Règles et ordre*, Paris, PUF, 1992.

16. Les internationalistes libéraux ne sont pas plus unanimes que les autres : la vision d'un droit international privé *exclusivement* fondé sur l'autonomie de la volonté, avec cependant un certain rôle pour les lois de police, est propre aux plus libertariens d'entre eux (assez bien représentés par les auteurs de *The Law Market*, *op. cit. supra*, note 10), qui seuls s'identifieraient avec l'intégralité du programme décrit dans le texte.

tant pour les individus, qui peuvent choisir librement d'exercer leurs activités au regard de la loi qu'ils ont choisie comme convenant à leurs projets, que pour l'économie dans son ensemble. Pour certains de ces auteurs, il s'y ajoute un autre élément, perçu par eux comme un avantage (et rejeté par les adversaires de leur programme comme caractérisant la subordination du politique au marché et comme favorisant le dumping social ou la « course vers le bas » du moins-disant réglementaire) : l'exercice de l'autonomie de la volonté favorise la recherche, par les agents économiques, de la législation la plus efficiente, et est par conséquent un puissant incitatif pour les États d'adapter leur législation aux réalités de la demande internationale. Pour les auteurs libéraux les plus convaincus, cette « concurrence des ordres juridiques » est un élément positif, puisqu'elle est susceptible d'aboutir – à travers un mécanisme typiquement hayekien – à la survie des solutions juridiques les plus aptes.

La vision d'un droit international privé entièrement néolibéral, fondé sur le seul principe d'autonomie de la volonté et mené à sa fin sans compromis, ne correspond nulle part dans le monde à la réalité du droit positif. Mais elle caractérise, sectoriellement, le droit international privé européen des dernières décennies. La conciliation entre l'autorité de la loi et le choix par les parties de la loi applicable aux contrats a vécu : l'article 3 de la Convention de Rome de 1980, puis du Règlement Rome I repose sur un libre choix de la loi applicable, à la seule condition qu'il s'agisse de la loi d'un État, n'importe lequel. C'est là une solution purement libérale¹⁷, qui rencontre néanmoins un large consensus¹⁸. L'article 3 du Règlement Rome I est-il un modèle généralisable pour le droit international privé européen du futur ? Du moins sectoriellement, tel est le cas : l'arrêt *Centros* de la Cour de justice des Communautés européennes, en vertu duquel rien n'empêche des Danois, souhaitant faire fonctionner une société exclusivement au Danemark, de l'incorporer en Angleterre en bénéficiant ainsi de l'absence de capital social minimal découlant de la loi anglaise¹⁹, n'est pas seulement un arrêt révolutionnaire pour les États membre de l'Union qui ratta-

17. La restriction à des lois *étatiques* est contestée – à côté de sa contestation par des auteurs qui la critiquent par intérêt intellectuel pour les règles d'origine transnationale, ou issues de savants travaux de droit comparé – par les libertariens (ou anarcho-capitalistes) du droit international privé, qui estiment que si la loi la plus apte est une loi créée par le secteur privé, elle devrait pouvoir être choisie (cf. E. O'Hara et L. Ribstein, *op. cit. supra*, note 10, p. 222 et s. : section intitulée « The Future of State Law » ; v. également p. 88-89). Sur les raisons, tirées notamment du respect du principe démocratique, du rejet – lors des travaux préparatoires du Règlement Rome I – de la (modeste) proposition de la Commission européenne d'admettre le choix, comme droit applicable au contrat, de « principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international ou communautaire » (COM(2005) 650 final), voir R. Wagner, *IPRax* 2008, p. 379 ; P. Mankowski, *Interessenpolitik und europäisches Kollisionsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2011, p. 30.

18. Parfois avec des nuances, par ex. P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 11^e éd., 2014, n° 738 *in fine*.

19. Arrêt du 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Rec. p.* I-1484, et les conclusions A. La Pergola, pt 20, qui soulignent les avantages en la matière de la concurrence des ordres juridiques ; v. aussi la communication de la Commission du 21 mai 2003, COM(2003) 284 final, pt 2.2, p. 10.

chaient le fonctionnement des sociétés au siège social réel ; c'est encore un arrêt qui a indirectement entraîné l'introduction dans des droits d'Europe continentale de sociétés à risques limités sans capital social minimum, une réforme qui n'aurait normalement pas été à l'ordre du jour²⁰.

B. Le domaine sociétal

Le « néolibéralisme sociétal » est une désignation d'école de pensée avec laquelle radicalement aucun de ceux qui y adhèreraient ne peut s'identifier ; réalisant une alliance d'un substantif que l'on situe en général à droite avec l'idée (« de gauche ») de changements sociétaux, elle est, dans le débat politique actuel, un oxymore²¹. Il n'en reste pas moins que rien ne distingue fondamentalement les pratiques de *regulatory arbitrage*, telles qu'elles existent dans le domaine des affaires, et la volonté des individus de s'émanciper de la tutelle des lois de l'État qui s'appliquent normalement à eux et qui les empêchent (aussi longtemps que ces lois n'ont pas été modifiées) de réaliser leurs projets matrimoniaux ou parentaux. Les deux sont incompatibles avec un plein respect de l'autorité de la loi. Maintenons dès lors la référence au « néolibéralisme sociétal », ou à l'expression politiquement (mais non linguistiquement) plus euphonique, le « libéralisme sociétal contemporain » – tout en reconnaissant qu'en fonction de ses attitudes politiques personnelles, chacun peut combiner à sa manière le degré de son libéralisme en matière économique et sociétale²².

20. Voir H. Hirte et A. Schall, « La société d'entrepreneur en droit allemand », *Rev. soc.* 2013, 198 ; G. Vieira da Costa Cerqueira, « Libre circulation des sociétés en Europe : concurrence ou convergence des modèles juridiques ? », *RTD eur* 2014. 7.

21. Pour une utilisation polémique de ce terme par un adversaire résolu de toutes les formes de reconnaissance de la gestation pour autrui, v. M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui : Fictions et réalités*, Paris, Fayard, 2013, p. 118 et note 1 : « face sociétale du néolibéralisme », selon la « juste expression » d'un article paru dans *Marianne*, mais que l'auteure préfère décrire comme la « face sociétale de l'ultralibéralisme ».

22. Certains parmi les adversaires du néolibéralisme le nient, et estiment que les deux faces du libéralisme sont en réalité indissociables (v. un écrit sérieux, A. Supiot, « L'inscription territoriale des lois », *op. cit. supra*, note 11, p. 162-163, et d'autres, amusants et parfois éclairants : R. Debray, *Modeste contribution aux discours et cérémonies du dixième anniversaire*, Paris, Maspero, 1978, rééd. sous le titre *Mai 68, une contre-révolution réussie*, Paris, Mille et une nuits, 2008 ; du même auteur, *Éloge des frontières*, Paris, Gallimard, 2010 ; J.-C. Michéa, *La double pensée. Retour sur la question libérale*, Paris, Flammarion, coll. Champs, 2008 : « cette "pensée unique" apparaît toujours curieusement dédoublée : elle croise en permanence un discours économiquement correct (qui a plutôt les faveurs de la bourgeoisie de droite) et un discours politiquement correct (qui a plutôt les faveurs de la bourgeoisie de gauche) » : p. 12-13). *Contra* : S. Audier, *Néolibéralisme(s), une archéologie intellectuelle*, Paris, Grasset, 2012, p. 612 : « Si l'essor d'un certain hédonisme post-traditionnel favorise en effet le consumérisme, cela ne signifie pas, inversement, que toute forme de mentalité post-traditionnelle soit indissolublement liée au capitalisme. À ce compte, il faudrait croire que seule la Tradition peut nous prémunir contre la "société de marché", ce qui n'est en rien démontré ».

Le libéralisme transposé en droit international privé modifie les paradigmes traditionnels du droit international privé, y compris là où ces paradigmes ont été définis par des penseurs eux-mêmes libéraux de la vieille école²³. C'est de ce point de vue que les mentalités ont visiblement changé : l'idée que la poursuite du bonheur individuel importe plus que l'autorité de la loi est une idée qui n'apparaît plus aujourd'hui comme radicalement impensable aux juristes, et dont il semble bien qu'elle se reflète partiellement en droit international privé. Il n'est pas indispensable, pour le reconnaître, d'estimer que dans le domaine sociétal, le programme néolibéral est pleinement réalisé (tel n'est pas le cas) et encore moins de croire que les individus, procédant par calcul d'intérêts et par « choix rationnel », sont mieux en mesure de savoir ce qui convient pour eux que leur État national²⁴, ou que leurs choix amèneront par eux-mêmes, conformément à la logique du « darwinisme normatif », les États à modifier leurs lois. Pour correspondre au projet libéral, il suffit que les solutions du droit international privé correspondent à l'idée d'autonomie de l'individu, qui n'est plus soumis purement et simplement à sa loi nationale (ou à la loi de son domicile, dans les États qui rattachent le statut personnel au domicile)²⁵.

Ce mouvement vers l'autonomisation des individus a reçu un certain soutien de la part des deux juridictions suprêmes européennes : la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme. S'il est vraisemblable que la Cour de justice adhère à une espèce de projet néolibéral dans le domaine des droits de la personne ou de la famille²⁶, c'est que pour elle, les liens de ce projet avec l'idée de libre circulation des personnes – centrale dans le droit de l'Union – sont évidents. C'est beaucoup plus discutabile en revanche en ce qui concerne la Cour européenne des droits de l'homme. Certes cette juridiction poursuit un projet libéral – et ce légitimement, puisque les droits de l'homme sont depuis toujours une idée libérale. Mais il est moins certain qu'elle le poursuive d'une manière typique du néolibéralisme, cherchant à libérer l'individu des contraintes résultant de son statut personnel pour lui permettre de se soumettre à une autre loi²⁷. Du moins si on

23. Ainsi, Mancini était un libéral du XIX^e siècle, faisant de l'autonomie de la volonté un principe du droit des conflits de lois : « l'action du pouvoir social s'arrête là où elle rencontre la *liberté inoffensive* et dès lors *légitime* des particuliers », c'est-à-dire en matière contractuelle (« De l'utilité... », *JDI* 1874, p. 292). Mais ce libéralisme ne s'étendait pas au droit de la famille : « Personne ne peut renoncer à l'état et aux rapports de famille qui lui sont attribués par la loi de sa patrie (...) ces conditions sont comme le miroir qui reflète sa nationalité même », p. 294.

24. L'application des principes du « choix rationnel » au droit de la famille est envisagée, en passant, par G. Rühl, *op. cit. supra* note 12, p. 702.

25. Sur ces développements, v. en dernier lieu P. Wautelet, « Autonomie de la volonté et concurrence réglementaire, le cas des relations familiales internationales », in *Vers un statut européen de la famille*, Paris, Dalloz, 2014, p. 313 et s.

26. Les décisions de principe sont connues : arrêts *Garcia Avello* du 2 oct. 2003, aff. C-148/02, *Rec. p. I-11613* ; *Grunkin et Paul* du 14 oct. 2008, aff. C-353/06, *Rec. p. I-7639* ; *Sayn-Wittgenstein* du 22 déc. 2010, aff. C-208/09, *Rec. p. I-13693* (qui admet cependant la justification de l'ingérence étatique à travers l'ordre public autrichien) ; *adde* C. Kohler, cours préc. *supra* note 9, p. 401 et s.

27. En ce sens pourtant, la critique de l'arrêt *Wagner et JMWL c/ Luxembourg* du 28 juin 2007 par L. d'Avout, *JDI* 2008, p. 127 et s. ; v. aussi l'opinion de T. Marzal Yetano,

comprend ses arrêts en la matière²⁸ comme étant fondés sur la protection de la confiance légitime des parties dans la stabilité de la situation acquise à l'étranger plutôt que sur leur droit de faire circuler librement un statut acquis dans le pays étranger de leur choix²⁹, elle ne se conforme pas au programme d'affranchissement des individus des pesanteurs de leur loi nationale.

Quoi qu'il en soit, l'autonomie de la volonté a incontestablement conquis une place en droit de la famille. Il s'agira à présent de voir par quels moyens techniques le modèle néolibéral a pu, non pas conquérir entièrement le droit international privé, mais néanmoins s'imposer discrètement dans certains domaines de celui-ci.

II – LE MODÈLE NÉOLIBÉRAL ET LES TECHNIQUES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Le projet néolibéral, tel qu'il vient d'être décrit, se traduit dans des modifications apportées aux techniques du droit international privé classique, dans lequel le respect de l'autorité de la loi avait un rôle central. Ces modifications peuvent être acceptées, ou alors rejetées : l'important est d'avoir conscience de ce que la question des méthodes a elle-même des enjeux autres que techniques.

A. Les modifications apportées aux techniques du droit international privé classique

Un système résolument libéral de droit international privé repose sur l'idée d'admission du choix personnel des individus quant aux normes auxquelles ils veulent se soumettre. Ce choix n'existe pas nécessairement dans tous les

« The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Private International Law », *J. Priv. Int'l L.* 6 (2010), p. 191-192 (idéologie de la « personne sans loi »).

28. Les arrêts *Wagner et JMWL c/ Luxembourg* du 28 juin 2007, n° 76240/01, *D.* 2007. 2700, note Marchadier ; *Rev. crit. DIP* 2007. 807, et la note ; *JDI* 2008. 183, note L. d'Avout ; *Négrépontis-Giannisis c/ Grèce*, n° 56759/08, *Rev. crit. DIP* 2011. 889 ; *JDI* 2012. 213, note Dionisi-Peyrusse ; *Labassée c/ France* et *Menesson c/ France* du 26 avr. 2014, nos 65041/11 et 65192/11, *D.* 2014, 1797, note Chenédé et 1806, note L. d'Avout, art. par H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon p. 1771 ; *JDI* 2014, 1265, note Guillaumé, auxquels on ajoutera la décision *Green et Farhat c/ Malte* du 6 juill. 2010, n° 38797/07, *Rev. crit. DIP* 2011, 665, note d'Avout, et l'universalisation de la solution de l'arrêt *Garcia Avello* de la CJCE par l'arrêt *Henry Kismoun c/ France* du 5 déc. 2013, n° 32265/10.

29. C'est là l'explication que nous avons avancée, sur base des arrêts qui étaient alors prononcés, in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, p. 50 et s. Est-elle contredite par les arrêts *Labassée* et *Menesson*, dans lesquels l'illicéité de leur situation au regard du droit français était connue des parents d'intention (en ce sens, J. Guillaumé, *JDI* 2014, p. 1273) ? C'est possible – auquel cas on pourrait ajouter la Cour européenne des droits de l'homme à la liste des juridictions qui poursuivent (avec prudence, quand même !) un programme néolibéral –, mais ce n'est pas certain : on notera que la seule violation constatée par ces arrêts a été une violation du droit *des enfants* à leur identité (art. 8 de la Convention, au titre de la « vie privée ») ; or les enfants étaient évidemment innocents des circonstances de leur gestation, et la stabilité de leur situation familiale est une nécessité primaire, qui peut tenir lieu de « confiance légitime ».

domaines³⁰ ; il suffit sans doute qu'il soit reconnu dans un nombre significatif de matières. Il suppose l'internationalité des situations ; mais cette internationalité est plus facile à créer aujourd'hui que naguère (en droit des affaires, il peut suffire d'incorporer une société à l'étranger, prenant exemple sur les actionnaires de Centros Ltd.). En quoi consiste-t-il ? En l'abandon, ou en la limitation, des rigidités caractérisant le système classique ; c'est-à-dire en trois points :

1. Abandon des règles de conflit rigides au profit de l'admission directe ou indirecte de l'autonomie de la volonté

L'admission directe de l'autonomie de la volonté, en dehors du domaine des contrats (c'est-à-dire, concrètement, en matière familiale et successorale) a récemment fait des progrès³¹ remarquables du fait de règlements européens ou, dans certains États, du fait de la recodification de leur droit international privé. Certes, l'autonomie encadrée, reconnue aux conjoints et au testateur par les Règlements Rome III³² et Successions³³, n'est pas l'équivalent de la liberté absolue de choisir la loi applicable aux contrats, et on peut soutenir qu'elle ne leur est accordée que « pour opérer un choix parmi certains droits déterminés par le législateur même, qui ont été sélectionnés par celui-ci en raison de leur proximité par rapport à la situation et qui, en principe, ont un titre équivalent à régir le rapport de droit en question »³⁴. Il n'en reste pas moins que cette possibilité de choisir, en fonction de ses propres intérêts, entre plusieurs lois, n'est pas compatible avec la méthode classique qui procède par voie de désignation d'autorité de la loi applicable. À l'autoritarisme des règles de conflit classiques s'oppose ainsi un véritable libéralisme des nouvelles règles de conflit³⁵. Il n'est d'ailleurs pas inconcevable – la jurisprudence américaine en matière de gestation pour autrui offre des précédents

30. L'utopie (ou la dystopie) de l'admission de l'autonomie de la volonté dans tous les domaines – contrats, sociétés, mariage, mais aussi droits réels – se trouve exposée dans E. O'Hara et L. Ribstein, *op. cit. supra*, note 10.

31. Pour des précédents (obéissant en général à une autre logique), cf. P. Gannagé, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *Rev. crit. DIP* 1992. 425.

32. Règlement (UE) n° 1259/2010 du 20 déc. 2010, art. 5 : choix, en matière de divorce et de séparation de corps, entre la loi de la résidence habituelle des époux, celle de la nationalité de l'un d'eux ou la loi du for.

33. Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juill. 2012, art. 22 : option ouverte au disposant de faire régir sa succession, au lieu de la loi de sa résidence habituelle au moment du décès, par la loi de sa nationalité, ou d'une de ses nationalités, qu'il possède au moment de son choix ou qu'il possédera au moment de son décès.

34. C. Kohler, cours préc. *supra* note 9, p. 413 (n° 93) ; v. aussi P. Wautelet, art. préc. *supra* note 25, p. 140.

35. La Commission européenne écrit dans sa proposition de règlement en matière de divorce, COM(2006) 399 final : « La grande majorité des règles nationales de conflit de lois ne prévoient qu'une seule solution dans une situation donnée. La proposition vise à offrir aux conjoints une plus grande flexibilité en leur permettant de choisir la loi applicable au divorce et à la séparation de corps ».

à cet égard – de contractualiser des aspects du droit de la famille et d’offrir aux parties une autonomie de la volonté complète³⁶.

Il y a par ailleurs un moyen indirect de permettre aux parties un choix de la loi applicable : il consiste pour un État à maintenir sa règle de conflit plus ou moins rigide, mais à se déclarer prêt à reconnaître le résultat de l’application d’une autre loi faite par les autorités d’un État étranger. En délocalisant la création d’une situation tout en étant assurées de son importabilité dans l’État de sa reconnaissance (selon les cas, ce sera l’État de leur nationalité, de leur domicile ou du lieu de l’exercice d’une activité), les parties échapperont aux restrictions de l’État en question ; des applications notables existent en matière de sociétés³⁷, mais aussi en matière de statut personnel³⁸. La méthode de la reconnaissance sans contrôle de la loi appliquée peut ainsi servir à protéger des attentes légitimes des parties, mais aussi à faciliter le comportement « stratégique » de celles-ci, d’une manière qui n’aurait pas été envisageable aussi longtemps que le système classique de droit international privé, d’application des règles de conflit du for même à l’égard des situations constituées à l’étranger, subsistait intégralement dans sa splendeur et sa sévérité³⁹.

36. *Hodas v. Morin*, 814 N.E.2d 320 (Mass. 2004) (contrat de gestation pour autrui conclu entre des parents d’intention domiciliés aux Connecticut et une mère porteuse domiciliée à New York, où ce type de contrat est illicite ; stipulation contractuelle que le droit du Massachusetts, favorable à la validité du contrat, s’applique à celui-ci et que par ailleurs la mère s’engage à prendre « toute mesure raisonnable afin de donner naissance à l’enfant porté conformément à cet accord dans un hôpital situé à l’intérieur de l’État du Massachusetts ». Une clause attributive de juridiction désigne les juridictions du Massachusetts, et la Cour suprême du Massachusetts valide le contrat).

37. En droit européen, c’est évidemment à la jurisprudence *Centros* et à toutes ses applications par des arrêts ultérieurs qu’il faut penser ; mais l’arrêt *Centros* n’a fait qu’appliquer, en les « constitutionnalisant » par référence au principe de la libre circulation, des idées qui ont cours aux États-Unis depuis une centaine d’années, et qui ont fait tout le succès économique d’un État comme le Delaware.

38. En matière de *mariage*, c’est la solution adoptée par l’article 9 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages, mais aussi par des systèmes nationaux de droit international privé (voir ainsi pour la reconnaissance aux États-Unis, par les tribunaux d’États qui ne connaissent pas cette forme de mariage, de mariages homosexuels célébrés dans un autre État, généralement à l’occasion d’un bref déplacement et entre résidents de l’État de la reconnaissance : *Martinez v. County of Monroe*, 850 N.Y.S.2d 740 (A.D. 4 Dept., 2008) ; *Port v. Cowan*, 44 A.3d 970 (Md. 2012)). En matière de *divorce*, les art. 24 et 25 du règlement Bruxelles II *bis* imposent aux juridictions des États membres de reproduire l’attitude libérale de la Cour d’appel de New York à l’égard des divorces-éclairés obtenus au cours des années 60 au Mexique entre résidents de New York, *Rosenstiel v. Rosenstiel*, 16 N.Y.2d 64 (1965). La reconnaissance de la *filiation* par gestation pour autrui est un autre exemple ; l’attitude restrictive de la Cour de cassation française (cf. *infra*, note 50) n’est pas celle de toutes les juridictions du monde.

39. Pour sa justification, même à propos des jugements étrangers, voir H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, vol. II, 7^e éd., 1983, n° 726. Dans le système classique des conflits de lois, la non-application de la règle de conflit du for ne se justifiait que dans une série limitée d’hypothèses, où le respect des légitimes prévisions des parties l’imposait absolument : voir P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973, n° 207.

2. *Limitation ou fin de l'exception de fraude à la loi*

Nous venons de faire référence au comportement stratégique des parties : c'est le type même de comportement que le droit international privé classique juge frauduleux, et qu'il prive d'efficacité. D'où le fait que l'exception de fraude à la loi, mécanisme de repli orienté sur le maintien de l'autorité de la loi et sur la supériorité de la loi par rapport aux choix des parties, n'est pas vraiment compatible avec un système de droit international privé qui valorise, au contraire, l'exercice par les parties de leur autonomie. La doctrine libérale enseignera que si tant est que cette exception doit survivre, son champ d'application doit être limité aux abus les plus graves ; en aucun cas, l'utilisation d'une liberté ne peut être réputée constituer en elle-même une fraude à la loi, puisque ce serait alors nier l'existence de la liberté elle-même⁴⁰. Ce raisonnement nous semble être partagé par la Cour de justice de l'Union européenne⁴¹ ; certes l'arrêt *Centros* réserve l'abus et le fraude, mais il souligne également que « le droit de constituer une société en conformité avec la législation d'un État membre et de créer des succursales dans d'autres États membres est inhérent à l'exercice, dans un marché unique, de la liberté d'établissement garantie par le traité »⁴² ; et l'application traditionnelle des principes de la fraude à la loi (du moins telle qu'elle est reçue en droit international privé français) aurait condamné le recours par des entrepreneurs danois à la constitution d'une société en Angleterre à la seule fin d'éviter les prescriptions du droit des sociétés danois sur le capital social minimal, pour ensuite faire fonctionner exclusivement une « succursale » danoise de la société constituée en Angleterre.

3. *Limitation du jeu de l'ordre public, et acceptation de ce que les lois de police ne sont que des lois « d'application semi-nécessaire »*

L'exception d'ordre public et les lois de police devraient être (et sont dans une large mesure) le dernier rempart des ordres juridiques nationaux contre les initiatives privées de déréglementation. Ceci est reconnu et considéré comme en principe légitime par tous, y compris les spécialistes libéraux du droit international privé⁴³. Mais c'est ici que peuvent jouer un certain nombre de règles du droit des

40. G. Rühl, *op. cit. supra* note 12, p. 416-418 ; v. déjà R. Vander Elst, *Droit international privé belge*, t. I, *Conflits de lois*, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 344 et s., spéc. p. 349 et note 199 (l'auteur estime que « le citoyen peut revendiquer le droit d'échapper à sa loi nationale, qui ne lui convient pas », et propose de limiter la sanction de la fraude à la loi au cas de simulation de l'élément d'extranéité, ceci pour éviter d'« enfermer les justiciables dans une sorte d'« univers juridique concentrationnaire » »).

41. V. aussi les propos très mesurés de S. Vrellis, « “Abus” et “fraude” dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 633.

42. Pts 24 à 27.

43. Évidemment, n'étant pas dirigistes en matière économique, ils considéreront les lois de police comme parfois nécessaires, mais pas pour autant souhaitables ; et ceux qui transposent le libéralisme contemporain dans le domaine sociétal auront tendance à préférer l'ordre public des droits de l'homme à l'ordre public de défense du modèle familial national.

conflits de juridictions qui se combinent avec les règles ordinairement applicables de conflits de lois ou, plutôt, les mettent hors jeu : ces règles permettront aux parties de déclarer applicable un droit étranger et compétent un tribunal étatique étranger ou un tribunal arbitral, ce qui rend au moins incertaine l'application des lois de police qui apparaîtront aux juges ou arbitres choisis comme des lois de police d'un État tiers. La tendance actuelle de la réglementation européenne de la compétence des tribunaux et plus encore la tendance de la jurisprudence, au moins française, est de se prêter assez complaisamment à cette combinaison des clauses attributives de compétence ou d'arbitrage et des clauses de choix du droit applicable⁴⁴, en dehors, il est vrai, du domaine de la protection des parties faibles telles qu'elles sont désignées par le Règlement Bruxelles I⁴⁵. Un auteur italien, qui a visiblement des sympathies pour le *liberismo*, en a déduit avec lucidité qu'il valait mieux parler de « règles d'application semi-nécessaire » à propos des lois de police, qui ne déploient désormais leur pleine efficacité qu'à l'égard de parties qui ne choisissent pas de se soustraire à elles au moyen d'une clause compromissaire ou d'une clause attributive de juridiction⁴⁶. L'inconvénient, c'est que, comme l'a fait observer Pierre Mayer, la transformation des règles d'application nécessaire en

44. CJCE, 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti*, aff. C-159/97, *Rec.* p. I-1597, pt 49 (l'art. 17 de la Convention de Bruxelles de 1968 empêche l'interdiction des choix de for pour protéger les lois de police du for dérogé) ; Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2007, *Cornelissen*, *Rev. crit. DIP* 2007. 402, note Ancel et Muir Watt ; *JDI* 2007. 1195, note Train (suppression du contrôle de la loi appliquée dans la reconnaissance des jugements en droit commun) ; Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2008, *Monster Cable*, *Rev. crit. DIP* 2009. 69 ; *JDI* 2009. 599, note Jobard-Bachelier et Train (l'applicabilité d'une loi de police française n'est pas une raison de ne pas mettre en œuvre une clause attributive de juridiction à un tribunal étranger) ; Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2010, *Rev. crit. DIP* 2010. 743, note Bureau et Muir Watt (même solution à propos des clauses compromissaires) ; v. encore Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2008, *Cytec*, *Rev. arb.* 2008. 473, note Fadlallah ; *JDI* 2008. 1107, note Mourre (exigence d'une violation « flagrante » du droit de la concurrence pour que l'annulation d'une sentence soit prononcée) ; *adde* les examens d'ensemble par P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP* 2011. 207, spéc. p. 261 et s., et « La sentence arbitrale étrangère contraire à une loi d'ordre public du for », *JDI* 2014. 813. Pour des éléments de droit comparé (car la tendance illustrée par la jurisprudence française n'est pas nécessairement valable dans d'autre pays), v. J. Basedow, « Exclusive Jurisdiction Agreements as a Derogation from Imperative Norms », *Essays in Honour of Michael Bogdan*, Lund, Juristförlaget, 2013, p. 15 et s.

45. Ces protections relèvent de la tendance sociale du droit européen, qui coexiste avec ses aspects néolibéraux. Aux États-Unis, en revanche, il n'existe pratiquement aucune restriction aux clauses de choix de for en matière de travail ou de consommation, et il arrive aux tribunaux de valider ce qu'on a pu appeler des « deadly combinations of choice-of-law, choice-of-forum, and arbitration clauses » (S. Symeonides, « Choice of Law in the American Courts in 2007 », *Am. J. Comp. L.* 56 (2008), p. 246).

46. L. G. Radicati di Brozzolo, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire ? », *RCADI* 2003, 1 ; du même auteur, « Arbitrage commercial international et lois de police », *RCADI* 2005, t. 315, p. 265 et s. L'auteur estime ce mouvement justifié ; dans le même sens v. F. Vischer, « Lois d'application immédiate als Schranken von Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen », *Collisio legum, Études pour Gerardo Broggin*, Milan, Giuffrè, 1997, p. 577 et s.

règles d'application semi-nécessaire risque de n'avoir été « qu'une étape avant leur avatar final en règles pas nécessaires du tout »⁴⁷.

En tout cas, il faudrait éviter que l'option pour les solutions néolibérales (par exemple en matière d'interaction entre conflits de lois et conflits de juridictions) soit présentée comme une option purement technique⁴⁸. Au contraire, que l'on soit favorable ou hostile à telle ou telle solution (ou à toutes ces solutions), c'est un choix d'ordre politique qui doit être fait chaque fois en ayant conscience des enjeux autres que de technique juridique. Ceci reste vrai alors même que le législateur laisse largement ce choix aux tribunaux, ce qui en fait des choix de politique jurisprudentielle qui seront des choix politiques de la jurisprudence.

B. La résistance du droit international privé classique

Il n'y a pas de fatalité néolibérale en droit international privé. Là où l'autorité de la loi doit être défendue contre les initiatives privées, les solutions classiques peuvent pouvoir se maintenir en tout ou, plus vraisemblablement, en partie. Idéalement, c'est une question de démocratie délibérative, difficile il est vrai (mais, soyons optimistes, non impossible) à instaurer à propos de questions en partie abandonnées à la jurisprudence nationale et en partie régies par des traités internationaux de nature quasi-constitutionnelle comme le sont le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme. Même dans cette dernière hypothèse, où la marge de manœuvre du législateur national est limitée par les nécessités de l'intégration supranationale ou par les obligations internationales de l'État, il n'est pas impossible aux juridictions, y compris aux juridictions supranationales, de prendre en considération les choix démocratiques d'un droit national⁴⁹. *A fortiori*, il en va de même des tribunaux nationaux, là où le droit international privé reste une question autonome de droit national.

Les tribunaux ne sont tenus ni de coopérer intégralement à la mise en œuvre du programme néolibéral, ni d'y opposer une résistance à outrance. Ils devraient au contraire adopter une attitude faite de ce qui est, d'ordinaire, le propre d'un

47. « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI* 2007, t. 327, p. 186, note 265.

48. En ce sens, pourtant, v. la référence au « principe général de droit international privé de la dissociation des compétences judiciaire et législative » par A. Huet, « Clause attributive de juridiction à un tribunal étranger et loi française de police et de sûreté (étude du droit commun) », *D.* 2009. 684 ; v. aussi H. Gaudemet-Tallon, « La clause attributive de juridiction, un moyen d'échapper aux lois de police ? », *Liber amicorum Kurt Siehr*, La Haye, Eleven, Zurich, Schulthess, 2010, p. 707 et s.

49. Cf. CJUE, 22 déc. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09 (*supra* note 26) ; CEDH, 26 avr. 2014, *Labassée c/ France* et *Menesson c/ France* (*supra* note 28), § 62-63 du premier arrêt et 83-84 du second, qui reconnaissent la légitimité de principe du recours à l'ordre public pour défendre un « choix effectué démocratiquement » au sein de la société française et éviter son contournement, tout en veillant à le concilier avec « l'intérêt des requérants – dont l'intérêt supérieur de l'enfant – à jouir pleinement de leurs droits au respect de leur vie privée et familiale ». La solution donnée par ces arrêts est une solution de compromis.

juger : une attitude faite de délibération, de prudence et de mesure, qui évite les excès dans le maniement de l'ordre public ou de l'exception de fraude à la loi⁵⁰, mais qui accepte également de repenser l'une ou l'autre solution provisoirement acquise, notamment en matière d'interaction entre conflits de lois et conflits de juridictions, où rien n'interdirait à la jurisprudence française d'assurer une meilleure protection des lois de police à l'égard des jugements étrangers et des sentences arbitrales⁵¹.

Dans une phrase célèbre, que nous voudrions citer ici entièrement hors de son contexte politique d'origine, Antonio Gramsci expose que la crise de la modernité « consiste précisément en ce que l'ancien meurt et que le nouveau est empêché de naître ; dans cette période de transition apparaissent les phénomènes morbides les plus variés »⁵². La pensée néolibérale en elle-même n'est pas un phénomène morbide, ni dans le domaine économique ni dans le domaine sociétal. Mais il en va différemment des excès, ou des insuffisances, des réactions que suscite sa mise en œuvre.

50. On confessa sa sympathie avec la condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme (*supra* note 27) de la réaction de Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2011 (*Rev. crit. DIP* 2011. 722, note Hammje), opposée à des jugements américains tenant lieu d'actes de l'état civil, y compris en tant qu'ils ne faisaient que documenter la réalité biologique de la filiation paternelle d'un enfant né par gestation pour autrui ; et aussi son scepticisme à l'égard de la deuxième série d'arrêts, qui opposent la fraude à la loi : Cass. 1^{re} civ., 13 sept. 2013, *D.* 2013. 2377, avis Petit, 2384, note Fabre-Magnan (selon l'avocat général et selon l'annotatrice, le recours à la fraude à la loi au sens technique du droit des conflits de lois serait justifié ; *contra* : H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *D.* 2013, p. 2352-2353 ; H. Fulchiron, « *Fraus omnia corrumpit ?* », *D.* 2014. 1 162) ; *Rev. crit. DIP* 2013. 909, note Hammje ; *JDI* 2014. 133, note Guillaumé ; Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2014, *D.* 2014. 901, avis Jean ; *Rev. crit. DIP* 2014. 619, 1^{re} esp., note critique Bollée.

51. P. Mayer, « L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police », *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 459 ; P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé, op. cit.*, n° 404.

52. *Quaderni del carcere* (éd. de V. Garratana), Turin, Einaudi, 1975, III.34 (vol. I, p. 311).