

Thèse de doctorat

de l'établissement Université Bourgogne Franche-Comté
préparée à l'Université de Bourgogne
en cotutelle internationale avec l'Université Johannes Gutenberg de Mayence

École doctorale DGEP : droit, gestion, économie et politique

Doctorat en droit privé

par

Madame Laure Stark

L'internationalité en droit international privé

Directeurs de thèse :

Madame Sabine Corneloup, Professeur à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas
Monsieur Urs Peter Gruber, Professeur à l'Université Johannes Gutenberg de Mayence

Thèse présentée et soutenue à Paris, le 28 novembre 2020

Composition du jury :

Monsieur É. P., Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, président, rapporteur
Monsieur M.-Ph. W., Professeur à l'Université de Heidelberg, rapporteur
Monsieur L. d'A., Professeur à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, examinateur
Monsieur S. H., Professeur à l'Université de Tübingen, examinateur
Madame N. J., Professeur à l'Université de Bourgogne, examinatrice
Madame E.-M. K., Professeur à l'Université de Würzburg, examinatrice

Avertissement

L'Université Bourgogne Franche-Comté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Cette thèse a fait l'objet
d'un soutien financier de
l'Université franco-allemande (UFA).



Remerciements

Mes remerciements les plus chaleureux vont tout d'abord à Madame le Professeur Sabine Corneloup, sans qui ce projet de thèse désormais abouti n'aurait jamais vu le jour, et qui l'a encadré avec beaucoup de bienveillance de son premier à son dernier jour.

Ich bedanke mich auch ganz herzlich bei Herrn Professor Urs Peter Gruber für die Freundlichkeit, mit denen ich während meiner Forschungsaufenthalte in Mainz in seinem Arbeitszimmer immer begrüßt wurde, und für seine wertvolle Unterstützung bei der Entwicklung beider sprachlichen Fassungen dieser Arbeit.

Ma reconnaissance va encore à ceux qui ont permis la bonne conduite matérielle de ce projet. Je pense en premier lieu à l'Université Franco-Allemande, sans laquelle je n'aurais pu effectuer les nombreux séjours de recherche en Allemagne indispensables à cette cotutelle de thèse, et qui a très aimablement accepté de prolonger à trois reprises la durée de son soutien. Je pense également à l'Institut Suisse de Droit Comparé et à l'AiSDC, ainsi qu'au Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, qui m'ont permis d'effectuer plusieurs séjours de recherche très enrichissants à Lausanne et Hambourg.

J'ai enfin une pensée pour tous les compagnons du quotidien, de Dijon à Paris, en passant par Mayence, qui, par leur présence au cours de ces six années, ont rendu l'expérience d'autant plus agréable.

Sommaire

Avertissement	I
Remerciements	III
Table des abréviations	VII
Introduction	1
Partie I. La conception classique de l'internationalité	11
<i>Titre I. La présentation de la conception classique de l'internationalité</i>	<i>13</i>
Chapitre I. La notion d'internationalité	19
Chapitre II. Le traitement de l'internationalité	57
<i>Titre II. La remise en cause partielle de la conception classique de l'internationalité</i>	<i>101</i>
Chapitre I. Le brouillage de la distinction entre l'interne et l'international	105
Chapitre II. L'apparition de nouvelles formes d'internationalité	153
Partie II. La conception repensée de l'internationalité	193
<i>Titre I. L'examen renouvelé du traitement de l'internationalité</i>	<i>197</i>
Chapitre I. La redéfinition de la distinction entre l'interne et l'international	201
Chapitre II. Le traitement des formes particulières d'internationalité	269
Chapitre III. La protection de la distinction entre l'interne et l'international	313
<i>Titre II. La concrétisation de la notion d'internationalité</i>	<i>375</i>
Chapitre I. La résolution des problèmes d'appréhension de l'internationalité	379
Chapitre II. L'approche fonctionnelle de l'internationalité	411
Conclusion générale	471
Résumé en langue allemande	473
Bibliographie	569
Table de jurisprudence	605
Index	615
Table des matières	619

Table des abréviations

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
actual.	actualisation
aff.	affaire(s)
AG	Amtsgericht
AJ fam.	Actualité Juridique Famille
AJCL	American Journal of Comparative Law
AJDA	Actualité Juridique Droit Administratif
al.	alinéa(s)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
Arch. phil. droit	Archives de philosophie du droit
art.	article(s)
av. gén.	avocat général
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und private Bau- recht
BB	Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI. I	Bundesgesetzblatt Teil I
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BJE	Bulletin Joly Entreprises en difficulté
BJS	Bulletin Joly Sociétés
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles
c. civ.	code civil
CA	cour d'appel
Cah. dr.	Les Cahiers de droit
Cah. dr. eur.	Cahiers de droit européen
Cass. 1 ^{re} civ.	Cour de cassation, première chambre civile
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Cass. req.	Cour de cassation, chambre des requêtes

CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales <i>ou</i> Cour européenne des droits de l'homme
chr.	chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
comm.	commentaire
Comm. com. électr.	Communication Commerce Électronique
concl.	conclusions
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
CPC	code de procédure civile
D.	Recueil Dalloz
DB	Der Betrieb
dir.	direction
DMF	Droit Maritime Français
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
Dr. fam.	Droit de la famille
Dr. fisc.	Revue de Droit Fiscal
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
DStR	Deutsches Steuerrecht
éd.	édition
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EJCL	Electronic Journal of Comparative Law
ERPL	European Review of Private Law
EuLF	The European Legal Forum
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWCA	England and Wales Court of Appeal
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fasc.	Fascicule
FGPrax	Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
GADIP	Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
I.R.	informations rapides
IBRRS	Immobilien- und Baurecht Rechtsprechung

IntCompLQ	International and Comparative Law Quarterly
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
J.-Cl. dr. int.	Juris-Classeur Droit international
J.-Cl. proc. civ.	Juris-Classeur Procédure civile
JA	Juristische Arbeitsblätter
JCP G	JurisClasseur Périodique. La Semaine Juridique, édition générale
JCP N	JurisClasseur Périodique. La Semaine Juridique, édition notariale et immobilière
JCP S	JurisClasseur Périodique. La Semaine Juridique, édition sociale
JDE	Journal de droit européen
JDI	Journal du droit international (Clunet)
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JPIL	Journal of Private International Law
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
LAG	Landesarbeitsgericht
LPA	Les Petites Affiches
Ls.	Leitsatz (motifs)
LSK	Leitsatzkartei des deutschen Rechts
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
nbp	note(s) de bas de page
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
obs.	observations
OLG	Oberlandesgericht
ÖZöR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rev. aff. eur.	Revue des affaires européennes = Law and European Affairs
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage

RdA	Recht der Arbeit. Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts
RDC	Revue des contrats
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rec.	Recueil
Rec. cours La Haye	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
Rec. gén. lois	Recueil général des lois et des arrêts
Rép. civ. Dalloz	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. eur. Dalloz	Répertoire de droit européen Dalloz
Rép. int. Dalloz	Répertoire de droit international Dalloz
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RFDA	Revue française de droit administratif
RGDA	Revue générale du droit des assurances
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDE	Revue internationale de droit économique
Riv. dir. int. priv. proc.	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RJ. com.	Revue de jurisprudence commerciale
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
RRa	ReiseRecht aktuell
RRJ	Revue de la recherche juridique, droit prospectif
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RUE	Revue de l'Union européenne
s.	suivant(s)
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
somm.	sommaire
t.	tome(s)
T. com.	Tribunal de commerce
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
trad.	traduction
Trav. com. fr. DIP	Travaux du Comité français de droit international privé
Univ. Penn. Law Rev.	University of Pennsylvania Law Review
Va. J. Int'l L.	Virginia Journal of International Law

VersR	Versicherungsrecht
V°	verbo
vol.	volume(s)
W.L.R.	Weekly Law Reports
WM	Wertpapier-Mitteilungen. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
YbPIL	Yearbook of Private International Law
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Introduction

Actualité du sujet. L'internationalité n'a peut-être jamais été autant visible pour les décideurs politiques et le grand public qu'au cours du printemps 2020, marqué par une crise sanitaire mondiale sans précédent.

Dans l'Europe de Schengen, les frontières nationales terrestres, aériennes et maritimes se sont brutalement refermées une à une, quasiment vingt-cinq ans jour pour jour après leur abolition. Le « phénomène de la frontière »¹ est redevenu une réalité tangible, éprouvée quotidiennement par plus d'une centaine de milliers de citoyens rien qu'aux frontières intérieures de l'Union européenne. Particulièrement dans les régions frontalières, ces fermetures ont révélé ou rappelé à quel point les situations internationales sont aujourd'hui nombreuses, variées et intimement liées au quotidien des populations. La lecture des grands titres des journaux locaux parus durant cette période suffit à s'en convaincre². Ceux-ci n'ont en effet eu de cesse de souligner pendant plus de deux mois et demi les difficultés rencontrées par les dizaines de milliers de travailleurs et prestataires de service frontaliers, par les familles et couples binationaux, par les commerçants dont on s'est rendu compte pour l'occasion qu'ils réalisaient une part très importante de leur chiffre d'affaires par l'intermédiaire de clients venus de l'autre côté de la frontière, et par la multitude d'autres personnes se trouvant dans des situations transfrontalières si particulières qu'elles ont échappé, au moins un temps, à toute prévision des autorités.

Notion d'internationalité. Dans le langage courant, le terme d'internationalité désigne le « caractère de ce qui est international, de ce qui concerne plusieurs nations »³. Il est la substantivation de l'adjectif international, qui désigne ce « qui a lieu, qui se fait entre deux ou plusieurs nations ; qui concerne plusieurs nations »⁴. Le terme international est d'apparition récente si on le compare aux phénomènes qu'il appréhende. Il a été introduit en langue française en 1802 par Étienne Dumont grâce à sa traduction de l'ouvrage *An Introduction to the principles of morals and legislation* de Jeremy Bentham⁵ et en langue allemande au début du même siècle par la

1. J.-P. NIBOYET, *Cours de droit international privé français*, 2^e éd., Sirey, Paris, 1949, p. 1, n° 1.

2. Saarbrücker Zeitung, « Erfahrungen mit einer Grenze, die keine mehr war », 08.04.2020, https://www.saarbruecker-zeitung.de/saarland/saarbruecken/die-corona-krise-hat-die-grenze-zu-frankreich-und-luxemburg-wieder-sichtbar-gemacht_aid-49987849.

3. Trésor de la langue française informatisée, v° international.

4. *Ibid.* ; une même définition est retenue par les lexiques de vocabulaire juridique qui définissent le terme, voir p. ex. ASSOCIATION HENRI CAPITANT et al., *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., PUF, Paris, 2020, p. 562.

5. Trésor de la langue française informatisée, v° international.

traduction du même auteur⁶. À proprement parler, il porte toutefois mal son nom : le sens qui lui est couramment reconnu aujourd'hui n'est pas celui de l'entre-Nations, mais celui de l'entre-États, précision qui a son importance à une époque où est discutée la dissociation entre l'État et la Nation.

Notion de droit international privé. Dans le domaine du droit, la notion d'internationalité est étroitement liée au droit international privé. La matière est en effet celle qui appréhende les difficultés qui « dérivent de la division du monde entre États souverains »⁷ et qui résulte donc « de la coexistence de plusieurs États »⁸. Elle comprend les problèmes qui procèdent « de la pluralité des États souverains et de la diversité de leurs législations »⁹. De manière plus précise, elle est celle qui « envisage les divers rapports individuels engendrés par la vie internationale »¹⁰ ou qui régit les rapports de droit « qui s'inscrivent dans le cadre de la vie internationale »¹¹. Elle prend en charge les relations qui peuvent faire hésiter « entre plusieurs lois ou plusieurs compétences juridictionnelles, car certains faits de la cause paraissent rattacher la question à l'une et certains à l'autre »¹². Elle est, en somme et en des termes plus contemporains, la matière qui contient l'ensemble des règles de droit applicables aux personnes privées dans les situations présentant un caractère international¹³.

L'approche comparative franco-allemande sous l'angle de laquelle nous avons choisi de mener notre étude¹⁴ requiert une importante précision d'ordre terminologique : le terme de droit international privé revêt une acception plus large en droit français qu'en droit allemand. En droit français, la matière est contemporanément décrite comme étant composée de quatre volets, qui

6. W. PFEIFER et al., « international » in *Etymologisches Wörterbuch des Deutschen*, 2^e éd., Akad.-Verl., Berlin, 1993.

7. R. SAVATIER, *Cours de droit international privé*, 2^e éd., L.G.D.J, Paris, 1953, p. 4, n° 5.

8. *Ibid.*, p. 4, n° 5.

9. A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé. Tome Premier. Introduction générale. Nationalité. Domicile. Condition des étrangers. Compétence judiciaire. Lois d'état et de capacité. Droit de la famille. Propriété*, Sirey, Paris, Grenoble, 1923, p. 2, n° 2.

10. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français. Tome I. Sources - Nationalité - Domicile*, 2^e éd., Sirey, Paris, 1947, p. 1, n° 1.

11. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Y. LOUSSOUARN, *Droit international privé*, 9^e éd., Dalloz, Paris, 1970, p. 1, n° 1.

12. P. ARMINJON, *Précis de Droit international privé. I. Les notions fondamentales du droit international privé*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 1947, p. 17.

13. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Y. LOUSSOUARN, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 2, n° 1 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé. Tome I. Sources - Nationalité. Condition des étrangers. Conflits de lois théorie générale*, 8^e éd., L.G.D.J, Paris, 1993, p. 13, n° 2 ; B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 8^e éd., L.G.D.J Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2018, p. 14, n° 7 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 10^e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 1, n° 1 ; P. MAYER, V. HEUZÉ et B. RÉMY, *Droit international privé*, 12^e éd., L.G.D.J Lextenso éditions, Paris, 2019, p. 26-27, n° 4 ; M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 6^e éd., L.G.D.J, Paris, 2017, p. 23-24, n° 3.

14. Chaque fois que cela a été possible et jugé pertinent, une comparaison des droits positifs français et allemand ainsi que des courants doctrinaux propres à ces deux pays a été réalisée. Il reste malgré tout une certaine prédominance du droit français et des sources bibliographiques françaises.

sont le conflit de lois, le conflit de juridictions, la condition des étrangers et la nationalité¹⁵. En droit allemand en revanche, comprise dans un sens restreint, le droit international privé (*internationales Privatrecht*) ne comprend que le conflit de lois (*Kollisionsrecht*)¹⁶. L'article 3, alinéa 3, de la loi introductive au code civil (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*) définit en effet le droit international privé comme le droit ayant pour objet la détermination de la loi applicable dans les situations présentant un lien avec un État étranger¹⁷. La matière a pour pendant le droit procédural international (*internationales Verfahrensrecht* ou *Zivilprozessrecht*) qui traite du conflit de juridictions¹⁸.

Dans le cadre de notre travail, nous avons choisi de donner au terme de droit international privé le sens qui est le sien en droit français, tout en limitant l'objet de notre étude à la matière du conflit de lois et à celle du conflit de juridictions. Nous traiterons donc, du point de vue du droit allemand, tant du droit international privé au sens strict que du droit procédural international.

Lien entre les termes du sujet. Le terme d'internationalité, lorsqu'il est mis en relation avec le terme de droit international privé, peut se rapporter à deux caractéristiques de la matière. La première, peut-être la plus évidente pour le non-spécialiste, a trait à l'internationalité des sources du droit international privé. C'est l'idée, qui devient de plus en plus vraie aujourd'hui, que le droit international privé est une matière formellement internationale du fait de l'origine inter-

15. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome I. Partie générale*, 4^e éd., PUF, Paris, 2017, p. 4, n° 4; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé, op. cit.*, p. 17, n° 23; M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé, op. cit.*, p. 15, n° 4; les ouvrages de droit international privé du début et de la moitié du XX^e siècle montrent toutefois que tel ne fut pas toujours le cas. La matière était ainsi présentée par PILLET comme ne comprenant que la condition des étrangers, le conflit de lois et le conflit de juridictions, voir A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé. Tome Premier. Introduction générale. Nationalité. Domicile. Condition des étrangers. Compétence judiciaire. Lois d'état et de capacité. Droit de la famille. Propriété, op. cit.*, p. 5 s., n°s 2 s. De même, elle était conçue par BARTIN comme ne traitant que du conflit de lois et du conflit de juridictions – auquel s'adjoignait de manière préalable la question de la condition des étrangers, au motif que l'étude de la nationalité ressortait du droit public, voir E.-A. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, t. 1, Domat-Montchrestien, Paris, 1930, p. 5 s. § 4, p. 13 § 6; on a également pu en exclure le conflit de juridictions mais y faire entrer, comme SAVATIER, les matières de la nationalité, de la condition des étrangers et du conflit de lois, voir R. SAVATIER, *Cours de droit international privé, op. cit.*, p. 4, n° 5.

16. G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht : ein Studienbuch*, 9^e éd., C.H. Beck, München, 2004, p. 4; Chr. von BAR et P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht. Band I. Allgemeine Lehren*, 2^e éd., C.H. Beck, München, 2003, p. 2, n° 2; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, 6^e éd., Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, p. 1; Th. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht : mit internationalem Verfahrensrecht*, 5^e éd., C.F. Müller, Heidelberg, 2017, n° 1; B. v. HOFFMANN et K. THORN, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundzüge des internationalen Zivilverfahrensrechts*, 9^e éd., C.H. Beck, München, 2007, p. 7, n° 34.

17. En langue originale, « das anzuwendende Recht bei Sachverhalten mit einer Verbindung zu einem ausländischen Staat [bestimmt sich] nach den Vorschriften dieses Kapitels (Internationales Privatrecht). »

18. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts, op. cit.*, p. 587; H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht : mit internationalem Insolvenz- und Schiedsverfahrensrecht; ein Studienbuch*, 7^e éd., C.H. Beck, München, 2017, p. 1, n° 2; R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 8^e éd., Otto Schmidt, Köln, 2020, p. 1, n° 1; H. LINKE et W. HAU, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 7^e éd., Otto Schmidt, Köln, 2018, p. 2, n° 1.1.

nationale des organes qui en édictent les règles¹⁹. Si le droit international privé est, au moins depuis l'abandon de l'idée qu'il constituerait une branche du droit international public, généralement présenté comme un droit essentiellement de source nationale²⁰, l'augmentation croissante du nombre de conventions internationales conclues dans le cadre d'organisations multilatérales telles que la Conférence de la Haye, la CNUDCI ou UNIDROIT, et l'habilitation de l'Union européenne à légiférer en matière de droit international privé, ont en effet conduit à une internationalisation importante des sources du droit international privé à partir de la seconde moitié du xx^e siècle²¹. Pour intéressant que soit ce phénomène, il n'est pourtant pas celui sur lequel portera notre analyse. À proprement parler, nous traiterions de l'internationalité *du* droit international privé et non pas de l'internationalité *en* droit international privé.

L'internationalité qui nous intéresse est celle qui caractérise l'objet du droit international privé. Cela revient à partir d'un postulat, qui n'est pas partagé par tous mais que nous ferons nôtre : le droit international privé a vocation à régir les seules situations internationales. Il existe en effet deux façons d'envisager l'objet du droit international privé. Pour reprendre la terminologie employée par Q. Alfonsin, il peut être distingué entre une « conception classique » du droit international privé, qui revient à considérer ce dernier comme un méta-droit dont l'objet est la détermination du juge compétent et de la loi applicable à toute situation privée, et une « conception privatiste » qui en fait un droit spécial réservé aux seules situations privées internationales²². Si le droit français retient cette dernière conception²³, la position doctrinale majoritaire en droit allemand tend au contraire à faire entrer les situations internes dans le champ d'application du

19. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français. Tome I. Sources - Nationalité - Domicile*, op. cit., p. 1, n° 1 ; B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., p. 14, n° 6 ; P. MAYER, V. HEUZÉ et B. RÉMY, *Droit international privé*, op. cit., p. 30, n° 26.

20. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé. Tome I. Sources - Nationalité. Condition des étrangers. Conflits de lois théorie générale*, op. cit., p. 13, n° 2 ; R. SAVATIER, *Cours de droit international privé*, op. cit., p. 5-6, n° 7.

21. B. AUDIT, « Le droit international privé à la fin du XX^e siècle : progrès ou recul ? », *RIDC* 1998, p. 421 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général » in *Rec. cours La Haye*, vol. 312, 2005, p. 47 s., n° 33 s. ; Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? » in *Rec. cours La Haye*, vol. 387, 2015, p. 31 s., n° 9 s.

22. Q. ALFONSIN, « Contribution à l'étude de la relation juridique en droit international privé » in *Mélanges offerts à Jacques Maury. Tome I. Droit international privé et public*, Dalloz, Sirey, Paris, 1960, p. 27.

23. A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé. Tome Premier. Introduction générale. Nationalité. Domicile. Condition des étrangers. Compétence judiciaire. Lois d'état et de capacité. Droit de la famille. Propriété*, op. cit., p. 2-3, n° 2 ; E.-A. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, op. cit., p. 9 s. § 5 ; R. SAVATIER, *Cours de droit international privé*, op. cit., p. 9, n° 13 ; J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français. Tome I. Sources - Nationalité - Domicile*, op. cit., p. 1, n° 1 ; P. ARMINJON, *Précis de Droit international privé. I. Les notions fondamentales du droit international privé*, op. cit., p. 17, n° 2 ; P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Y. LOUSSOUARN, *Droit international privé*, op. cit., p. 1, n° 1 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé. Tome I. Sources - Nationalité. Condition des étrangers. Conflits de lois théorie générale*, op. cit., p. 11, n° 1 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, Paris, New York, 1987, p. 10-11 ; B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., p. 14, n° 7 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, op. cit., p. 1, n° 1 ; P. MAYER, V. HEUZÉ et B. RÉMY, *Droit international privé*, op. cit., p. 18, n° 4 ; M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, op. cit., p. 23-24, n° 3.

droit international privé²⁴. Nous adopterons donc sur ce point également la conception du droit français.

Cela étant posé, il est possible de préciser dès à présent quelque peu la notion d'internationalité, qui sera présentée de manière plus détaillée dans le premier chapitre de ce travail, en indiquant que le cœur de notre étude portera sur les *situations juridiques qui présentent des liens de rattachement avec plusieurs États*.

Enjeux du sujet. Mondialisation. Si l'internationalité n'est pas un phénomène nouveau, l'histoire des relations internationales et des échanges entre les peuples remontant aux premières civilisations²⁵, elle n'échappe pas plus que les autres grandes questions juridiques à l'évolution du monde et des circonstances sociales, économiques, politiques ou technologiques dans lesquelles elles s'inscrivent. C'est donc assez naturellement que peut être dressé le constat que l'internationalité d'hier n'est plus l'internationalité d'aujourd'hui et qu'elle a évolué tant sur un plan quantitatif que sur un plan qualitatif.

Sur un plan qualitatif, d'abord, car l'internationalité n'est plus celle des princesses, moines défroqués et riches commerçants des premiers grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé²⁶. La « sociologie » de l'internationalité et par voie de conséquence du droit international privé a partiellement évolué²⁷. L'internationalité s'est universalisée, en ce sens qu'elle est désormais susceptible de toucher tout un chacun au cours de sa vie, et même banalisée, en ce que plus personne ne s'étonne d'un mariage binational, d'un travailleur étranger détaché ou d'une entreprise commerçant à l'international.

Sur un plan quantitatif, ensuite, car deux vagues de mondialisation²⁸ séparent notre époque de la fin du XVIII^e siècle qui a vu naître Friedrich Karl von Savigny, père du droit international privé moderne. Parce que le phénomène et les données qui y sont relatives sont largement

24. G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht : ein Studienbuch*, *op. cit.*, p. 6; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 7; Th. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht : mit internationalem Verfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 2, n° 4; B. v. HOFFMANN et K. THORN, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundzüge des internationalen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 5, n°s 24-25.

25. Voir pour un aperçu général, J. HUNTZINGER, *Le globe et la loi : 5 000 ans de relations internationales : une histoire de la mondialisation*, éditions du Cerf, Paris, 2019.

26. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 1, n° 3; M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 135, n° 143.

27. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome I. Partie générale*, *op. cit.*, p. 14, n° 10.

28. La première vague de mondialisation s'étend du XIX^e siècle à la première guerre mondiale et la seconde vague de la fin de la deuxième guerre mondiale à nos jours, voir Ph. MOREAU DEFARGES, *La mondialisation*, 10^e éd., PUF, Paris, 2016, p. 17 s.; J. BASEDOW, « The Law of Open Societies : Private Ordering and Public Regulation of International Relations : General Course on Private International Law » *in Rec. cours La Haye*, vol. 360, 2012, p. 65, n°s 39-40.

connus²⁹, il s'agira simplement de mettre l'accent sur quelques aspects de la mondialisation d'importance pour notre sujet. Le plus important d'entre eux est certainement l'accroissement exponentiel des déplacements de personnes et des flux de biens, de services et de capitaux qu'a connu le monde entre les années 1830 et 2020³⁰. Ces déplacements et ces flux ont en effet conduit à l'accroissement du nombre de situations internationales, tant en matière économique qu'en matière personnelle et familiale.

Phénomènes transnationaux et anationaux. La seconde vague de mondialisation se caractérise également par un phénomène de « déspatialisation » des activités économiques et sociales, auquel s'ajoute un phénomène de « désétatisation des sociétés et du monde »³¹. Il en résulte une « disparition des repères géographiques et temporels sur lesquels s'est construit le droit international privé moderne »³². On observe ainsi une « relativisation de la place centrale qui était celle des États »³³ et un déclin de leur emprise sur le monde et sur les situations internationales. La mondialisation remet en effet en cause le paradigme westphalien, reposant sur « l'idée que l'État constitue le point de référence ultime aussi bien pour le droit interne que pour le droit international »³⁴. Elle est corrélée à l'accroissement du nombre et à la montée en puissance d'acteurs privés, tels que les groupes multinationaux de sociétés³⁵. Ce contexte a permis l'émergence de situations que l'on pourrait qualifier de « transnationales » et qui ont pour caractéristique de se développer bien plus au surplomb des États qu'entre eux³⁶. Par ailleurs, la seconde vague de

29. Voir p. ex. pour leur rappel, Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 306 s. J. BASEDOW, « The Law of Open Societies : Private Ordering and Public Regulation of International Relations : General Course on Private International Law », *op. cit.*, p. 65 s.

30. Ph. MOREAU DEFARGES, *La mondialisation*, *op. cit.*, p. 27 s. ; J. BRASSEUL, *Petite histoire des faits économiques. Des origines à nos jours*, 4^e éd., Armand Colin, Paris, 2016, p. 172 s.

31. J.-B. AUBY, *La décentralisation et le droit*, L.G.D.J., Paris, 2006, p. 24.

32. H. MUIR WATT, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé), L'américanisation du droit », *Arch. phil. droit* 2001, p. 271 ; voir aussi K. TUORI, « Vers une théorie du droit transnational », *RIDE* 2013/1, p. 12 ; P. A. GLENN, « La conciliation des lois. Cours général de droit international privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 364, 2011, p. 250, n° 52.

33. R. MICHAELS, « Welche Globalisierung für das Recht? Welches Recht für die Globalisierung ? », *RabelsZ* 2005, p. 537.

34. R. MICHAELS, « Globalization and Law : Law Beyond the State » in *Law and Social Theory*, sous la dir. de R. BANAKAR et M. TRAVERS, 2^e éd., Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 3 s., spéc. p. 5 pour la citation, traduction libre ; voir aussi H. MUIR WATT, « La globalisation et le droit international privé » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Lextenso, Paris, 2015, p. 595, n° 7 ; P. S. BERMAN, « The Globalization of Jurisdiction », *Univ. Penn. Law Rev.* 151 2002, p. 311 s.

35. L. D'AVOUT, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois » in *Rec. cours La Haye*, vol. 397, 2019, p. 33 s., n°s 4 s. ; J. BASEDOW, « The Law of Open Societies : Private Ordering and Public Regulation of International Relations : General Course on Private International Law », *op. cit.*, p. 52 s., n°s 22 s. ; Ph. KAHN, « L'essor du non-droit dans les relations commerciales internationales et le contrat sans loi » in *L'hypothèse du non-droit. XXX^e séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977*, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de l'Université de Liège, Liège, 1978, p. 232 s. ; F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours général de droit international privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 213, 1989, p. 335 s., n°s 231 s.

36. À propos des sociétés multinationales, *idem*, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours général de droit international privé », *op. cit.*, p. 355, n° 231 ; J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, L.G.D.J Lextenso éditions, Paris, 2011, p. 259 s., n°s 555 s.

mondialisation est intimement liée à certains phénomènes technologiques qui l'ont soutenue, parmi lesquels figurent en première ligne l'essor de l'internet³⁷. L'apparition de ce nouveau médium a en effet grandement contribué au phénomène de déterritorialisation³⁸ qui vient d'être mentionné et a donné naissance à des situations que l'on pourrait qualifier d'« anationales », en ce qu'elles s'inscrivent dans un espace dématérialisé et déspatialisé et ignorent l'existence des frontières étatiques³⁹.

Régionalisation. L'internationalité n'est pas uniquement affectée par la mondialisation, elle l'est également, et peut-être plus fondamentalement, par la construction européenne. L'institution par le traité de Rome du marché commun, au sein duquel les biens, les personnes, les services et les capitaux sont appelés à circuler librement, la création par le traité de Maastricht de l'Union européenne et de la citoyenneté européenne, accompagnée du droit pour tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, et la naissance de l'espace Schengen le 26 mars 1995, abolissant les contrôles aux frontières intérieures de l'Union, ont conduit à l'émergence d'un nouvel espace géographique se superposant aux territoires des États membres, doté d'une frontière extérieure unique, sans frontières intérieures et majoritairement peuplé de citoyens partageant une citoyenneté commune. L'apparition de cet espace européen a corrélativement permis l'identification d'une nouvelle forme d'internationalité, qui se caractérise par les liens de rattachement qu'elle entretient avec cet espace. Dans le même temps, l'activité législative croissante des institutions européennes et la reconnaissance d'une compétence du législateur européen en matière de droit international privé par le traité d'Amsterdam ont conduit au développement d'un régime propre à cette forme particulière d'internationalité.

Objectifs de la démonstration. Faisant le constat que l'internationalité prend une place de plus en plus grande dans le quotidien des populations, *a fortiori* en Europe, et qu'elle n'échappe pas à l'influence des différents changements contextuels d'ordres économique, social, politique et technologique qu'a connus le XX^e siècle, l'objectif de ce travail est de mener une réflexion renouvelée tant sur la notion que sur le régime de l'internationalité en droit international privé.

D'une part, le constat de l'accroissement du nombre de situations internationales dans un contexte de mondialisation sera l'occasion d'une réflexion générale sur la manière dont est dé-

37. J. BRASSEUL, *Petite histoire des faits économiques. Des origines à nos jours*, op. cit., p. 281.

38. J. LARRIEU, « Internationalité et Internet » in *L'internationalité : bilan et perspectives*, sous la dir. de S. POILLOT-PERUZZETTO, suppl. Lamy Droit des affaires, 2002, p. 42; J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, op. cit., p. 242 s., n^{os} 512 s. T. LUTZI, « Internet Cases in EU Private International Law - Developing a coherent approach », *IntCompLQ* 2017, p. 688; S. L. GÖSSL, *Internetspezifisches Kollisionsrecht? Anwendbares Recht bei der Veräußerung virtueller Gegenstände*, Nomos, Baden-Baden, 2014, p. 28 s.

39. D. J. B. SVANTESSON, *Private International Law and the Internet*, 2^e éd., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012, p. 34; P. S. BERMAN, « The Globalization of Jurisdiction », art. cit., p. 373; E. CAPRIOLI, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique : tribunal compétent, loi applicable, droit pénal international, arbitrage en ligne*, Litec, Paris, 2002, p. 2; S. GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 187 s.

finie l'internationalité en droit international privé et sur le traitement que ce dernier réserve aux situations internationales par rapport aux situations purement internes à un État. L'augmentation du nombre de situations internationales, et donc de personnes concernées par l'application du droit international privé, entraîne en effet mécaniquement une augmentation de l'importance et de la visibilité des difficultés relatives à la définition de l'internationalité ainsi que des imperfections qui pourraient affecter son régime. Pour le dire autrement, lorsqu'il était envisageable d'admettre une solution moyennement satisfaisante parce que les situations concernées ne se présentaient que peu fréquemment, il devient plus délicat de s'en satisfaire quand un nombre bien plus conséquent d'individus se trouvent concernés. S'agissant de la définition de l'internationalité, il est en effet devenu un lieu commun que d'affirmer que la notion est affectée d'une grande relativité entraînant imprécisions et incertitudes dans son appréhension. S'agissant de son régime, il est une considération qui, à notre sens, devrait être prise davantage en compte à mesure que croît le nombre de situations internationales comparativement au nombre de situations purement internes à un État, et qui est relative au respect du principe d'égalité entre situations internes et internationales, de façon à ce que l'application du droit international privé aux situations internationales n'entraîne pas de différences de traitement injustifiées comparativement aux situations purement internes, soumises au seul droit interne.

D'autre part, l'internationalité est confrontée à de nouvelles difficultés et de nouveaux questionnements liés aux phénomènes régionaux, transnationaux voire anationaux qui viennent d'être décrits. L'émergence de situations internationales propres à l'espace européen entraîne tout d'abord la nécessité d'une réflexion sur la manière de définir cette nouvelle catégorie de situations internationales, portant plus particulièrement sur le ou les critère(s) permettant de les distinguer des situations purement internationales. S'y ajoute un questionnement sur la légitimité de l'existence d'une différence de traitement au sein même de la catégorie des situations internationales, puisque le droit de l'Union européenne conduit très souvent à l'instauration d'un régime spécifique pour les situations européennes, dont l'application est par conséquent exclue pour les situations internationales extérieures à l'espace européen. Par ailleurs, les phénomènes transnationaux et anationaux caractéristiques du *xx*^e siècle remettent directement en cause une approche de l'internationalité fondée sur l'entre-États, du fait de la déspatialisation et de la désétatisation dont ils témoignent, et sont donc source de complexification dans la caractérisation de cette internationalité. Ils interrogent en outre sur la capacité des méthodes et règles classiques de droit international privé à les appréhender, dès lors que la territorialité, « fondement axiologique [du droit international privé moderne], perd sa signification devant l'instantané, l'immatériel »⁴⁰.

Annnonce de plan. Afin de répondre à ces différents questionnements, nous commencerons par présenter la manière dont l'internationalité est classiquement définie et réglementée en droit

40. H. MUIR WATT, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », *art. cit.*, p. 271 ; voir également en lien avec la méthode savignienne, P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « Localisation et globalisation en droit international privé. Esprit de Savigny, es-tu là ? » in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, sous la dir. de M.-E. ANCEL et al., L.G.D.J., Iprolex, Paris, Madrid, 2018, p. 1558 s., n^{os} 3 s.

international privé, ce qui permettra à la fois d’asseoir les bases de cette étude et d’en faire ressortir les enjeux par l’analyse des différents facteurs qui viennent interroger, voire remettre en cause, la manière dont l’internationalité est traditionnellement appréhendée par le droit international privé (partie I). Il sera alors proposé de repenser certains aspects touchant à la notion et au régime de l’internationalité, dans le but, d’une part, d’offrir un traitement adéquat aux situations internationales – quelle que soit la forme de cette internationalité – au regard des spécificités qu’elles présentent, et d’autre part, de concrétiser la notion d’internationalité (partie II).

Partie I

La conception classique de l'internationalité

La perception de l'ancien et du nouveau, du classique et du moderne, est relative. La conception de l'internationalité que nous avons décidé de qualifier de *classique* pour les besoins de cette étude et sur la base de laquelle nous construirons les développements à venir relatifs aux circonstances *nouvelles* affectant la notion et le régime de l'internationalité correspond peu ou prou à une photographie du droit international privé dans l'état qui était le sien à la fin du XX^e siècle. Nous avons néanmoins choisi de ne pas y englober les questions particulières que font naître la régionalisation européenne, bien que cette dernière ait commencé dès la fin des années 1950, et de les considérer comme un questionnement propre au XXI^e siècle, parce que ce n'est qu'au tournant du siècle, avec l'instauration d'une compétence de l'Union européenne en matière de droit international privé par le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, qu'a réellement commencé à émerger un droit international privé européen posant de plus en plus la question du régime particulier des situations européennes. De même, seront exclues les questions relatives aux phénomènes transnationaux voire anationaux, bien que certains d'entre eux – notamment ceux relatifs aux groupes internationaux de sociétés – aient déjà pu être observés au cours du XX^e siècle, car ils nous semblent n'avoir jamais été autant discutés qu'en ce début de XXI^e siècle⁴¹.

Fixant donc la ligne de démarcation entre l'ancien et le nouveau au tournant du XXI^e siècle, nous présenterons tout d'abord la conception classique de l'internationalité (titre I), avant d'envisager les différents facteurs qui conduisent aujourd'hui à sa remise en cause partielle (titre II).

41. Voir *infra*, p. 153 s.

Titre I

La présentation de la conception classique de
l'internationalité

Dans un monde qui répondait encore au paradigme westphalien fondé sur la division entre États Nations, la notion d'internationalité ne pouvait être comprise qu'au sens de son étymologie, comme ce qui a trait à l'entre-Nations. C'est sur cette idée que repose la notion classique d'internationalité en droit international privé, dont il faudra commencer par présenter plus précisément les contours (chapitre I). Cela permettra ensuite de décrire le traitement qui est classiquement réservé par le droit international privé aux situations internationales par opposition aux situations purement internes à un État (chapitre II).

Chapitre I

La notion d'internationalité

L'appréhension intellectuelle de la notion d'internationalité peut paraître aisée de prime abord, au moins dans son acception la plus classique de situation se constituant entre plusieurs États Nations. Le terme n'est en effet pas propre au langage juridique et tout un chacun comprend le sens du mot international. Toutefois, cette simplicité n'est que de façade et les difficultés abondent dès lorsqu'il s'agit d'en proposer une définition juridique qui soit la plus complète et la plus précise possible. Ni le législateur, ni la jurisprudence, ni la doctrine n'ont en effet jamais réussi à en dégager une définition qui soit pleinement satisfaisante et surtout unitaire : un critère unique permettant de distinguer entre situations internes et internationales n'existe pas⁴². Plusieurs *modèles d'approche* de la notion d'internationalité coexistent ainsi (section I). L'étude du droit positif met par ailleurs en évidence l'existence d'une pluralité de *définitions concrètes* de la notion (section II).

Section I. Les modèles d'approche de la notion d'internationalité

L'approche juridique est le modèle d'approche de l'internationalité qui est historiquement apparu en premier et qui est encore aujourd'hui de loin le plus répandu en droit comparé, constitue l'approche principale de la notion d'internationalité (§ 1). Il existe toutefois des approches concurrentes, au nombre desquelles figurent l'approche économique développée par la jurisprudence française et possiblement également une approche dite mixte retenue par le droit allemand, qui méritera toutefois davantage discussion (§ 2).

§ 1. L'approche juridique, approche principale de l'internationalité

L'approche juridique de l'internationalité repose de manière générale sur l'existence de liens de rattachement de la situation juridique avec plusieurs ordres juridiques étatiques (A.). Afin de préciser cette définition, il conviendra toutefois de voir que tout lien de rattachement n'est pas apte à caractériser l'internationalité (B.).

42. P. LOUIS-LUCAS, « Portée de la distinction entre droit privé interne et droit international privé », *JDI* 1962, p. 872 ; E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales » in *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2008, p. 73, n° 142.

A. *La présence de liens de rattachement avec plusieurs ordres juridiques étatiques*

L'approche juridique de l'internationalité est connue à la fois des droits français et allemand, dans lesquels elle est formulée en des termes très similaires, pour ne pas dire identiques. Est internationale une situation qui présente des liens, des points de contact ou des points de rattachement avec plusieurs ordres juridiques⁴³. La situation internationale se distingue ainsi de la situation purement interne à un État, définissable *a contrario* comme celle qui ne présente de liens de rattachement qu'avec un seul ordre juridique. Les ordres juridiques dont il est question s'entendent d'ordres juridiques étatiques, souverains et indépendants⁴⁴, ce que sous-tend l'étymologie même du mot *inter|national*, qui renvoie à l'idée d'une situation existant entre plusieurs États Nations. En conséquence, ne pourrait être qualifiée d'internationale une situation qui présenterait des liens de rattachement avec plusieurs ordres juridiques infra-étatiques, tels que des États fédérés ou des entités territoriales autonomes. Une telle situation resterait en effet interne à un seul État et c'est bien à propos que l'on parle de conflits *internes* de lois à leur égard⁴⁵. De même, on ne peut proprement parler d'internationalité lorsqu'une situation se développe au-delà de tout cadre étatique. Cette dernière catégorie de situations relève en effet davantage de la transnationalité que de l'internationalité au sens strict du terme⁴⁶.

Si le droit français ne contient aucune définition légale de l'internationalité, étant précisé que la Cour de cassation n'a jamais non plus défini la notion⁴⁷, il en va autrement du droit allemand, dont l'article 3 EGBGB réserve l'application du droit international privé – au sens strict – aux « situations présentant un lien avec un État étranger »⁴⁸. La version originale de cet article, issue de la loi relative à la réforme du droit international privé du 25 juillet 1986⁴⁹, faisait référence à un lien avec « le *droit* d'un État étranger »⁵⁰. Cette formulation malheureuse avait fait l'objet de critiques, en ce qu'une situation de fait ne peut présenter, à proprement parler, de lien avec un *droit*⁵¹, et a depuis fort à propos été corrigée.

43. En droit français, voir B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., p. 14, n° 7 ; O. CACHARD et P. KLÖTGEN, *Droit international privé*, 8^e éd., Bruylant, Bruxelles, 2019, p. 8, n° 4 ; S. CLAVEL, *Droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, Paris, 2018, p. 2, n° 4 ; P. MAYER, V. HEUZÉ et B. RÉMY, *Droit international privé*, op. cit., p. 27, n° 5 ; M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, op. cit., p. 24, n° 3 ; H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 139, 1973, p. 109 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, op. cit., p. 10 ; D. KITIC, *Droit international privé*, Ellipses, Paris, 2003, p. 5 ; P. GRAULICH, *Principes de droit international privé. Conflit de lois. Conflit de juridictions*, Dalloz, Paris, 1961, p. 2.

44. *Idem*, *Principes de droit international privé. Conflit de lois. Conflit de juridictions*, op. cit., p. 2.

45. Voir de manière générale sur ce type de conflits, V. PARISOT, « Les classifications des conflits internes de lois à l'épreuve de leur solution », *Rev. crit. DIP* 2014, p. 469.

46. La notion de transnationalité sera abordée *infra*, voir p. 176 s.

47. J.-M. JACQUET, *Le contrat international*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 1999, p. 6.

48. « Sachverhalt[e] mit einer Verbindung zu einem ausländischen Staat. »

49. Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts vom 25. Juli 1986.

50. « Sachverhalt[e] mit einer Verbindung zum Recht eines ausländischen Staates. »

51. En ce sens, voir G. HOHLOCH, « Art. 3 EGBGB » in *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch : Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VbVG, VersAusglG und WEG*, sous la dir. de H. P. WESTERMANN, B. GRUNEWALD et G. MAIER-REIMER, 16^e éd., Otto Schmidt, Köln, 2020, n° 3.

L'approche juridique de l'internationalité peut également être énoncée sous une autre forme, aux termes de laquelle doit être considérée comme internationale la situation qui présente au moins un élément d'extranéité⁵². En langue allemande, l'élément d'extranéité est désigné sous les termes d'*Auslandsbezug*, d'*Auslandsbeziehung* ou d'*Auslandsberührung*⁵³. Tous ces termes traduisent, en français comme en allemand, l'idée d'un rattachement avec un autre ordre juridique que celui du juge saisi⁵⁴. L'élément d'extranéité est parfois également dénommé élément « étranger »⁵⁵ ou élément « transfrontière »⁵⁶ par certains auteurs, sans qu'il ne faille, semble-t-il, y voir une différence de sens. « Étranger » doit certainement être compris comme un synonyme, peut-être moins technique⁵⁷, d'extranéité. Quant au terme « transfrontière », il est certainement employé dans l'idée de retranscrire le « phénomène de la frontière »⁵⁸ qui affecte les situations présentant un élément d'extranéité. En tout état de cause, l'emploi de ce terme dans ce contexte ne doit pas être confondu avec le sens spécifique qu'il revêt dans les instruments européens de droit international privé⁵⁹.

52. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome I. Partie générale, op. cit.*, p. 5, n° 5; S. CLAVEL, *Droit international privé, op. cit.*, p. 2, n° 4; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé, op. cit.*, p. 2, n° 1; P. MAYER, V. HEUZÉ et B. RÉMY, *Droit international privé, op. cit.*, p. 27, n° 5; M.-Chr. MEYZEAUD-GARAUD, *Droit international privé*, 3^e éd., Bréal, Rosny-sous-Bois, 2011, p. 8; M. ATTAL et A. RAYNOUARD, *Droit international privé. Tome 1 : Principes généraux*, Larcier, Bruxelles, 2013, p. 29, n° 20; M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé, op. cit.*, p. 137, n° 169; D. KITIC, *Droit international privé, op. cit.*, p. 5; P. COURBE, *Droit international privé*, Hachette Supérieur, Paris, 2007, p. 10, n° 7; F. MONÉGER, *Droit international privé*, 6^e éd., LexisNexis, Paris, 2012, p. 2, n° 4; Th. VIGNAL, *Droit international privé*, 4^e éd., Sirey, Paris, 2017, p. 3, n° 5; O. CACHARD et P. KLÖTGEN, *Droit international privé, op. cit.*, p. 8, n° 4; P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 155, 1977, p. 16; P. GRAULICH, *Principes de droit international privé. Conflit de lois. Conflit de juridictions, op. cit.*, p. 2; W. A. STOFFEL, « Le rapport juridique international » in *Conflits et harmonisation. Kollision und Vereinheitlichung. Conflicts and Harmonization. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck à l'occasion de son 65^{ème} anniversaire*, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1990, p. 423.

53. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts, op. cit.*, p. 1; Th. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht : mit internationalem Verfahrensrecht, op. cit.*, p. 2, n° 4; Chr. von BAR et P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht. Band I. Allgemeine Lehren, op. cit.*, p. 5, n° 7; B. v. HOFFMANN et K. THORN, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundzüge des internationalen Zivilverfahrensrechts, op. cit.*, p. 3, n° 8-9; G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht : ein Studienbuch, op. cit.*, p. 7; K. SIEHR, *Internationales Privatrecht : deutsches und europäisches Kollisionsrecht für Studium und Praxis*, C.F. Müller, Heidelberg, 2001, p. 358; R. HAUSMANN, « Art 3 EGBGB » in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. EGBGB/IPR : Art 3, 3a, 4 EGBGB ; Anhang zu Art 4 EGBGB (IPR - Anwendungsbereich, Renvoi und Länderberichte)*, Otto Schmidt, de Gruyter, Berlin, 2019, n° 9; G. HOHLOCH, « Art. 3 EGBGB », *op. cit.*, n° 3; D. LOOSCHELDERS, « Art. 3 EGBGB » in *Internationales Privatrecht - Art. 3-46 EGBGB*, Springer, Berlin, 2004, n° 3; Th. PFEIFFER, *Internationale Zuständigkeit und Prozessuale Gerechtigkeit. Die internationale Zuständigkeit im Zivilprozess zwischen effektivem Rechtsschutz und nationaler Zuständigkeitspolitik*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1995, p. 74, nbp n° 3; H. DÖLLE, *Internationales Privatrecht. Eine Einführung in seine Grundlagen*, 2^e éd., C.F. Müller, Karlsruhe, 1972, p. 1.

54. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé, op. cit.*, p. 2, n° 1.

55. M. GUTZWILLER, « Le développement historique du droit international privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 29, 1929, p. 295.

56. F. RIGAUX, *Droit international privé. Tome I. Théorie générale*, 2^e éd., Larcier, Bruxelles, 1987, p. 4, n° 4.

57. P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », *op. cit.*, p. 16.

58. J.-P. NIBOYET, *Cours de droit international privé français, op. cit.*, p. 1, n° 1.

59. La notion de litige transfrontière sera abordée *infra*, voir p. 44 s.

Il convient de remarquer que la formulation de l'approche juridique de l'internationalité qui repose sur l'existence d'un élément d'*extranéité*, ou plus généralement d'un lien avec un État *étranger*, n'est pas rigoureusement identique à la démarche qui consiste à définir l'internationalité par rapport à la présence de liens de rattachement avec plusieurs ordres juridiques étatiques. Il y a en effet dans cette dernière formulation une neutralité qui fait défaut à la première. L'existence de liens de rattachement avec plusieurs ordres juridiques étatiques est observée de manière objective, sans adopter la position de l'un des ordres juridiques avec lesquels la situation est rattachée. Au contraire, l'identification d'un élément d'*extranéité* ou d'un lien avec un État *étranger* suppose que l'on se place du point de vue d'un ordre juridique déterminé, puisque l'*extranéité* n'a pas de caractère absolu : elle se constate nécessairement à partir d'un sujet, qui est en principe l'un des ordres juridiques de rattachement de la situation. En pratique toutefois, les deux expressions sont tenues pour synonymes et nous ne dérogerons pas à cette convention de langage dans la suite de nos propos.

Afin de concrétiser quelque peu l'approche juridique de l'internationalité, il est possible de citer quelques exemples classiques d'éléments d'*extranéité*. Peuvent ainsi constituer un lien de rattachement avec un ordre juridique étatique : la nationalité, le domicile ou la résidence habituelle des parties, le lieu de conclusion ou d'exécution d'un acte juridique, le lieu de survenance d'un fait juridique ou le lieu de situation d'un bien. Certains éléments d'*extranéité* sont de nature territoriale et peuvent être matériellement localisés sur le *territoire* d'un État, quand d'autres, comme la nationalité, sont de nature juridique. En sus de ces quelques éléments, il n'est guère envisageable d'établir une liste limitative d'éléments d'*extranéité*, tant ils peuvent être nombreux au regard de la variété des situations juridiques que le droit international privé est amené régler. Il est toutefois possible d'apporter certaines précisions sur les caractéristiques que doit présenter l'élément d'*extranéité*.

B. Les caractères de l'élément d'extranéité

Les écrits doctrinaux portant sur l'approche juridique de l'internationalité permettent de dégager deux caractères importants que doit présenter l'élément d'*extranéité* afin de pouvoir conférer un caractère international à une situation. Premièrement, il résulte de la doctrine majoritaire que les liens que la situation entretient avec plusieurs ordres juridiques étatiques doivent présenter une certaine importance, une certaine pertinence (1.). Deuxièmement, ces liens doivent être objectifs, ou autrement dit, ne pas résulter de la seule volonté des parties de conférer un caractère international à leur situation (2.).

1. La pertinence de l'élément d'extranéité

La première question qui se pose relativement aux caractères de l'élément d'*extranéité* est de savoir s'il est suffisant, pour qu'une situation juridique puisse être qualifiée d'internationale, qu'elle présente un lien d'une importance tout à fait quelconque avec un ordre juridique étranger ou s'il faut au contraire exiger un élément d'*extranéité* significatif. Certains auteurs considèrent

en effet que tout élément d'extranéité devrait permettre la caractérisation de l'internationalité⁶⁰. Cette solution présente l'avantage d'être simple à mettre en œuvre, puisqu'elle dispense d'une appréciation de la valeur des éléments d'extranéité. Toutefois, en prenant en compte tout élément d'extranéité, on permettrait trop facilement aux parties à une situation purement interne d'accéder au traitement spécifique réservé aux situations internationales⁶¹ par la création d'un élément d'extranéité non pertinent⁶².

C'est pourquoi il apparaît préférable de se rallier à un second courant doctrinal qui exige que l'élément d'extranéité affectant la situation présente une certaine importance, sans quoi celle-ci ne saurait être considérée comme internationale⁶³. L'internationalité ne saurait donc être constituée par la seule présence d'un lien de rattachement ténu avec un ordre juridique étranger. Il résulte de cette affirmation une conséquence remarquable, qui est qu'une situation pourrait être considérée comme interne alors même qu'elle présente un élément d'extranéité, parce que ce dernier aura été jugé trop insignifiant. C'est ainsi que P. Lalive distingue entre internationalité *en fait* et internationalité *en droit* et fait remarquer que « dans le monde actuel, [...] il y a sans doute de moins en moins, sur le terrain du pur fait, de situations sans aucun contact avec l'étranger. [...] En droit, il en existe beaucoup »⁶⁴. Apparaissent ainsi trois catégories de situations : les situations internes, les situations qui ne sont qu'« internationales en fait » car elles présentent un élément d'extranéité non significatif, et les situations qui sont également « internationales en droit » car elles sont affectées d'un élément d'extranéité pertinent.

Exiger d'une situation qu'elle présente un élément d'extranéité suffisamment significatif pour lui reconnaître un caractère international conduit donc à une certaine altération du réel. Au regard du droit, en effet, la caractérisation de l'internationalité aboutit nécessairement à un résultat binaire : soit la situation est internationale, soit elle ne l'est pas. Dans les faits, au contraire, la gradation allant de l'interne à l'international est continue, allant des situations ne présentant aucun lien avec un ordre juridique étranger, en passant par celles qui ne présentent qu'un rattachement de faible importance avec l'étranger jusqu'à aboutir à celles qui sont incontestablement

60. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome I. Partie générale, op. cit.*, p. 16, n° 9 ; J.-M. JACQUET, *Rép. int. Dalloz*, V° Contrats, 1998 (actual. 2015), n° 87 ; E. LOQUIN, « note sous CA Paris, 9 nov. 1984 », *JDI* 1986, p. 1044 ; H. BATIFFOL, « note sous Tribunal civil de la Seine, 7 juin 1956, Eddie Constantine et Tercinet c/ Buck et Dolivet », *Rev. crit. DIP* 1956, p. 687 ; J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, Paris, 1983, n° 372.

61. Voir *infra*, p. 66 s.

62. À propos de ce risque en matière de choix de la loi applicable au contrat, J.-Chr. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Economica, Paris, 1992, p. 146.

63. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé. Tome II*, 7^e éd., L.G.D.J., Paris, 1983, p. 276, n° 3, à propos du choix de la loi applicable ; M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé, op. cit.*, p. 138, n° 170 ; P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », *op. cit.*, p. 17 ; J.-Chr. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, op. cit.*, p. 147 ; E. WYLER et A. PAPAUX, « Extranéité de valeurs et de systèmes en droit international privé et en droit international public » in *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique. Actes du colloque des 27 et 28 novembre 1997 organisé par l'Institut d'études de droit international de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne*, sous la dir. d'E. WYLER et A. PAPAUX, Pedone, Paris, 1999, p. 256.

64. P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », *op. cit.*, p. 22.

reliées à plusieurs ordres juridiques. Le critère de la pertinence de l'élément d'extranéité introduit donc une ligne de séparation nette dans ce continuum d'internationalité, reléguant certaines situations présentant un lien minime avec l'étranger dans la catégorie des situations internes, alors que d'autres, pourtant très proches en termes d'intensité de l'élément d'extranéité, auront réussi à se hisser de justesse dans la catégorie des situations internationales.

L'exigence d'un élément d'extranéité pertinent pour la qualification de l'internationalité a fait l'objet de critiques. On a fait remarquer d'une part que l'internationalité d'une situation peut résulter de la réunion d'éléments d'extranéité de faible importance, de sorte qu'exiger un élément d'extranéité pertinent peut conduire à considérer la situation comme interne à défaut de prise en compte de ces multiples éléments. La qualification de l'internationalité pourrait en effet résulter d'une appréciation *quantitative* des éléments d'extranéité⁶⁵, alors que l'exigence de pertinence de l'élément d'extranéité fait référence à une seule appréciation qualitative. Cette critique nous apparaît effectivement fondée, mais elle n'est pas insurmontable, dès lors que l'on accepte que l'internationalité puisse faire l'objet d'une double appréciation quantitative et qualitative.

Il a été soutenu, d'autre part, qu'exiger un élément d'extranéité pertinent au stade de la détermination de l'internationalité de la situation implique de se référer au critère de rattachement retenu par la règle de conflit de lois, ce qui constituerait une inversion des étapes du raisonnement conflictuel⁶⁶. Il faudrait en effet d'abord relever l'ensemble des éléments d'extranéité, sans égard à leur importance, pour qualifier l'internationalité, puis mettre en œuvre la règle de conflit en localisant le critère de rattachement. La question de la pertinence de l'élément d'extranéité appartiendrait donc uniquement à cette seconde phase du raisonnement. Cette critique ne nous semble pas plus dirimante que la première, car elle ne se comprend en réalité que si l'on considère que le seul élément d'extranéité pertinent est celui retenu par la règle de conflit de lois applicable en l'espèce. En revanche, elle perd de son acuité si l'on apprécie la pertinence des éléments d'extranéité de manière plus large, sans se référer – exclusivement – au critère de rattachement. Or, comme nous le verrons, nous ne pensons pas que la pertinence de l'élément d'extranéité doive uniquement s'apprécier par rapport au facteur de rattachement retenu par la règle de conflit de lois⁶⁷.

En conclusion, l'élément d'extranéité doit présenter une certaine pertinence afin de pouvoir entraîner l'internationalité d'une situation. En plus de cela, il devra également être objectif.

65. J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, *op. cit.*, n° 380, citant H. BATIFFOL avec une référence introuvable; dans le même sens, précisant néanmoins que cette appréciation doit également être qualitative, J.-Chr. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, *op. cit.*, p. 146.

66. E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 76, n° 149; J.-M. JACQUET, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 87; J.-L. ELHOUEISS, « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », *JDI* 2003, p. 44; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, L.G.D.J., Paris, 1993, p. 33 s.

67. Voir *infra*, p. 446 s.

2. L'objectivité de l'élément d'extranéité

La seconde question qui se pose à propos des caractères de l'élément d'extranéité est celle de savoir si celui-ci peut être purement subjectif, dans le sens où il résulterait de la seule volonté des parties d'internationaliser leur situation. Cette hypothèse vise plus particulièrement le cas dans lequel les parties auraient choisi une loi étrangère pour régir leur situation objectivement interne ou un juge étranger pour connaître d'un éventuel différend naissant de cette situation. Il s'agit dès lors de déterminer si la désignation d'un juge étranger ou d'une loi étrangère est susceptible de constituer un élément d'extranéité.

La doctrine majoritaire refuse d'admettre qu'une situation puisse acquérir un caractère international par la seule volonté des parties. Cette position est défendue aussi bien lorsque la volonté d'internationalisation résulte du choix d'une loi étrangère⁶⁸ que de celui d'un juge étranger⁶⁹. Il reste cependant qu'un certain nombre d'auteurs, majoritairement allemands, partagent l'idée selon laquelle la volonté des parties devrait être prise en compte dans la qualification de l'internationalité. Ainsi, un nombre non négligeable d'auteurs considèrent que le seul choix d'une loi étrangère par les parties suffit à conférer un caractère international à un contrat⁷⁰. De même, il

68. Voir entre autres, B. OPPETIT, « note sous CA Paris, 30 nov. 1972, S.O.C.E.A., S.P.I.E. Batignolles, Entrepote c/ C.A.P.A.G.-C.E.T.R.A. », *JDI* 1973, p. 394 ; J. MESTRE, « note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 oct. 1980, Tardieu c/ Soc. Bourdon », *Rev. crit. DIP* 1981, p. 327, n^{os} 24-25 ; J.-Chr. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, *op. cit.*, p. 134, n^o 130.

69. Dans le cadre du règlement Bruxelles I, 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, ainsi qu'au protocole concernant son interprétation par la Cour de justice (signée à Luxembourg le 9 octobre 1978)*, 1979, n^o 174 ; M.-E. ANCEL, « L'internationalité à la lumière de la convention d'electio foris » in *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, sous la dir. de P. COURBE et al., Economica, Paris, 2008, p. 30, n^o 12 ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, Paris, 2006, p. 654, n^o 7 ; D. SINDRES, « Retour sur la loi applicable à la validité de la clause d'élection de for », *Rev. crit. DIP* 2016, p. 787, n^o 48 ; D. ALEXANDRE et A. HUET, *Rép. int. Dalloz*, V^o Compétence judiciaire européenne, reconnaissance et exécution des décisions en matières civile et commerciale, 2019 (actual. 2020), n^o 240 ; M. LAZOUZI, « Opposabilité d'une clause d'electio fori et caractère interne ou international de la situation : une question sans intérêt ? », *RDC* 2014, p. 434, n^o 5 ; H. GAUDEMET-TALLON et M.-E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Matières civile et commerciale. Règlements 44/2001 et 1215/2012. Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 6^e éd., L.G.D.J Lextenso éditions, Paris, 2018, p. 189, n^o 141 ; C. KLEINER, *J.-Cl. dr. int. Fasc. 584-165 : Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale. – Compétence. – Prorogations de compétence. – Vérification de la compétence et de la recevabilité. – Articles 25 à 28 du règlement (UE) n^o 1215/2012*, 2015, n^o 33 ; A. HUET, « note sous CA Paris, 27 mars 1987, Ollo c/ Caisse de Crédit mutuel de Brest Recouvrance », *JDI* 1988, p. 141 ; J. KROPHOLLER et J. von HEIN, « Art. 23 Brüssel I-VO » in *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zur EuGVVO, Lugano-Übereinkommen und Europäischen Vollstreckungstitel*, 9^e éd., Verl. Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, 2011, n^o 89.

70. G. HOHLOCH, « Art. 3 EGBGB », *op. cit.*, n^o 3 ; U. MAGNUS, « Art 1 Rom I-VO » in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. EGBGB/IPR : Einleitung zu Rom I-VO ; Art 1-10 Rom I-VO (Internationales Vertragsrecht 1)*, Sellier-de Gruyter, Berlin, 2016, n^o 10 ; U. MAGNUS, « Anmerkungen zum sachlichen Anwendungsbereich der Rom I-Verordnung » in *Festschrift für Gunther Kühne zum 70. Geburtstag*, sous la dir. de J. F. BAUR, Verl. Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, 2009, p. 789 ; W.-G. RINGE, « Art. 1 Rom I-VO » in *Juris-PraxisKommentar BGB. 6. Internationales Privatrecht und UN-Kaufrecht*, sous la dir. de M. WÜRDINGER, 9^e éd., Juris, Saarbrücken, 2020, n^o 18.

a été soutenu de manière assez fréquente que la désignation d'un juge étranger pourrait suffire à conférer un caractère international à un contrat objectivement interne ⁷¹.

Sans aller jusqu'à adopter une solution aussi radicale, la jurisprudence française a parfois également donné l'impression d'accorder de l'importance à la volonté des parties dans la qualification de l'internationalité. L'arrêt *Tardieu* du 7 octobre 1980 ⁷² en donne une illustration en matière de loi applicable. La Cour de cassation, qui avait à se prononcer sur le caractère international d'un contrat, s'est notamment fondée sur le fait que les parties avaient effectué un choix en faveur de la loi française pour juger qu'elle avait à connaître d'un contrat purement interne à l'ordre juridique français. De même, en matière de choix du juge compétent, la Cour a jugé dans l'arrêt *Keller* du 4 octobre 2005 ⁷³ que « si le contrat de sous-traitance avait été signé avec une société ayant son siège en Allemagne, ce qui constituait le seul élément d'extranéité, l'opération de construction devait être réalisée en France, au profit de sociétés françaises, par l'intermédiaire de l'établissement de la société Keller en France, [...] et, enfin, la clause d'élection de for désignait une juridiction française, de sorte que, *dans la commune volonté des parties*, la situation n'avait pas de caractère international ». La Cour de cassation s'appuie donc sur la désignation du juge interne et sur la volonté des parties pour juger que le contrat est interne à l'ordre juridique français, quand bien même celui-ci présentait un lien de rattachement objectif avec l'Allemagne.

Ces deux décisions ont été vivement critiquées en raison de la place qu'elles laissent à la volonté des parties dans la qualification de l'internationalité ⁷⁴ et leur portée peut fort heureusement être relativisée. D'une part, la référence au choix par les parties de la loi interne dans l'arrêt *Tardieu* ne se fait que de manière additionnelle, pour donner plus de poids aux autres liens

71. U. MAGNUS, « Article 25 » in *Brussels Ibis Regulation*, sous la dir. d'U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, sellier european law publishers, Otto Schmidt, München, Köln, 2016, n° 40; J. M. AULL, « Zur isolierten Prorogation nach Art. 17 Abs. 1 LugÜ (zur OLG Hamm, 18.9.1997 - 5 U 89/97) », *IPRax* 1999, p. 229; Chr. KOHLER, « Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen : Liberalität und Rigorismus im EuGVÜ », *IPRax* 1983, p. 266; R. HAUSMANN, « Art. 17 EuGVÜ » in *Zivilprozessordnung und Nebengesetze. Großkommentar. Band 12 : §§ 1067-1109; Internationales Zivilprozessrecht; Rechtsquellen und Materialien*, sous la dir. de B. WIECZOREK et R. SCHÜTZE, 4^e éd., de Gruyter, Berlin, New York, 2013, n° 6; A. BURGSTALLER et M. NEUMAYR, « Beobachtungen zu Grenzfragen der internationalen Zuständigkeit : Von forum non conveniens bis Notzuständigkeit » in *Grenzüberschreitungen. Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtbarkeit. Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, p. 123.

72. Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1980, *Tardieu*, *Rev. crit. DIP* 1981, p. 313, note J. MESTRE; *JCP G* 1980, II, 19480, concl. R. GULPHE. C'est nous qui soulignons.

73. Cass. 1^{re} civ., 4 oct. 2005, *Keller*, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 413, note B. AUDIT; *JDI* 2006, p. 169, note J.-M. JACQUET; *Gaz. Pal.* 25 févr. 2006, p. 24, obs. M.-L. NIBOYET; *RTD com.* 2006, p. 252, note Ph. DELEBECQUE; *Proc.* 2006, comm. 79 par C. NOURISSAT.

74. Voir pour l'arrêt *Keller*, M. AUDIT, « La validité d'une clause attributive de juridiction est subordonnée au caractère international de la situation. Cour de cassation (1^{re} Ch. civ.). - 4 octobre 2005, Keller Grundbau GmbH c. Électricité de France et Spie Citra Île-de-France », *Rev. crit. DIP* 2006, p. 422; F. JAULT-SESEKE, « Clause attributive de juridiction dans les relations internationales : exigence de l'internationalité du contrat », *AJ Contrats d'affaires, Concurrence, Distribution* 2014, p. 377; J.-M. JACQUET, « Conflit de juridictions. Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. – Article 17. – Clause attributive de juridiction. – Exigence d'internationalité du litige international. », *JDI* 2006, p. 178.

qu'entretenait le contrat avec l'ordre juridique interne. La Cour de cassation avait en effet également relevé la nationalité et le domicile français des parties. La référence à la loi désignée par les parties était donc superflue, voire contradictoire, si l'on estime que l'existence d'un choix de loi applicable tend plutôt à prouver que les parties considéraient leur contrat comme international⁷⁵. De même, le choix des juridictions internes par les parties dans l'arrêt *Keller* n'est relevé qu'en addition des autres liens de rattachement du contrat avec la France, à savoir la nationalité de l'une des parties, le lieu d'exécution du contrat et la nationalité des sociétés au profit duquel ce contrat est exécuté. Quant à la référence à la commune volonté des parties, il est certainement préférable de la comprendre comme « la maladresse d'une formulation simplement exprimée en guise de conclusion »⁷⁶, d'autant qu'elle n'est pas réapparue depuis dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

Plusieurs considérations viennent effectivement justifier qu'il soit préférable de se rallier à la position de la doctrine majoritaire et de considérer que l'internationalité est une notion objective, qui ne saurait dépendre de la volonté exprimée par les parties. Le refus de reconnaissance du rôle de la volonté dans la qualification de l'internationalité peut tout d'abord être expliqué par le refus de permettre à « la volonté privée de déformer la réalité »⁷⁷. Quand bien même les parties soumettraient leur relation à un droit ou à un juge étranger, celle-ci n'en reste en effet pas moins interne, parce qu'elle est rattachée par tous ses éléments intrinsèques à un seul ordre juridique. Admettre le contraire reviendrait à autoriser l'internationalisation artificielle des situations internes et priverait de toute signification la distinction entre situations internes et internationales⁷⁸. À cela, on peut ajouter que reconnaître que le simple choix d'une loi étrangère puisse conférer un caractère international à une situation procéderait d'une inversion du raisonnement : c'est parce que la situation est internationale que les parties sont autorisées à la soumettre à une loi étrangère, et non l'inverse⁷⁹, ainsi que nous aurons encore l'occasion de le détailler⁸⁰. La même chose peut être affirmée à propos de la désignation d'un juge étranger. Enfin, admettre que le choix d'un juge étranger ou d'une loi étrangère suffise à conférer un caractère international à une situation permettrait indûment aux parties à une situation objectivement

75. J. MESTRE, « note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 oct. 1980, Tardieu c/ Soc. Bourdon », *art. cit.*, p. 327, n° 26; dans le même sens, pour le choix d'une juridiction étrangère, F. JAULT-SESEKE, « Clause attributive de juridiction dans les relations internationales : exigence de l'internationalité du contrat », *art. cit.*, p. 377.

76. D. BUREAU, « Définition de l'arbitrage international et exclusion des voies de recours », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 455, n° 2.

77. P. LOUIS-LUCAS, « Portée de la distinction entre droit privé interne et droit international privé », *art. cit.*, p. 886, n° 18; dans le même sens, J. MESTRE, « note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 oct. 1980, Tardieu c/ Soc. Bourdon », *art. cit.*, p. 327, n° 26; M.-E. ANCEL, « L'internationalité à la lumière de la convention d'*electio foris* », *op. cit.*, p. 30, n° 12.

78. En ce sens, D. SINDRES, « Retour sur la loi applicable à la validité de la clause d'élection de for », *art. cit.*, n° 48; C. KLEINER, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 33.

79. B. OPPETIT, « note sous CA Paris, 30 nov. 1972, S.O.C.E.A., S.P.I.E. Batignolles, Entrepouse c/ C.A.P.A.G.-C.E.T.R.A. », *art. cit.*, p. 394.

80. Voir *infra*, p. 90 s.

interne d'échapper aux dispositions impératives du droit interne, à leur juge naturel et aux règles de procédure de la *lex fori*⁸¹.

En conclusion, l'approche juridique de l'internationalité conduit à qualifier d'internationale toute situation qui présente des liens de rattachement avec plusieurs ordres juridiques ou, autrement dit, qui est affectée d'au moins un élément d'extranéité. Afin de pouvoir être pris en compte, ces liens de rattachement doivent toutefois être objectifs et présenter une certaine pertinence, étant précisé que cette dernière peut également se révéler à travers le cumul de plusieurs éléments d'extranéité de faible importance. À côté de cette approche juridique, existent d'autres modèles d'approche de l'internationalité, qu'il convient désormais de présenter.

§ 2. Les alternatives à l'approche juridique de l'internationalité

L'approche juridique de l'internationalité, bien qu'étant la plus fréquente en droit international privé, n'est pas la seule méthode permettant de caractériser l'internationalité d'une situation. W. A. Stoffel cite deux autres approches, l'une reposant sur une « définition matérielle » et l'autre sur une « définition ouverte ou mixte » de l'internationalité⁸². Selon cet auteur, la définition matérielle de l'internationalité reposerait sur le fait que la situation concerne la vie sociale ou économique internationale ou qu'elle « présente un contact avec l'étranger »⁸³. Il précise que cette définition ne doit pas être confondue avec le critère juridique de l'internationalité, qui repose sur le fait que la situation « présente des contacts avec plus d'un système juridique »⁸⁴. La distinction entre les deux définitions repose donc sur la nature des rattachements que présente la situation : la définition juridique se fonde sur des contacts avec un *système juridique étranger* alors que la définition matérielle se base sur des liens de quelque nature que ce soit, pouvant notamment être économique, avec l'*étranger*. Le droit français a compris l'intérêt d'une approche matérielle de l'internationalité et la jurisprudence a ainsi forgé le critère économique de l'internationalité en matière contractuelle (A.). Quant au droit allemand, W. A. Stoffel soutient qu'il aurait adopté une approche mixte de l'internationalité qui tenterait d'amalgamer les approches juridique et matérielle de l'internationalité⁸⁵. Nous verrons qu'il n'est toutefois pas certain à l'analyse qu'il s'agisse bien d'une approche à part entière de l'internationalité (B.).

A. L'approche économique de l'internationalité

Le droit international privé français a développé en matière de conflit de lois une approche originale et alternative de l'internationalité, dite économique. Après l'avoir présentée (1.), nous comparerons son contenu avec l'approche juridique de l'internationalité (2.).

81. Sur ce dernier point, D. ALEXANDRE et A. HUET, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 240.

82. W. A. STOFFEL, « Le rapport juridique international », *op. cit.*, p. 424 s.

83. *Ibid.*, p. 424.

84. *Ibid.*, p. 423.

85. *Ibid.*, p. 422.

1. La présentation de l'approche économique

L'approche économique de l'internationalité a été développée par la jurisprudence pour les besoins de la matière contractuelle, plus précisément dans les domaines du commerce international et de l'arbitrage. Elle repose, comme son nom l'indique, sur un « examen de l'impact économique de l'opération » à la base du contrat⁸⁶. Il s'agit, autrement dit, d'apprécier les circonstances économiques entourant le contrat, ainsi que la finalité économique de ce dernier⁸⁷. L'approche économique diffère en cela de l'approche juridique de l'internationalité, qui se limite à l'observation des liens que présente le contrat avec différents ordres juridiques. La jurisprudence a donné plusieurs définitions successives du critère économique de l'internationalité, avant que ce dernier ne soit finalement codifié à l'actuel article 1504 du code de procédure civile aux fins de définition de la notion d'arbitrage international : « est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ».

La première expression du critère économique de l'internationalité est issue de l'arrêt dit *Matter* rendu le 17 mai 1927⁸⁸ par la Cour de cassation et portant sur la notion de règlement international. La Cour a jugé dans cet arrêt qu'un règlement est international lorsqu'il implique « des mouvements de flux et de reflux de valeurs, de services, ou biens au-dessus des frontières ».

L'étendue du champ d'application de cette première formulation du critère économique de l'internationalité a été remise en cause par certains auteurs. D'une part, il a été soutenu que cette définition ne s'appliquerait qu'en matière de clauses de garantie de change, qui est l'hypothèse dans laquelle l'arrêt a été rendu, et qu'elle ne pourrait donc pas être étendue aux autres matières⁸⁹. D'autre part, et dans le même ordre d'idées, on a fait remarquer que la définition a été élaborée pour les besoins de la notion de règlement international et qu'elle ne serait donc pas transposable à d'autres hypothèses⁹⁰. D'autres auteurs encore ont considéré que si le critère est adapté à la détermination de l'internationalité des contrats de vente, il apparaît trop restreint face à d'autres formes contractuelles ou face à l'apparition de nouveaux modes de paiement⁹¹. Il semble toutefois que ces critiques, bien que formulées par des auteurs influents, n'aient pas été retenues en doctrine et que l'on puisse donc se servir de cette première formulation du critère économique de l'internationalité de manière générale, pour autant que son utilisation soit pertinente dans le cas

86. M. FONTAINE, « Introduction » in *Le contrat économique international. Stabilité et évolution. Travaux des VII^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées à Louvain-la-Neuve, les 22-23 novembre 1973, publiés sous les auspices du Centre Charles De Visscher pour le Droit international*, Bruylant, Pedone, Bruxelles, Paris, 1975, p. 32, n° 36.

87. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Y. LOUSSOUARN, *Droit international privé*, op. cit., p. 649.

88. Cass. civ., 17 mai 1927, *Pélissier du Besset*, DP 1928.I.25, concl. MATTER, note H. CAPITANT ; S. 1927.I.289, note P. ESMEIN.

89. Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, Sirey, Paris, 1969, p. 503, n° 11.

90. J. MESTRE, « note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 oct. 1980, Tardieu c/ Soc. Bourdon », art. cit., p. 319, n° 10.

91. D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, op. cit., p. 590, n° 1369.

d'espèce. En tout état de cause, est rapidement apparue une seconde formulation de ce critère, qui ne présente pas ces difficultés.

La Cour de cassation a en effet donné une deuxième définition du critère économique de l'internationalité dans les arrêts *Mardelé* et *Dambricourt*⁹² rendus au début des années 1930 et qui traitaient de la validité de clauses compromissaires insérées dans des contrats internationaux. Dans ces deux arrêts, la Cour définit le contrat international comme celui qui « met en cause des intérêts du commerce international ». Cette formulation a ensuite été reprise pour affirmer le principe de l'autonomie de la clause compromissoire⁹³ dans les arrêts *Impex* du 18 mai 1971⁹⁴ et *Menicucci* du 13 décembre 1975⁹⁵.

La jurisprudence *Mardelé* et *Dambricourt* assouplit le critère économique de l'internationalité par rapport à son ancienne expression⁹⁶, permettant son application à un plus grand nombre de configurations. Sa grande faiblesse est toutefois de nécessiter la définition préalable de l'expression « intérêts du commerce international »⁹⁷. Les mêmes difficultés ressurgissent en effet lorsqu'il s'agit de définir l'internationalité du contrat et l'internationalité du commerce; cette nouvelle formulation du critère économique ne fournit donc guère de précisions sur la notion d'internationalité⁹⁸. La définition est également empreinte d'une certaine tautologie dès lors que l'on accepte de considérer que le commerce international résulte de l'ensemble des contrats internationaux⁹⁹. Le critère de la mise en jeu des intérêts du commerce international serait donc « davantage une directive pour une définition plutôt qu'une définition directement opératoire »¹⁰⁰. À cela s'ajoute enfin que son champ d'application pourrait également prêter à interrogation, dans la mesure où elle n'aurait été utilisée jusqu'à présent qu'en matière d'arbitrage¹⁰¹. Aucune raison ne semble pourtant justifier qu'elle ne puisse pas également être employée pour qualifier l'internationalité d'un contrat en matière de conflit de lois.

92. Cass. civ., 19 févr. 1930, *Mardelé* et 27 janv. 1931, *Dambricourt*, *Rev. crit. DIP* 1931, p. 541; S. 1933.I.41, note J.-P. NIBOYET. Voir également Cass. 1^{re} civ., 2 mai 1966, *Galakis*, *D.* 1966, p. 575, note J. ROBERT; *Rev. crit. DIP* 1967, p. 553, note B. GOLDMAN; *JDI* 1966, p. 648, note P. LEVEL; *GADIP* n° 44.

93. A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 59, n° 50.

94. Cass. 1^{re} civ., 18 mai 1971, *Impex*, *D.* 1972, p. 32, note D. ALEXANDRE; *Rev. crit. DIP* 1972, p. 346, note E. MEZGER; *JDI* 1972, p. 62, note B. OPPETIT.

95. Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 1975, *Menicucci*, *Rev. crit. DIP* 1976, p. 507, note B. OPPETIT; *JDI* 1977, p. 107, note É. LOQUIN; *Rev. arb.* 1977, p. 147, note Ph. FOUCHARD.

96. B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 854, nbp n° 13; M.-L. NIBOYET, *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 552-30 : Contrats internationaux. – Détermination du droit applicable. – Le principe d'autonomie (sa portée), 1998 (actual. 2018), n° 30.

97. D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 590, n° 1369.

98. En ce sens, V. HEUZÉ, *La vente internationale des marchandises. Droit uniforme*, GLN Joly éditions, Paris, 1992, p. 5, n° 4; V. HEUZÉ, « La notion de contrat en droit international privé », *Trav. com. fr. DIP* 1995-1998, p. 340.

99. Ph. LÉBOULANGER, « La notion d'«intérêts» du commerce international », *Rev. arb.* 2005, p. 496.

100. J.-M. JACQUET, *Le contrat international*, *op. cit.*, p. 9.

101. B. OPPETIT, « note sous CA Paris, 19 juin 1970, Hecht c/ Soc. Buisman's », *JDI* 1971, p. 838; J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, *op. cit.*, n° 370.

Le critère économique de l'internationalité a finalement fait l'objet d'une troisième définition au milieu des années 1930. Dans deux arrêts *Banque hypothécaire franco-argentine* du 14 février 1934, la Cour de cassation a retenu l'internationalité de paiements objectivement internes en ce qu'ils étaient connexes à des opérations internationales « dépassant le cadre de l'économie interne »¹⁰². Cette définition présente toutefois la même difficulté que le critère dégagé par les arrêts *Mardelé* et *Dambricourt*, qui est de déterminer à partir de quel moment une opération quitte la sphère de l'économie interne pour relever de celle de l'économie internationale¹⁰³. Toutefois, l'arrêt est intéressant en ce qu'il ressort des faits d'espèce qu'un paiement – mais cela est également vrai d'un contrat – portant sur une opération interne peut être international « par accessoire » lorsqu'il présente un lien étroit avec une opération internationale¹⁰⁴.

2. La comparaison des approches juridique et économique

La coexistence d'une approche juridique et d'une approche économique de la notion d'internationalité en droit français pose la question des liens qui existent entre le contenu de ces deux approches. La question est double : il s'agit d'une part de savoir si un contrat considéré comme international d'un point de vue juridique l'est également d'un point de vue économique, et, d'autre part et inversement, si un contrat économiquement international répond toujours aussi à la définition juridique de l'internationalité.

S'agissant de ce premier aspect, la doctrine semble unanime pour considérer que le critère juridique de l'internationalité est plus large que le critère économique, dans le sens où un contrat pourrait être juridiquement international sans l'être pour autant économiquement¹⁰⁵. On peut en effet imaginer qu'un contrat présente un élément d'extranéité tout en restant inscrit dans le cadre de l'économie d'un seul pays. Il suffit de penser à certains contrats qui relèvent du droit patrimonial de la famille, comme un contrat de mariage réglementant certains aspects patrimoniaux de la relation des époux ou une convention de divorce. Si un tel contrat devait être conclu entre des époux de nationalité différente ou résidant habituellement dans des pays différents, il peut facilement être admis que la nationalité ou la résidence étrangère de l'un des époux constitue, dans cette hypothèse, un élément d'extranéité pertinent au regard du critère juridique de l'internationalité. En revanche, il ne fait aucun doute que le contrat ne répond pas au critère économique de

102. Cass. civ., 14 févr. 1934, *Banque hypothécaire franco-argentine*, DP 1934.I.78 ; S. 1934.I.297, note A. MESTRE.

103. D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, op. cit., p. 591, n° 1371.

104. E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », op. cit., p. 80, n° 162.

105. M.-L. NIBOYET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 30 ; E. LOQUIN, « note sous CA Paris, 9 nov. 1984 », art. cit., p. 1043 ; J.-M. JACQUET, *Le contrat international*, op. cit., p. 11 ; B. OPPETIT, « note sous CA Paris, 19 juin 1970, Hecht c/ Soc. Buisman's », art. cit., p. 838 ; Ph. LÉBOULANGER, « La notion d'« intérêts » du commerce international », art. cit., p. 497 ; A. PONSARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation et le droit commercial international » in *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1987, p. 245, citant B. GOLDMAN avec une référence introuvable ; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, op. cit., p. 83, n° 67.

l'internationalité : un tel contrat – non-commercial – n'est pas de nature à mettre en cause les intérêts du commerce international.

S'agissant de la seconde question, relative au point de savoir si un contrat qualifié d'international d'un point de vue économique répondra toujours à la définition juridique de l'internationalité, la réponse doctrinale est plus nuancée. Pour une partie majoritaire de la doctrine, un contrat international selon le critère économique de l'internationalité présente toujours également des éléments d'extranéité¹⁰⁶. Pour d'autres auteurs toutefois, la définition économique serait plus large que la définition juridique de l'internationalité¹⁰⁷ : un contrat pourrait donc être économiquement international sans présenter de liens de rattachement avec plusieurs ordres juridiques¹⁰⁸. L'un de grands intérêts de la définition économique de l'internationalité résiderait en effet dans le fait qu'elle permettrait d'englober les « situation[s] dont les caractéristiques sont spontanément ressenties comme internationales », sans qu'elles ne correspondent pour autant au critère juridique de l'internationalité¹⁰⁹.

Par rapport au critère juridique, le critère économique permettrait ainsi de prendre en compte un contrat international *par accessoire* du fait de son intégration dans une opération internationale globale¹¹⁰. Il est toutefois permis d'exprimer d'emblée un doute s'agissant de cette spécificité. La notion d'internationalité par accessoire a en effet été employée par la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre du règlement Bruxelles I, alors même que le droit international privé européen ne connaît que le critère juridique de l'internationalité, ainsi que nous le verrons¹¹¹. Dans l'arrêt *Maletic* du 14 novembre 2013¹¹², la Cour retient en effet l'internationalité d'un contrat intrinsèquement interne en raison de son lien avec un contrat international. En l'espèce, un couple domicilié en Autriche avait conclu par internet un contrat avec une agence de voyages établie en Allemagne, portant sur un voyage ayant lieu à l'étranger et organisé par une société établie en Autriche. Si l'internationalité ne faisait pas de doute dans les rapports des consommateurs autrichiens avec l'agence de voyages allemande, il en allait toutefois autrement s'agissant du contrat unissant les consommateurs à l'organisateur de voyages autrichien. La Cour considère pourtant que le rapport contractuel liant ces derniers ne pouvait être qualifié de purement interne, dans la mesure où il « était indissociablement lié au premier

106. M.-L. NIBOYET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 30 ; E. LOQUIN, « note sous CA Paris, 9 nov. 1984 », *art. cit.*, p. 1043 ; B. OPPETIT, « note sous CA Paris, 19 juin 1970, Hecht c/ Soc. Buisman's », *art. cit.*, p. 838 ; Ph. LEBOULANGER, « La notion d'«intérêts» du commerce international », *art. cit.*, p. 497 ; A. PONSARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation et le droit commercial international », *op. cit.*, p. 245, citant B. GOLDMAN avec une référence introuvable ; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 83, n° 67.

107. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 2, n° 1 ; W. A. STOFFEL, « Le rapport juridique international », *op. cit.*, p. 425 ; B. OPPETIT, « note sous CA Paris, 13 déc. 1975, Menicucci c/ Mahieux », *Rev. crit. DIP* 1976, p. 513.

108. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 2, n° 1.

109. W. A. STOFFEL, « Le rapport juridique international », *op. cit.*, p. 425.

110. M.-L. NIBOYET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 30.

111. Voir *infra.*, p. 43 s.

112. CJUE, 14 nov. 2013, *Maletic*, aff. C-478/12, *D.* 2014, p. 1068, obs. F. JAULT-SESEKE ; *Europe* 2014, comm. 49 par L. IDOT ; *Procédures* 2014, comm. 8 par C. NOURISSAT.

rapport contractuel », dont le caractère international ne faisait pas débat¹¹³. On peut donc déduire de cette jurisprudence que le critère de l'internationalité par accessoire n'est pas propre à l'approche économique de l'internationalité.

Le critère économique de l'internationalité permettrait également de retenir l'internationalité d'un contrat *par anticipation*, lorsque celui-ci porte par exemple sur des marchandises destinées à l'exportation ou sur l'activité future d'une partie à l'étranger¹¹⁴. Le critère juridique serait pour sa part impuissant à appréhender cette forme d'internationalité, comme le démontrerait l'arrêt *Tardieu* rendu le 7 octobre 1980 par la Cour de cassation¹¹⁵. Dans cette affaire, une société française avait conclu avec un Français un contrat de représentation commerciale devant être exécuté en Colombie. Alors que l'internationalité juridique du contrat aurait pu être établie en considération du lieu étranger d'exécution de l'activité de représentation, l'arrêt retient cependant qu'un « contrat passé entre Français domiciliés en France, qui soumettait au droit français les rapports des parties entre elles, n'avait pas, *même si l'un des contractants était appelé à s'expatrier*, le caractère d'un contrat international ». Certains auteurs en ont conclu que le critère juridique de l'internationalité est inapte à prendre en compte cette internationalité future, alors que l'emploi du critère économique aurait permis de qualifier l'internationalité du contrat¹¹⁶. Toutefois, il n'est pas certain que l'arrêt *Tardieu* rende compte d'une étroitesse du critère juridique par rapport au critère économique de l'internationalité. Il pourrait simplement s'expliquer par une mauvaise appréhension de l'élément d'extranéité constitué par l'exécution de la prestation de représentation commerciale à l'étranger, et qui impliquait que le lieu d'exécution du contrat était situé à l'étranger¹¹⁷. En tout état de cause, aucun argument logique ne s'oppose à ce que l'internationalité par anticipation puisse être prise en compte par le biais du critère juridique de l'internationalité, si cette solution devait être souhaitée.

Le critère économique permettrait enfin de prendre en considération des circonstances qui auraient pu paraître indifférentes au regard du critère juridique de l'internationalité, telles que la provenance étrangère d'un financement, le fait qu'une partie agisse pour le compte d'une société étrangère¹¹⁸ ou le fait qu'une société interne soit détenue à cent pour cent par une société étrangère¹¹⁹. À notre sens toutefois, rien n'empêche de considérer que ces différents éléments constituent des éléments d'extranéité au sens du critère juridique de l'internationalité, dès lors

113. Arrêt, points 26 et 29.

114. J.-M. JACQUET, *Le contrat international*, *op. cit.*, p. 12.

115. Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1980, *Tardieu*, *Rev. crit. DIP* 1981, p. 313, note J. MESTRE ; *JCP G* 1980, II, 19480, concl. R. GULPHE.

116. M.-L. NIBOYET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 30 ; J. MESTRE, « note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 oct. 1980, *Tardieu c/ Soc. Bourdon* », *art. cit.*, p. 324, n° 18 ; E. LOQUIN, « note sous CA Paris, 9 nov. 1984 », *art. cit.*, p. 1043.

117. J. MESTRE, « note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 oct. 1980, *Tardieu c/ Soc. Bourdon* », *art. cit.*, p. 128, n°s 29 s.

118. J.-M. JACQUET, *Le contrat international*, *op. cit.*, p. 12.

119. P. LALIVE, « Sur une notion de "Contrat international" » in *Multum non multa. Festschrift für Kurt Lipstein aus Anlaß seines 70. Geburtstages*, sous la dir. de P. FEUERSTEIN, C.F. Müller, Heidelberg, 1980, p. 138.

que l'on adopte une conception suffisamment large des liens qu'une situation peut entretenir avec un ordre juridique étatique ¹²⁰.

Force est donc de constater que le critère économique n'apparaît pas plus large que le critère juridique de l'internationalité, pour peu que l'on ait une conception suffisamment extensive de ce dernier, ce qui rejoint l'opinion doctrinale majoritaire soutenant que tout contrat économiquement international présente nécessairement des éléments d'extranéité. L'intégration du critère économique dans le critère juridique peut d'ailleurs être soutenue par l'observation du droit international privé allemand. En effet, alors que celui-ci ne connaît que l'approche juridique de l'internationalité, certains auteurs classent dans ce critère des hypothèses d'internationalité qui relèveraient plus certainement de l'approche économique de l'internationalité en droit français. S. Simitis, proposant de prendre en compte les critères d'internationalité objectifs inhérents au contrat (*objektive, vertragsimmanente Kriterien*), citait ainsi le cas du contrat qui engendre des mouvements de valeurs au-delà d'un seul État ou qui est rattaché à d'autres contrats liés eux-mêmes à un pays étranger ¹²¹.

En conclusion, on peut remarquer que si un contrat sera bien souvent international à la fois au regard du critère juridique et du critère économique de l'internationalité ¹²², les deux critères ne se recoupent pas en toute hypothèse ¹²³. En effet, si une appréciation suffisamment extensive du critère juridique de l'internationalité permet d'y faire entrer les hypothèses d'internationalité prises en compte par le critère économique, le contraire n'est pas vrai. Le critère juridique est donc plus large que le critère économique, dans la mesure où ce dernier est nécessairement restreint à la matière contractuelle commerciale.

À côté des approches juridique et économique de l'internationalité existerait finalement une approche dite mixte de l'internationalité, propre au droit allemand.

B. L'approche mixte de l'internationalité

Selon la description qu'en fait W. A. Stoffel, l'approche mixte de l'internationalité consisterait à adopter dans un premier temps une définition provisoire et imprécise de l'internationalité, avant de préciser cette définition dans une seconde phase du raisonnement ¹²⁴. Dans la première phase, essentiellement intuitive, il serait « fait allusion au caractère international indé-

120. En ce sens, A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 84, n° 68; B. MERCADAL et Ph. JANIN, *Les contrats de coopération inter-entreprises*, Éditions juridiques Lefebvre, Paris, 1974, p. 38, n° 58.

121. S. SIMITIS, « Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht », *JuS* 1966, p. 211; M. AMSTUTZ, N. P. VOGT et M. WANG, « Art. 116 » in *Basler Kommentar: Internationales Privatrecht*, 2^e éd., Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2007, n° 7.

122. J.-M. JACQUET, *Le contrat international*, *op. cit.*, p. 10.

123. E. LOQUIN, « note sous CA Paris, 9 nov. 1984 », *art. cit.*, p. 1041; M. FONTAINE, « Introduction », *op. cit.*, p. 25, n° 25.

124. W. A. STOFFEL, « Le rapport juridique international », *op. cit.*, p. 426.

pendamment de tout ordre juridique concret »¹²⁵. La situation serait donc simplement ressentie comme dépassant les frontières d'un seul ordre juridique. C'est l'approche qu'adopterait la doctrine allemande lorsqu'elle exigerait la présence d'une *Auslandsberührung*, c'est-à-dire d'un lien avec l'étranger, sans définir davantage en quoi consiste ce lien¹²⁶. Dans la seconde phase du raisonnement, « la notion de relation internationale [serait recherchée] dans un sens qualifié. Elle découlera du présupposé d'une règle de droit positif, entraînant une conséquence juridique précise »¹²⁷. L'observateur, après avoir eu le sentiment d'être en présence d'une situation internationale, chercherait donc désormais à vérifier spécifiquement l'internationalité de la situation. Pour cela, il se fonderait sur la règle de droit international privé qu'il doit appliquer¹²⁸. Ainsi, si la règle de conflit de lois retenait comme facteur de rattachement la résidence habituelle des parties, la situation devrait être considérée comme internationale si les parties ont leur résidence dans un État différent de celui dans lequel les autres éléments de la situation sont localisés.

Ainsi décrite, il n'est pas certain que l'approche mixte puisse véritablement être considérée comme une troisième approche de la notion d'internationalité, qui viendrait directement concurrencer les approches juridique et économique. Elle s'apparente davantage, à notre sens, à une méthode de recherche et de qualification de l'internationalité qu'à un critère d'internationalité à proprement parler. Ce qui est pointé par W. A. Stoffel est davantage le raisonnement du juge ou du praticien confronté à une situation internationale, raisonnement qui n'est pas sans rappeler la recherche de pertinence de l'élément d'extranéité. Dans un premier temps, effectivement, le juge ou le praticien sera mis sur la piste de l'applicabilité du droit international privé par la constatation d'un quelconque élément d'extranéité affectant la situation. Dans un second temps, il se posera la question de savoir si cet élément d'extranéité est pertinent et donc, pour reprendre les termes de W. A. Stoffel, si l'internationalité existe dans un « sens qualifié ». Là où les opinions peuvent diverger, c'est lorsqu'il est affirmé que cette internationalité « découlera du présupposé d'une règle de droit positif »¹²⁹. Comme nous le verrons, une telle méthode de qualification de la pertinence des éléments d'extranéité peut en effet apparaître bien restrictive¹³⁰.

En conclusion, il est préférable de retenir l'existence de deux approches de l'internationalité, la première juridique et la seconde de type matériel, prenant la forme du critère économique de l'internationalité en droit français. À cette pluralité de modèles d'approche s'adjoint une pluralité de définitions concrètes développées sur la base du critère juridique de l'internationalité.

125. *Ibid.*, p. 427.

126. *Ibid.*, p. 426.

127. *Ibid.*, p. 428.

128. *Ibid.*, p. 427.

129. *Ibid.*, p. 427.

130. Voir *infra*, p. 446 s.

Section II. Les définitions concrètes de la notion d'internationalité

Afin d'offrir un aperçu de la manière dont la notion d'internationalité est concrétisée en droit positif, nous présenterons tout d'abord les définitions de l'internationalité contenues dans les conventions multilatérales de droit international privé les plus connues et en vigueur en France et/ou en Allemagne (§ 1). Nous verrons ensuite que les règlements européens de droit international privé ne recourent pas directement à la notion d'internationalité. Ils préfèrent l'emploi de notions telles que celles de « litige transfrontalier » et de « situation comportant un conflit de lois » (§ 2). Nous présenterons enfin les fruits de la réflexion doctrinale sur la notion de contrat international en raison de son importance pratique (§ 3).

§ 1. La notion d'internationalité en droit conventionnel

Le droit international privé de source conventionnelle recourt exclusivement au critère juridique pour définir la notion d'internationalité. L'étude des définitions contenues dans les conventions les plus importantes en vigueur dans les ordres juridiques français et allemand permet d'observer que plusieurs techniques de définition de l'internationalité peuvent être employées (A.). Elle met également en lumière l'existence de points communs aux différentes définitions conventionnelles (B.).

A. *Les techniques de définition de l'internationalité*

Les techniques de définition de l'internationalité retenues par les conventions internationales de droit international privé sont plus ou moins abouties, allant de l'emploi d'une simple définition négative, consistant à définir l'internationalité par ce qu'elle n'est pas (1.), à l'élaboration de définitions positives, reposant sur la sélection d'un ou plusieurs éléments d'extranéité jugés suffisamment pertinents pour qualifier l'internationalité des situations auxquelles l'instrument entend s'appliquer (2.).

1. *La définition négative de l'internationalité*

Une première technique de définition de l'internationalité qui se rencontre en droit international privé conventionnel, et qui démontre toute la difficulté de concrétisation de la notion, est l'emploi d'une définition négative. Elle consiste à définir la situation internationale par ce qu'elle n'est pas, c'est-à-dire une situation interne. La convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for en donne une illustration. Elle stipule à son article 1^{er}, alinéa 2, qu'« une situation est internationale sauf si les parties résident dans le même État contractant et si les relations entre les parties et tous les autres éléments pertinents du litige, quel que soit le lieu du tribunal élu, sont liés uniquement à cet État ». Les récents principes de La Haye du 19 mars 2015 sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux en fournissent un second exemple. Fortement inspirés sur ce point par la convention précitée, ils prévoient à

leur article 1^{er}, alinéa 2, qu'« un contrat est international sauf si les parties ont leur établissement dans le même État et si la relation des parties et tous les autres éléments pertinents, quelle que soit la loi choisie, sont liés uniquement à cet État ».

À la lecture de ces deux définitions, on constate que les rédacteurs de la convention et des principes n'ont fait que reporter le problème de la concrétisation de l'internationalité, puisqu'ils n'indiquent pas sur la base de quel(s) critère(s) doivent être distinguées situations internes et internationales, ou autrement dit, quels sont les éléments d'extranéité suffisamment pertinents pour conférer un caractère international au litige ou au contrat. L'emploi d'une définition négative de l'internationalité n'apporte donc guère plus d'informations que si l'instrument affirmait simplement s'appliquer aux situations internationales. Tout au plus peut-on tirer des deux définitions étudiées que c'est le critère juridique de l'internationalité qui est employé et que la résidence habituelle des parties est un élément d'extranéité pertinent. En l'absence de définition suffisamment précise fournie par l'instrument, il reviendra donc aux juges des pays contractants de se prononcer, au cas par cas, sur l'internationalité requise pour entraîner son application¹³¹, ce qui pourra les amener à faire prévaloir leur conception nationale de l'internationalité¹³². L'emploi d'une définition négative de l'internationalité emporte donc un risque de divergence dans l'approche de l'internationalité et par voie de conséquence dans l'appréciation du champ d'application de l'instrument¹³³. C'est pourquoi la deuxième technique de définition de l'internationalité, reposant sur une définition positive, nous semble devoir être préférée.

2. La définition positive de l'internationalité

La démarche la plus courante de définition de l'internationalité pour un instrument conventionnel de droit international privé dont la mise en œuvre nécessite de préciser la notion d'internationalité consiste en l'emploi d'une définition positive de cette dernière. Cette technique est la concrétisation la plus directe qu'il soit du critère juridique de l'internationalité : dès lors que ce critère repose sur l'existence de liens de rattachement avec plusieurs ordres juridiques étatiques, la définition positive consiste en l'identification du ou des lien(s) de rattachement que la situation doit présenter afin d'être qualifiée d'internationale. Les exemples sont nombreux et seront étudiés de manière détaillée dans la suite des développements¹³⁴. Nous en citerons donc un seul à cet endroit, tiré de la convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises. Celle-ci limite à son article 1^{er}, alinéa 1, son champ d'application aux contrats de vente internationaux définis comme les contrats conclus entre des parties « ayant leur établissement dans des États différents », identifiant ainsi le seul élément d'extranéité pertinent.

131. B. AUDIT, *Rép. int. Dalloz*, V^o Vente, 2011 (actual. 2016), n^o 19.

132. V. HEUZÉ, *La vente internationale des marchandises. Droit uniforme*, op. cit., p. 23, n^o 21.

133. Ph. KAHN, *Rép. int. Dalloz*, V^o Vente commerciale, 1^{re} éd., 1969, p. 996, n^o 35.

134. Voir *infra*, p. 39 s.

L'emploi d'une définition positive de l'internationalité emporte nécessairement une certaine restriction de la notion d'internationalité, contrairement à la définition négative. En effet, les définitions positives opèrent toujours une sélection restreinte d'éléments d'extranéité pertinents ; elles ne se présentent jamais sous la forme d'un catalogue exhaustif de possibles liens de rattachement avec l'étranger. Il en résulte que certaines configurations d'internationalité seront nécessairement exclues de ces définitions. En conséquence, le fait qu'une situation juridique ne réponde pas à la définition concrète de l'internationalité employée par instrument de droit conventionnel ne signifie pas qu'elle ne pourrait pas être considérée comme internationale dans l'absolu. Les rédacteurs de conventions internationales n'ont en effet jamais eu pour objectif de faire œuvre doctrinale en essayant d'élaborer dans l'absolu la meilleure définition possible de l'internationalité. Leur travail, mené sur fond de négociations internationales entre les différents États intéressés au projet de convention, est beaucoup plus pragmatique et orienté vers un souci de clarté et de maniabilité de la définition de l'internationalité qu'ils auront dégagée¹³⁵, dans l'idée que les destinataires finaux des règles de droit international privé contenues dans l'instrument sont avant tout des professionnels – voire particuliers – n'ayant pas nécessairement reçu de formation juridique¹³⁶. Ce mode d'élaboration des définitions de l'internationalité en droit conventionnel peut également partiellement expliquer les points communs que présente la plupart d'entre elles.

B. Les points communs des définitions conventionnelles

L'étude des définitions de l'internationalité employées en droit conventionnel permet de leur reconnaître deux grandes caractéristiques communes : elles recourent, d'une part, à des éléments d'extranéité purement objectifs (1.) et exigent, d'autre part, une internationalité qualifiée (2.).

1. L'exclusion d'une internationalité subjective

Les instruments conventionnels de droit international privé présentent, dans leur grande majorité, un premier point commun qui réside dans l'exclusion d'une internationalité purement subjective qui résulterait de la simple volonté des parties¹³⁷. Plusieurs conventions de La Haye illustrent cette idée. Tout d'abord, la convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels pose de manière très explicite à son article 1^{er}, alinéa 4, que « la seule déclaration des parties, relative à l'application d'une loi ou à la compétence d'un juge ou d'un arbitre, ne suffit pas à donner à la vente le caractère international ». Ensuite, la convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, même si elle présente cette particularité

135. A. TUNC, *Commentaire des Conventions de La Haye du 1^{er} juillet 1964 sur la vente internationale des objets mobiliers corporels et sur la formation des contrats de vente*, 2014, p. 11 ; Ph. KAHN, *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 565-A-5 : Vente commerciale internationale, 2000, n° 34.

136. En ce sens, A. WEILL, « Les conventions de La Haye sur la vente à caractère international d'objets mobiliers corporels », *Trav. com. fr. DIP* 1958-1959, p. 40.

137. Voir *supra*, p. 25 s.

de définir son champ d'application par rapport à l'expression de « situation [donnant] lieu à un conflit entre les lois de différents États » et non celle de situation internationale¹³⁸, exclut également à son article 1^{er}, b), le cas dans lequel « un tel conflit [...] résulte du seul choix par les parties de la loi applicable, même associé à la désignation d'un juge ou d'un arbitre. » Enfin, on peut rappeler que la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for et les principes de La Haye du 19 mars 2015 sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux excluent respectivement à leur article 1^{er}, alinéa 2, la prise en compte du « lieu du tribunal élu »¹³⁹, pour l'une, et de la « loi choisie » par les parties, pour l'autre.

2. L'exigence d'une internationalité qualifiée

Le second point commun que présentent les définitions de l'internationalité retenues en le droit conventionnel est qu'elles recourent toutes à une internationalité qualifiée. Autrement dit, les instruments de droit international privé qui posent explicitement une définition de l'internationalité ne se contentent pas de l'existence de n'importe quel élément d'extranéité : il faut que cet élément d'extranéité soit suffisamment significatif pour être jugé à même d'entraîner l'internationalité de la situation. La convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for en donne un exemple topique, en faisant référence à la résidence habituelle des parties et à « tous les autres éléments *pertinents* du litige »¹⁴⁰. Cette exigence se manifeste également dans les autres instruments à travers l'emploi privilégié du critère de l'établissement ou de la résidence habituelle des parties (a.) ou d'autres éléments d'extranéité fortement pertinents (b.).

a. La prédominance du critère de l'établissement ou de la résidence habituelle des parties

L'établissement ou la résidence habituelle des parties est un élément d'extranéité très fréquemment employé par les instruments de droit conventionnel pour définir l'internationalité des situations entrant dans leur champ d'application. Il peut être employé seul (i.) ou bien en combinaison avec d'autres éléments d'extranéité (ii.).

i. L'emploi exclusif du critère de l'établissement ou de la résidence habituelle des parties

L'observation du droit positif montre que l'établissement ou la résidence habituelle des parties est un critère d'internationalité polyvalent, puisqu'il est employé aussi bien en matière contractuelle commerciale que familiale.

On peut ainsi tout d'abord observer que pas un seul instrument en matière contractuelle, à l'exception notable des conventions internationales portant sur le transport international, ne manque d'y recourir. Nous avons déjà cité la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords

138. La notion de « situation comportant [ou impliquant] un conflit de lois » sera abordée *infra*, p. 45 s.

139. T. HARTLEY et M. DOGAUCHI, *Rapport explicatif sur la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for*, 2013, p. 32, n° 11.

140. C'est nous qui soulignons.

d'élection de for ainsi que la convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises. S'agissant de cette dernière, on peut préciser que l'internationalité y fait l'objet d'une restriction originale, opérée par l'article 1^{er}, alinéa 2, qui prévoit que la différence de localisation des établissements des parties n'est pas prise en compte lorsqu'elle était inconnue de celles-ci. Autrement dit, les parties doivent avoir eu conscience de l'internationalité du contrat qui les lie ¹⁴¹.

Le critère de l'établissement des parties est encore employé de manière exclusive en matière d'affacturage et de crédit-bail internationaux. La convention d'Ottawa du 28 mai 1988 sur l'affacturage international retient, aux termes de son article 2, alinéa 1, qu'est international le contrat d'affacturage « lorsque les créances cédées [...] naissent d'un contrat de vente de marchandises entre un fournisseur et un débiteur qui ont leur établissement dans des États différents ». L'internationalité est ici appréciée de manière indirecte, par projection, puisque c'est l'extranéité de l'établissement d'une partie au contrat de *vente* sur lequel porte le contrat d'affacturage qui est déterminante. Le même élément d'extranéité est retenu par la convention d'Ottawa du 28 mai 1988 sur le crédit-bail international, qui s'applique, selon son article 3, alinéa 1, « lorsque le crédit-bailleur et le crédit-preneur ont leur établissement dans des États différents ».

On trouve également au moins deux exemples d'emploi exclusif du critère de la résidence habituelle des parties en matière familiale. Premièrement, la convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale prévoit, aux termes de son article 2, alinéa 1, qu'une adoption est internationale « lorsqu'un enfant résidant habituellement dans un État contractant (« l'État d'origine ») a été, est ou doit être déplacé vers un autre État contractant (« l'État d'accueil ») ». C'est donc la différence de localisation entre la résidence habituelle de l'adoptant et celle de l'adopté qui caractérise l'internationalité de l'adoption. Deuxièmement, la lecture des dispositions de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants permet d'observer que le caractère international de l'enlèvement résulte du fait que l'enfant a été déplacé d'un pays vers un autre pays ¹⁴². C'est donc la localisation dans deux pays différents de l'ancienne résidence et de la résidence actuelle de l'enfant qui confère à l'enlèvement son internationalité. Exprimé autrement, « le caractère international provient [...] de la dispersion des membres d'une famille entre différents pays » ¹⁴³.

141. B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, L.G.D.J., Paris, 1990, p. 19, n° 16.

142. Voir ainsi le préambule, qui indique que les États signataires « désira[ient] protéger l'enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites », ou encore l'article 1^{er}, qui indique que la convention a pour objet « d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout État contractant ».

143. E. PÉREZ-VERA, *Rapport explicatif sur la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, 1982, p. 30, n° 56.

ii. L'emploi combiné du critère de l'établissement ou de la résidence habituelle des parties

Le critère de l'établissement ou de la résidence habituelle des parties peut également être utilisé en combinaison avec d'autres éléments d'extranéité pour concrétiser l'approche juridique de l'internationalité. Deux exemples seront donnés. Le premier appartient à la matière contractuelle. La convention de La Haye du 1^{er} juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels et la convention de La Haye du même jour portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels recourent à une définition identique de l'internationalité reposant sur la présence cumulative de deux éléments d'extranéité. Selon le rapport explicatif du premier de ces instruments, l'application de la convention nécessite la présence d'un « facteur subjectif » d'internationalité se rattachant aux contractants et d'un « facteur objectif » d'internationalité se rattachant au contrat¹⁴⁴. L'internationalité de la vente résulte, selon l'article 1^{er}, alinéa 1, de la localisation de l'établissement des parties dans des États différents (facteur subjectif) combinée au transport de la chose objet du contrat d'un pays à un autre – ce qui revient à dire que le lieu de situation ou de livraison de la marchandise est situé à l'étranger –, ou à l'accomplissement des « actes constituant l'offre et l'acceptation » dans deux pays différents – ce qui revient à dire que les parties ont leur établissement dans des pays différents, à moins que l'une d'elles n'ait procédé à la conclusion du contrat dans un autre pays – ou à la livraison de la chose dans un pays différent de celui de la conclusion du contrat (facteur objectif).

Le second exemple appartient à la matière familiale et relève plus particulièrement du domaine de l'adoption. Le critère du déplacement de l'enfant employé par la convention de La Haye du 29 mai 1993 précitée n'épuise en effet pas l'internationalité de l'adoption, comme le montre le rapport explicatif lorsqu'il précise que la convention ne s'applique qu'à *une* catégorie d'adoptions internationales¹⁴⁵. D'autres critères peuvent être employés, comme le montre la convention de La Haye du 15 novembre 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption, qui n'est jamais entrée en vigueur. Cette convention avait vocation à s'appliquer, aux termes de son article 1^{er}, aux adoptants et à l'adopté ayant la nationalité d'un État contractant et leur résidence habituelle dans un État contractant ; le caractère international de l'adoption résultant de l'exclusion, opérée par l'article 2, b), du cas dans lequel les adoptants et l'adopté ont la même nationalité et la même résidence habituelle. Autrement dit, l'adoption est internationale en vertu de ce texte lorsque l'une des parties à l'adoption a une nationalité ou une résidence habituelle étrangère. Toutefois, et c'est là une restriction originale que l'on ne rencontre dans aucun autre instrument, la convention ex-

144. A. TUNC, *Commentaire des Conventions de La Haye du 1^{er} juillet 1964 sur la vente internationale des objets mobiliers corporels et sur la formation des contrats de vente*, op. cit., p. 13.

145. G. PARRA-ARANGUREN, *Rapport explicatif sur la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, 1994, p. 9, n° 34 ; ce point de vue est partagé par M. REVILLARD, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, 9^e éd., Defrénois, Lextenso, Paris, 2018, p. 389, n° 674 ; N. MEYER-FABRE, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *Rev. crit. DIP* 1994, p. 259, n° 12.

clut, selon son article 2, a), de son champ d'application les adoptions considérées comme « trop » internationales¹⁴⁶, dans la mesure où elle ne s'applique pas lorsque les adoptants ont à la fois une nationalité et une résidence habituelle différentes. Ainsi, une procédure d'adoption faisant intervenir un couple d'adoptants constitué d'une Française résidant en France et d'un Allemand résidant en Allemagne ne serait pas entrée dans le champ d'application de cet instrument.

Si le critère de l'établissement ou de la résidence habituelle des parties peut donc être utilisé de manière exclusive ou en combinaison avec d'autres éléments d'extranéité, il peut également entièrement s'effacer pour ne laisser place qu'à d'autres éléments d'extranéité.

b. L'emploi d'autres éléments d'extranéité

Les conventions internationales multilatérales adoptées en matière de transport international présentent la spécificité de ne pas définir l'internationalité en fonction de l'établissement ou de la résidence habituelle des parties, mais par référence à d'autres éléments d'extranéité. Les définitions retenues sont très similaires et reposent sur un nombre limité de critères, que sont le lieu de départ et le lieu de destination du transport, auxquels s'ajoutent parfois les lieux d'escale ou de passage du véhicule de transport.

En matière de transport aérien, la convention de Varsovie du 12 octobre 1929 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international et la convention de Montréal du 28 mai 1999 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international s'appliquent ainsi uniquement au transport international défini par leur article 1^{er}, alinéa 2, comme le transport dans lequel « le point de départ et le point de destination [...] sont situés soit sur le territoire de deux États parties, soit sur le territoire d'un seul État partie si une escale est prévue sur le territoire d'un autre État ». L'alinéa 3 consacre une certaine forme d'internationalité par accessoire, en ce qu'il prévoit que le transport à exécuter par plusieurs transporteurs au titre d'une opération unique ne perd pas son caractère international du seul fait qu'un des contrats de transport doit être exécuté intégralement sur le territoire d'un seul État. Autrement dit, ce transport intrinsèquement interne est internationalisé par son intégration à une opération unique de transport international.

De même, en matière de transport routier, la convention de Genève du 19 mai 1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR) s'applique selon son article 1^{er} § 1, « lorsque le lieu de la prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison, tels qu'ils sont indiqués au contrat, sont situés dans deux pays différents », sans prise en compte du domicile ou de la nationalité des parties. En matière de transport ferroviaire, la convention de Berne du 9 mai 1980 relative aux transports internationaux ferroviaires s'applique en principe, s'agissant des transports de voyageurs et de bagages, « lorsque le lieu de départ et

146. W. A. STOFFEL, « Le rapport juridique international », *op. cit.*, p. 431.

de destination sont situés dans deux États membres différents »¹⁴⁷ et, s'agissant des transports de marchandises, « lorsque le lieu de la prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison sont situés dans deux États membres différents »¹⁴⁸. En matière de transport maritime, enfin, la convention d'Athènes du 13 décembre 1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages s'applique, aux termes de son article 2, alinéa 1, à « tout transport dont le lieu de départ et le lieu de destination sont, selon le contrat de transport, situés dans deux États différents ou dans un seul État si, selon le contrat de transport ou l'itinéraire prévu, il y a un port d'escale intermédiaire dans un autre État ».

Il résulte de l'ensemble de ces définitions qu'aucune place n'est laissée aux critères d'internationalité se rapportant aux parties au contrat, l'appréciation de l'internationalité se faisant en effet uniquement par rapport à l'objet du contrat.

En conclusion, il peut être déduit de l'observation des différentes définitions de l'internationalité retenues par le droit conventionnel que ce dernier emploie systématiquement l'approche juridique de l'internationalité et qu'il recourt fréquemment aux mêmes éléments d'extranéité. Les instruments de droit international privé européen s'éloignent pour leur part en apparence de cette approche et recourent à des notions originales dont les liens avec la notion d'internationalité doivent être déterminés.

§ 2. Les notions propres au droit européen

Le droit international privé de source européenne constitue une part de plus en plus importante des règles de conflit de lois et de juridictions en France et en Allemagne. Il est frappant de remarquer que la notion d'internationalité ne se retrouve textuellement dans aucun des règlements européens qui régissent actuellement la matière. Pour définir leur champ d'application matériel, certains de ces règlements ont choisi des expressions originales pour lesquelles se pose la question de leur synonymie avec la notion d'internationalité. Seuls seront étudiés ici les instruments qui emploient explicitement une notion concurrente de l'internationalité pour définir leur champ d'application¹⁴⁹. Ainsi, les plus importants des règlements en matière de conflit de lois recourent à la notion de « situations comportant [ou impliquant] un conflit de lois » (B.), alors que les règlements adoptés en matière de procédure réservent majoritairement leur application aux « litiges transfrontaliers » (A.).

147. Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des voyageurs (CIV), article 1^{er} § 1.

148. Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des marchandises (CIM), article 1^{er} § 1.

149. Les instruments qui ne donnent aucune précision quant aux situations auxquelles ils entendent s'appliquer, et en première ligne l'important règlement Bruxelles I bis, seront étudiés ultérieurement, voir *infra*, p. 333 s.

A. La notion de « litige transfrontalier »

Le législateur européen a adopté plusieurs directives et règlements procéduraux destinés à compléter l'action des instruments de l'Union en matière de compétence internationale. Les plus importants d'entre eux, parmi lesquels figurent la directive *aide judiciaire*¹⁵⁰, le règlement *injonction de payer*¹⁵¹, le règlement *petits litiges*¹⁵² et le règlement *saisie conservatoire des comptes bancaires*¹⁵³, ont pour point commun de recourir à la notion de « litige transfrontalier » pour définir leur champ d'application matériel, à l'exception notable du règlement *titre exécutoire européen*¹⁵⁴. Ce terme étant inconnu du droit international privé commun, la question peut être posée de savoir quels liens il entretient avec la notion d'internationalité.

Le règlement *injonction de payer* et le règlement *petits litiges* retiennent une définition commune de la notion de litige transfrontalier. Ils s'appliquent, aux termes de leur article 3, alinéa 1, aux litiges dans lesquels « au moins une des parties a son domicile ou sa résidence habituelle dans un État membre autre que l'État membre de la juridiction saisie ». La formulation se caractérise par sa similitude avec les définitions positives de l'internationalité employées en droit conventionnel. La définition du caractère transfrontalier du litige repose en effet sur l'identification d'éléments d'extranéité, tenant ici au domicile ou à la résidence habituelle de l'une des parties. Elle n'est dès lors rien d'autre qu'une concrétisation de l'approche juridique de l'internationalité, le terme de « litige transfrontalier » pouvant être tenu pour équivalant à celui de litige international.

L'observation du champ d'application de la directive *aide judiciaire* n'aboutit pas à un constat différent. Elle définit en effet à son article 2, alinéa 1, le litige transfrontalier comme celui « dans lequel la partie qui demande l'aide judiciaire [...] a son domicile ou sa résidence habituelle dans un État membre autre que l'État du for ou que l'État dans lequel la décision doit être exécutée »¹⁵⁵. La notion de litige transfrontalier repose sur les mêmes éléments d'extranéité, mais elle s'avère toutefois plus large puisque l'extranéité du domicile ou de la résidence habituelle de

150. Directive 2002/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires.

151. Règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer.

152. Règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges.

153. Règlement (UE) n° 655/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale.

154. Règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées. Pour autant, la définition de l'internationalité n'y pose aucun problème, dans la mesure où cet instrument n'a vocation à s'appliquer qu'aux décisions, transactions judiciaires et actes authentiques rendus dans un État membre et dont l'exécution est demandée dans un autre État membre.

155. La loi française de transposition a repris ces critères à l'identique à l'article 3-1, alinéa 2, de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, modifié par la loi n° 2007-210 du 19 février 2007 portant réforme de l'assurance de protection juridique.

la partie qui demande l'aide judiciaire n'est plus uniquement appréciée par rapport au for, mais également par rapport au juge du lieu d'exécution de la décision.

Enfin, le règlement *saisie conservatoire des comptes bancaires* n'emploie pas la notion de litige transfrontalier mais celle de « litige transfrontière ». Cette différence de terminologie n'est toutefois qu'apparente, en ce que la notion renvoie également à une approche juridique de l'internationalité. Le litige transfrontière est défini par l'article 3, alinéa 1, comme « un litige dans lequel le ou les comptes bancaires devant faire l'objet d'une saisie conservatoire par l'effet de l'ordonnance de saisie conservatoire sont tenus dans un État membre autre que : a) l'État membre de la juridiction qui a été saisie de la demande d'ordonnance de saisie conservatoire en vertu de l'article 6 ; ou b) l'État membre dans lequel le créancier est domicilié ». Les éléments d'extranéité employés diffèrent de ceux retenus par les autres règlements procéduraux en raison de la nature particulière des questions traitées, mais l'approche reste pour autant la même.

L'identité entre la notion de litige international et la notion de litige transfrontalier ou transfrontière est ainsi établie. Il reste à vérifier si elle se constate également pour la notion de « situation comportant [ou impliquant] un conflit de lois ».

B. La notion de « situation comportant [ou impliquant] un conflit de lois »

Les règlements européens de conflit de lois ne recourent pas à la notion d'internationalité pour définir leur champ d'application matériel : ils emploient l'expression de « situations comportant [ou impliquant] un conflit de lois ». Les règlements concernés sont le règlement *Rome I*¹⁵⁶, le règlement *Rome II*¹⁵⁷ et le règlement *Rome III*¹⁵⁸. Se pose dès lors la question de savoir si l'expression « situation comportant [ou impliquant] un conflit de lois » peut être tenue pour équivalente à celle de situation internationale.

Un premier élément de réponse pourrait être trouvé dans la comparaison des différentes versions linguistiques des règlements Rome I et Rome II. Si beaucoup de versions recourent à l'expression de « situations comportant un conflit de lois »¹⁵⁹, les règlements en langue allemande font référence aux situations « comportant un lien avec le droit de plusieurs États »¹⁶⁰. Or, cette dernière définition n'est *a priori* autre que celle de l'approche juridique de l'internationalité et dont le droit allemand s'était initialement servi pour déterminer le champ d'application de sa loi

156. Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

157. Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles.

158. 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.

159. C'est le cas des versions anglaise (« situations involving a conflict of laws »), espagnole (« en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes ») ou italienne (« in circostanze che comportino un conflitto di leggi »), mais aussi bulgare, tchèque, croate, suédoise...

160. En langue originale, « Verbindung zum Recht verschiedener Staaten ».

de droit international privé¹⁶¹. Eu égard à la valeur juridique identique des différentes versions linguistiques du règlement, il pourrait donc être tentant de considérer l'expression « situation comportant un conflit de lois » et la notion d'internationalité juridique comme synonymes.

Même s'ils ne se sont pas déroulés dans le cadre de l'Union européenne, les travaux préparatoires de la convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels pourraient être utilement invoqués en ce sens, en ce qu'ils montrent que la notion de conflit de lois a été remplacée par celle d'internationalité pour la définition du champ d'application de l'instrument, parce que la première paraissait trop technique et la seconde plus intelligible pour les acteurs du commerce international¹⁶². Ce changement terminologique repose donc nécessairement sur le postulat de l'identité des deux notions. De même, d'après l'interprétation qui a pu être donnée de l'expression de « situation donn[ant] lieu à un conflit entre les lois de différents États » dans le cadre de la convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, il semble qu'il y ait une assimilation au moins partielle de ces deux notions pour les besoins de la convention, dans la mesure où le conflit de lois suffirait à caractériser l'internationalité du contrat de vente, à moins qu'il ne résulte de la seule volonté des parties¹⁶³. En effet, le conflit de lois naîtrait de l'existence de liens du contrat avec plusieurs ordres juridiques étatiques, ce qui revient à dire qu'il naîtrait de l'internationalité du contrat¹⁶⁴.

En droit européen, cette synonymie serait corroborée par le rapport explicatif des professeurs Giuliano et Lagarde portant sur la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. La situation comportant un conflit de lois est définie dans ce rapport comme la situation « qui comport[e] un ou plusieurs éléments d'extranéité par rapport à la vie sociale interne d'un pays¹⁶⁵. » Le rapport cite à titre d'exemples d'éléments d'extranéité la nationalité des parties, leur domicile, le lieu de conclusion ou le lieu d'exécution du contrat¹⁶⁶. Quant à savoir quels autres éléments d'extranéité pourraient entraîner un conflit de lois, la doctrine a ajouté qu'il faudrait certainement considérer que tout élément doit être admis en raison du silence du texte¹⁶⁷.

Cette apparente identité entre la notion de situation comportant un conflit de lois et la notion d'internationalité doit toutefois être fortement nuancée à l'examen des dispositions contenues

161. Voir *supra*, p. 20 s.

162. A. WEILL, « Les conventions de La Haye sur la vente à caractère international d'objets mobiliers corporels », *art. cit.*, p. 40.

163. J.-M. JACQUET, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 93.

164. A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 551, n° 521.

165. M. GIULIANO et P. LAGARDE, *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, 1980, p. 10, n° 1.

166. *Ibid.*, p. 10, n° 1.

167. P. MAYER, V. HEUZÉ et B. RÉMY, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 523, n° 749 ; S. FRANCO, *Rép. int. Dalloz*, V° Règlement Rome I : obligations contractuelles, 2013 (actual. 2016), n° 21 ; M.-L. NIBOYET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 32 ; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 253, n° 228.

dans les règlements Rome I et Rome II. En effet, l'article 3 § 3 du règlement Rome I et l'article 14 § 2 du règlement Rome II contiennent des dispositions spécifiques pour les situations dont tous les éléments sont « localisés dans un pays autre que celui dont la loi a été choisie ». Or, dès lors que l'on refuse de considérer que le choix d'une loi étrangère par les parties suffit à conférer un caractère international à leur relation¹⁶⁸, il faut nécessairement en conclure que ces deux dispositions visent des situations objectivement internes. En conséquence, la doctrine est unanime pour y voir une admission implicite du fait que le conflit de lois peut résulter de la simple volonté des parties, et donc que les règlements Rome I et Rome II s'appliquent non seulement aux situations objectivement internationales, mais aussi aux situations internes dans lesquelles les parties ont désigné une loi étrangère comme loi applicable¹⁶⁹.

L'absence de synonymie entre la notion d'internationalité et la notion de situation comportant un conflit de lois entraîne donc une conséquence logique importante, qui est le rejet de l'opinion selon laquelle la convention de Rome et les règlements Rome I et Rome II témoigneraient de ce que l'internationalité peut résulter du simple choix d'une loi étrangère. Si ces instruments ont été interprétés comme autorisant les parties à une situation objectivement interne à choisir une loi étrangère pour régir cette dernière¹⁷⁰, la définition du champ d'application des règlements par rapport à la notion de conflit de lois et non d'internationalité permet d'affirmer que si les situations décrites entrent dans leur champ d'application, c'est parce qu'elles entraînent un

168. B. OPPETIT, « note sous CA Paris, 30 nov. 1972, S.O.C.E.A., S.P.I.E. Batignolles, Entrepouse c/ C.A.P.A.G.-C.E.T.R.A. », *art. cit.*, p. 394; J. MESTRE, « note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 oct. 1980, Tardieu c/ Soc. Bourdon », *art. cit.*, p. 327, n^{os} 24-25; J.-Chr. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, *op. cit.*, p. 134, n^o 130.

169. S. CLAVEL, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 532; M. REVILLARD, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, *op. cit.*, p. 737, n^o 1259; S. FRANCO, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n^o 21; P. LAGARDE, *Rép. eur. Dalloz*, V^o Convention de Rome : obligations contractuelles, 1992 (actual. 2012), n^o 12; J.-M. JACQUET, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n^o 94; H. GAUDEMET-TALLON, *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 552-11 : Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement Rome I du 17 juin 2008. – Champ d'application. – Clauses générales, 2020, n^o 46; M.-L. NIBOYET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n^o 29; W. A. STOFFEL, « Le rapport juridique international », *op. cit.*, p. 434; C. KESSEDJIAN, « Codification du droit commercial international et droit international privé : de la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales » in *Rec. cours La Haye*, vol. 300, 2002, p. 120; C. WITZ, « L'internationalité et le contrat » in *L'internationalité : bilan et perspectives*, sous la dir. de S. POILLOT-PERUZZETTO, suppl. Lamy Droit des affaires, 2002, p. 60.

170. Voir en doctrine française, J.-M. JACQUET, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n^o 96; S. FRANCO, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n^o 21; C. WITZ, « L'internationalité et le contrat », *op. cit.*, p. 60; P. MAYER, « La délocalisation du contrat » in *La relativité du contrat. Travaux de l'association Henri Capitant. Tome IV/Nantes-1999. Actes du colloque organisé avec le concours de la Maison des Sciences de l'Homme Ange Guépin*, L.G.D.J., Paris, 2000, p. 127, n^o 6; en doctrine allemande, E. LORENZ, « Zum neuen internationalen Vertragsrecht aus versicherungsvertraglicher Sicht » in *Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag, 26. Juni 1987*, sous la dir. de H.-J. MUSIELAK et K. SCHURIG, Kohlhammer, Stuttgart, 1987, p. 309; U. MAGNUS, « Art 3 Rom I-VO » in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. EGBGB/IPR : Einleitung zu Rom I-VO; Art 1-10 Rom I-VO (Internationales Vertragsrecht I)*, Sellier-de Gruyter, Berlin, 2016, n^o 131; A. SPICKHOFF, « Art. 3 Rom I-VO » in *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. Band 5 : §§ 1922-2385, CISG, IPR, EGBGB*, sous la dir. de H. G. BAMBERGER et al., 4^e éd., C.H. Beck, München, 2020, n^o 35; F. MAULTZSCH, « Parteiautonomie bei reinen Inlandsfällen im Internationalen Privat-, Prozess- und Schiedsverfahrensrecht » in *Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag*, Gieseking, Bielefeld, 2011, p. 308; J. PÜLS, *Parteiautonomie. Die Bedeutung des Parteiwillens und die Entwicklung seiner Schranken bei Schuldverträgen im deutschen Rechtsanwendungsrecht des 19. und 20. Jahrhunderts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, p. 173.

conflit de lois pour le juge qui aura à décider entre l'application de la loi interne et celle de la loi étrangère désignée par les parties. Rien ne permet en revanche d'affirmer qu'elles doivent être considérées comme internationales.

La sémantique employée par la version allemande des règlements, qui s'appliquent aux situations « entretenant un lien avec le droit de plusieurs États »¹⁷¹, n'appelle pas une remarque différente. Même si cette définition rappelle grandement l'approche juridique de l'internationalité, il est possible et nécessaire d'en faire une lecture compatible avec les autres versions linguistiques qui se réfèrent à la notion de conflit de lois. En effet, comme la nature de ces liens avec le droit de plusieurs États n'est pas précisée, on pourrait exceptionnellement considérer que le choix d'une loi étrangère dans une situation interne suffit à créer un lien avec un droit étranger, au sens des règlements Rome I et Rome II, sans pour autant entraîner l'internationalité de la situation¹⁷². Même si cette interprétation peut sembler artificielle, il ne nous semble pas possible de faire une lecture des règlements Rome I et Rome II qui différerait selon la version linguistique prise en compte, car il convient d'en assurer une interprétation uniforme.

Il en résulte, à ce stade des développements, que la notion de « situation comportant un conflit de lois » peut recouvrir deux hypothèses : celle d'une situation internationale, mais également celle d'une situation objectivement interne dans laquelle les parties ont fait le choix d'une loi étrangère. À cela s'ajoute enfin que le conflit de lois pourrait naître de la soumission au juge d'une situation interne à un autre ordre juridique « par le hasard des règles de compétence judiciaire », résultant par exemple du fait que l'une des parties a changé de domicile après la constitution de la situation¹⁷³. Il s'agirait donc de l'hypothèse d'une situation initialement interne et qui s'est internationalisée par l'acquisition d'un élément d'extranéité permettant de fonder la compétence d'un juge étranger. Bien qu'en se plaçant au moment de la constitution de la situation, celle-ci devrait être considérée comme purement interne, le fait qu'elle se soit internationalisée par la suite suffirait à entraîner un doute sur la loi applicable et ainsi un conflit de lois entraînant l'application des deux règlements européens précités.

171. En langue originale, « Schuldverhältnisse, [...] die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen ».

172. Voir en premier lieu le rapport du gouvernement fédéral sur le projet de la convention de Rome, BUNDESREGIERUNG, *Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 19. Juni 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht*, Drucksache 10/503, 1983, p. 22 ; voir également T. NEHNE, *Methodik und allgemeine Lehren des europäischen Internationalen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, p. 117, qui considère que le choix de la loi applicable par les parties suffit à créer une situation « comportant un lien avec le droit de plusieurs États », cette situation restant toutefois interne ; *contra*, U. MAGNUS, « Anmerkungen zum sachlichen Anwendungsbereich der Rom I-Verordnung », *op. cit.*, p. 789 ; W.-G. RINGE, « Art. 1 Rom I-VO », *op. cit.*, n° 23.

173. L'expression est de P. LAGARDE, *Rép. eur. Dalloz*, *op. cit.*, n° 12, mais on trouve la même idée chez H. GAUDEMET-TALLON, « Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la Convention CEE n° 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980) », *RTD eur.* 1981, p. 234, n° 27. Voir par ailleurs *infra*, p. 111 s. sur la distinction entre internationalité absolue et relative.

Se pose enfin une dernière question, qui est de savoir si la même approche de la notion de situation comportant un conflit de lois doit être adoptée dans le cadre du règlement Rome III. Celui-ci ne contient en effet aucune disposition semblable aux règlements Rome I et Rome II traitant du cas du choix de la loi applicable dans une situation interne, en conséquence de quoi il n'est pas strictement nécessaire de considérer qu'entre dans le champ d'application du règlement Rome III – et entraîne donc un conflit de lois – la situation interne dans laquelle les parties ont fait le choix d'une loi étrangère. Certains auteurs considèrent en effet que dans le cadre du règlement Rome III, la notion de « situation impliquant un conflit de lois » ne devrait recouvrir que les situations objectivement internationales, excluant donc l'hypothèse dans laquelle les parties auraient voulu internationaliser leur situation par le choix d'une loi étrangère¹⁷⁴. Pour autant, plusieurs raisons plaident en faveur de la position contraire¹⁷⁵. Premièrement, on peut soutenir que l'expression de « situation comportant [ou impliquant] un conflit de lois » doit faire l'objet d'une interprétation identique dans les trois règlements européens¹⁷⁶. Deuxièmement, on a fait remarquer que l'absence dans le règlement Rome III d'une disposition comparable à l'article 3 § 3 du Règlement Rome I et visant les situations objectivement internes s'explique par un manque de nécessité¹⁷⁷ : le choix des parties étant limité à un nombre prédéterminé de lois entretenant un lien avec leur divorce, les parties à une situation interne ne peuvent *de facto* désigner une loi entièrement étrangère à leur situation. Ces arguments sont dès lors en faveur d'une interprétation identique de la notion de « situation comportant [ou impliquant] un conflit de lois » dans les trois instruments européens précités.

En conclusion, une « situation comportant [ou impliquant] un conflit de lois » au sens des règlements Rome I, Rome II et Rome III peut être une situation objectivement interne, dans laquelle les parties ont choisi la loi applicable, une situation étrangère se présentant à un juge interne, ou une situation objectivement internationale. S'observe ainsi une absence de correspondance entre la notion d'internationalité et la notion de « situation comportant [ou impliquant] un conflit de lois », qui permet par ailleurs d'affirmer que l'internationalité n'est pas une condition d'application de ces règlements¹⁷⁸.

§ 3. La réflexion doctrinale sur la notion de contrat international

Un nombre très important d'auteurs se sont finalement employés à concrétiser l'approche juridique de l'internationalité en matière de contrats commerciaux. Il s'est agi de dépasser le

174. A. DEVERS et M. FARGE, « Le nouveau droit international privé du divorce. À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce », *JCP G* 2012, 778, n° 4.

175. P. HAMMJE, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *Rev. crit. DIP* 2011, p. 291, n° 17 ; S. CORNELOUP, « Règlement Rome III. Article premier » in *Droit européen du divorce. European divorce law*, sous la dir. de S. CORNELOUP, LexisNexis, Dijon, 2013, p. 500.

176. *Idem*, « Règlement Rome III. Article premier », *op. cit.*, p. 500.

177. *Ibid.*, p. 500.

178. J.-M. JACQUET, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 94 ; H. GAUDEMET-TALLON, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 47.

stade de l'affirmation théorique selon laquelle un contrat international est un contrat qui présente des liens de rattachement avec plusieurs ordres juridiques étatiques, afin de déterminer quels peuvent être ces liens. Certains éléments d'extranéité ont ainsi été considérés comme à même de caractériser l'internationalité du contrat (A.) quand d'autres ont été exclus d'emblée ou ont vu leur pertinence remise en cause (B.).

A. *L'identification des éléments d'extranéité pertinents*

La définition de la notion de contrat international la plus connue en doctrine française est certainement celle donnée par H. Batiffol, selon laquelle « un contrat a un caractère international quand, par les actes concernant sa conclusion ou son exécution, ou la situation des parties quant à leur nationalité ou leur domicile, ou la localisation de son objet, il a des liens avec plus d'un système juridique »¹⁷⁹.

Un nombre important d'auteurs, aussi bien français qu'allemands, retiennent également la pertinence de ces éléments d'extranéité. Ainsi en est-il de la nationalité des parties¹⁸⁰, de leur

179. H. BATIFFOL, *Rép. int. Dalloz*, V^o Contrats et conventions, 1^{re} éd., 1968, p. 564, n^o 9.

180. M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, Dalloz, Paris, 2020, p. 7, n^o 13; J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, *op. cit.*, n^o 374; Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 503, n^o 111; B. MERCADAL et Ph. JANIN, *Les contrats de coopération inter-entreprises*, *op. cit.*, p. 38, n^o 58; J.-P. NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté » in *Rec. cours La Haye*, vol. 16, 1927, p. 18; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 43, n^o 34; K. NEUMANN, *Vertragsgültigkeit und Parteiwille in Lehre und Rechtsprechung des internationalen Schuldrechts*, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1930, p. 4, nbp n^o 2; R. DE NOVA, « Wann ist ein Vertrag "international"? » in *Konflikt und Ordnung. Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag*, sous la dir. d'A. HELDRICH, C.H. Beck, München, 1978, p. 313; O. SANDROCK, « Die Bedeutung des Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts für die Unternehmenspraxis », *RIW* 1986, p. 846; à condition qu'elle soit accompagnée d'un autre élément d'extranéité ou que le contrat ait été conclu en considération de cette nationalité, Chr. von BAR et P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht. Band I. Allgemeine Lehren*, *op. cit.*, p. 310, n^o 419; avec cette même deuxième réserve, F. VISCHER, L. HUBER et D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, 2^e éd., Stämpfli, Bern, 2000, p. 40; indiquant que la prise en compte de cet élément dépend des circonstances, K. SCHURIG, « Zwingendes Recht, "Eingriffsnormen" und neues IPR », *RabelsZ* 1990, p. 223; U. STOLL, *Die Rechtswahlvoraussetzungen und die Bestimmung des auf internationale Schuldverträge anwendbaren Rechts nach den allgemeinen Kollisionsregeln des US-amerikanischen UCC und des deutschen Rechts*, Peter Lang, Frankfurt am Main, Berlin, New York, 1986, p. 71; O. SANDROCK, *Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung. Band I*, Verl. Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1980, n^o 113; de manière exceptionnelle, M. AMSTUTZ, N. P. VOGT et M. WANG, « Art. 116 », *op. cit.*, n^o 7; M. KELLER et J. KREN KOSTKIEWICZ, « Art. 116 » in *IPRG Kommentar. Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, Schulthess, Zürich, 1993, n^o 43; si elle n'est pas le seul élément d'extranéité, A. SPICKHOFF, « Art. 3 Rom I-VO » in *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*, 74^e éd., C.H. Beck, München, 2015, n^o 34; avec la même réserve, S. LEIBLE, « Art. 3 Rom I » in *Bürgerliches Gesetzbuch : BGB, Band 6 : Rom-Verordnungen - EuGüVO - EuPartVO - HUP - EuErbVO*, sous la dir. de R. HÜBTEGE et H.-P. MANSEL, 3^e éd., Nomos, Baden-Baden, 2019, n^o 80; idem, A. JUNKER, *Internationales Privatrecht*, 3^e éd., C.H. Beck, München, 2019, p. 306, n^o 354.

domicile¹⁸¹, du lieu de conclusion du contrat¹⁸², du lieu de son exécution¹⁸³ et du lieu de situation du ou des biens objet(s) du contrat¹⁸⁴.

L'examen de la jurisprudence française montre que l'emploi de la majorité de ces éléments d'extranéité a été validé par la Cour de cassation dans son contrôle de la qualification de l'internationalité du contrat opérée par les juges du fond. La Cour a ainsi confirmé la pertinence

181. B. MERCADAL et Ph. JANIN, *Les contrats de coopération inter-entreprises*, op. cit., p. 38, n° 58 ; M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, op. cit., p. 7, n° 13 ; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, op. cit., p. 49, n° 42 ; K. NEUMANN, *Vertragsgültigkeit und Parteiville in Lehre und Rechtsprechung des internationalen Schuldrechts*, op. cit., p. 4, nbp n° 2 ; R. DE NOVA, « Wann ist ein Vertrag "international" ? », op. cit., p. 313 ; U. STOLL, *Die Rechtswahlvoraussetzungen und die Bestimmung des auf internationale Schuldverträge anwendbaren Rechts nach den allgemeinen Kollisionsregeln des US-amerikanischen UCC und des deutschen Rechts*, op. cit., p. 71 ; O. SANDROCK, *Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung. Band I*, op. cit., n° 113 ; M. KELLER et J. KREN KOSTKIEWICZ, « Art. 116 », op. cit., n° 43 ; F. VISCHER, L. HUBER et D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, op. cit., p. 40.

182. Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, op. cit., p. 503, n° 111 ; B. MERCADAL et Ph. JANIN, *Les contrats de coopération inter-entreprises*, op. cit., p. 38, n° 58 ; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, op. cit., p. 44, n° 35 ; K. NEUMANN, *Vertragsgültigkeit und Parteiville in Lehre und Rechtsprechung des internationalen Schuldrechts*, op. cit., p. 4, nbp n° 2 ; F. FERRARI, « Art. 3 VO (EG) 593/2008 » in *Internationales Vertragsrecht : Rom I-VO, CISG, CMR, FactÜ : Kommentar*, sous la dir. de F. FERRARI et al., 3^e éd., C.H. Beck, München, 2018, n° 52 ; R. DE NOVA, « Wann ist ein Vertrag "international" ? », op. cit., p. 313 ; U. STOLL, *Die Rechtswahlvoraussetzungen und die Bestimmung des auf internationale Schuldverträge anwendbaren Rechts nach den allgemeinen Kollisionsregeln des US-amerikanischen UCC und des deutschen Rechts*, op. cit., p. 71 ; M. AMSTUTZ, N. P. VOGT et M. WANG, « Art. 116 », op. cit., n° 7 ; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, op. cit., p. 466, nbp n° 49 ; à condition que ce lieu ne soit pas dû au hasard, A. SPICKHOFF, « Art. 3 Rom I-VO », op. cit., n° 34 ; D. LOOSCHELDERS, « Art. 27 EGBGB » in *Internationales Privatrecht - Art. 3-46 EGBGB*, Springer, Berlin, 2004, p. 440, n° 25 ; S. LEIBLE, « Art. 3 Rom I », op. cit., n° 80 ; M. KELLER et J. KREN KOSTKIEWICZ, « Art. 116 », op. cit., n° 43.

183. J. MESTRE, « note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 oct. 1980, Tardieu c/ Soc. Bourdon », art. cit., p. 329, n° 31 ; B. MERCADAL et Ph. JANIN, *Les contrats de coopération inter-entreprises*, op. cit., p. 38, n° 58 ; Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, op. cit., p. 503, n° 111 ; M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, op. cit., p. 7, n° 13 ; F. FERRARI, « Art. 3 VO (EG) 593/2008 », op. cit., n° 52 ; R. DE NOVA, « Wann ist ein Vertrag "international" ? », op. cit., p. 313 ; Chr. von BAR et P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht. Band I. Allgemeine Lehren*, op. cit., p. 310, n° 419 ; U. STOLL, *Die Rechtswahlvoraussetzungen und die Bestimmung des auf internationale Schuldverträge anwendbaren Rechts nach den allgemeinen Kollisionsregeln des US-amerikanischen UCC und des deutschen Rechts*, op. cit., p. 71 ; O. SANDROCK, *Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung. Band I*, op. cit., n° 113 ; M. AMSTUTZ, N. P. VOGT et M. WANG, « Art. 116 », op. cit., n° 7 ; M. KELLER et J. KREN KOSTKIEWICZ, « Art. 116 », op. cit., n° 43 ; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, op. cit., p. 466, nbp n° 49 ; J. von HEIN, « Art 3 Rom I-VO » in *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/ EuIPR, Band III : Rom I-VO, Rom II-VO*, sous la dir. de Th. RAUSCHER, 4^e éd., Otto Schmidt, sellier european law publishers, Köln, 2016, n° 115 ; D. LOOSCHELDERS, « Art. 27 EGBGB », op. cit., p. 440, n° 25 ; F. VISCHER, L. HUBER et D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, op. cit., p. 41.

184. B. MERCADAL et Ph. JANIN, *Les contrats de coopération inter-entreprises*, op. cit., p. 38, n° 58 ; M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, op. cit., p. 7, n° 13 ; K. NEUMANN, *Vertragsgültigkeit und Parteiville in Lehre und Rechtsprechung des internationalen Schuldrechts*, op. cit., p. 4, nbp n° 2 ; R. DE NOVA, « Wann ist ein Vertrag "international" ? », op. cit., p. 313 ; U. STOLL, *Die Rechtswahlvoraussetzungen und die Bestimmung des auf internationale Schuldverträge anwendbaren Rechts nach den allgemeinen Kollisionsregeln des US-amerikanischen UCC und des deutschen Rechts*, op. cit., p. 71 ; à la condition que cette localisation ne soit pas uniquement transitoire, O. SANDROCK, *Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung. Band I*, op. cit., n° 113 ; M. AMSTUTZ, N. P. VOGT et M. WANG, « Art. 116 », op. cit., n° 7 ; M. KELLER et J. KREN KOSTKIEWICZ, « Art. 116 », op. cit., n° 43 ; F. FERRARI, « Art. 3 VO (EG) 593/2008 », op. cit., n° 51 ; U. MAGNUS, « Anmerkungen zum sachlichen Anwendungsbereich der Rom I-Verordnung », op. cit., p. 790 ; J. von HEIN, « Art 3 Rom I-VO »,

de la nationalité des parties¹⁸⁵ et du lieu d'exécution du contrat¹⁸⁶, combinés le cas échéant au domicile ou au siège des parties ou au lieu de conclusion du contrat¹⁸⁷.

Cette première liste d'éléments d'extranéité pertinents peut être complétée. Allant du plus classique au plus original, on a également proposé de retenir : la résidence habituelle des parties¹⁸⁸, leur résidence simple¹⁸⁹, leur établissement¹⁹⁰, leur siège¹⁹¹, la nationalité de la société-mère qui négocie le contrat conclu par sa filiale dénuée d'autonomie et la nationalité de la société qui contrôle dans les faits une autre société¹⁹², l'existence d'un lien – de nature juridique et/ou économique – avec un contrat international¹⁹³, la qualité étatique de l'une des parties¹⁹⁴, la stipulation de clauses propres à la matière internationale¹⁹⁵, la langue du contrat¹⁹⁶ et la référence à un droit étranger¹⁹⁷.

op. cit., n° 116; F. FERRARI, « Art. 3 VO (EG) 593/2008 », *op. cit.*, n° 51; D. LOOSCHELDERS, « Art. 27 EGBGB », *op. cit.*, p. 440, n° 25; F. VISCHER, L. HUBER et D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, *op. cit.*, p. 41.

185. Cass. civ., 5 déc. 1910, *American Trading Company*, S. 1911, p. 129, note Ch. LYON-CAEN; GADIP n° 11.

186. Pour le cas d'un contrat conclu en France entre un Français et une société étrangère et exécuté à l'étranger, voir Cass. soc., 8 juil. 1985, *Allard*, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 113, note H. GAUDEMET-TALLON.

187. Pour le cas d'un contrat exécuté à l'étranger et conclu entre une société ayant son siège en France et une personne physique domiciliée à l'étranger, voir Cass. com., 19 janv. 1976, *Rev. crit. DIP* 1977, p. 503, note H. BATIFFOL; *JDI* 1977, p. 651, note A. LYON-CAEN; pour un contrat exécuté et conclu à l'étranger entre une société étrangère et un Français domicilié à l'étranger puis étant retourné en France, voir Cass. I^{re} civ., 9 janv. 1968, *JDI* 1968, p. 717, note M. SIMON-DEPITRE; *JCP G* 1968, II, 15451, note A. LYON-CAEN.

188. F. FERRARI, « Art. 3 VO (EG) 593/2008 », *op. cit.*, n° 51; R. DE NOVA, « Wann ist ein Vertrag "international" ? », *op. cit.*, p. 313; Chr. von BAR et P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht. Band I. Allgemeine Lehren*, *op. cit.*, p. 310, n° 419; M. KELLER et J. KREN KOSTKIEWICZ, « Art. 116 », *op. cit.*, n° 43; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 466, nbp n° 49; J. von HEIN, « Art 3 Rom I-VO », *op. cit.*, n° 108; D. LOOSCHELDERS, « Art. 27 EGBGB », *op. cit.*, p. 440, n° 25; F. VISCHER, L. HUBER et D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, *op. cit.*, p. 40.

189. À condition que cet élément ne soit pas le seul, Chr. von BAR et P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht. Band I. Allgemeine Lehren*, *op. cit.*, p. 310, n° 419.

190. P. MAYER, « La délocalisation du contrat », *op. cit.*, p. 129, n° 7; F. FERRARI, « Art. 3 VO (EG) 593/2008 », *op. cit.*, n° 51; M. KELLER et J. KREN KOSTKIEWICZ, « Art. 116 », *op. cit.*, n° 43; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 466, nbp n° 49; J. von HEIN, « Art 3 Rom I-VO », *op. cit.*, n° 108.

191. O. SANDROCK, « Die Bedeutung des Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts für die Unternehmenspraxis », *art. cit.*, p. 846.

192. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 327, 2007, p. 91-92, n° 75.

193. *Idem*, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, p. 91-92, n° 75; M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 7, n° 13; F. FERRARI, « Art. 3 VO (EG) 593/2008 », *op. cit.*, n° 55; M. AMSTUTZ, N. P. VOGT et M. WANG, « Art. 116 », *op. cit.*, n° 7; F. VISCHER, L. HUBER et D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, *op. cit.*, p. 41; S. SIMITIS, « Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht », *art. cit.*, p. 211.

194. P. LALIVE, « Sur une notion de "Contrat international" », *op. cit.*, p. 139.

195. *Ibid.*, p. 139.

196. U. MAGNUS, « Art 1 Rom I-VO », *op. cit.*, n° 12.

197. *Idem*, « Anmerkungen zum sachlichen Anwendungsbereich der Rom I-Verordnung », *op. cit.*, p. 790.

B. *La remise en cause de certains éléments d'extranéité*

La valeur de certains des éléments d'extranéité qui viennent d'être énumérés a toutefois été remise en cause voire d'emblée exclue. Ainsi en est-il premièrement du lieu de conclusion du contrat¹⁹⁸. Cet élément est en effet régulièrement considéré comme étant trop fortuit¹⁹⁹ ou manipulable²⁰⁰ pour qu'il lui soit reconnu une quelconque valeur lorsqu'il représente le seul lien du contrat avec l'étranger. Les parties pourraient autrement trop facilement internationaliser leur contrat en se rendant à l'étranger pour le signer, ou plus simplement, en y mentionnant un lieu de conclusion étranger fictif.

La nationalité est le deuxième élément d'extranéité dont la pertinence est aujourd'hui devenue contestée²⁰¹. Ce critère ne serait en effet pas décisif en matière contractuelle (commerciale)²⁰². Il aurait en outre un caractère discriminatoire²⁰³, argument certainement d'autant plus sensible aujourd'hui dans un contexte européen réticent aux distinctions sur le fondement de la nationalité.

La pertinence du domicile des parties a également ponctuellement été remise en cause, en ce que cet élément ne serait pas suffisamment significatif pour entraîner à lui seul l'internationalité du contrat²⁰⁴. Cela s'expliquerait par le fait que le domicile des personnes physiques n'aurait pas la « signification économique que présente le siège d'une société » et qu'il ne serait que la « révélation de la volonté » des parties²⁰⁵.

198. J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, *op. cit.*, n° 361 ; P. MAYER, « La délocalisation du contrat », *op. cit.*, p. 129, n° 7 ; W.-G. RINGE, « Art. 3 Rom I-VO » in *Juris-PraxisKommentar BGB. 6. Internationale Privatrecht und UN-Kaufrecht*, sous la dir. de M. WÜRDINGER, 7^e éd., Juris, Saarbrücken, 2015, n° 45 ; sauf pour les questions de forme, F. VISCHER, L. HUBER et D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, *op. cit.*, p. 41.

199. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé. Tome II*, *op. cit.*, p. 290, n° 580.

200. J. MESTRE, « note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 oct. 1980, Tardieu c/ Soc. Bourdon », *art. cit.*, p. 328, n° 28 ; J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, *op. cit.*, n° 361 ; P. MAYER, « La délocalisation du contrat », *op. cit.*, p. 129, n° 7.

201. B. OPPETIT, « Le développement des règles matérielles », *Droit international privé. Travaux du comité français de droit international privé. Journée du cinquantenaire. Problèmes actuels de méthode en Droit international privé* 1988, p. 138 ; P. MAYER, « La délocalisation du contrat », *op. cit.*, p. 129, n° 7 ; P. LOUIS-LUCAS, « Portée de la distinction entre droit privé interne et droit international privé », *art. cit.*, p. 876 ; F. FERRARI, « Art. 3 VO (EG) 593/2008 », *op. cit.*, n° 54 ; S. SIMITIS, « Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht », *art. cit.*, p. 211 ; Chr. ALTHAMMER, « Grundsatz des Internationalen Schuldvertragsrechts : Artt. 27 ff. EGBGB, der Kommissionsvorschlag für eine "Rom I"-Verordnung und der abschließende Verordnung im Überblick », *JA* 2008, p. 774 ; R. MOSER, *Vertragsabschluss, Vertragsgültigkeit und Parteiville im internationalen Obligationenrecht*, Verlag der Fehr'schen Buchhandlung, St. Gallen, 1948, p. 200 ; J. von HEIN, « Art 3 Rom I-VO », *op. cit.*, n° 109 ; D. LOOSCHELDERS, « Art. 27 EGBGB », *op. cit.*, p. 441, n° 25 ; W.-G. RINGE, « Art. 3 Rom I-VO », *op. cit.*, n° 45.

202. J. MESTRE, « note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 oct. 1980, Tardieu c/ Soc. Bourdon », *art. cit.*, p. 325, n° 22 ; B. OPPETIT, « Le développement des règles matérielles », *art. cit.*, p. 138.

203. P. MAYER, « La délocalisation du contrat », *op. cit.*, p. 129, n° 7.

204. J. MESTRE, « note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 oct. 1980, Tardieu c/ Soc. Bourdon », *art. cit.*, p. 326, n° 23 ; S. SIMITIS, « Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht », *art. cit.*, p. 211.

205. P. LOUIS-LUCAS, « Portée de la distinction entre droit privé interne et droit international privé », *art. cit.*, p. 880 et 896.

Même l'extranéité du lieu d'exécution du contrat semble parfois avoir été considérée comme insuffisante pour entraîner l'internationalité de ce dernier. C'est ce qui ressort du controversé arrêt *Tardieu* rendu par la Cour de cassation le 7 octobre 1980²⁰⁶. Pour rappel, dans cette affaire, une société française avait conclu avec un Français un contrat de représentation commerciale qui devait être exécuté en Colombie. La Cour qualifie pourtant le contrat d'interne, ne tenant pas compte de l'élément d'extranéité constitué par le lieu d'exécution du contrat, ce qui a été critiqué en doctrine, dans la mesure où ce critère est justement considéré comme particulièrement révélateur de l'internationalité²⁰⁷.

A finalement également été contestée la pertinence de la résidence simple des parties²⁰⁸, de la langue du contrat²⁰⁹, de la devise employée dans le contrat²¹⁰, de la stipulation de clauses internationales dans le contrat²¹¹, de l'existence d'un lien purement économique avec un contrat international²¹² ou du fait que le contrat se rattache à un marché international²¹³.

Il faut en conclure que malgré les efforts fournis par la doctrine depuis plusieurs décennies, la notion de contrat international reste très fluctuante. C'est à peine si un accord a pu émerger relativement à un petit noyau d'éléments d'extranéité pertinents, au nombre desquels figurent le lieu d'exécution du contrat et l'établissement, le siège ou la résidence habituelle des parties.

206. Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1980, *Tardieu*, *Rev. crit. DIP* 1981, p. 313, note J. MESTRE ; *JCP G* 1980, II, 19480, concl. R. GULPHE.

207. J. MESTRE, « note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 oct. 1980, *Tardieu c/ Soc. Bourdon* », *art. cit.*, p. 329, n° 31.

208. F. FERRARI, « Art. 3 VO (EG) 593/2008 », *op. cit.*, n° 51.

209. *Idem*, « Art. 3 VO (EG) 593/2008 », *op. cit.*, n° 55a ; J. von HEIN, « Art 3 Rom I-VO », *op. cit.*, n° 116.

210. F. FERRARI, « Art. 3 VO (EG) 593/2008 », *op. cit.*, n° 55a ; J. von HEIN, « Art 3 Rom I-VO », *op. cit.*, n° 116 ; F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours général de droit international privé », *op. cit.*, p. 178, n° 124.

211. U. MAGNUS, « Anmerkungen zum sachlichen Anwendungsbereich der Rom I-Verordnung », *op. cit.*, p. 790.

212. F. FERRARI, « Art. 3 VO (EG) 593/2008 », *op. cit.*, n° 55.

213. *Ibid.*, n° 55a.

Conclusion du chapitre I

La définition classique de l'internationalité passe par deux approches théoriques. Premièrement, l'internationalité peut être définie en fonction d'un critère juridique : sont internationales les situations qui présentent des liens de rattachement avec plusieurs ordres juridiques ou, autrement dit, qui sont affectées d'un élément d'extranéité. Seuls les éléments d'extranéité objectifs et pertinents doivent toutefois être retenus. Deuxièmement, la jurisprudence française a dégagé un critère économique de l'internationalité, en vertu duquel une situation est internationale si elle entraîne « des mouvements de flux et de reflux de valeurs, de services ou biens au-dessus des frontières », si elle « met en cause des intérêts du commerce international » ou si elle « dépasse la cadre de l'économie interne ». Si une situation économiquement internationale répondra toujours également au critère juridique de l'internationalité, le contraire n'est pas vrai. Il faut enfin exclure l'approche dite mixte de l'internationalité, qui aurait été adoptée par le droit allemand, en ce qu'elle s'apparente davantage, à notre sens, à une méthode de qualification de l'internationalité qu'à un réel critère de définition.

La notion d'internationalité a fait l'objet de plusieurs définitions concrètes en droit conventionnel. Ces définitions ont toutes pour point commun de reposer sur une approche juridique de l'internationalité, et plus particulièrement sur la présence d'éléments d'extranéité objectifs et pertinents. Elles font par ailleurs un emploi récurrent des mêmes éléments d'extranéité et en première ligne de celui de l'établissement ou de la résidence habituelle des parties. Le droit international privé européen recourt pour sa part aux notions originales de « litige transfrontalier » et de « situation comportant [ou impliquant] un conflit de lois ». La première expression est toutefois synonyme de litige international et la seconde épouse majoritairement les contours de l'internationalité même si elle les déborde ponctuellement, car elle est également susceptible de viser des situations objectivement internes pour lesquelles les parties ont désigné un droit étranger comme applicable.

Chapitre II

Le traitement de l'internationalité

Le traitement classique de l'internationalité, qui servira de point de départ à notre réflexion, repose sur une photographie de l'état du droit international privé au tournant du XXI^e siècle, sans que ne soit encore prise en compte pour le moment l'influence générale des phénomènes de régionalisation européenne et de mondialisation sur les méthodes et les règles de droit international privé, qui fera en effet l'objet d'une étude ultérieure²¹⁴.

On peut alors observer que le droit international privé n'établit classiquement ni un traitement unitaire des situations affectées d'internationalité, ni un traitement systématiquement différent de celles-ci par rapport aux situations purement internes à un État, en dépit de que l'on aurait pu penser *prima facie* en appréhendant le droit international privé comme le droit spécial des situations internationales. L'application de certaines de ses règles aboutit en effet à un traitement identique des situations internationales et internes (section I). En revanche, d'autres méthodes du droit international privé conduisent à reconnaître un traitement particulier – souvent plus libéral et favorable – aux situations internationales par rapport aux situations internes (section II).

Section I. Le traitement identique de l'interne et de l'international

Afin de pouvoir identifier les cas dans lesquels les situations internationales sont traitées comme les situations internes, il faut premièrement définir ce qui caractérise le régime de cette dernière catégorie de situations. Celles-ci s'inscrivent en leur entièreté dans un cadre étatique unique, en ce sens qu'elles ne présentent de liens de rattachement qu'avec un seul État. De ce fait, elles sont en principe intégralement régies par le droit interne de cet État et seul le juge interne est en principe compétent pour connaître des litiges qui pourraient en résulter²¹⁵. L'application du droit international privé aux situations internationales implique fréquemment leur soumission à ces mêmes droit et juge internes, ainsi que nous le verrons ; leur traitement ne présente dès lors, sur cet aspect, aucune particularité par rapport à celui des situations internes. Cette identité de traitement peut résulter du fonctionnement même de la règle de conflit (§ 1) ou se justifier par

214. Voir *infra*, p. 103 s.

215. Nous traiterons de certaines exceptions *infra*, p. 84 s.

un intérêt particulier de l'ordre juridique interne à imposer la compétence de ses tribunaux ou l'application de sa loi (§ 2).

§ 1. Le fonctionnement de la règle de conflit

La mise en œuvre des règles de compétence internationale ou des règles de conflit de lois aboutit régulièrement à un traitement identique des situations internes et des situations internationales. Ces règles opèrent une « nationalisation »²¹⁶ du traitement de la situation internationale, en ce que celle-ci retombe très majoritairement dans le giron d'un juge interne ou d'une loi interne après application desdites règles (A.). Pour certains²¹⁷, la distinction entre situation interne et situation internationale s'effacerait alors au profit de la distinction entre situation interne et situation étrangère; le critère de l'extranéité prendrait le pas sur celui de l'internationalité (B.).

A. La nationalisation de l'internationalité

L'application de la règle de compétence internationale ou de la règle de conflit de lois aboutit par principe à conférer le même traitement aux situations internationales que celui qui est réservé par le droit interne aux situations internes.

Du point de vue de la compétence internationale, la nationalisation du traitement de l'internationalité résulte au moins de trois facteurs différents. Premièrement, le contenu des règles de compétence juridictionnelle ne différait historiquement pas pour les litiges internes et internationaux, dans la mesure où les règles de compétence internationale étaient – et sont toujours dans une moindre mesure – issues de l'extension des règles de compétence territoriale interne à l'ordre international²¹⁸. Surtout – et cela vaut également pour les règles de source supranationale, aujourd'hui devenues majoritaires – les règles de compétence internationale sont en principe des règles de compétence générale, qui permettent seulement d'identifier un ordre juridique compétent dans sa globalité. Une fois cette identification réalisée, les litiges internationaux se verront en principe²¹⁹ appliquer les mêmes règles de compétence matérielle et territoriale que celles employées pour les litiges internes, aboutissant *in fine* à une détermination identique de la compétence juridictionnelle. Lorsque la règle de compétence internationale prévoit directement une compétence spéciale, comme cela se produit régulièrement dans les règlements européens

216. Voir l'emploi de ce terme chez P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », *op. cit.*, p. 117; P. H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2^e éd., Mohr Siebeck, Tübingen, 1976, p. 24; J. BASEDOW, « The Law of Open Societies : Private Ordering and Public Regulation of International Relations : General Course on Private International Law », *op. cit.*, p. 42, n° 11.

217. M. AUDIT, « La validité d'une clause attributive de juridiction est subordonnée au caractère international de la situation. Cour de cassation (1^{re} Ch. civ.). - 4 octobre 2005, Keller Grundbau GmbH c. Électricité de France et Spie Citra Île-de-France », *art. cit.*, p. 414-415.

218. Voir en droit français, l'affirmation dans Cass. 1^{re} civ., 3 déc. 1985, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 766; *D.* 1986, I.R. p. 269, obs. B. AUDIT; et en droit allemand, BGH, 18 avril 1985, aff. VII ZR 359/83, BGHZ 94, 156 = NJW 1985, 2090 = MDR 1985, 835 = WM 1985, 790 = BauR 1985, 475.

219. Nous aborderons les exceptions *infra*, p. 67 s.

de droit international privé, son étude montre que le chef de compétence retenu est souvent si classique qu'il correspondra également à un chef de compétence territoriale interne²²⁰. Ce sont donc au bout du compte des règles de compétence juridictionnelle avec un contenu similaire qui s'appliquent pour les situations internes et internationales.

Deuxièmement, ce sont encore dans la grande majorité des cas les mêmes tribunaux étatiques qui sont amenés à connaître des litiges internes et internationaux. Il n'y a pas, à l'heure actuelle, en France ou en Allemagne, de dédoublement général des juridictions étatiques qui s'opèrerait sur le fondement du caractère interne ou international du contentieux. Les quelques démarches récentes ayant conduit à la mise en place de chambres spécialisées pour les affaires internationales auprès de certaines juridictions du fond²²¹ revêtent encore un caractère si exceptionnel qu'elles ne remettent pas en cause cette observation.

Troisièmement, et enfin, la procédure suivie devant les tribunaux étatiques est majoritairement la même pour les litiges internes et internationaux. Le principe est celui de l'application de la *lex fori* aux questions procédurales²²² ; à ce titre, un même régime procédural s'applique donc en principe peu important l'internationalité du litige. Une nuance doit toutefois d'emblée être apportée, puisqu'un certain nombre de règles procédurales spécifiques aux litiges internationaux se substituent ponctuellement aux règles procédurales communes²²³.

La nationalisation du traitement de l'internationalité s'observe également sur le terrain de la loi applicable. En l'absence de choix de la loi applicable par les parties, c'est la règle de conflit de lois qui permet de désigner, sur la base d'un facteur de rattachement, l'ordre juridique dont le droit matériel sera appelé à régir la situation internationale. Or, que cette règle de conflit de lois soit unilatérale, bilatérale ou même à coloration matérielle, elle aura toujours pour résultat de soumettre la situation à un droit matériel qui sera très majoritairement celui qui s'applique aux situations purement internes du pays dont la loi a été désignée. Ce n'est en effet que très ponctuellement que les États procèdent au dédoublement de certaines de leurs dispositions de

220. Pour ne citer que l'exemple de l'article 7 du règlement Bruxelles I bis, on peut observer qu'est retenu en matière contractuelle le lieu de l'obligation qui sert de base à la demande, soit notamment le lieu de livraison des marchandises ou de fourniture des services, et en matière délictuelle le lieu du fait dommageable. En matière contractuelle, ce chef de compétence devrait coïncider par principe avec le lieu d'exécution de l'obligation litigieuse, base de la compétence territoriale interne selon le § 29 al. 1^{er} ZPO, et avec le lieu de la livraison effective de la chose ou de l'exécution de la prestation de service selon l'article 46, tiret 1, CPC. En matière délictuelle, il en sera de même s'agissant de l'article 46, tiret 2 CPC, qui retient le lieu du fait dommageable ou de survenance du dommage, et pour le § 32 ZPO en cas de délit simple, car celui-ci ne retient que le premier de ces deux critères.

221. Ainsi en est-il par exemple du tribunal de commerce de Paris qui dispose depuis une dizaine d'années d'une chambre internationale, ou plus récemment, de la cour d'appel de Paris qui a également mis en place le 7 février 2018 une chambre spéciale pour les litiges du commerce international. En Allemagne, un projet de loi du 18 avril 2018 (*Drucksache 19/1717*) visant à la création de chambres spécialisées pour les litiges commerciaux internationaux a également été déposé devant le parlement. Une telle chambre existe déjà au *Landgericht* de Francfort-sur-le-Main depuis le 1^{er} janvier 2018.

222. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé, op. cit.*, p. 811, n° 782.

223. Ce point sera abordé *infra*, voir p. 81 s.

droit matériel, en instituant sur un même point une règle de droit pour les situations internes et une règle de droit pour les situations internationales²²⁴.

Le constat selon lequel dans de nombreuses hypothèses, le traitement des situations internationales ne diffère pas de celui des situations internes, pourrait conduire à l'observation d'un effacement de l'internationalité au profit de l'extranéité.

B. L'effacement de l'internationalité au profit de l'extranéité

La nationalisation de l'internationalité découlant de l'application de la règle de compétence internationale ou de la règle de conflit de lois a été critiquée en ce qu'elle conduit à nier les spécificités résultant de cette internationalité, qui pourraient justifier au contraire un traitement spécifique des situations internationales²²⁵. Il est vrai que la recherche même de l'internationalité dans le but de lui appliquer les règles du droit international privé a quelque chose de paradoxal, voire de vain, lorsqu'elle conduit *in fine* à régir la situation internationale comme une situation interne²²⁶.

Face à ce constat, il a été soutenu que la vraie distinction à réaliser ne serait pas celle entre situations internes et internationales, mais celle entre situations internes et étrangères²²⁷. En matière de loi applicable, il faudrait ainsi distinguer de préférence entre les situations soumises au droit national et celles soumises au droit étranger²²⁸ et en matière de compétence juridictionnelle, entre les litiges pour lesquels un juge étranger se reconnaît compétent et ceux pour lesquels seul le juge national est compétent²²⁹. Il en résulterait alors nécessairement que la seule extranéité pertinente serait celle qui correspond au critère de rattachement de la règle de conflit de lois ou au chef de compétence de la règle de conflit de juridictions, puisque c'est ce seul élément qui serait à même d'entraîner un traitement spécifique en matière de loi applicable et de compétence juridictionnelle, caractérisé par l'application d'une loi étrangère ou la compétence d'un

224. Voir *infra*, p. 79 s.

225. En ce sens, P. H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, *op. cit.*, p. 24; Ph. FRANCESCakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, Paris, 1958, p. 16, n° 12; J. A. CARILLO SALCEDO, « Le renouveau du particularisme en droit international privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 160, 1978, p. 209; D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, L.G.D.J Lextenso éditions, Paris, 2008, p. 112.

226. J.-L. ELHOUËISS, *Personnalité et territorialité en droit international privé*, thèse Paris II, 2000, p. 540.

227. *Idem*, *Personnalité et territorialité en droit international privé*, *op. cit.*, p. 548-549; M. AUDIT, « La validité d'une clause attributive de juridiction est subordonnée au caractère international de la situation. Cour de cassation (1^{re} Ch. civ.). - 4 octobre 2005, Keller Grundbau GmbH c. Électricité de France et Spie Citra Île-de-France », *art. cit.*, p. 414-415.

228. J.-L. ELHOUËISS, *Personnalité et territorialité en droit international privé*, *op. cit.*, p. 548.

229. Sur ces deux aspects, M. AUDIT, « La validité d'une clause attributive de juridiction est subordonnée au caractère international de la situation. Cour de cassation (1^{re} Ch. civ.). - 4 octobre 2005, Keller Grundbau GmbH c. Électricité de France et Spie Citra Île-de-France », *art. cit.*, p. 414-415.

juge étranger²³⁰. La conclusion est accablante : « le droit international privé est un droit des relations internes ou étrangères : le concept d'internationalité apparaît comme un non-sens²³¹. »

Cette théorie conduirait donc à donner un nouveau sens au terme de situation interne, puisqu'il s'appliquerait également à des situations internationales soumises au juge interne ou à la loi interne. Pour intéressante qu'elle soit, il n'est pas sûr qu'une telle classification visant à se passer du recours à la notion d'internationalité soit d'une réelle pertinence et d'une réelle utilité pratique. Il est premièrement impossible de savoir à l'avance, avant toute application de la règle de droit international privé, si une situation est interne ou étrangère. Ce caractère ne peut être établi qu'*a posteriori*, une fois que le juge compétent ou la loi applicable ont été déterminés. On voit donc mal quelles solutions pratiques pourraient être fondées sur la distinction entre situations internes et situations étrangères. Deuxièmement, la distinction ne peut naturellement valoir que pour les règles de conflit de lois et de compétence juridictionnelle ; face à d'autres méthodes, et notamment celle des règles matérielles, la distinction pertinente reste celle entre les situations internes et internationales²³².

Si l'application de la règle de conflit de lois ou de compétence internationale entraîne donc souvent un traitement identique des situations internationales et internes, cette nationalisation de l'internationalité ne s'observe pas uniquement dans ces hypothèses. D'autres méthodes du droit international privé peuvent conduire au même résultat au nom de la protection de certains intérêts ou principes essentiels de l'ordre juridique interne.

§ 2. La protection des intérêts de l'ordre juridique interne

Un traitement au moins partiellement identique des situations internes et internationales peut également résulter du fait que le for souhaite garder au moins partiellement la mainmise sur certaines situations internationales qui seraient normalement soumises à une loi étrangère et pourraient relever de la compétence d'un juge étranger, afin de protéger certains intérêts ou principes essentiels de l'ordre juridique interne. La nationalisation du traitement de l'internationalité ne résulte donc plus ici de l'application de la règle de conflit de lois ou de juridictions, puisque celle-ci pourrait très bien désigner un juge étranger ou une loi étrangère en l'espèce. L'ordre juridique interne s'opposera toutefois, au moins partiellement, à ce que la situation internationale échappe à son emprise par ce biais. Le phénomène s'observe aussi bien en conflit de juridictions, à travers les compétences exclusive et impérative des tribunaux internes (A.), qu'en conflit de lois, à travers les lois de police et l'ordre public international (B.).

230. *Ibid.*, p. 415.

231. J.-L. ELHOUEISS, *Personnalité et territorialité en droit international privé*, *op. cit.*, p. 554.

232. Le reconnaissant également à propos de la méthode de la réglementation directe, *ibid.*, p. 548. Nous le verrons de manière détaillée *infra*, p. 79 s.

A. *La compétence exclusive ou impérative des tribunaux internes*

La situation internationale, en raison des liens qu'elle entretient avec différents États, offre régulièrement la possibilité aux parties de porter le litige qui en résulterait devant une juridiction étrangère²³³. L'ordre juridique interne peut toutefois ponctuellement souhaiter empêcher un litige international de lui échapper sur le plan juridictionnel, en interdisant aux parties de le soumettre à un juge étranger et/ou en refusant de reconnaître la décision qui émanerait d'un tel juge. Le litige aurait donc tout aussi bien pu être purement interne à l'ordre juridique du for, puisque l'internationalité ne lui permet pas ici de se soustraire à la compétence du juge interne.

Cette rétention du litige international par l'ordre juridique interne vise aussi bien le cas dans lequel les parties chercheraient à se soustraire à la compétence juridictionnelle de l'ordre juridique interne en saisissant directement un juge étranger se reconnaissant compétent en vertu de ses règles de compétence internationale, que celui dans lequel elles auraient essayé elles-mêmes de fonder la compétence de ce juge par une clause attributive de juridiction. Pour contrer la première de ces hypothèses, le législateur interne édictera des règles de compétence exclusive en faveur de ses tribunaux. Lorsqu'un tel chef de compétence se réalise sur le territoire interne, les tribunaux internes se considèrent, par définition, comme étant les seuls compétents, refusant ainsi aux parties la possibilité de porter leur litige devant un juge étranger. Certes, en dehors du cas particulier de certains instruments internationaux²³⁴, cette compétence exclusive du juge interne ne lie pas les États étrangers, de sorte que les parties pourraient désobéir à l'interdiction posée par l'ordre juridique interne et obtenir un jugement à l'étranger²³⁵. Toutefois, l'existence d'une compétence exclusive en matière de compétence directe se double très régulièrement, sur le plan de la compétence indirecte, d'un refus de reconnaissance du jugement que les parties auraient obtenu à l'étranger au mépris de cette compétence, ce qui devrait dissuader toute tentative visant à échapper à la compétence de l'ordre juridique interne²³⁶.

S'agissant deuxièmement du cas dans lequel les parties auraient conclu une clause attributive de juridiction au profit d'un juge étranger, ce sont ces mêmes chefs de compétence exclusive qui

233. Voir *infra*, p. 84 s.

234. Voir l'article 26 § 1 du règlement Bruxelles I bis.

235. C'est toutefois sans prendre en compte le fait que les règles de compétence exclusive sont souvent similaires d'un État à un autre et que certains d'entre eux, tels que l'Allemagne, refuseraient de connaître d'un litige qu'ils considéreraient comme relevant exclusivement d'un autre ordre juridictionnel, plus particulièrement lorsque la compétence exclusive se justifie pour des raisons de souveraineté. Voir sur ce point, R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 401, n° 1012.

236. L'article 45 § 1 e) ii) du règlement Bruxelles I bis prévoit ainsi comme motif de refus de reconnaissance le fait que le juge étranger ait méconnu l'une des compétences exclusives prévues par le règlement. En droit international privé commun français, l'arrêt Cass. 1^{re} civ., 6 févr. 1985, *Simitch*, D. 1985, p. 469, note J. MASSIP; *ibid.* I.R. p. 497, obs. B. AUDIT; *Rev. crit. DIP* 1985, p. 243, chr. Ph. FRANCESCAKIS; *JDI* 1985, p. 460, note A. HUET; GADIP n° 70, sanctionne également par un refus de reconnaissance le fait que le juge étranger ait rendu son jugement au mépris de la compétence exclusive des tribunaux français. Le juge allemand ne reconnaît pas davantage le jugement étranger contrevenant à sa propre compétence exclusive, voir entre autres, H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht : mit internationalem Insolvenz- und Schiedsverfahrensrecht ; ein Studienbuch*, *op. cit.*, p. 344, n° 925; H. NAGEL et P. GOTTWALD, *Internationales Zivilprozessrecht*, 7^e éd., Otto Schmidt, Köln, 2013, p. 612, n° 157.

feront obstacle, en droit allemand et en droit européen, à la tentative des parties de s'affranchir de la compétence de l'ordre juridique interne. Ces deux droits privent en effet d'effet les clauses attributives de juridiction dans cette hypothèse et les parties qui contreviendraient à cette interdiction s'exposent au refus de reconnaissance du jugement qu'elles auraient obtenu à l'étranger au mépris de la compétence exclusive des tribunaux internes²³⁷.

Le droit commun français interdit pour sa part ces clauses en présence d'une compétence *impérative* des tribunaux français au sens de l'arrêt *Compagnie de signaux* du 17 décembre 1985²³⁸. La Cour de cassation n'a jamais indiqué quels sont ces chefs de compétence, mais il est certain que la notion de compétence impérative est plus large de celle de compétence exclusive²³⁹. Le non-respect par les parties de la restriction tenant à l'existence d'un chef de compétence impératif des tribunaux français ne sera toutefois pas aussi systématiquement sanctionné que la violation d'une compétence exclusive en droit allemand ou européen. Le jugement étranger obtenu au mépris de cette compétence impérative ne saurait en effet essayer un refus d'efficacité en France que pour peu que la compétence impérative se double d'une compétence exclusive des tribunaux français. Il reste donc *in fine* une certaine possibilité pour les parties d'échapper à la compétence juridictionnelle de l'ordre juridique interne.

Cette rétention du litige international par l'ordre juridique interne s'observe également en matière de loi applicable, lorsqu'une loi de police interne est applicable au fond ou que le juge met en œuvre l'exception d'ordre public international.

237. Voir l'article 25 § 4 du règlement Bruxelles I bis et le § 40 al. 2 ZPO.

238. Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1985, *Compagnie de signaux*, D. 1986, I.R. p. 265, obs. B. AUDIT ; *Rev. crit. DIP* 1986, p. 537, note H. GAUDEMET-TALLON ; GADIP n° 72. Cet arrêt a été confirmé par l'arrêt Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1986, *Siaci*, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 396, note H. GAUDEMET-TALLON ; *DMF* 1987, p. 706, note P.-Y. NICOLAS ; *ibid.* 1988, p. 156, obs. P. BONASSIES.

239. Les auteurs citent la compétence en matière de statut personnel, voir B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, *op. cit.*, p. 654, n° 9 ; H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. int. Dalloz*, V° Compétence internationale : matière civile et commerciale, 2019 (actual. 2020), n° 107 ; A. HUET, *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 481-41 : 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, 2016, n° 24 ; d'actions portant sur un immeuble situé en France, voir B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, *op. cit.*, p. 655, n° 9 ; H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 108 ; N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 1999, n° 26 ; de services publics français, de voies d'exécution et d'effets des jugements en France, voir H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 110 ; A. HUET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 25 ; les solutions sont plus incertaines pour les litiges portant sur un contrat conclu avec une partie réputée faible. Il semble que les clauses attributives de juridiction devraient être interdites dans les contrats d'assurance, voir H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 116 ; A. HUET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 34 ; ainsi que dans les contrats de consommation si elles constituent des clauses abusives, voir H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 117 ; A. HUET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 35 ; mais la jurisprudence est très hésitante, voire contradictoire, concernant les contrats de travail, voir H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n°s 111 s. , A. HUET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n°s 28 s.

B. Les lois de police internes et l'exception d'ordre public international

Sur le terrain de la loi applicable, l'internationalité permet en principe de s'extraire du cadre étatique interne pour se soumettre à un ordre juridique étranger de deux manières : par le jeu de la règle de conflit de lois, lorsque le critère de rattachement conduit à l'application d'une loi étrangère, ou par le biais d'une convention de choix de loi applicable, lorsque les parties ont désigné un droit étranger²⁴⁰. Les lois de police du for viennent toutefois partiellement remettre en cause cette possibilité, en ce qu'elles imposent l'application à certaines situations internationales de certaines règles de droit interne « dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat »²⁴¹. Cette rétention de la situation internationale dans le champ d'application du droit interne est la plupart du temps seulement partielle, puisque seules certaines dispositions ponctuelles du droit interne sont élevées au rang de lois de police. L'application d'une loi de police du for n'en prive pas moins l'internationalité de traitement particulier sur le point de droit concerné²⁴².

La nationalisation partielle du traitement de l'internationalité par application des lois de police du for pourrait toutefois trouver ses limites dans l'ingéniosité des parties qui combindraient une convention de choix de loi applicable et une convention attributive de juridiction au profit d'un ordre juridique étranger. L'application des lois de police étrangères revêtant encore majoritairement à l'heure actuelle un caractère facultatif pour le for²⁴³, il est en effet peu probable que les lois de police internes soient appliquées par le juge étranger. Si le *Bundesgerichtshof* s'oppose de manière constante à toute tentative des parties de contourner une loi de police allemande applicable au fond du litige en prononçant la nullité de la clause attributive de juridiction donnant compétence à un juge étranger²⁴⁴, la Cour de cassation y reste indifférente, comme le

240. Ces points seront détaillés *infra*, voir p. 84 s.

241. La citation est extraite de l'article 9 § 1 du règlement Rome I.

242. On peut observer que si le for acceptait exceptionnellement de faire produire effet à des lois de police étrangères dans une hypothèse où la loi normalement applicable est la loi interne, le constat inverse s'imposerait : alors que la règle de conflit de lois conduirait à une nationalisation du traitement de l'internationalité en raison de la désignation de la loi interne, la prise en compte de la loi de police étrangère viendrait y réintroduire une certaine spécificité.

243. P. MAYER, *Rép. int. Dalloz*, V° Lois de police, 2009, nos 28 s. Voir en dernier lieu l'arrêt CJUE, 18 oct. 2016, *Nikiforidis*, aff. C-135/15, *D.* 2017, p. 1011, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE, *ibid.* p. 2054, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE, *Rev. crit. DIP* 2017, p. 238, note D. BUREAU et H. MUIR WATT, *JDI* 2017, p. 1483, obs. P. KINSCH, *Dr. soc.* 2017, p. 196, note L. PAILLER.

244. Voir BGH, 30 mai 1983, aff. II ZR 135/82, NJW 1983, 2772 = ZIP 1983, 1466 = MDR 1984, 121 = VersR 1983, 1077 = WM 1983, 1083 ; BGH, 12 mars 1984, aff. II ZR 10/83, NJW 1984, 2037 = ZIP 1984, 1461 = MDR 1984, 1006 ; BGH, 15 juin 1987, aff. II ZR 124/86, NJW 1987, 3193 = NJW-RR 1988, 173 (Ls.) = ZIP 1987, 1373 = MDR 1988, 121 = WM 1987, 1153 et plus récemment BGH, 5 sept. 2012, aff. VII ZR 25/12, BB 2012, 3103 = GWR 2012, 486.

montre l'arrêt *Monster Cable* du 22 octobre 2008²⁴⁵. Il se déduit de cette jurisprudence française que l'internationalité offre la possibilité de s'extraire des normes les plus impératives de l'ordre juridique interne.

Le jeu de l'exception d'ordre public international, qui consiste en l'éviction de la loi étrangère en raison de l'incompatibilité du résultat de son application avec les valeurs fondamentales de l'ordre juridique du for, entraîne également une certaine rétention de la situation internationale dans la sphère de compétence législative de l'ordre juridique du for. Alors même qu'une situation donnée devrait normalement être régie par une loi étrangère du fait de son internationalité, elle ne pourra que partiellement échapper à l'ordre juridique interne sur le plan de la loi applicable en raison du résultat choquant de l'application de la loi étrangère. Le résultat de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international étant, au moins en droit français²⁴⁶, la substitution du droit interne à la disposition étrangère choquante, la situation internationale restera partiellement régie par le droit interne.

Cette rétention partielle de la situation internationale dans le cadre juridique interne peut enfin être observée lors de la mise en œuvre, certes rare, de ce qu'on a pu appeler l'« ordre public positif de rattachement »²⁴⁷. Cette manifestation de l'exception d'ordre public consiste non pas en l'éviction de la loi étrangère, mais « face à l'inadéquation de la règle de rattachement principale, [... en] la désignation à titre subsidiaire de l'ordre juridique du for pour régir une situation lui étant étroitement intégrée. »²⁴⁸ Une illustration de cette fonction positive de l'ordre public international pourrait être trouvée dans l'article 202-1, alinéa 2, du code civil, qui comporte en matière de conditions de fond du mariage une exception à la règle de conflit de lois qui prévoit l'application distributive de la loi nationale des futurs époux. Il dispose que « 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 ». Il s'agit donc d'imposer l'absence de condition de différence de sexe du droit interne aux situations internationales qui présentent un lien de rattachement suffisant avec l'ordre juridique du for ou avec tout ordre juridique permissif lorsque la loi étrangère normalement applicable prévoit une condition de différence de sexe.

En conclusion, il existe d'importantes et fréquentes hypothèses dans lesquelles l'application du droit international privé ne conduit pas à un traitement différent des situations internationales

245. Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2008, *Monster Cable*, D. 2009, p. 200, note F. JAULT-SESEKE ; JDI 2009, p. 599, note M.-N. JOBARD-BACHELLIER et F.-X. TRAIN ; JCP G 2008, II, 10187, note L. D'AVOUT ; Gaz. Pal. 20-21 févr. 2009, p. 27, note Ph. GUEZ.

246. La doctrine majoritaire allemande préconise en premier lieu de remplacer la disposition étrangère évincée par une autre disposition de ce droit ; ce n'est qu'en cas d'impossibilité que le droit allemand sera appliqué à titre subsidiaire, voir J. von HEIN, « Art. 6 EGBGB » in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch : BGB, Band 12 : Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-26)*, 8^e éd., C.H. Beck, München, 2020, n^{os} 230 s., 236 s.

247. P. HAMMJE, « L'ordre public de rattachement », *Trav. com. fr. DIP* 2006-2008, p. 153 s.

248. *Ibid.*, p. 156.

par rapport aux situations internes. Lorsque cette identité de traitement résulte de l'application de la règle de conflit de lois ou de juridictions, la nationalisation du traitement de l'internationalité est en principe complète. Elle peut toutefois n'être que partielle, et il s'agit alors davantage d'hypothèses dans lesquelles l'ordre juridique interne, bien que laissant en principe la situation quitter son champ d'application du fait de son internationalité, garde malgré tout une certaine mainmise sur elle parce que des intérêts étatiques sont en jeu. Si les hypothèses de traitement identique de l'interne et de l'international sont donc fréquentes, elles ne doivent pas pour autant occulter le fait que l'internationalité entraîne aussi régulièrement un traitement particulier.

Section II. Le traitement spécifique de l'international

Si les situations internationales sont en principe traitées d'une manière identique aux situations internes dans les configurations factuelles les plus simples, il n'en existe pas moins un grand nombre d'hypothèses dans lesquelles l'internationalité jouit d'un traitement spécifique par rapport aux situations internes. Ce traitement spécifique peut tout d'abord consister en l'adaptation aux spécificités de l'internationalité de la réglementation ou des objectifs de droit matériel poursuivis sur un plan interne (§ 1). L'adaptation du droit interne a en effet été présentée comme une façon de pallier la nationalisation parfois « violente » résultant de l'application de la règle de conflit de lois²⁴⁹. L'internationalité permet également aux parties de s'extraire du cadre étatique interne pour se soumettre à un ordre juridique étranger (§ 2), voire même, dans certaines conditions, de dépasser tout cadre étatique (§ 3).

§ 1. L'adaptation du droit matériel interne

La théorie doctrinale allemande connue sous le nom de *Zwei-Stufen-Theorie*, développée par M. Hessler et que l'on pourrait traduire par « théorie des deux niveaux », énonce que la prise en compte de l'internationalité peut s'effectuer à deux stades : au moment de l'application de la règle de conflit de lois, puis au moment de l'application des dispositions matérielles de la loi désignée compétente²⁵⁰. Reprenant cette présentation, tout en l'élargissant pour les besoins de notre exposé, il s'agira de présenter les cas dans lesquels le traitement de l'internationalité a été adapté sur un plan conflictuel (A.) et sur un plan matériel (B.).

A. L'adaptation conflictuelle à l'internationalité

Nous avons montré précédemment que l'application de la règle de conflit de lois ou de juridictions n'entraîne pas en principe de traitement spécifique de l'internationalité par rapport aux

249. E. LORENZ, « Zur Zweistufentheorie des IPR und zu ihrer Bedeutung für das neue internationale Versorgungsausgleichsrecht », *FamRZ* 1987, p. 646.

250. H.-J. HESSLER, « Datum-Theorie und Zweistufigkeit des internationalen Privatrechts » in *Albert A. Ehrenzweig und das internationale Privatrecht. Symposium am 17. Juli 1984*, Winter, Heidelberg, 1986, p. 137 s.

situations internes²⁵¹. Il convient désormais d'envisager les exceptions à ce principe sur le plan de la compétence juridictionnelle (1.) et de la compétence législative (2.). Nous précisons sur ce point que nous avons choisi de traiter la compétence juridictionnelle sous l'angle de l'adaptation conflictuelle, bien que la règle de compétence directe puisse être considérée comme une règle matérielle²⁵², car nous mettons l'accent sur son caractère indirect, attributif, voire répartiteur de compétence.

1. Les règles de compétence juridictionnelle

L'application des règles de compétence internationale directe n'entraîne en général aucune différence de traitement entre les litiges internes et les litiges internationaux relativement à la détermination de la compétence juridictionnelle²⁵³. La spécificité des situations internationales justifie pourtant parfois l'adoption de règles de compétence propres à la matière internationale et qui diffèrent des règles de compétence territoriale interne²⁵⁴. Comme l'a énoncé la Cour de cassation dans un arrêt du 3 décembre 1985, « la compétence juridictionnelle internationale des tribunaux français [...] se détermine par l'extension des règles de compétence interne, sous réserve d'adaptations justifiées par les nécessités particulières des relations internationales »²⁵⁵. Le *Bundesgerichtshof* a jugé de manière similaire que « la [*Zivilprozessordnung*] ne règle par la compétence internationale de manière expresse et directe, mais en principe seulement de manière indirecte et par renvoi tacite »²⁵⁶, laissant la place à l'adaptation des règles de compétence territoriale interne. Ces adaptations, qui ne se justifient pas toutes par les mêmes raisons (b.), peuvent être réalisées par le biais de techniques différentes (a.).

a. Les techniques d'adaptation de la règle de compétence

L'adaptation de la règle de compétence territoriale interne aux fins de détermination de la compétence internationale peut prendre plusieurs formes. Il peut tout d'abord s'agir de modifier la règle de compétence territoriale interne par l'adjonction ou le retranchement d'un ou plusieurs chefs de compétence (i.). Les spécificités liées à l'internationalité peuvent également commander la création de règles de compétence inédites pour traiter de problématiques qui n'existent pas pour les litiges internes²⁵⁷ (ii.).

251. Voir *supra*, p. 57 s.

252. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé, op. cit.*, p. 690, n° 681.

253. Voir *supra*, p. 58 s.

254. Les développements qui suivent seront exclusivement axés sur le droit international privé commun; il est en effet difficile de parler d'*adaptation* de la règle de compétence internationale lorsque cette règle est de source européenne ou internationale puisque son élaboration ne résulte pas d'un processus d'extension des règles de compétence territoriale interne à l'ordre international.

255. Cass. 1^{re} civ., 3 déc. 1985, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 766; *D.* 1986, I.R. 269, obs. B. AUDIT.

256. BGH, 18 avril 1985, aff. VII ZR 359/83, BGHZ 94, 156 = NJW 1985, 2090 = MDR 1985, 835 = WM 1985, 790 = BauR 1985, 475.

257. F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. La compétence face à la mondialisation économique*, Economica, Paris, 2016, p. 196, n° 297.

i. L'extension ou la restriction de la règle de compétence

L'adaptation de la compétence juridictionnelle peut premièrement passer par l'adjonction de nouveaux chefs de compétence, afin que les tribunaux internes puissent connaître de litiges internationaux pour lesquels le chef de compétence initialement retenu par la règle de compétence territoriale interne ne se réaliserait pas sur le territoire interne²⁵⁸. La règle de compétence internationale de droit commun français en matière de procédures collectives en donne un bon exemple : l'article R. 600-1 du code de commerce prévoit que le tribunal territorialement compétent est celui du siège du débiteur, personne morale, ou de l'adresse de l'entreprise ou de l'activité du débiteur, personne physique. Lorsque le débiteur a son siège à l'étranger, et que la situation est donc internationale, le texte ajoute la compétence du tribunal français « dans le ressort duquel le débiteur a le centre principal de ses intérêts »²⁵⁹. La même technique d'adaptation est encore employée, en droit français, dans des matières aussi diverses que la nationalité, l'adoption ou le surendettement des particuliers²⁶⁰ et, en droit allemand, les successions²⁶¹.

L'adaptation de la règle de compétence peut deuxièmement passer par le retranchement d'un chef de compétence à la règle de compétence territoriale interne. On peut donner l'exemple de la compétence en matière de mesures d'assistance éducative, pour laquelle l'article 1181 du code de procédure civile prévoit que le tribunal territorialement compétent est celui du domicile de l'un des parents, du tuteur ou de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié, et à défaut celui du domicile du mineur. En matière internationale, seul le chef de compétence subsidiaire

258. *Ibid.*, p. 201, n° 304.

259. A. HUET, *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 581-21 : Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. – Compétence internationale ordinaire. – Règles de compétence purement internationale, 2016, n° 9 ; H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 70.

260. Tous ces exemples sont cités par A. HUET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 3. En matière de nationalité, l'article 1039 CPC prévoit que le tribunal territorialement compétent est celui du lieu du domicile de la personne, ou si cette personne est domiciliée à l'étranger, le TJ de Paris. En matière d'adoption, l'article 1166 CPC prévoit que le tribunal compétent est celui du domicile de l'adoptant, à défaut celui du domicile de l'adopté et à défaut le tribunal choisi par l'adoptant lorsqu'ils sont tous deux domiciliés à l'étranger. En matière de surendettement, l'article R. 713-1 du code de la consommation dispose que le tribunal territorialement compétent est celui du domicile du débiteur, mais que si celui-ci est Français, domicilié à l'étranger et a contracté des dettes personnelles en France, le juge compétent est celui du ressort de la commission de surendettement saisie.

261. Le § 27 al. 2 ZPO prévoit une extension de la règle de compétence territoriale interne de manière à donner compétence aux tribunaux allemands pour connaître de la succession des ressortissants allemands dont le dernier domicile était situé à l'étranger.

du domicile du mineur a été conservé²⁶². Ce type d'adaptation s'observe également, en droit français, en matière de mesures d'exécution forcée²⁶³ et de mesures conservatoires²⁶⁴.

ii. La création d'une nouvelle règle de compétence

L'adaptation de la compétence juridictionnelle peut enfin passer par la création de nouvelles règles pour les seuls litiges internationaux²⁶⁵, portant sur la compétence internationale (1°) ou plus rarement sur la compétence territoriale (2°).

1° S'agissant de la compétence internationale, il peut tout d'abord être nécessaire de créer une nouvelle règle de compétence en cas de complète inadaptation d'une règle de compétence territoriale interne qui aurait pourtant théoriquement pu être étendue à l'ordre international. La règle de compétence internationale de droit commun français en matière de successions immobilières en donne une illustration : elle prévoit la compétence des juridictions françaises du lieu de situation de l'immeuble, à rebours de l'article 45 du code de procédure civile qui attribue la compétence territoriale au juge du lieu d'ouverture de la succession, c'est-à-dire du dernier domicile du défunt²⁶⁶. Le droit français a également créé de nouvelles règles de compétence pour

262. H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 62.

263. Si les règles de compétence territoriale interne retiennent le lieu de domicile du défendeur et/ou le lieu d'exécution de la mesure selon l'article R. 121-2 du code des procédures civiles d'exécution, seul ce second critère est conservé pour déterminer la compétence internationale des tribunaux français, voir Ph. THÉRY, *Rép. int. Dalloz*, V° Voies d'exécution, 2013, nos 13, 18; H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 75; A. HUET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 28, au moins en ce qui concerne la *mise en œuvre* de la mesure d'exécution; voir H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 77, qui estime que les tribunaux français pourraient toutefois être compétents pour *autoriser* une mesure d'exécution sur un bien situé à l'étranger si le débiteur est domicilié en France.

264. Comprises *stricto sensu* comme les mesures « qui tendent à la sauvegarde du gage d'un créancier en vue d'une exécution forcée ultérieure » et sont soumises au code des procédures civiles d'exécution, voir Ph. THÉRY et R. PERROT, *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 44, n° 44; la compétence territoriale interne en matière de mesures conservatoires revient aux tribunaux du domicile du défendeur selon l'article R. 511-2 du code des procédures civiles d'exécution. Toutefois, si le débiteur demeure à l'étranger, l'article R. 121-2 prévoit que le juge compétent est celui du lieu d'exécution de la mesure. Un débat oppose toutefois les auteurs sur la possibilité d'étendre la compétence du domicile du débiteur en matière internationale : alors qu'une partie de la doctrine se prononce en sa défaveur, une autre partie considère qu'un juge pourrait autoriser une mesure conservatoire devant être exécutée à l'étranger, voir pour le détail *idem*, *Procédures civiles d'exécution, op. cit.*, p. 45, n° 45; dans le domaine voisin des mesures *provisaires* (prononcées en référé), la règle de compétence territoriale interne et la règle de compétence internationale sont en revanche identiques. Elles reposent sur une option entre la compétence territoriale des juridictions compétentes au fond et de celles du lieu d'exécution de la mesure, voir P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires », *Rev. crit. DIP* 1996, p. 397, n° 22; C. CHAINAIS et al., *Procédure civile : droit interne et européen du procès civil*, 34^e éd., Dalloz, Paris, 2018, p. 1379-1380, n° 1926.

265. F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. La compétence face à la mondialisation économique, op. cit.*, p. 196, n° 297; A. HUET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 1.

266. La règle est de jurisprudence constante, voir H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 63.

les litiges internationaux relatifs aux services publics²⁶⁷ ou en matière d'urgence²⁶⁸. Le droit allemand recourt encore davantage à la création de nouvelles règles de compétence spécifiques à la matière internationale : la loi relative à la procédure en matière familiale et gracieuse (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (FamFG)) dédouble ainsi les règles de compétence territoriale et les règles de compétence internationale pour un grand pan de la matière familiale²⁶⁹. L'adaptation à l'internationalité se fait principalement par la réorganisation de l'ordre des chefs de compétence territoriale couplée à l'adjonction du rattachement de la nationalité des parties.

La création d'une nouvelle règle de compétence internationale peut également se justifier par l'existence de configurations inédites à la matière internationale, pour lesquelles il n'existe aucune règle de compétence territoriale interne pouvant être étendue à l'ordre international. Les hypothèses sont assez limitées. Les articles 14 et 15 du code civil, bien qu'étant bien antérieurs au phénomène d'extension des règles de compétence territoriale interne à l'ordre international et organisant historiquement la compétence internationale de principe des tribunaux français, pourraient, dans la place qu'ils occupent actuellement en droit commun, en constituer un premier exemple. Ils ouvrent en effet l'accès aux tribunaux français au demandeur de nationalité française et au demandeur de toute nationalité lorsque le défendeur est de nationalité française. Ils ne jouent aujourd'hui que de manière subsidiaire, lorsqu'aucun des chefs de compétence ordinaires ne permet de fonder la compétence des juridictions françaises²⁷⁰. Le § 15 de la *Zivilprozessordnung* contient également une sorte de privilège de juridiction fondé sur la nationalité allemande du défendeur lorsque ce dernier réside dans un pays étranger, dans lequel il bénéficie d'une immunité de juridiction, ce qui vise essentiellement les membres du personnel

267. Le principe est celui de la compétence exclusive des juridictions françaises pour connaître des litiges relatifs aux services publics français. Cela concerne des hypothèses aussi distinctes que la rectification d'un acte d'état civil français ou l'annulation d'un brevet déposé auprès des autorités françaises, voir pour les détails A. HUET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n^{os} 41 s. H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n^o 92.

268. L'urgence peut entraîner la compétence internationale du juge français même si aucune règle de compétence ordinaire ne fonde la compétence des tribunaux français. Voir l'abondante jurisprudence citée par A. HUET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n^{os} 64 s. Encore faut-il toutefois que la personne ou le bien concerné par la mesure d'urgence se trouve en France, voir *idem*, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n^o 81 ; ce qui peut conduire à considérer que la compétence fondée sur l'urgence se confond le plus souvent avec la compétence en matière de mesures provisoires ou conservatoires, voir H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n^o 87.

269. Cela concerne plus particulièrement la matière matrimoniale, voir les § 98 et 122 FamFG contenant respectivement la règle de compétence internationale et la règle de compétence territoriale ; les litiges relatifs aux enfants, voir les § 99 et 152 FamFG ; à la filiation, voir les § 100 et 170 FamFG ; à l'adoption, voir les § 101 et 187 FamFG ; aux partenariats enregistrés, voir les § 103 et 270 FamFG ; aux majeurs protégés, voir les § 104, 272 et 313 FamFG ; au *Versorgungsausgleich*, voir les § 102 et 218 FamFG. Le *Versorgungsausgleich* est une institution inconnue du droit français consistant en la « compensation de l'expectative de pensions et rentes » entre les époux au moment du divorce, selon la définition qu'en donne F. STURM, « La Zugewinnngemeinschaft et les régimes conventionnels du droit allemand » in *Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé : actes du colloque de Lausanne du 30 septembre 2005*, sous la dir. d'A. BONOMI et M. STEINER, Librairie Droz, Genève, 2006, p. 80.

270. Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 1985, *Cognacs and Brandies from France*, D. 1986, p. 362, note J. PRÉVAULT ; *Rev. crit. DIP* 1986, p. 712, note Y. LEQUETTE ; *JDI* 1986, p. 719, note A. HUET ; *JCP G* 1987, II, 20810, note P. COURBE ; *GADIP* n^o 71.

diplomatie allemand et leur famille, ainsi que les fonctionnaires de l'État allemand²⁷¹. Sont alors spécialement compétentes les juridictions de leur dernier domicile allemand ou à défaut, l'*Amtsgericht* Schöneberg, qui est l'un des tribunaux de première instance de Berlin.

En outre, la possibilité d'accueil de jugements étrangers dans l'ordre juridique interne et l'absence de principe de force exécutoire de ces derniers, rendant donc encore souvent nécessaire, en dehors du champ d'application de certains règlements européens²⁷², de les soumettre à une procédure d'exequatur, a également appelé la création d'une nouvelle règle de compétence pour déterminer la juridiction internationalement compétente pour mener cette procédure. La compétence internationale revient naturellement aux juridictions de l'État dans lequel le jugement étranger doit être exécuté²⁷³.

Enfin, une dernière règle de compétence internationale propre aux litiges internationaux se fonde sur le déni de justice et permet de donner compétence aux juridictions internes lorsque le demandeur est dans l'impossibilité de saisir les juridictions étrangères et que le litige présente un lien de rattachement minimal avec la France²⁷⁴ ou qu'il existe un besoin de protection juridique en Allemagne²⁷⁵. La problématique du déni de justice est propre à la matière internationale et peut résulter d'un conflit négatif de compétences ou de l'impossibilité matérielle de saisir les tribunaux étrangers²⁷⁶. Dans le même ordre d'idées, le § 23 de la *Zivilprozessordnung* institue un for du patrimoine lorsque le défendeur n'est pas domicilié en Allemagne mais possède des biens sur le territoire allemand, à condition que le litige présente par ailleurs un lien de rattachement suffisant avec l'Allemagne²⁷⁷.

271. G. TOUSSAINT, « ZPO § 15 Allgemeiner Gerichtsstand für extraterritoriale Deutsche » in *Beck'scher Online-Kommentar ZPO*, sous la dir. de V. VORWERK et Chr. WOLF, 37^e éd., C.H. Beck, München, 2020, n^{os} 2 s.

272. Voir en particulier les articles 41 § 1 et 42 § 1 du règlement Bruxelles II bis, l'article 19 du règlement *injonction de payer*, l'article 20 § 1 du règlement *petits litiges*, l'article 17 § 2 du règlement *aliments* et l'article 39 du règlement Bruxelles I bis.

273. En droit allemand, la compétence territoriale est fixée par le § 722 al. 2 ZPO qui désigne le juge du domicile du débiteur ou à défaut le juge du lieu de situation de biens de ce dernier. En droit français, c'est en principe le tribunal du lieu de domicile du défendeur qui connaît de la demande, sur le fondement de l'article 42 CPC, et à défaut de domicile en France, le demandeur peut porter sa demande devant la juridiction de son choix dans le « respect des exigences d'une bonne administration de la justice », voir P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Rép. int. Dalloz*, V^o Jugement étranger (matières civile et commerciale), 2013 (actual. 2020), n^{os} 254-255 ; on pourrait également envisager d'ajouter la compétence du lieu d'exécution de la mesure avant de laisser le choix au demandeur du juge à saisir. Cette solution est préconisée par H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n^o 96.

274. *Idem*, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n^o 87 ; A. HUET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n^o 90.

275. R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 406, n^o 1030.

276. L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 2004, p. 197, n^{os} 216 s. ; R. PATZINA, « ZPO § 12 Allgemeiner Gerichtsstand » in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Band I : §§ 1-354*, sous la dir. de W. KRÜGER et Th. RAUSCHER, 6^e éd., C.H. Beck, München, 2020, n^{os} 98-99.

277. R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 388, n^o 961 ; le lien de rattachement avec l'ordre juridique allemand est toutefois apprécié de manière très large, voir R. PATZINA, « ZPO § 23 Besonderer Gerichtsstand des Vermögens und des Gegenstands » in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Band I : §§ 1-354*, sous la dir. de W. KRÜGER et Th. RAUSCHER, 6^e éd., C.H. Beck, München, 2020, n^o 15.

2° Dans toutes les hypothèses dans lesquelles la compétence internationale générale diffère de la compétence territoriale interne, il peut arriver qu'aucun chef de compétence territoriale interne ne permette d'identifier un tribunal spécialement compétent. Plus particulièrement, lorsque la compétence internationale des tribunaux internes résulte des privilèges de juridiction français fondés sur la nationalité ou d'un risque de déni de justice, il n'y aura en principe aucun tribunal territorialement compétent, en raison du caractère subsidiaire de ces deux règles de compétence internationale, qui ne peuvent être ou ne seront *de facto* employées que lorsqu'aucun autre chef de compétence internationale ne se réalise sur le territoire interne, de sorte qu'il apparaît peu probable qu'existe une compétence territoriale du juge interne.

Il faut donc prévoir une règle de compétence *territoriale* spécifique aux situations internationales dans ces hypothèses. La solution la plus simple est certainement de désigner une juridiction du fond qui aura la charge de connaître de toutes les affaires pour lesquelles les juridictions internes sont internationalement mais non territorialement compétentes. C'est la voie qu'a choisie le législateur allemand en prévoyant, chaque fois que cela est nécessaire, la compétence territoriale subsidiaire de l'*Amtsgericht* Schöneberg à Berlin²⁷⁸. La solution est moins claire en droit français. Elle pourrait tout d'abord passer en priorité par l'article 42, alinéa 3, du code de procédure civile, qui prévoit que si le défendeur n'a ni domicile ni résidence connus, le demandeur domicilié à l'étranger peut saisir la juridiction française de son choix²⁷⁹. À défaut d'application de cet article, la jurisprudence consacre la possibilité pour le demandeur de choisir la juridiction territoriale devant laquelle il souhaite porter son litige, à condition que le choix du tribunal réponde aux « exigences d'une bonne administration de la justice »²⁸⁰.

b. Les justifications de l'adaptation de la règle de compétence

Il existe une certaine convergence des raisons justifiant l'adaptation de la règle de compétence juridictionnelle, qui tiennent à certaines spécificités des situations internationales. Lorsque le législateur ou la jurisprudence décident de se détourner de la méthode stricte de l'extension de la règle de compétence territoriale à l'ordre international, c'est parce qu'ils estiment que les tribunaux internes ont un intérêt particulier à connaître de certains litiges qui leur échapperaient autrement, ou au contraire qu'ils se désintéressent de certains litiges pour lesquels ces tribunaux seraient pourtant territorialement compétents. C'est également cette idée d'intérêt qui justifie la création de nouvelles règles de compétence pour les configurations purement internationales.

La plupart des hypothèses de modification de la règle de compétence territoriale se justifie ainsi par la volonté de s'assurer que l'État aura compétence pour connaître des litiges qui intéressent à un plus ou moins fort degré sa souveraineté. Sont ainsi concernés les successions

278. R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, op. cit., p. 389, nos 965 s.

279. Pour les controverses entourant cet article et son interprétation, voir F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. La compétence face à la mondialisation économique*, op. cit., p. 343 s.

280. H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. int. Dalloz*, op. cit., nos 157-159.

immobilières²⁸¹, les mesures d'exécution forcée²⁸², les procédures d'exequatur²⁸³, les services publics²⁸⁴ et les questions de nationalité²⁸⁵. Le respect de la souveraineté étatique peut également justifier que certains chefs de compétence territoriale interne ne soient pas étendus à l'ordre international, lorsqu'il s'agit de prendre en compte l'existence de souverainetés concurrentes de celle du for : la doctrine allemande reconnaît ainsi par exemple que la compétence internationale des tribunaux allemands fait défaut pour les litiges portant sur des immeubles situés à l'étranger, quand bien même un tribunal allemand serait territorialement compétent²⁸⁶. L'emploi d'un seul chef de compétence soigneusement sélectionné permet donc d'assurer que le for puisse connaître des litiges touchant à sa souveraineté sans empiéter sur celle des autres États.

Pour les différentes matières qui viennent d'être citées, la justification tenant à la souveraineté de l'État se double souvent d'une justification tenant à la bonne administration de la justice, puisque les litiges dont il est question donneront en principe lieu à des jugements devant être exécutés sur le territoire du for²⁸⁷. La reconnaissance d'une compétence internationale des tribunaux internes dans ces domaines épargne donc aux parties l'introduction d'une procédure d'exequatur au for. À titre d'exemple, l'idée de bonne administration de la justice justifie la compétence des tribunaux internes en matière de mesures conservatoires, en ce que celles-ci obéissent à un principe de territorialité et doivent donc être demandées au lieu de situation des biens pour avoir une pleine utilité²⁸⁸. En outre, les juridictions internes seront souvent matériellement les mieux placées pour traiter de ces questions, en raison de leur lien avec le litige. On peut citer à titre d'illustration la compétence en matière de successions immobilières : les juges du pays du lieu de situation de l'immeuble seront mieux à même que les juges du pays du dernier domicile du défunt pour conduire la procédure, ne serait-ce que pour des raisons de proximité géographique.

D'autres adaptations de la règle de compétence juridictionnelle reposent sur l'idée que certains litiges intéressent particulièrement le territoire national, sans pour autant toucher à la souveraineté de l'État, et qu'il faut donc s'assurer par des rattachements adéquats que le juge interne pourra en connaître même s'ils sont affectés d'un élément d'extranéité. De manière générale, il s'agit de permettre au juge interne de pourvoir à la protection du territoire, des personnes qui y vivent ainsi que de leurs biens. L'adaptation de la règle en matière de procédures collectives peut ainsi se justifier par une faveur pour les créanciers résidant sur le territoire français²⁸⁹ et par le fait que le prononcé d'une faillite « intéresse [...] la collectivité, en contribuant à l'as-

281. A. HUET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 26 ; H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 67.

282. A. HUET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 28.

283. H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 96.

284. A. HUET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 42 ; H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 92.

285. *Idem*, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 94.

286. R. PATZINA, « ZPO § 12 Allgemeiner Gerichtsstand », *op. cit.*, nos 106 s.

287. A. HUET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 2.

288. H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 81.

289. A. HUET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 11.

sainissement du commerce »²⁹⁰. La même idée de protection des créanciers anime le § 23 de la *Zivilprozessordnung*²⁹¹, qui permet l'engagement de poursuites judiciaires en Allemagne à l'encontre de personnes résidant habituellement à l'étranger et pour lesquelles aucun for n'existerait autrement en Allemagne²⁹². La reconnaissance d'une compétence en matière d'urgence, en permettant de prendre rapidement des mesures afin de protéger les personnes et les biens, a également pour conséquence de protéger le territoire interne des « désordres et troubles sociaux »²⁹³. La compétence en matière de mesures d'assistance éducative relève de la même idée : les tribunaux internes doivent pouvoir protéger la collectivité des agissements du mineur faisant l'objet desdites mesures²⁹⁴. Enfin, la compétence reposant sur le for de nécessité peut être justifiée par le « souci d'assurer l'ordre sur le territoire »²⁹⁵, même si elle véhicule naturellement une idée plus générale de justice universelle²⁹⁶.

Non loin de cette idée de protection des personnes, l'adaptation de la règle de compétence juridictionnelle peut finalement avoir pour objectif de permettre aux ressortissants nationaux de saisir ou d'être attrait devant les tribunaux de leur pays d'origine. L'exemple le plus évident est celui des privilèges de juridiction des articles 14 et 15 du code civil, mais la remarque vaut également pour le § 15 de la *Zivilprozessordnung* et certaines règles du droit allemand de la famille. Pour commencer par les articles 14 et 15 du code civil, la compétence des tribunaux de la nationalité peut être justifiée par le fait qu'ils constituent un juge naturel pour les défendeurs français, juge auquel il fallait également permettre aux demandeurs français d'accéder par souci de réciprocité²⁹⁷. S'agissant du § 15 de la *Zivilprozessordnung*, la compétence des tribunaux de la nationalité s'explique par le fait que certains nationaux résidant à l'étranger bénéficient d'une immunité de juridiction qui exclut la compétence des tribunaux de leur résidence habituelle²⁹⁸. En ouvrant un chef de compétence fondé sur la nationalité, leur ordre juridique d'origine permet, ou facilite à tout le moins, les poursuites judiciaires à leur encontre²⁹⁹, ce qui n'est pas loin de se rattacher dans certains cas à l'idée d'éviter un déni de justice aux demandeurs agissant contre ces ressortissants nationaux. L'emploi du rattachement de la nationalité par le législateur allemand en droit de la famille permet finalement non seulement l'accès aux tribunaux internes aux

290. P. MAYER, V. HEUZÉ et B. RÉMY, *Droit international privé*, op. cit., p. 223, n° 325.

291. G. TOUSSAINT, « ZPO § 23 Besonderer Gerichtsstand des Vermögens und des Gegenstands » in *Beck'scher Online-Kommentar ZPO*, sous la dir. de V. VORWERK et Chr. WOLF, 37^e éd., C.H. Beck, München, 2020, n° 3.

292. R. PATZINA, « ZPO § 23 Besonderer Gerichtsstand des Vermögens und des Gegenstands », op. cit., n° 1, citant l'arrêt BGH, 20 avril 1993, aff. XI ZR 17/90, NJW 1993, 2683 = ZIP 1993, 1000 = MDR 1994, 1146 = WM 1993, 1109 = BB 1993, 670 = DB 1993, 2020.

293. A. HUET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 64 ; dans le même sens, H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. int. Dalloz*, op. cit., n° 85.

294. *Idem*, *Rép. int. Dalloz*, op. cit., n° 62.

295. *Idem*, *Rép. int. Dalloz*, op. cit., n° 85 ; dans le même sens, A. HUET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 85.

296. *Idem*, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 85.

297. B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, op. cit., p. 447, n° 2 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, op. cit., p. 732, n° 725.

298. G. TOUSSAINT, « ZPO § 15 Allgemeiner Gerichtsstand für exterritoriale Deutsche », op. cit., n° 6.

299. *Ibid.*, n° 6.

ressortissants allemands résidant à l'étranger, mais également l'application du droit allemand à leur litige en raison de l'emploi généralisé de ce critère en matière de conflit de lois³⁰⁰.

En conclusion, l'adaptation de la compétence juridictionnelle peut passer par la modification de la règle de compétence territoriale interne ou par la création d'une nouvelle règle de compétence internationale lorsque la règle de compétence territoriale interne est inexistante ou insatisfaisante. Ces adaptations sont justifiées essentiellement par des considérations de souveraineté, de protection du territoire national et de sa population et plus ponctuellement par la volonté d'assurer aux nationaux l'accès aux tribunaux de leur pays. Si l'internationalité entraîne ainsi certaines adaptations sur le plan de la compétence juridictionnelle, il en est de même sur le terrain de la loi applicable.

2. Les règles de conflit de lois à coloration matérielle

Il pourrait être soutenu que toute règle de conflit de lois constitue déjà en elle-même une règle spécifique aux situations internationales, si l'on considère qu'elle ne s'applique qu'aux situations qui présentent un élément d'extranéité³⁰¹. Toutefois, dans la mesure où l'application de la règle de conflit de lois entraîne par principe une nationalisation du traitement de l'internationalité, il ne nous semble pas que puisse être affirmé que l'applicabilité de la règle de conflit de lois en tant que telle entraîne un traitement particulier des situations internationales³⁰². En envisageant le traitement spécifique de l'internationalité sur le terrain du conflit de lois, nous entendons faire référence à un autre phénomène, présenté parfois comme un remède à la nationalisation du traitement de l'internationalité³⁰³, qui est celui des règles de conflit de lois à coloration matérielle. Ces règles permettent en effet d'orienter indirectement le résultat de la désignation de la loi applicable, dans la mesure où la structure de la règle de conflit de lois à coloration matérielle exprime la poursuite d'un but matériel³⁰⁴. C'est en cela qu'elle instaure un

300. Ce fut notamment la raison de la modification de la règle de compétence de droit commun allemand en matière de successions, voir Chr. HEINRICH, « ZPO § 27 Besonderer Gerichtsstand der Erbschaft » in *Zivilprozessordnung : ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar*, sous la dir. de H.-J. MUSIELAK et W. VOIT, 17^e éd., Franz Vahlen, München, 2020, n° 2.

301. Sur ce dernier aspect, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, op. cit., p. 73, n° 90 ; P. MAYER, V. HEUZÉ et B. RÉMY, *Droit international privé*, op. cit., p. 81, n° 90 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, op. cit., p. 178, n° 276 ; E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », op. cit., p. 73, n° 141 ; J.-L. ELHOUEISS, « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », art. cit., p. 42, nbp n° 5 ; O. CACHARD et P. KLÖTGEN, *Droit international privé*, op. cit., p. 145, n° 275.

302. Voir *supra*, p. 58 s.

303. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, op. cit., p. 138.

304. Voir entre autres, W. WENGLER, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *Rev. crit. DIP* 1963, p. 223 ; 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*, Librairie de l'Université Georg & Cie, Genève, 1985, p. 249, n° 507 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général », op. cit., p. 228, n° 217 ; E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », op. cit., p. 27, n° 20 ; P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain ; cours général de droit international privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 196, 1986,

traitement particulier des situations internationales par rapport aux situations internes : comme l'exprimait W. Wengler, les règles de conflit à coloration matérielle « font différer les régimes des situations internes et internationales »³⁰⁵.

Les techniques employées par la règle de conflit de lois à coloration matérielle sont connues, mais il faudra brièvement les rappeler. Elles varient selon l'objectif qui est poursuivi par l'auteur de la règle. Lorsqu'il s'agit de *favoriser* l'obtention d'un certain résultat, la règle de conflit de lois emploie des rattachements alternatifs ou subsidiaires³⁰⁶, ce qui offre potentiellement une multiplicité de lois applicables, dont l'une permettra dans l'idéal d'atteindre l'objectif poursuivi. Au contraire, l'emploi de rattachements cumulatifs permet de décourager l'atteinte d'un certain résultat et manifeste donc une idée de *défaveur*, d'« hostilité »³⁰⁷. Le résultat envisagé ne pourra être atteint qu'à la condition d'être autorisé par toutes ou plusieurs des lois entretenant un lien avec la situation – selon les facteurs de rattachement retenus par la règle –, puisque l'emploi de rattachements cumulatifs aura pour effet de faire primer la loi qui refuse de faire produire effet à la situation ou qui lui reconnaît le moindre effet³⁰⁸. Cette idée de défaveur peut parfois se coupler à celle de protection³⁰⁹, puisque l'hostilité envers l'obtention d'un certain résultat peut avoir pour objectif de protéger une partie réputée faible³¹⁰.

À ces manifestations classiques, il est possible de rattacher une hypothèse plus particulière, issue du règlement Rome I, qui correspond au cas dans lequel le choix de la loi applicable par les parties est limité par une règle de conflit de lois imposant l'application de la loi objectivement applicable si la loi choisie prive la partie réputée faible de la protection assurée par les dispositions impératives de la loi objectivement applicable³¹¹. Ces dispositions, bien que ne correspondant pas à l'hypothèse traditionnelle de la règle de conflit à coloration matérielle, ont été analysées

p. 56, n° 41 ; A. BUCHER, « Sur les règles de rattachement à caractère substantiel » in *Liber Amicorum Adolf F. Schnitzer offert à l'occasion de son 90^e anniversaire le 30 juillet 1979 par la Faculté de Droit de l'Université de Genève*, Librairie de l'Université Georg & Cie, Genève, 1979, p. 37 ; V. HEUZÉ, « La volonté en droit international privé », *Droits* 1999, p. 124.

305. W. WENGLER, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *art. cit.*, p. 223.

306. H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général », *op. cit.*, p. 232, n° 220 ; A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 330, 2011, p. 77, n° 37 ; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 141 ; Th. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht : mit internationalem Verfahrensrecht*, *op. cit.*, n° 315 ; K. SIEHR, *Internationales Privatrecht : deutsches und europäisches Kollisionsrecht für Studium und Praxis*, *op. cit.*, p. 407.

307. H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général », *op. cit.*, p. 232, n° 220 ; K. SIEHR, *Internationales Privatrecht : deutsches und europäisches Kollisionsrecht für Studium und Praxis*, *op. cit.*, p. 407.

308. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 144.

309. *Ibid.*, p. 144.

310. Il ne faut en outre pas exagérer la différence entre règles à rattachements alternatifs et à rattachements cumulatifs, puisque chacune de ces règles peut en réalité être exprimée sous une forme alternative ou sous une forme cumulative, voir I. KIRSCH, « La loi la plus favorable. Réflexions à propos de l'article 9(3), 2 de la loi uniforme Benelux » in *Ius et lex. Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1959, p. 382.

311. Règlement, articles 6 § 2 et 8 § 2.

comme comportant une « incorporation dans l'énoncé de la règle de conflit d'un présupposé de droit matériel »³¹² et constituent une forme d'application cumulative des lois.

Les objectifs concrets poursuivis par les règles de conflit de lois à coloration matérielle sont multiples et variés. Les règles cherchant à favoriser l'obtention d'un certain résultat sont majoritaires par rapport aux règles cherchant à en décourager l'obtention. Elles se rencontrent tout d'abord avec une grande fréquence en droit de la famille : sont ainsi concernés en droits français et allemand la validité du mariage au fond³¹³ comme en la forme³¹⁴, l'établissement de la filiation³¹⁵ tout comme sa contestation³¹⁶, l'octroi d'aliments pour certains créanciers³¹⁷ et l'obtention du divorce³¹⁸. En dehors de la matière familiale, les règles de conflit de lois à coloration matérielle permettent de favoriser la validité formelle de certains actes juridiques comme les contrats³¹⁹ ou les testaments³²⁰, la réparation de certains dommages, comme les dommages

312. H. BATAIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé. Tome I. Sources - Nationalité. Condition des étrangers. Conflits de lois théorie générale*, op. cit., p. 452, n° 269 ; dans le même sens, H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général », op. cit., p. 233, n° 220.

313. Th. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht : mit internationalem Verfahrensrecht*, op. cit., p. 84, n° 327 donne l'exemple de l'article 13 al. 2 EGBGB qui prévoit que le droit allemand peut être appliqué dans certaines hypothèses si une condition de validité du mariage de la loi étrangère normalement applicable n'est pas remplie. C'est donc un rattachement subsidiaire qui est introduit.

314. L'application analogue de l'article 11 al. 1 EGBGB aux conditions de forme du mariage conduit à admettre la validité de ce dernier s'il répond aux conditions de la loi du lieu de célébration ou de la loi nationale des époux.

315. L'article 19 al. 1 EGBGB prévoit plusieurs rattachements alternatifs pour l'établissement de la filiation, sans pour autant que l'emploi de ceux-ci ne soit spécifiquement conditionné à l'obtention du lien de filiation, voir Th. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht : mit internationalem Verfahrensrecht*, op. cit., p. 83, n° 323. L'article 311-17 c. civ. prévoit que la reconnaissance volontaire de paternité est valable si elle a été faite en conformité de la loi nationale du père ou de l'enfant. L'ancien article 311-16, abrogé par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, prévoyait également des rattachements alternatifs en matière de légitimation.

316. L'article 20 EGBGB prévoit une alternative entre l'application de la loi selon laquelle la filiation a été établie et de la loi de la résidence habituelle de l'enfant, voir *ibid.*, p. 83, n° 324.

317. L'article 311-18 c. civ. prévoit, pour l'action à fins de subsides, une alternative entre la loi de la résidence habituelle de l'enfant et celle du débiteur. De même, l'article 4 du protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires prévoit des rattachements subsidiaires pour les demandes d'aliments entre personnes qui ne sont pas des (anciens) époux.

318. L'article 8 du règlement Rome III prévoit des rattachements subsidiaires en matière de loi applicable au divorce et l'article 10 des dispositions spécifiques permettant de divorcer selon la *lex fori* si le divorce n'est pas permis par la loi normalement applicable.

319. L'article 11 al. 1 EGBGB, déjà cité, soumet la validité formelle d'un acte juridique à la loi du lieu de conclusion de l'acte ou à la loi applicable au fond. L'article 11 § 1 du règlement Rome I prévoit la même règle, tout comme le droit international privé commun français issu de l'arrêt Cass. 1^{re} civ., 28 mai 1963, *Charlie Chaplin*, *Rev. crit. DIP* 1964, p. 513, note Y. LOUSSOUARN ; *JDI* 1963, p. 1004, note B. GOLDMAN ; *JCP G* 1963, II, 13347, note Ph. MALAURIE ; *Rec. gén. lois* 1963, p. 633, note G. A. L. DROZ ; *GADIP* n° 40.

320. L'article 1^{er} de la convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires prévoit pas moins de huit rattachements alternatifs.

plurilocalisés³²¹, résultant d'atteintes à l'environnement³²² ou qui sont le fait de produits défectueux³²³, la reconnaissance de l'action directe de la victime contre l'assureur de l'auteur du dommage³²⁴ et la protection de parties réputées faibles comme le consommateur et le salarié³²⁵. Les rattachements cumulatifs concernent, pour leur part, les conditions de fond du mariage³²⁶, l'octroi du *Versorgungsanspruch* en droit allemand³²⁷, l'octroi d'aliments pour certains créanciers³²⁸ et la délivrance du consentement à l'établissement de la filiation, à l'adoption ou au choix du nom d'un enfant³²⁹.

Les règles de conflit de lois à coloration matérielle qui viennent d'être énumérées font toutes exception à la neutralité de principe de la règle de conflit de lois. Dès lors qu'elles poursuivent un objectif matériel propre aux situations internationales, on peut en conclure qu'elles sont susceptibles d'entraîner un traitement spécifique de l'internationalité par rapport aux situations internes. Tel sera particulièrement le cas lorsque l'objectif matériel poursuivi n'est pas en adéquation avec celui qui est poursuivi par le droit interne pour les situations internes, ainsi que nous aurons l'occasion de le détailler³³⁰.

321. L'article 40 al. 1 EGBGB prévoit une option pour la victime entre la loi du lieu de réalisation du fait générateur et la loi du lieu de survenance du dommage. De même, la Cour de cassation a parfois jugé, comme dans l'arrêt Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 1997, *Gordon & Breach*; *Rev. crit. DIP* 1997, p. 504, note J.-M. BISCHOFF; *JCP G* 1997, II, 22903, note H. MUIR WATT, que le lieu du fait dommageable s'entend « aussi bien de celui du fait générateur que du lieu de réalisation de ce dernier », offrant une option quant à la loi applicable, qui pourrait toutefois n'être que virtuelle, car devant être résolue au profit de la loi qui présente les liens les plus étroits avec le litige, voir S. CLAVEL, *Droit international privé, op. cit.*, p. 656, n^{os} 1111 s.

322. Voir l'article 7 du règlement Rome II.

323. L'article 6 de la convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits prévoit dans certaines hypothèses une possibilité de choix entre la loi de l'établissement principal de l'auteur du dommage et la loi de réalisation du fait dommageable.

324. Voir l'article 40 al. 4 EGBGB et, de manière plus ponctuelle, l'article 9 de la convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière.

325. Voir les articles 6 § 2 et 8 § 1 du règlement Rome I qui autorisent le choix de la loi applicable mais à condition de ne pas priver le travailleur ou consommateur de la protection des dispositions impératives de la loi applicable à défaut de choix.

326. L'article 202-1 al. 1 c. civ. et l'article 13 al. 1 EGBGB prévoient certes une application *distributive* de la loi personnelle des époux ; lorsque les époux sont de nationalité différente, l'application de leurs lois sera toutefois *de facto* cumulative puisqu'il faudra que ni l'une ni l'autre ne prévienne d'empêchement à mariage pour que ce dernier puisse être conclu.

327. Le *Versorgungsanspruch* est une institution inconnue du droit français consistant en la « compensation de l'expectative de pensions et rentes » entre les époux au moment du divorce, selon la définition qu'en donne F. STURM, « La Zugewinngemeinschaft et les régimes conventionnels du droit allemand », *op. cit.*, p. 80. L'article 17 al. 4 EGBGB prévoit, sauf exception, que cette compensation n'est réalisée que si le droit allemand est applicable et que la loi personnelle des époux connaît cette institution.

328. L'article 6 du protocole de La Haye de 2007 prévoit que le débiteur peut s'opposer à la demande d'aliments au motif qu'une obligation alimentaire n'existe à son égard ni selon la loi du pays de sa résidence habituelle, ni selon la loi du pays de la nationalité qu'il a en commun avec le demandeur. Il résulte donc de cette règle, combinée à l'article 3 qui prévoit l'application de la loi de la résidence habituelle du créancier, que toutes les lois mentionnées devront reconnaître l'existence d'une obligation alimentaire si le débiteur choisit de se servir de ce moyen de défense.

329. L'article 23 EGBGB prévoit, en plus de l'application de la loi normalement applicable en vertu de l'article 22 EGBGB, celle de la loi personnelle de l'enfant à la question de la nécessité et de l'expression du consentement à l'adoption.

330. Voir *infra*, p. 219 s.

En conclusion, l'adaptation conflictuelle à l'internationalité prend une forme différente en matière de compétence juridictionnelle et de loi applicable. Dans le premier cas, elle passe par une différenciation de la règle de compétence internationale par rapport à la règle de compétence territoriale interne, alors que dans le second, elle se manifeste par l'adoption de règles de conflit de lois à coloration matérielle visant à favoriser ou décourager l'obtention d'un certain résultat matériel dans la réglementation des situations internationales. Si elle n'est donc pas rare au stade conflictuel, l'adaptation à l'internationalité peut également se manifester au stade de l'application du droit matériel.

B. *L'adaptation matérielle à l'internationalité*

Alors que le droit matériel interne est par principe élaboré dans la seule considération des situations purement internes, les situations internationales présentent parfois des caractéristiques propres qui nécessitent une adaptation de ce droit³³¹. Cette adaptation peut emprunter plusieurs voies. La plus courante est certainement la méthode de la réglementation directe, qui consiste à créer de nouvelles règles matérielles spécifiques aux situations internationales (A.). D'autres techniques juridiques peuvent toutefois également être employées (B.).

1. *Les règles matérielles*

L'élaboration de règles matérielles propres aux situations internationales est le moyen le plus direct d'instaurer un traitement matériel spécifique pour cette catégorie de situations. Le développement de cette méthode repose sur le constat que les règles matérielles de droit interne, initialement forgées en seule considération des situations internes, sont parfois inadaptées aux spécificités des situations internationales, lesquelles demandent alors la création de règles matérielles propres³³². E. Steindorff, qui a certainement été en Allemagne le défenseur le plus radical de la méthode de la réglementation directe, allait même jusqu'à considérer la nationalisation du traitement de l'internationalité par la règle de conflit de lois comme une « absurdité »³³³. Sans aller jusque-là, il faut observer que l'existence de règles matérielles propres aux situations internationales n'est pas nouvelle : le droit romain connaissait déjà un *jus gentium* applicable « aux rapports entre citoyens romains et pérégrins, et aux rapports entre pérégrins de cités dif-

331. Voir entre autres, A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », *op. cit.*, p. 82, n° 41 ; G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht : ein Studienbuch*, *op. cit.*, p. 59. Voir en détail *infra*, p. 205 s.

332. P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », *op. cit.*, p. 97 ; voir plus particulièrement, s'agissant des contrats internationaux, P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Y. LOUSSOUARN, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 446-447, n° 353 ; J.-M. JACQUET, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 85 ; Ph. LÉBOULANGER, « La notion d'« intérêts » du commerce international », *art. cit.*, p. 190 ; S. CHATILLON, *Le contrat international*, 3^e éd., Vuibert, Paris, 2007, p. 16 ; E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 41-42, n° 46.

333. F. STURM et G. STURM, « Einl zum IPR » in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. EGBGB/IPR : Internationales Privatrecht (Einleitung zum IPR)*, Sellier-de Gruyter, Berlin, 2012, n° 98 ; voir de manière générale E. STEINDORFF, *Sachnormen im internationalen Privatrecht*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1958.

férentes »³³⁴ et le Moyen Âge une *lex mercatoria* propre à la communauté des marchands et spécifiquement applicable à leurs rapports internationaux³³⁵. Pour autant, toutes les situations internationales ne nécessitent pas de réglementation spéciale du fait de leur internationalité³³⁶. La méthode de la réglementation directe ne constitue en effet qu'une exception à la méthode conflictuelle³³⁷.

Les droits français et allemand donnent un certain nombre d'exemples de règles matérielles, qu'elles soient de fond ou de procédure. Sur le fond, c'est avant tout en matière commerciale que l'on rencontre des règles matérielles spécialement forgées pour les contrats internationaux. Cette modification du contenu du droit interne peut exprimer différents objectifs. La règle matérielle peut premièrement avoir pour objet de conférer aux parties à un contrat international « certains droits ou certaines libertés qui leur seraient refusés dans les relations internes »³³⁸. Les règles matérielles dégagées par la jurisprudence française au cours du XX^e siècle en donnent une bonne illustration. L'arrêt *Matter* a ainsi reconnu la validité des clauses-or dans les contrats internationaux alors que celles-ci étaient interdites dans les contrats internes³³⁹. Par la suite, les arrêts *Mardelé* et *Dambricourt* ont reconnu la validité des clauses compromissoires dans les contrats internationaux, à une époque où celles-ci étaient également interdites en droit interne³⁴⁰. L'arrêt *Galakis* a enfin reconnu la possibilité pour les personnes morales de droit public de conclure une clause compromissoire dans les contrats internationaux³⁴¹.

Les règles matérielles peuvent aussi, et au contraire, avoir pour objet de créer des « entraves au commerce international » dans le but de « protéger [l]es intérêts nationaux » d'un État³⁴². Un exemple original, cité par M. Loquin dans son cours de La Haye consacré aux règles matérielles internationales, est l'article R. 1245-2 du code de la santé publique qui prévoit certaines conditions à l'entrée sur le territoire national des éléments ou produits du corps humain³⁴³. Ne sont visées par cet article que des situations internationales, en raison de la provenance étrangère

334. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, p. 59, nbp n° 50.

335. F. STURM et G. STURM, « Einl zum IPR », *op. cit.*, n° 105.

336. P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », *op. cit.*, p. 99 ; H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *op. cit.*, p. 109. Voir également de manière détaillée *infra*, p. 202 s.

337. Le point de savoir si la règle matérielle doit jouer avant ou après application de la règle de conflit de lois (et donc désignation de la loi du for) est toutefois contesté, voir p. ex. P. MAYER, V. HEUZÉ et B. RÉMY, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 35, n° 19 ; K. SIEHR, *Internationales Privatrecht : deutsches und europäisches Kollisionsrecht für Studium und Praxis*, *op. cit.*, p. 362 ; K. SCHURIG, *Kollisionsnorm und Sachrecht. Zu Struktur, Standort und Methode des internationalen Privatrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981, p. 331-332.

338. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Y. LOUSSOUARN, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 641, n° 475.

339. Cass. civ., 17 mai 1927, *Pélicier du Besset*, DP 1928.I.25, concl. MATTER, note H. CAPITANT ; S. 1927.I.289, note P. ESMEIN.

340. Cass. civ., 19 févr. 1930, *Mardelé*, et 27 janv. 1931, *Dambricourt* ; *Rev. crit. DIP* 1931, p. 541 ; S. 1933 I 41, note J.-P. NIBOYET.

341. Cass. 1^{re} civ., 2 mai 1966, *Galakis*, D. 1966, p. 575, note J. ROBERT ; *Rev. crit. DIP* 1967, p. 553, note B. GOLDMAN ; JDI 1966, p. 648, note P. LEVEL ; GADIP n° 44.

342. E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 146, n° 342, p. 159, n° 375.

343. *Ibid.*, p. 157, n° 372.

desdits éléments et produits, qui se voient imposer des restrictions qui n'existent pas pour les situations internes.

Les exemples qui viennent d'être donnés sont de source nationale. Les plus importantes des règles matérielles ou régimes de droit matériel propres aux contrats internationaux sont toutefois d'origine supranationale. Des conventions internationales de droit matériel ont ainsi été adoptées en matière de contrats de vente³⁴⁴ ou de transports internationaux³⁴⁵. Un certain nombre de règles matérielles sont également issues de la pratique des opérateurs du commerce international³⁴⁶ ou élaborées par certains organismes internationaux, tels que les Incoterms développés par la Chambre de commerce internationale ou les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international³⁴⁷.

La matière commerciale a parfois été présentée comme la seule dans laquelle la méthode de réglementation directe aurait une place³⁴⁸, mais tel n'est pas ou plus le cas aujourd'hui. La matière personnelle et familiale contient également un nombre croissant de règles matérielles internationales³⁴⁹. Il existe en effet d'importants instruments conventionnels de droit matériel en vigueur dans cette matière, à l'image de la convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale ou de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Sur un plan national, les codes civils français et allemand en fournissent également des exemples plus ponctuels, à l'image de l'article 171-1 du code civil et du § 1309 BGB en matière de mariages célébrés à l'étranger ou impliquant un époux étranger.

Un certain nombre de règles matérielles de procédure ont enfin été adoptées spécifiquement pour les litiges internationaux. Il existe ainsi un régime particulier de notification et signification

344. Voir p. ex. la convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises.

345. Voir ainsi la convention de Varsovie du 12 octobre 1929 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, la convention de Montréal du 28 mai 1999 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, la convention de Genève du 19 mai 1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route, la convention de Berne du 9 mai 1980 relative aux transports internationaux ferroviaires, la convention d'Athènes du 13 décembre 1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages.

346. B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : (sur la crise des conflits de lois) » *in Rec. cours La Haye*, vol. 186, 1984, p. 257-258.

347. E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 97, n° 212.

348. B. OPPÉTTIT, « Le développement des règles matérielles », *art. cit.*, p. 127.

349. Sur l'ensemble de cette question, voir E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 66 s., n°s 123 s.

des actes de procédure³⁵⁰, d'obtention des preuves lorsque celles-ci sont situées à l'étranger³⁵¹, des délais de procédure particuliers à la matière internationale³⁵², une aide judiciaire propre aux litiges internationaux³⁵³, un régime de litispendance et de connexité propre aux conflits de procédures naissant entre un tribunal interne et un tribunal étranger³⁵⁴ et un régime spécifique de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers³⁵⁵.

Il s'infère de l'ensemble de ces développements que les règles matérielles spécialement for- gées pour les situations internationales se rencontrent fréquemment en droit international privé. Cette relative popularité de la méthode de la réglementation directe ne doit toutefois pas occulter l'existence d'autres techniques d'adaptation matérielle à l'internationalité.

2. Les autres techniques d'adaptation matérielle

Le droit matériel déclaré applicable par la règle de conflit de lois peut être adapté aux spé- cificités de l'internationalité sans qu'il ne soit nécessaire de passer par l'élaboration de règles matérielles spécifiques aux situations internationales. Deux techniques particulières seront pré- sentées : la méthode de l'adaptation et la prise en compte de l'internationalité en tant que fait.

Une première manière d'adapter le contenu du droit matériel interne à l'internationalité est le recours à la technique de l'adaptation (*Angleichung*). Une telle adaptation peut tout d'abord être rendue nécessaire par les tensions résultant de l'application *simultanée* de deux droits na- tionaux³⁵⁶, cas de figure pouvant se rencontrer lorsque différents aspects d'une même situa- tion internationale doivent être régis par différents droits en vertu de la règle de conflit de lois.

350. Ces procédures sont notamment prévues par le règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judi- ciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (« signification ou notification des actes »), et abrogeant le règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil; la convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signi- fication et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale; les articles 683 s. CPC et le § 183 ZPO. D'autres règlements européens prévoient encore leur propre régime de notification et de signification, tels que le règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées et le règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer.

351. Cette procédure est notamment prévue par la convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale, le règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale, les articles 733 s. CPC et le § 363 ZPO.

352. Voir p. ex. l'article 643 CPC et les § 1944 al. 2 et 1954 al. 3 BGB.

353. Voir la directive 2002/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires, qui prévoit l'octroi d'une aide judiciaire dans certaines configurations procédurales internationales pour couvrir les « frais liés au caractère transfrontalier de la procédure ».

354. Voir p. ex. les articles 29 s. du règlement Bruxelles I bis et les articles 19 s. du règlement Bruxelles II bis.

355. Voir p. ex. les articles 36 s. du règlement Bruxelles I bis et les articles 21 s. du règlement Bruxelles II bis.

356. G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht : ein Studienbuch*, op. cit., p. 59; dans le même sens, M. H. LEWALD, « Règles générales des conflits de lois. Contribution à la technique du droit international privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 69, 1939, p. 136, n° 56.

L'exemple-type est celui de la possible divergence entre la loi applicable au régime matrimonial et la loi applicable à la succession, qui peut conduire à un résultat insatisfaisant en cas de décès d'un époux, conduisant à conférer trop ou trop peu de droits au conjoint survivant relativement à ce que l'un ou l'autre des droits lui aurait accordé s'il avait été seul applicable³⁵⁷. La solution passe par une adaptation du droit interne, qui n'est pas très éloignée de la création d'une nouvelle règle matérielle, plus particulièrement lorsqu'elle conduit à l'« élaboration d'une solution matérielle *ad hoc* »³⁵⁸.

Une adaptation du droit interne peut également être rendue nécessaire par l'application *successive* de lois différentes à une même situation internationale. La jurisprudence française donne ainsi des exemples d'adaptation du droit interne lorsqu'une institution étrangère est admise à produire des effets dans l'ordre juridique interne, afin d'« ajust[er] son règlement substantiel aux antécédents que fournit la loi primitivement désignée »³⁵⁹. L'arrêt *Chemouni*³⁶⁰ rendu le 19 février 1963 par la Cour de cassation assimile par exemple un mariage polygamique conclu à l'étranger à un cas de polygamie successive afin de pouvoir accorder à la seconde épouse une pension alimentaire en vertu de la contribution aux charges du mariage³⁶¹. L'adaptation du droit matériel interne aura donc ici aussi pour conséquence de soumettre les situations internationales à un droit légèrement différent de celui qui s'applique aux situations internes.

Une deuxième manière d'adapter le contenu du droit matériel interne aux spécificités de l'internationalité est la prise en compte de cette dernière en tant que fait au moment de son application³⁶². Cette prise en compte peut tout d'abord se faire à travers les notions-cadre (*Generalklausel*) du droit interne, qui se prêtent aisément à une prise en considération de conceptions du droit étranger au moment de leur interprétation³⁶³. L'internationalité de la situation peut toutefois aussi être prise en compte lors de l'application d'autres règles de droit interne³⁶⁴. Le fait que la situation internationale entretienne des liens avec un ordre juridique étranger peut ainsi globalement avoir pour conséquence de modifier les standards selon lesquels le juge appréciera les faits, ce qui pourra le conduire à admettre, en application du droit interne, la licéité de cer-

357. B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé, op. cit.*, p. 347, n° 402.

358. *Ibid.*, p. 349, n° 404.

359. B. ANCEL, *Rép. int. Dalloz*, V° Conflits de lois dans le temps, 2000 (actual. 2013), n° 82 ; dans le même sens, B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé, op. cit.*, p. 344, n° 400.

360. Cass. 1^{re} civ., 19 févr. 1963, *Chemouni*, *Rev. crit. DIP* 1963, p. 559, note D. HOLLEAUX ; *JDI* 1963, p. 986, note A. PONSARD ; *Rec. gén. lois* 1963, p. 315, note G. A. L. DROZ ; *GADIP* n°s 30-31.

361. B. ANCEL, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 82.

362. En ce sens, J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts, op. cit.*, p. 101 ; G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht : ein Studienbuch, op. cit.*, p. 59 ; B. ANCEL, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 82.

363. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts, op. cit.*, p. 101 ; dans le même sens, Chr. von BAR et P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht. Band I. Allgemeine Lehren, op. cit.*, p. 207-208.

364. Cette prise en compte serait même possible pour l'application de toutes les règles de droit matériel selon M. ANDRAE, *Internationales Familienrecht*, 4^e éd., Nomos, Baden-Baden, 2019, p. 646.

tains comportements dans un contexte international alors qu'il les aurait sanctionnés dans un contexte purement interne³⁶⁵.

Le droit positif prévoit parfois expressément une telle prise en considération de l'internationalité : l'article 17 du règlement Rome II impose ainsi la prise en compte, en tant qu'élément de fait, des règles de sécurité et de comportement du lieu de survenance du fait dommageable pour évaluer le comportement de l'auteur du dommage. Le juge interne, qui appliquerait le droit interne – ou tout autre droit étranger – en tant que loi du lieu de survenance du dommage, pourrait donc être conduit à interpréter différemment ce droit matériel en raison du fait que le fait générateur du dommage est survenu à l'étranger. La jurisprudence allemande donne également des exemples de prise en compte de l'internationalité dans d'autres matières, telles que les régimes matrimoniaux³⁶⁶. Avec cette technique, l'appréciation et l'application du droit interne diffèrent donc *in fine* selon que la situation est uniquement rattachée à l'ordre juridique du for ou qu'elle entretient des liens avec plusieurs ordres juridiques étatiques.

En conclusion, le traitement réservé par le droit interne aux situations internes peut faire l'objet de nombreuses modifications pour s'adapter à l'internationalité d'une situation, que cela soit sur un plan conflictuel ou sur un plan matériel. Il ne s'agit toutefois pas de la seule hypothèse de traitement spécifique des situations internationales par rapport aux situations internes ; l'internationalité offre en effet également la possibilité de s'extraire du cadre juridique interne pour se soumettre à un ordre juridique étranger.

§ 2. La soumission à un ordre juridique étranger

Les situations internationales peuvent, contrairement aux situations internes³⁶⁷, s'extraire de l'ordre juridique interne pour se soumettre à un ordre juridique étranger, que cela soit sur le terrain du juge compétent ou de la loi applicable. Ce phénomène peut résulter de la mise en œuvre de la règle de conflit de lois ou de juridictions (A.) ou de la volonté des parties (B.).

A. Le résultat de la mise en œuvre de la règle de conflit

Nous avons vu que l'application de la règle de conflit de lois ou de juridictions conduit à la nationalisation du traitement de l'internationalité et donc en principe à un traitement identique de l'interne et de l'international³⁶⁸. Ce faisant, nos développements se fondaient sur l'hypothèse

365. G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht : ein Studienbuch*, op. cit., p. 62. Ces auteurs citent notamment comme exemple les conditions d'hygiène, qui peuvent être appréciées différemment lors d'un voyage à l'étranger dans un pays exotique que d'un séjour en Allemagne.

366. Voir p. ex. l'arrêt BGH, 26 mai 1982, aff. IVb ZR 675/80, NJW 1982, 1940 = MDR 1982, 1002 = FamRZ 1982, 795, cité par E. LORENZ, « Zur Zweistufentheorie des IPR und zu ihrer Bedeutung für das neue internationale Versorgungsausgleichsrecht », art. cit., p. 646.

367. L'opportunité de cette restriction sera abordée *infra*, p. 433 s.

368. Voir *supra*, p. 58 s.

dans laquelle la règle de conflit de lois renvoyait à l'application du droit interne du for. La règle de conflit peut cependant également conduire à l'application d'une loi étrangère. Elle entraînera dans ce cas, du point de vue du for et par comparaison avec les situations internes à son ordre juridique, un traitement spécifique de l'internationalité, résidant dans l'application de cette loi étrangère.

Le même raisonnement peut être tenu en matière de compétence juridictionnelle. La dispersion des éléments intrinsèques d'une situation internationale entre plusieurs ordres juridiques étatiques a pour conséquence de permettre aux parties à cette situation, que l'on considèrera pour les besoins de la démonstration comme étant en partie rattachée à l'ordre juridique interne, de saisir un juge étranger, pour peu que l'un des éléments d'extranéité permette de fonder sa compétence.

En matière de *loi applicable*, le constat selon lequel l'internationalité a la spécificité de permettre l'application d'une loi étrangère peut être effectué que la règle de conflit de lois soit unilatérale ou bilatérale. Concernant tout d'abord la règle de conflit de lois bilatérale, dès lors que la détermination de la loi applicable passe par la sélection d'un ordre juridique avec lequel la situation entretient un lien pertinent, l'application de la règle de conflit de lois conduira à l'application d'un droit étranger lorsque le critère de rattachement renverra à un ordre juridique étranger. Les situations purement internes, quant à elles, resteront cantonnées dans les limites de l'ordre juridique interne : pour peu que la règle de conflit de lois repose sur un critère de rattachement correspondant à l'un des éléments intrinsèques de la situation, son application conduira en effet toujours au droit interne. S'agissant ensuite de la règle de conflit de lois unilatérale, elle permettra aux situations internationales d'être soumises à une loi étrangère si le droit interne n'entend pas régir la situation internationale considérée, car le facteur de rattachement qu'elle retient ne renverra alors pas à l'application de la loi interne³⁶⁹. Les situations internes resteront pour leur part soumises au droit interne, pour la même raison que celle indiquée pour la règle de conflit de lois bilatérale.

L'affirmation selon laquelle l'application de la règle de conflit de lois ne permet qu'aux situations internationales d'échapper à l'application du droit interne n'est vraie qu'à la condition de réserver le cas dans lequel la règle de conflit de lois utiliserait comme rattachement unique ou principal le lieu du tribunal saisi (la *lex fori*), puisque les parties à une situation interne pourraient se voir appliquer de la sorte une loi étrangère pour peu qu'elles trouvent un juge étranger qui accepte de connaître de leur litige. L'hypothèse n'est pas d'école si l'on admet qu'une situation interne puisse se retrouver devant un juge étranger par le jeu de chefs de compétence exorbitante ou par la reconnaissance de la possibilité de proroger la compétence des tribunaux du for en l'absence de toute internationalité de la situation. Cette hypothèse d'application d'une loi étrangère à une situation interne devrait toutefois rester rare en pratique, car elle résultera en principe davantage de la combinaison accidentelle de certaines règles de compétence internatio-

369. Il faudrait ajouter qu'un droit étranger doit également souhaiter s'appliquer à la situation.

nale et de conflit de lois que d'une possibilité ouvertement offerte de soumettre les situations internes à une loi étrangère³⁷⁰.

En matière de *compétence juridictionnelle*, seule l'internationalité permettra également en principe d'échapper à la compétence du juge interne au profit d'un juge étranger. Lorsque la règle de compétence internationale est exprimée de manière bilatérale, comme c'est notamment le cas dans les instruments européens de droit international privé, la soumission à un juge étranger résultera de ce que le chef de compétence renvoie à un ordre juridique étranger. Le phénomène est le même que pour la règle de conflit de lois bilatérale. Lorsque la règle de compétence internationale est exprimée de manière unilatérale et se contente de nommer les hypothèses dans lesquelles les juridictions internes sont compétentes, seule l'admission d'un double postulat permet de considérer que l'application de la règle de compétence internationale permet aux seules situations internationales de se soumettre à un juge étranger : il faut admettre que l'État étranger accepte de connaître de litiges qui lui sont au moins partiellement étrangers, ce qui ne pose en principe aucun problème, et qu'il ne se reconnaît internationalement compétent qu'à l'égard des litiges qui présentent un lien de rattachement suffisamment pertinent avec son ordre juridique. C'est le respect de cette seconde condition qui permettra d'exclure qu'un litige interne puisse être soumis à un juge étranger.

Le droit positif montre toutefois que les situations internes peuvent ponctuellement échapper à l'ordre juridique interne d'un point de vue juridictionnel. Les parties à une situation interne pourront en effet saisir un juge étranger de leur litige lorsque sa règle de compétence internationale repose sur un chef de compétence exorbitante. Le for du patrimoine du § 23 de la *Zivilprozessordnung* peut être cité en exemple. Quand bien même le *Bundesgerichtshof* soumet désormais l'utilisation de cette norme à l'exigence d'un lien de rattachement suffisant avec le territoire allemand, ce qui aurait en principe pour conséquence de réserver sa mise en œuvre aux situations internationales, l'appréciation jurisprudentielle de ce lien est en réalité suffisamment souple³⁷¹ pour qu'il ne soit pas exclu que le juge allemand connaisse d'un litige intrinsèquement purement interne à un autre État sur ce fondement. L'hypothèse devrait toutefois rester rare en pratique.

B. *Le jeu de la volonté des parties*

Les parties à une situation internationale rattachée au moins pour partie à l'ordre juridique interne peuvent avoir la volonté d'inscrire cette situation dans un cadre étatique étranger qui leur corresponde mieux. Le droit positif leur reconnaît la possibilité d'effectuer ce choix en matière de compétence juridictionnelle (1.) comme en matière de loi applicable (2.).

370. Le cas particulier des règlements Rome I et Rome II sera abordé *infra*, p. 135 s.

371. Voir R. PATZINA, « ZPO § 23 Besonderer Gerichtsstand des Vermögens und des Gegenstands », *op. cit.*, n° 15 pour des exemples de liens retenus par la jurisprudence.

1. *La soumission à une juridiction étrangère*

La soumission par les parties de leur litige international aux juridictions étrangères peut passer soit par la conclusion d'une convention attributive de juridiction, soit par le choix – opéré par le demandeur – entre plusieurs ordres juridiques étrangers objectivement compétents selon leurs règles de conflit de juridictions. S'agissant de la première hypothèse, la Cour de cassation a admis dès la seconde moitié du XIX^e siècle que deux parties françaises, se trouvant en l'espèce dans une situation internationale, pouvaient soumettre leur litige international à un juge étranger³⁷². La licéité des clauses attributives de juridiction en matière internationale sera formellement affirmée par les arrêts *Mardelé* et *Dambricourt* du 19 février 1930 et 27 janvier 1931³⁷³ et explicitement conditionnée à une exigence d'internationalité du litige par l'arrêt *Compagnie de Signaux* du 17 décembre 1985³⁷⁴. Ce dernier a en effet posé le principe selon lequel « les clauses prorogant la compétence internationale sont en principe licites, lorsqu'il s'agit d'un *litige international* ». La possibilité de déroger à la compétence des juridictions internes par une convention attributive de juridiction est également réservée aux situations internationales dans les instruments supranationaux de conflit de juridictions, comme énoncé à l'article 1^{er}, alinéas 1 et 2, de la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for.

La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale et les règlements Bruxelles I et Bruxelles I bis ont toutefois entraîné un doute sur ce point, dans la mesure où l'article de ces instruments consacré aux conventions attributives de juridiction ne contient pas explicitement de condition d'internationalité. Le rapport Jénard portant sur la convention de Bruxelles est peu explicite sur l'existence d'une telle condition. D'un côté, il semble en effet réserver le libre choix du juge compétent aux situations internationales, puisqu'il indique que l'article 17 de la convention ne s'applique pas, en principe, lorsque deux parties domiciliées dans le même État contractant prorogent la compétence de cet État, dans la mesure où la convention ne s'applique que dans l'ordre international³⁷⁵. De l'autre, cette affirmation semble directement contredite par la suite, puisque le rapport indique que l'article 17 est également applicable si deux personnes domiciliées dans un État contractant prorogent la compétence d'un autre État contractant³⁷⁶. En effet, rien ne garantit dans cette hypothèse que la situation soit objectivement internationale, puisqu'il pourrait n'exister aucun lien de rattachement objectif avec l'État dont la compétence a été prorogée ni avec aucun autre État étranger³⁷⁷. C'est dans cette veine qu'un nombre non

372. Cass. req., 19 déc. 1864, *Falguières*, S. 1865.I.217, note LABBÉ, cité par H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Dalloz, Paris, 1965, p. 45, n° 74.

373. Cass. civ., 19 févr. 1930, *Mardelé* et 27 janv. 1931, *Dambricourt*, *Rev. crit. DIP* 1931, p. 541 ; S. 1933.I.41, note J.-P. NIBOYET.

374. Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1985, *Compagnie de signaux*, D. 1986, I.R. p. 265, obs. B. AUDIT ; *Rev. crit. DIP* 1986, p. 537, note H. GAUDEMET-TALLON ; GADIP n° 72.

375. P. JÉNARD, *Rapport sur la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, 1979, p. 37.

376. *Ibid.*, p. 38.

377. Voir de manière plus détaillée *infra*, p. 433 s.

négligeable d'auteurs soutiennent que le choix du juge compétent est admis dans les situations internes dans le cadre de la convention de Bruxelles³⁷⁸.

Les rapports explicatifs rédigés par la suite dans le cadre de l'adhésion du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni à la convention de Bruxelles et de la convention de Lugano, n'expriment pas la même position sur le champ d'application de l'article 17 de la convention de Bruxelles. En effet, le rapport Schlosser précise que l'article 17 ne s'applique que lorsque la situation est internationale, l'internationalité ne pouvant être établie par la seule désignation d'un juge étranger³⁷⁹. De même, le rapport Pocar indique que l'article 23 de la convention de Lugano s'applique uniquement aux rapports de droit internationaux, ce qui ne peut résulter non plus du seul choix d'un tribunal étranger³⁸⁰. Cette opinion commune apparaît dès lors bien difficile à concilier avec le point de vue développé dans le rapport Jénard. Dans la mesure où la convention de Bruxelles n'a vocation, ainsi que l'indique son préambule, à ne s'appliquer que dans « l'ordre international »³⁸¹ et qu'elle a pour objet « la délimitation du pouvoir de juridiction des États membres »³⁸², la doctrine, au moins majoritaire en France, considère aujourd'hui que l'article 25 du règlement Bruxelles I bis est soumis à une condition d'internationalité objective, qui ne saurait résulter de la simple désignation d'un juge étranger³⁸³.

378. P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Jupiter, Paris, 1985, p. 99, n° 167 ; H. GAUDEMET-TALLON et M.-E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Matière civile et commerciale. Règlements 44/2001 et 1215/2012. Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, op. cit., p. 148, n° 133 ; D. HOLLEAUX, « note sous CA Paris, 25 avr. 1979, Mosbacher et Société Uniputz c/ Banque nationale de Paris », *JDI* 1980, p. 353 ; J.-P. BERAUDO et M.-J. BERAUDO, *J.-Cl. Europe Traitée*, Fasc. 3011 : Convention de Bruxelles, conventions de Lugano, règlements (CE) n° 44/2001 et (UE) n° 1215/2012. – Compétence. – Prorogation volontaire de compétence, 2018, n° 9 ; U. MAGNUS, « Article 25 », op. cit., n° 40 ; Chr. KOHLER, « Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen : Liberalität und Rigorismus im EuGVÜ », art. cit., p. 266 ; A. BURGSTALLER et M. NEUMAYR, « Beobachtungen zu Grenzfragen der internationalen Zuständigkeit : Von forum non conveniens bis Notzuständigkeit », op. cit., p. 123 ; H. JUNG, *Vereinbarungen über die Internationale Zuständigkeit nach dem EWG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen und nach § 38 Abs. 2 ZPO*, Brockmeyer, Bochum, 1980, p. 53.

379. 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, ainsi qu'au protocole concernant son interprétation par la Cour de justice (signée à Luxembourg le 9 octobre 1978)*, op. cit., n° 174.

380. F. POCAR, *Rapport explicatif sur la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée à Lugano le 30 octobre 2007*, 2009, n° 104.

381. G. A. L. DROZ, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté Economique Européenne selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, thèse Paris, 1972, p. 119, n° 186 ; P. MANKOWSKI, « Art 25 Brüssel Ia-VO » in *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/ EuIPR, Band I : Brüssel Ia-VO*, sous la dir. de Th. RAUSCHER, 4^e éd., Otto Schmidt, sellier european law publishers, Köln, 2016, n° 21 ; J. MARK et O. GÄRTNER, « Gerichtsstandsvereinbarungen zwischen Kaufleuten im internationalen Rechtsverkehr », *MDR* 2009, p. 838.

382. H. MUIR WATT, « De la loi applicable au divorce d'un couple franco-allemand », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 353, n° 139.

383. P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, op. cit., p. 98, n° 167 ; D. ALEXANDRE et A. HUET, *Rép. int. Dalloz*, op. cit., n° 239 ; A. HUET, « note sous CA Paris, 27 mars 1987, Ollo c/ Caisse de Crédit mutuel de Brest Recouvrance », art. cit., p. 141 ; M. ATTAL et A. RAYNOUARD, *Droit international privé. Tome 1 : Principes généraux*, op. cit., p. 192, n° 439 ; F. SCHOCKWEILER, « Clauses attributives de juridiction. Rapport de Fernand Schockweiler » in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe. Actes du colloque sur l'interprétation de la Convention de*

L'affirmation selon laquelle seules les parties à une situation internationale peuvent s'affranchir de la compétence des juridictions internes pour se soumettre à un juge étranger reste incertaine en droit commun allemand. La possibilité de conclure une clause attributive de juridiction en matière internationale résulte du § 38 de la *Zivilprozessordnung*³⁸⁴ qui concerne aussi bien la prorogation que la dérogation de la compétence des juridictions allemandes³⁸⁵. Les parties ont la possibilité de proroger ou déroger à la compétence des tribunaux allemands dans trois hypothèses : si elles ont la qualité de commerçant (alinéa 1), si au moins l'une d'entre elles n'a pas de domicile sur le territoire national (alinéa 2) ou, dans les autres cas, après la naissance du litige (alinéa 3). Aucune condition d'internationalité n'est expressément prévue par le texte. La seule configuration dans laquelle l'internationalité devrait normalement être constituée est celle visée à l'alinéa 2, dans laquelle l'une des parties n'a pas de domicile en Allemagne, car ce dernier se situera alors nécessairement à l'étranger.

Cette absence de condition d'internationalité signifie pour une partie de la doctrine que les tribunaux allemands accepteraient de connaître d'un litige purement interne à un ordre juridique étranger et que les parties à une situation purement interne à l'ordre juridique allemand pourraient valablement proroger la compétence d'un juge étranger³⁸⁶. Certains auteurs s'opposent toutefois à une telle interprétation et exigent la présence d'un élément d'extranéité pour pouvoir déroger à la compétence des juridictions allemandes³⁸⁷. Certaines juridictions du fond ont également jugé que la conclusion d'une clause attributive de juridiction portant sur la compétence internationale se justifie uniquement lorsque la relation des parties est affectée d'un élément d'extranéité, refusant ainsi de donner effet à une telle clause dans un litige purement interne³⁸⁸. Cette jurisprudence a toutefois été rendue dans le domaine particulier du droit du travail, et donc

Bruxelles par la Cour de justice européenne dans la perspective de l'espace judiciaire européen. Luxembourg, les 11 et 12 mars 1991, sous la dir. de COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Butterworths, Londres, Dublin, Édimbourg, 1993, p. 122 ; Th. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht : mit internationalem Verfahrensrecht*, op. cit., p. 506, n° 1936 ; J. KROPHOLLER et J. von HEIN, « Art. 23 Brüssel I-VO », op. cit., n° 9 ; U. MAGNUS, « Article 25 », op. cit., n° 40 ; H. LINKE et W. HAU, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, op. cit., p. 132, n° 6.7 ; J. MARK et O. GÄRTNER, « Gerichtsstandsvereinbarungen zwischen Kaufleuten im internationalen Rechtsverkehr », art. cit., p. 838.

384. Chr. HEINRICH, « ZPO § 38 Zugelassene Gerichtsstandsvereinbarung » in *Zivilprozessordnung : ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar*, sous la dir. de H.-J. MUSIELAK et W. VOIT, 17^e éd., Franz Vahlen, München, 2020, n° 2.

385. R. BORK, « § 38 » in *Kommentar zur Zivilprozessordnung : ZPO, Band 1 : Einleitung, §§ 1-77*, sous la dir. de F. STEIN et M. JONAS, 23^e éd., Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, n° 24. Les clauses attributives de juridiction sont admises pour peu qu'elles concernent des droits patrimoniaux et ne portent pas atteinte à une compétence exclusive des tribunaux allemands.

386. R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, op. cit., p. 624, n° 1760 ; B. v. HOFFMANN et K. THORN, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundzüge des internationalen Zivilverfahrensrechts*, op. cit., p. 92, n° 87.

387. J. SAMTLEBEN, « Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem EWG-Übereinkommen und nach der Gerichtsstandsnovelle », *NJW* 1971, p. 1596 ; R. TRINKNER, « note sous Landesarbeitsgericht Düsseldorf/Köln, Urteil vom 16.5.1972 — A Sa 126/72 », *AWD* 1973, p. 32.

388. Voir p. ex. LAG Düsseldorf/Köln, 16 mai 1972, aff. A Sa 126/72. Cet arrêt a été interprété comme étant le premier à avoir reconnu la nécessité d'un élément d'extranéité pour la prorogation de la compétence internationale des tribunaux allemands, voir *idem*, « note sous Landesarbeitsgericht Düsseldorf/Köln, Urteil vom 16.5.1972 — A Sa 126/72 », art. cit., p. 32.

en présence d'une partie réputée faible, ce qui pourrait nuancer sa portée. En tout état de cause, le doute entourant le droit commun allemand perd aujourd'hui beaucoup de son importance en raison de la place seulement résiduelle du § 38 de la *Zivilprozessordnung* face aux instruments supranationaux de droit international privé.

La désignation d'un juge étranger dans une convention attributive de juridiction n'est pas la seule manière dont les parties peuvent s'extraire de l'ordre juridique interne pour se soumettre à un ordre juridique étranger. Cette possibilité résulte également, et plus fondamentalement, de la coexistence dans la plupart des matières d'une pluralité de fors compétents pour connaître d'un litige, ce qui entraîne *de facto* la possibilité pour le demandeur de choisir entre plusieurs juges, et donc potentiellement le juge interne et un juge étranger, selon les éléments d'extranéité que présente le litige, et cela même dans des matières dans lesquelles aucune clause attributive de juridiction ne pourrait en principe être conclue. Au contraire, les parties à une situation purement interne ne sauraient en principe utilement jouer de ces compétences concurrentes pour s'extraire de l'ordre juridique interne, sauf à réserver le cas, déjà abordé, dans lequel un État ouvrirait ses tribunaux à certains litiges purement étrangers.

En conclusion, la faculté pour les parties de soumettre leur litige à un juge étranger est donc majoritairement conditionnée à l'internationalité de leur relation. Il reste à vérifier si cette constatation vaut également pour la loi applicable.

2. La soumission à une loi étrangère

Le principe de la loi d'autonomie est traditionnellement présenté comme ayant été exprimé pour la première fois par Dumoulin au XVI^e siècle, même si ce point de départ n'est pas incontesté³⁸⁹. Pourtant, ce n'est qu'à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle que se feront sentir les premiers soubresauts de prise en compte de la volonté des parties dans la détermination de la loi applicable au contrat international dans la jurisprudence de la Cour de cassation³⁹⁰, du *Reichsoberhandelsgericht* (Tribunal de commerce supérieur du Reich) puis du *Reichsgericht* (Tribunal du Reich), prédécesseurs successifs du *Bundesgerichtshof*³⁹¹.

En France, la solution est très claire depuis l'arrêt *American Trading*³⁹² du 5 décembre 1910, dans lequel la Cour de cassation a solennellement affirmé que « la loi applicable aux contrats

389. J. PÜLS, *Parteiautonomie. Die Bedeutung des Parteiwillens und die Entwicklung seiner Schranken bei Schuldverträgen im deutschen Rechtsanwendungsrecht des 19. und 20. Jahrhunderts*, op. cit., p. 43 ; V. ANHÄUSSER, *Das internationale Obligationenrecht in der höchstrichterlichen Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts*, Peter Lang, Frankfurt am Main, Bern, New York, 1986, p. 123-124.

390. B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, op. cit., p. 98, n° 5.

391. Voir la jurisprudence abondante, qui s'intensifie à partir des années 1880, citée par J. PÜLS, *Parteiautonomie. Die Bedeutung des Parteiwillens und die Entwicklung seiner Schranken bei Schuldverträgen im deutschen Rechtsanwendungsrecht des 19. und 20. Jahrhunderts*, op. cit., p. 127 s.

392. Cass. civ., 5 déc. 1910, *American Trading Company*; S. 1911, p. 129, note A. LYON-CAEN; *RDIP* 1911, p. 395; *JDI* 1912, p. 1156.

[...] est celle que les parties ont adoptée ». En Allemagne, la jurisprudence a donné lieu à plus de difficultés d'interprétation. La question n'a pas tant été celle de l'admission du choix de la loi applicable que celle de sa portée, qui oscille entre simple contractualisation (*materiellrechtliche Verweisung*) et véritable soumission à la loi étrangère (*kollisionsrechtliche Verweisung*) au gré des arrêts. Le seul phénomène d'intérêt pour nous est le second, puisqu'il est le seul à permettre de se soustraire réellement au cadre juridique interne, et plus particulièrement aux dispositions impératives de ce dernier. Les arrêts rendus entre 1880 et 1930 par le *Reichsgericht* ne sont pas interprétés de manière uniforme par la doctrine, de sorte qu'il est difficile d'apporter une réponse certaine s'agissant de cette période. Jusque dans les années 1930, en effet, les arrêts indiquaient rarement s'ils entendaient le choix de loi applicable comme une simple contractualisation ou comme une véritable désignation de la loi étrangère³⁹³.

L'évolution de la jurisprudence allemande est parfois présentée comme linéaire, partant d'une prise en compte de la volonté des parties en tant que simple incorporation à la fin du XIX^e siècle et allant vers la reconnaissance de la possibilité d'un réel choix de la loi applicable au début du XX^e siècle³⁹⁴. D'autres auteurs ont toutefois soutenu qu'un véritable choix de loi applicable a été reconnu dès la fin du XIX^e siècle³⁹⁵, même si certains arrêts du *Reichsgericht* rendus à cette époque portaient encore explicitement d'une conception du choix de la loi applicable en tant que simple contractualisation du droit étranger³⁹⁶. En tout état de cause, la possibilité pour les parties de conclure un véritable choix de la loi applicable au sens du droit international privé ne fait plus aucun doute depuis les années 1930 et *a fortiori* aujourd'hui dans la jurisprudence du *Bundesgerichtshof*³⁹⁷.

La possibilité de choisir la loi applicable en matière contractuelle n'a été reconnue dès le départ qu'aux seules situations internationales. Si la Cour de cassation n'emploie pas encore explicitement les termes de « contrat international » dans l'arrêt *American Trading*, les faits ne laissent toutefois aucun doute quant à l'internationalité du contrat en l'espèce. L'arrêt *Cipelletti* du 19 janvier 1976 liera enfin explicitement internationalité du contrat et loi d'autonomie, en approuvant les juges du fond d'avoir « qualifié exactement de contrat international la convention liant les parties et déclaré que celles-ci ont valablement stipulé qu'elle était soumise à la loi

393. K. KREUZER, *Das internationale Privatrecht des Warenkaufs in der deutschen Rechtsprechung*, Metzner, Frankfurt am Main, Berlin, 1964, p. 181 ; pour une étude de cette jurisprudence, voir V. ANHÄUSSER, *Das internationale Obligationenrecht in der höchstrichterlichen Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts*, *op. cit.*, p. 141 s.

394. C'est p. ex. la manière dont l'évolution de la jurisprudence allemande de la fin XIX^e siècle-début XX^e siècle est présentée par A. CURTI GIALDINO, « La volonté des parties en droit international privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 137, 1972, p. 771, nbp n° 44.

395. V. ANHÄUSSER, *Das internationale Obligationenrecht in der höchstrichterlichen Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts*, *op. cit.*, p. 143 s.

396. Voir les arrêts cités par K. KREUZER, *Das internationale Privatrecht des Warenkaufs in der deutschen Rechtsprechung*, *op. cit.*, p. 181.

397. Voir les arrêts cités par A. CURTI GIALDINO, « La volonté des parties en droit international privé », *op. cit.*, p. 771, nbp n° 44.

française »³⁹⁸. L'existence de cette condition d'internationalité ne fait également aucun doute pour la doctrine majoritaire française³⁹⁹. De même, dès qu'il a été certain que la jurisprudence allemande reconnaissait au choix de la loi applicable l'effet d'une véritable soumission à la loi étrangère, les auteurs l'ont conditionné à la présence d'un élément d'extranéité⁴⁰⁰. Les situations purement internes restent donc, pour leur part, cantonnées dans les limites de l'ordre juridique interne, et plus précisément de son droit impératif.

En excluant le cas particulier des règlements Rome I et Rome II⁴⁰¹, ce résultat est également corroboré par les instruments conventionnels de droit international privé applicables en droits français et/ou allemand, qui réservent tous explicitement leur champ d'application aux contrats internationaux dès lors qu'ils prévoient une faculté de choix illimité de la loi applicable. Ainsi en est-il par exemple de la convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels ou de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation. La même solution est par ailleurs retenue dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux.

La possibilité pour les parties de se soumettre à un droit étranger ne passe pas nécessairement par le recours à la loi d'autonomie; elle se présente également lorsque les parties disposent d'une simple option de législation. D'une part, une telle option peut explicitement être offerte aux parties, comme cela est aujourd'hui régulièrement le cas dans les instruments européens de droit de la famille, qui prévoient une possibilité de choix de loi applicable limité à un nombre prédéterminé d'ordres juridiques entretenant un lien avec la situation des parties⁴⁰². D'autre part, le choix de la loi applicable peut résulter de manière indirecte de l'absence d'harmonisation des règles de conflit de lois entre les États auxquels se rattache la situation internationale. Le choix du juge compétent pour connaître du litige permettra de choisir indirectement la loi applicable, à condition que les règles de conflit de lois des différents juges disponibles retiennent des facteurs de rattachement différents conduisant à l'application de lois différentes.

398. Cass. com., 19 janv. 1976, *Cipelletti*, *Rev. crit. DIP* 1977, p. 503, note H. BATIFFOL; *JDI* 1977, p. 651, note A. LYON-CAEN.

399. Voir entre autres, D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome II. Partie spéciale*, 4^e éd., PUF, Paris, 2017, p. 418, n° 917; S. CLAVEL, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 531, n° 910; J.-M. JACQUET, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 84; H. BATIFFOL, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, p. 563, n° 1; M.-L. NIBOYET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 29; H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *op. cit.*, p. 108; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé. Tome II*, *op. cit.*, p. 275, n° 575; J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, *op. cit.*, n° 372; V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, GLN éditions, Paris, 1990, p. 132, n° 256; M. FONTAINE, « Introduction », *op. cit.*, p. 22, n° 17; Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 503, n° 111; M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 7, n° 12.

400. Voir sur ce point, J. PÜLS, *Parteiautonomie. Die Bedeutung des Parteiwillens und die Entwicklung seiner Schranken bei Schuldverträgen im deutschen Rechtsanwendungsrecht des 19. und 20. Jahrhunderts*, *op. cit.*, p. 169.

401. Voir *infra*, p. 243 s.

402. Voir ainsi l'article 5 du règlement Rome III, l'article 22 du règlement *successions*, du règlement *régimes matrimoniaux* et du règlement *partenariats enregistrés* et l'article 8 du protocole de La Haye de 2007.

À titre d'illustration, il est possible de mentionner la loi applicable aux effets du divorce qui n'entrent pas dans le champ d'application d'un instrument de droit international privé européen ou conventionnel particulier, lui qui est déterminée en application de l'article 309 du code civil et du § 17, alinéa 1, EGBGB. Un couple français résidant en Allemagne et souhaitant divorcer aura le choix, selon le règlement Bruxelles II bis, de saisir les juridictions allemandes sur la base de l'article 3 1) a) ou les juridictions françaises sur la base de l'article 3 1) b). Or, dans le premier cas, le § 17, alinéa 1, EGBGB conduira à l'application de la loi allemande aux effets du divorce, puisqu'il renvoie à la loi applicable aux conditions du divorce, qui est en l'espèce la loi allemande de la résidence habituelle commune des époux en vertu de l'article 8 a) du règlement Rome III. Dans le second cas, l'article 309 du code civil conduira à l'application de la loi française de la nationalité commune des époux. Le demandeur au divorce pourra donc, selon qu'il choisit de porter sa demande devant le juge français ou le juge allemand, choisir indirectement la loi applicable aux effets du divorce.

En présence d'une option de législation, les parties à une situation purement interne ne pourront en principe se soumettre à un droit étranger. Toutes les lois offertes renverront en principe au droit interne, sauf à prendre le cas déjà envisagé et assez peu probable dans lequel un juge étranger dont le droit international privé offre une possibilité d'application de la *lex fori* accepterait de connaître de leur litige. Par ailleurs, les parties ne sauront en principe jouer de la divergence des règles de compétence internationale pour entraîner l'application d'un droit étranger à leur situation, puisqu'elles ne peuvent en principe saisir que le seul juge interne, qui appliquera la loi interne au fond, sauf à envisager le cas qui devrait être très rare en pratique dans lequel un juge étranger accepterait de connaître de leur litige tout en appliquant la *lex fori* au fond du litige.

Il faut en conclure que seule l'internationalité permet en principe aux parties de s'extraire de l'ordre juridique interne pour se soumettre à un ordre juridique étranger, que cela soit sur le terrain de la compétence juridictionnelle ou de la loi applicable, par l'application de la règle de conflit ou par l'effet de leur volonté. Il reste à vérifier si le même constat peut être fait à propos de la faculté des parties d'extraire leur relation de tout cadre étatique.

§ 3. Le dépassement de tout cadre étatique

L'internationalité pourrait enfin potentiellement permettre de s'affranchir de tout cadre étatique. Il serait alors procédé à une « dénationalisation » du traitement de l'internationalité⁴⁰³. Sur le plan de la compétence juridictionnelle, cette dénationalisation passerait par la soumission du litige à une juridiction non étatique. Sur le plan de la loi applicable, il s'agirait de la possibilité de se soustraire de l'application de toute loi étatique, ce qui pose la question de la soumission du contrat à des normes non-étatiques, et de manière plus radicale, de la figure du contrat sans loi.

403. L'expression (« entnationalisieren » en langue originale) est employée par Chr. von BAR, *Internationales Privatrecht. Band II. Besonderer Teil*, C.H. Beck, München, 1991, p. 315, n° 425.

Une dénationalisation totale du traitement de l'internationalité, si tant est qu'elle soit possible, nécessiterait la combinaison de ces deux éléments. Les solutions diffèrent selon que le litige est porté devant une juridiction étatique (A.) ou arbitrale (B.).

A. *Devant les juridictions étatiques*

Les parties à une situation interne n'ont en principe aucune possibilité de se soustraire entièrement de l'application du droit interne, dès lors tout du moins que leur situation est appréhendée du point de vue du droit. Rien n'empêche en effet les parties de soumettre leur situation à un droit non-étatique, pour peu que cette situation ne soit appelée à produire des effets qu'entre elles et qu'elles exécutent spontanément les engagements ainsi formés. Cette situation ne sera jamais portée à la connaissance d'un quelconque acteur étatique, et d'un juge en particulier. Hormis ce cas de figure, qui relève de l'hypothèse du non-droit, les parties à une situation interne sont cantonnées dans les limites de la loi interne, ou plus précisément de ses dispositions impératives.

La possibilité de recours à l'amicable composition devant le juge étatique, consistant à « rechercher la solution la plus juste en écartant à cet effet, le cas échéant, les règles de droit paraissant inéquitables »⁴⁰⁴, ne saurait modifier ce constat. D'une part, les juridictions étatiques allemandes n'ont en principe même pas le pouvoir de trancher un litige en amiable composition⁴⁰⁵. D'autre part, si les juridictions françaises disposent de cette faculté aux termes de l'article 12, alinéa 4, du code de procédure civile, elles ne peuvent s'affranchir entièrement du droit étatique puisqu'elles ont seulement la possibilité d'écarter les règles de droit *supplétives* qui seraient contraires à l'équité. Le juge français statuant en amiable compositeur reste en effet tenu par les règles d'ordre public, ou plus précisément les règles dont « la renonciation est contraire à l'ordre public »⁴⁰⁶.

De manière analogue, en matière internationale, les tribunaux étatiques français comme allemands ont toujours refusé de reconnaître qu'une situation juridique puisse échapper entièrement à l'ordre juridique étatique, en étant régie par un droit non-étatique, voire par la seule volonté des parties, tout du moins lorsqu'ils ont directement à en connaître. Est ainsi premièrement condamnée la figure du contrat sans loi, défini comme « un contrat détaché de toute loi étatique [...] dont le régime juridique serait exclusivement fixé par les stipulations contractuelles »⁴⁰⁷. La solution est constante en France depuis l'arrêt *Messageries maritimes* du 21 juin 1950, dans le-

404. E. LOQUIN, *L'amicable composition en droit comparé et international. Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Librairies Techniques, Paris, 1980, n° 265.

405. Chr. von BAR, *Internationales Privatrecht. Band II. Besonderer Teil*, op. cit., p. 315, n° 425 ; quelques normes écrites du droit allemand recourent toutefois à la notion d'équité, voir J. MÜNCH, « ZPO § 1051 Anwendbares Recht » in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Band 3 : §§ 946-1117, EGZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, Internationales und Europäisches Zivilprozessrecht*, sous la dir. de W. KRÜGER et Th. RAUSCHER, 5^e éd., C.H. Beck, München, 2017, n° 45.

406. La citation est issue de E. LOQUIN, *L'amicable composition en droit comparé et international. Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, op. cit., p. 258, n° 442.

407. L. GANNAGÉ, *Le contrat sans loi en droit international privé*, 2007, URL : <http://www.ejcl.org/113/article113-10.pdf>, p. 1, n° 1 ; si « choix » de la loi applicable il y a, la loi choisie est considérée comme étant

quel la Cour de cassation a jugé que « tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un État »⁴⁰⁸. La doctrine allemande majoritaire condamne tout aussi fermement le contrat sans loi⁴⁰⁹. L'adoption de la convention de Rome puis du règlement Rome I n'a apporté aucun changement sur ce point : si le considérant 13 de ce dernier indique que le règlement « n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale », les nombreuses références à la « loi du pays » ou « loi de l'État » pour déterminer la loi applicable démontrent sans ambiguïté que le contrat doit être soumis à un droit étatique⁴¹⁰. L'internationalité du contrat, si elle permet de choisir librement la loi étatique qui lui est applicable, ne permet donc pas de s'affranchir de toute loi étatique, tout du moins devant le juge étatique.

Le recours à des moyens détournés, tels qu'un dépeçage particulièrement poussé de la loi applicable au contrat, ne permet pas davantage d'obtenir une dénationalisation totale du contrat sur le plan de la loi applicable. Certes, le dépeçage, tel qu'autorisé par exemple par l'article 3 § 1 du règlement Rome I, et qui permet aux parties de soumettre différentes parties de leur contrat à différentes lois applicables, a pu être analysé comme se rapprochant du contrat sans loi lorsqu'il est pratiqué dans sa forme la plus extrême, la plus « débridé[e] », dans la mesure où il reviendrait « à permettre aux parties de se constituer un régime juridique substantiel sur mesure »⁴¹¹. Toutefois, même si les parties peuvent ainsi créer un système de toute pièce, ce dernier n'en reste pas moins constitué de droits étatiques et de leurs dispositions impératives, de sorte qu'une assimilation avec le contrat sans loi serait trop poussée⁴¹².

De manière moins radicale, le dépassement de tout cadre étatique pourrait s'exprimer sur le terrain de la loi applicable par la soumission de la relation des parties à un droit non-étatique. Cela vise en première ligne des instruments juridiques non contraignants tels que les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international ou les Principes européens de droit des contrats, voire de manière plus controversée la *lex mercatoria*⁴¹³. Plusieurs tentatives ont

simplement incorporée au contrat, car elle ne devient applicable que par la volonté des parties, voir G. LARDEUX, *J.-Cl. Contrats - Distribution*, Fasc. 65 : Système juridique applicable au contrat, 2006 (actual. 2016), n° 14.

408. Cass. civ., 21 juin 1950, *Messageries maritimes*, D. 1951, p. 749, note J. HAMEL ; *Rev. crit. DIP* 1950, p. 609, note H. BATIFFOL ; S. 1952.I.1, note J.-P. NIBOYET ; *JCP* 1950, II, 5812, note J.-Ph. LÉVY ; *GADIP* n° 22.

409. Voir entre autres, Chr. von BAR, *Internationales Privatrecht. Band II. Besonderer Teil*, *op. cit.*, p. 315, n° 425 ; D. MARTINY, « Art. 3 Rom I-VO Freie Rechtswahl » in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch : BGB. Band 10 : Internationales Privatrecht, Rom I-Verordnung, Rom II-Verordnung, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-24)*, 7^e éd., C.H. Beck, München, 2018, n° 40 ; U. MAGNUS, « Art 3 Rom I-VO », *op. cit.*, n° 55 ; A. SPICKHOFF, « Art. 3 Rom I-VO », *op. cit.*, n° 11.

410. En ce sens, P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'ordre public » in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, sous la dir. de T. AZZI et O. BOSKOVIC, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 174, n° 13.

411. Les citations sont issues de P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « Autonomie et ordre public dans les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux », *JDI* 2016, p. 409, n° 38 ; dans le même sens, Chr. von BAR, *Internationales Privatrecht. Band II. Besonderer Teil*, *op. cit.*, p. 316, n° 426.

412. J.-M. JACQUET, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n°s 53, 58.

413. À admettre sa juridicité et sa capacité à servir de droit non-étatique, comme le soulève O. SANDROCK, « Die objektive Anknüpfung von Verträgen nach § 1051 Abs. 2 ZPO », *RIW* 2000, p. 322.

été réalisées lors de l'élaboration d'instruments de conflit de lois en matière contractuelle afin d'autoriser un tel choix. La Commission Européenne avait ainsi proposé, dans le cadre de l'élaboration du règlement Rome I, d'autoriser les parties à choisir un droit non-étatique pour régir leur contrat⁴¹⁴. Si cette proposition n'a finalement pas été retenue, les Principes de La Haye du 19 mars 2015 sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux ont en revanche franchi le cap en autorisant à leur article 3 les parties à « choisir, comme loi applicable au contrat, des règles de droit généralement acceptées au niveau régional, supranational ou international comme un ensemble de règles neutre et équilibré », autrement dit du droit non-étatique, « à moins que la loi du for n'en dispose autrement ».

En laissant le dernier mot aux États, il n'est toutefois pas sûr que cet instrument présente une réelle avancée. C'est en effet que la figure du contrat soumis exclusivement à un droit non-étatique est encore condamnée, en France comme en Allemagne, lorsque c'est une juridiction étatique qui est appelée à connaître de ce contrat⁴¹⁵. La règle de conflit de lois est en effet largement interprétée comme conduisant à la désignation d'un droit étatique⁴¹⁶. Le droit non-étatique peut toutefois être incorporé dans le contrat : il vaudra alors dans les limites des dispositions impératives du droit normalement applicable et ne produira pas les effets d'un véritable choix de loi applicable⁴¹⁷. Ce n'est donc pas par ce biais qu'une dénationalisation du contrat international peut être atteinte.

Ni le juge français, ni le juge allemand n'est donc prêt à céder sur l'application d'un droit étatique pour les situations internationales, ce qui implique que la dénationalisation du traitement de l'internationalité doit nécessairement être recherchée par le biais du recours à un juge non étatique.

B. *Devant les juridictions arbitrales*

La dénationalisation du traitement de l'internationalité ne pouvant être atteinte devant le juge étatique, celle-ci doit nécessairement passer par la soumission du litige à un juge non étatique. Il n'est pas douteux que certains litiges, internes comme internationaux, peuvent être portés à l'arbitrage. À cet égard, le droit français repose sur un système dualiste qui prévoit deux régimes d'arbitrage différents, selon que ce dernier est interne ou international⁴¹⁸, alors que le droit

414. COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, COM(2005) 650 final, 2005, p. 5, 15.

415. L. GANNAGÉ, *Le contrat sans loi en droit international privé*, *op. cit.*, p. 10-11 ; Chr. von BAR, *Internationales Privatrecht. Band II. Besonderer Teil*, *op. cit.*, p. 315, n° 425 ; U. MAGNUS, « Art 3 Rom I-VO », *op. cit.*, n° 40 ; A. SPICKHOFF, « Art. 3 Rom I-VO », *op. cit.*, n° 11.

416. L. GANNAGÉ, « Le contrat sans loi devant les tribunaux étatiques. Retour sur un mal-aimé » in *Le monde du droit : écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, Paris, 2008, p. 420.

417. *Idem*, *Le contrat sans loi en droit international privé*, *op. cit.*, p. 11, n° 19 ; B. v. HOFFMANN et K. THORN, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundzüge des internationalen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 433, n° 28 ; U. MAGNUS, « Art 3 Rom I-VO », *op. cit.*, n° 40.

418. Pour rappel, l'article 1504 CPC prévoit qu'« est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ».

allemand prévoit un régime unitaire pour les arbitrages se déroulant sur son territoire. L'arbitrage ne peut permettre un affranchissement total du cadre étatique d'un point de vue juridictionnel qu'à la condition que la sentence soit exécutée spontanément par la partie succombante. En effet, sans le concours de cette dernière, la partie victorieuse devra demander l'appui du juge étatique, seul à pouvoir autoriser des mesures de contrainte, pour obtenir l'exécution de la sentence. Il n'y a donc que dans l'hypothèse de l'exécution spontanée de la sentence que l'arbitrage peut être considéré comme permettant une dénationalisation du traitement juridictionnel des litiges internationaux.

Du point de vue de la loi applicable, en matière d'arbitrage interne, l'arbitre est tenu en droit français d'appliquer les règles de droit interne, sans que les parties ne puissent lui demander l'application d'un droit non-étatique. Bien qu'elles puissent donner mission à l'arbitre de statuer en amiable compositeur, ce dernier, pas plus que le juge étatique, ne saurait écarter les règles d'ordre public qui lui paraissent contraires à l'équité⁴¹⁹. La situation est différente en matière d'arbitrage international. L'arbitre international n'ayant pas de for, il n'est en effet tenu par aucune loi étatique en particulier. La Cour de cassation a donc admis qu'il puisse trancher le litige par application de règles non-étatiques, et qu'il s'agissait même là d'un arbitrage en droit⁴²⁰. Lorsque les parties choisissent de recourir à l'arbitrage international, elles ont donc la possibilité de soumettre valablement leur contrat à un droit non-étatique⁴²¹. De même, en l'absence de choix des parties, l'arbitre peut, conformément à l'article 1511 du code de procédure civile, librement décider de trancher le litige par application de normes non-étatiques⁴²². L'exigence du respect de l'ordre public international pourra toutefois conduire l'arbitre à appliquer certaines lois de police de l'État dans lequel la sentence devra être exécutée⁴²³.

En droit allemand, le § 1051, alinéa 1, de la *Zivilprozessordnung* prévoit que le tribunal arbitral doit trancher le litige en accord avec les « règles de droit » (*Rechtsvorschriften*) que les parties ont désignées. La doctrine majoritaire fait une appréciation extensive de la notion de règle de droit et considère qu'il peut s'agir de règles non-étatiques⁴²⁴. Toutefois, si les parties

419. E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international. Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, op. cit., p. 258, n° 442 ; B. MOREAU et al., *Rép. com. Dalloz*, V° Arbitrage commercial, 2013 (actual. 2019), n° 282.

420. J.-M. JACQUET, *Rép. int. Dalloz*, op. cit., n° 18.

421. J.-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE et S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, Dalloz, Paris, 2014, p. 897, n° 1144 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé. Tome I. Sources - Nationalité. Condition des étrangers. Conflits de lois théorie générale*, op. cit., n° 30.

422. J.-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE et S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, op. cit., p. 899, n° 1146 ; cela est d'autant plus vrai que le juge étatique ne procède pas au contrôle de la loi appliquée par l'arbitre si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est demandée par la suite, voir G. LARDEUX, *J.-Cl. Contrats - Distribution*, op. cit., n° 34.

423. L. GANNAGÉ, *Le contrat sans loi en droit international privé*, op. cit., p. 9.

424. S. WILSKE et L. MARKERT, « ZPO § 1051 Anwendbares Recht » in *Beck'scher Online-Kommentar ZPO*, sous la dir. de V. VORWERK et Chr. WOLF, 37^e éd., C.H. Beck, München, 2020, n° 4 ; Th. PFEIFFER, « Die Abwahl des deutschen AGB-Rechts in Inlandsfällen bei Vereinbarung eines Schiedsverfahrens », *NJW* 2012, p. 1170 ; A. JUNKER, « Deutsche Schiedsgerichte und Internationales Privatrecht (§ 1051 ZPO) » in *Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag*, Verl. Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 2000, p. 460 ; G. WEGEN et D. ASBRAND,

n'ont pas fait le choix d'un droit non-étatique, le § 1051, alinéa 2, de la *Zivilprozessordnung* prévoit que l'arbitre devra nécessairement trancher le litige conformément à un droit étatique. Les parties ont également la possibilité de demander à l'arbitre de juger en amiable composition. Celui-ci sera alors libéré de l'application du droit étatique impératif, la seule limite résidant dans le respect des dispositions contractuelles, des usages du commerce international et de l'ordre public international⁴²⁵. L'obligation de l'arbitre de faire application des lois de police allemandes est en revanche débattue⁴²⁶.

Comme le droit allemand de l'arbitrage ne repose pas sur un système dualiste, la question peut être posée de savoir si les solutions très libérales qui viennent d'être présentées valent également pour les situations purement internes. Malgré une division d'opinions sur ce point, il semble que la doctrine majoritaire ne souhaite pas distinguer entre situations internes ou internationales soumises à l'arbitrage, de sorte que celui-ci permettrait également aux parties à une situation purement interne de dénationaliser le traitement de leur litige⁴²⁷.

En conclusion, l'internationalité ne permet de s'affranchir de toute cadre étatique que lorsque les parties soumettent leur litige à l'arbitrage et qu'elles font le choix d'un droit non-étatique. Il faut en outre présumer qu'aucune loi de police et que l'exception d'ordre public international ne seront pas mises en œuvre par l'arbitre, et que la sentence sera spontanément exécutée par la partie succombante, à défaut de quoi un recours au droit étatique ou au juge étatique sera nécessaire. Lorsque l'arbitrage a lieu sur le territoire allemand, cette dénationalisation pourrait même concerner les situations internes.

« Nichtstaatliches Recht als Gegenstand einer Rechtswahlklausel? », *RIW* 2016, p. 558; O. SANDROCK, « Die objektive Anknüpfung von Verträgen nach § 1051 Abs. 2 ZPO », *art. cit.*, p. 332.

425. S. WILSKE et L. MARKERT, « ZPO § 1051 Anwendbares Recht », *op. cit.*, n° 12; W. VOIT, « ZPO § 1051 Anwendbares Recht » in *Zivilprozessordnung : ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar*, sous la dir. de H.-J. MUSIELAK et W. VOIT, 17^e éd., Franz Vahlen, München, 2020, n° 3.

426. Voir les divergences de position chez des auteurs tels que S. WILSKE et L. MARKERT, « ZPO § 1051 Anwendbares Recht », *op. cit.*, n° 6; J. MÜNCH, « ZPO § 1051 Anwendbares Recht », *op. cit.*, n° 57; W. VOIT, « ZPO § 1051 Anwendbares Recht », *op. cit.*, n° 3; R. HAUSMANN, « Anwendbares Recht vor deutschen und italienischen Schiedsgerichten - Bindung an die Rom I-Verordnung oder Sonderkollisionsrecht? » in *Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag*, Gieseking, Bielefeld, 2011, p. 985.

427. Pour une absence de distinction entre situations internes et internationales, Th. PFEIFFER, « Die Abwahl des deutschen AGB-Rechts in Inlandsfällen bei Vereinbarung eines Schiedsverfahrens », *art. cit.*, p. 1170 s.; S. WILSKE et L. MARKERT, « ZPO § 1051 Anwendbares Recht », *op. cit.*, n° 6, qui réservent toutefois le cas dans lequel un consommateur serait concerné; W. VOIT, « ZPO § 1051 Anwendbares Recht », *op. cit.*, n° 3; pour une distinction entre situations internes et internationales, et plus particulièrement l'exigence d'un élément d'extranéité pour autoriser le choix d'un droit (non-étatique), G. WEGEN et D. ASBRAND, « Nichtstaatliches Recht als Gegenstand einer Rechtswahlklausel? », *art. cit.*, p. 560; J. MÜNCH, « ZPO § 1051 Anwendbares Recht », *op. cit.*, n° 22.

Conclusion du chapitre II

Le droit international privé n'a pas pour effet d'instaurer un traitement en tout point différent des situations internationales par rapport aux situations purement internes à un État. L'application des règles de droit international privé entraîne au contraire régulièrement un traitement identique de ces deux catégories de situations. L'application de la règle de compétence internationale et de la règle de conflit de lois conduit en effet en principe à soumettre la situation internationale au même juge, à la même procédure et au même droit matériel que ceux qui valent pour les situations internes. Le traitement de l'internationalité s'en trouve dès lors nationalisé.

Pour autant, l'internationalité ne jouit pas moins également d'un traitement spécifique dans de nombreuses hypothèses. Le régime des situations internationales est en effet régulièrement adapté, sur un plan conflictuel ou matériel, afin de répondre aux spécificités de l'internationalité ou de poursuivre, plus généralement, certains objectifs de politique législative. L'application du droit international privé aboutit alors à instaurer une différence de traitement entre situations internes et internationales. En outre, contrairement aux situations purement internes, l'internationalité permet de s'extraire du cadre étatique interne pour se soumettre à un juge étranger ou à une loi étrangère. Enfin, l'internationalité peut permettre, dans certaines circonstances, de s'affranchir de tout cadre étatique, afin d'accéder à une dénationalisation complète du traitement de la situation internationale, par le recours à l'arbitrage et la soumission à un droit non-étatique.

Ce chapitre aura ainsi permis de tracer les contours du régime des situations internationales par rapport aux situations internes. Il servira de point de départ pour les développements à venir, car il fournit un cadre à l'aune duquel apprécier les facteurs de brouillage de la distinction entre le régime des situations internes et celui des situations internationales, et permet de fonder une réflexion sur la légitimité de l'identité ou de la différence de traitement entre situations internes et internationales.

Titre II

La remise en cause partielle de la conception classique
de l'internationalité

L'observation des circonstances socio-économiques, politiques et technologiques du monde actuel permet de dégager au moins trois grandes tendances qui sont apparues ou se sont intensifiées à l'aube du XXI^e siècle. Il s'agit premièrement du phénomène de *mondialisation*, et plus précisément de la seconde vague de mondialisation qui a débuté après la seconde guerre mondiale, et qui conduit à deux phénomènes d'intérêt pour nous, qui sont un accroissement continu du nombre de situations internationales et une perte de pouvoir des États au profit de certains acteurs privés⁴²⁸. Deuxièmement, s'est amorcé à la fin du XX^e siècle un phénomène inédit de *déterritorialisation* avec le développement de l'internet et de son utilisation dans la vie juridique⁴²⁹. Enfin, les États européens sont aujourd'hui au cœur d'un processus de *régionalisation* toujours plus poussé, qui s'est manifesté par la création des Communautés, de la Communauté puis de l'Union européenne(s). Ce phénomène est d'autant plus important pour nous que cette dernière dispose désormais d'une compétence législative en matière de droit international privé.

Dans la mesure où aucun droit ne peut se concevoir en déconnection des circonstances socio-économiques, politiques et technologiques de l'époque dans lequel il s'inscrit, la question de l'influence des phénomènes qui viennent d'être évoqués sur le droit international privé mérite d'être posée. Rapportée à la seule problématique de l'internationalité, il sera possible d'en tirer deux constatations d'importance pour nous : la première est celle du brouillage de la distinction entre situations internes et internationales (chapitre I) et la seconde celle de l'apparition de nouvelles formes d'internationalité (chapitre II). Le présent titre aura uniquement pour objet de montrer la manière dont le changement de circonstances mentionné affecte l'approche classique de la notion et du traitement de l'internationalité et d'identifier les nouvelles problématiques qui en découlent pour notre sujet. La confrontation des solutions actuelles du droit international privé avec ces problématiques dans un but de réexamen de l'approche classique de la notion et du traitement de l'internationalité sera l'objet de la seconde partie de ce travail.

428. Voir de manière générale sur cette question, R. MICHAELS, « Welche Globalisierung für das Recht? Welches Recht für die Globalisierung? », *art. cit.*, p. 537; J.-B. AUBY, *La décentralisation et le droit*, *op. cit.*, p. 24; J. BRASSEUL, *Petite histoire des faits économiques. Des origines à nos jours*, *op. cit.*, p. 289; Ph. MOREAU DEFARGES, *La mondialisation*, *op. cit.*, p. 48 s.

429. J. LARRIEU, « Internationalité et Internet », *op. cit.*, p. 42; T. LUTZI, « Internet Cases in EU Private International Law - Developing a coherent approach », *art. cit.*, p. 688; P. S. BERMAN, « The Globalization of Jurisdiction », *art. cit.*, p. 373; E. CAPRIOLI, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique : tribunal compétent, loi applicable, droit pénal international, arbitrage en ligne*, *op. cit.*, p. 2; S. GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, *op. cit.*, p. 187 s.; D. J. B. SVANTESSON, *Private International Law and the Internet*, *op. cit.*, p. 34.

Chapitre I

Le brouillage de la distinction entre l'interne et l'international

La distinction entre situations internes et internationales, sur laquelle repose traditionnellement le droit international privé, n'a jamais été simple à opérer. Il a toujours existé des difficultés à tracer une ligne de démarcation nette entre la notion de situation internationale et celle de situation interne, de même que des questionnements ont toujours existé s'agissant de la différence de traitement à opérer entre ces deux catégories de situations. Bien que ces difficultés ne tiennent pas aux phénomènes dont il a été proposé d'étudier l'incidence sur l'internationalité, leur importance est néanmoins mécaniquement amenée à s'accroître avec l'augmentation du nombre de situations internationales, ce qui justifie leur incorporation dans cette étude. Seront ainsi premièrement envisagés les facteurs classiques de brouillage de la distinction entre l'interne et l'international (section I).

À ces questionnements classiques s'ajoute le fait que la mondialisation et la régionalisation européenne sont également de nature à induire un brouillage, voire une remise en cause, de la distinction entre l'interne et l'international, dès lors que les espaces et les sociétés sont de plus en plus amenés à s'ouvrir et les frontières étatiques – particulièrement en Europe – à s'affaiblir ou disparaître. Dans cette optique seront deuxièmement présentés les facteurs modernes de brouillage de la distinction entre situations internes et situations internationales (section II).

Section I. Les facteurs classiques de brouillage

La difficulté à tracer une ligne de démarcation claire entre l'interne et l'international tient d'une part à certaines incertitudes entourant l'appréhension même de la notion d'internationalité (§ 1). Il en résulte des hésitations sur la qualification à donner à certaines situations juridiques, relativement au point de savoir si elles doivent être considérées comme internes ou comme internationales. D'autre part, le statut procédural de l'internationalité constitue un obstacle majeur – particulièrement en droit français – pour une bonne distinction des situations internes et des situations internationales soumises au juge, car il conduit régulièrement à une négation de l'internationalité (§ 2).

§ 1. L'appréhension de la notion d'internationalité

L'appréhension de la notion d'internationalité et la distinction corrélatrice entre situations internes et internationales sont complexifiées par le caractère pluriel (A.) et relatif (B.) de l'internationalité.

A. *Le caractère pluriel de l'internationalité*

La notion d'internationalité est affectée d'une double pluralité : pluralité d'objets, d'abord (1.); pluralité de définitions, ensuite (2.).

1. *La pluralité d'objets*

La qualification de l'internationalité est premièrement influencée par la détermination de son objet. La définition de l'internationalité ne peut naturellement faire l'économie de l'identification préalable de l'objet sur lequel elle porte : lors de la mise en œuvre des règles de droit international privé, l'internationalité n'est pas appréciée dans l'absolu, mais par rapport à un objet déterminé. Or, il existe des hypothèses dans lesquelles peut naître un doute quant à l'objet à retenir pour caractériser l'internationalité.

1° La plus importante de ces hypothèses est relative à la détermination de l'objet de l'internationalité en matière de conflit de lois et de juridictions. Plus particulièrement, il s'agit de déterminer si l'internationalité en matière de conflit de juridictions s'apprécie au regard du même objet qu'en matière de conflit de lois. Un premier regard à la doctrine peut en faire douter. En matière de conflit de juridictions, c'est l'internationalité du « litige » ou du « contentieux » qui serait recherchée⁴³⁰, alors qu'en matière de conflit de lois, il faudrait s'attacher à l'internationalité de la « situation », de la « relation » ou du « rapport » des parties⁴³¹. Si la différence de termes employés laisse de prime abord penser à une différence d'objet de l'internationalité dans ces deux matières, il n'est toutefois pas rare de lire, parfois sous la plume des mêmes auteurs,

430. Ces termes sont p. ex. employés par D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome I. Partie générale*, op. cit., p. 79, n° 56; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, op. cit., p. 689, n° 681; P. MAYER, V. HEUZÉ et B. RÉMY, *Droit international privé*, op. cit., p. 197, n° 285; M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, op. cit., p. 307, n° 411; H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. int. Dalloz*, op. cit., n° 1; H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht : mit internationalem Insolvenz- und Schiedsverfahrensrecht ; ein Studienbuch*, op. cit., p. 2-3, n° 8; A. R. MARKUS, *Internationales Zivilprozessrecht*, Stämpfli, Bern, 2014, p. 11, n° 41.

431. Ces termes sont p. ex. employés par B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., p. 14 n° 7; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome I. Partie générale*, op. cit., p. 5, n° 5; O. CACHARD et P. KLÖTGEN, *Droit international privé*, op. cit., p. 8, n° 4; S. CLAVEL, *Droit international privé*, op. cit., p. 2, n° 4; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, op. cit., p. 2, n° 1; M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, op. cit., p. 24, n° 3; M.-Chr. MEYZEAUD-GARAUD, *Droit international privé*, op. cit., p. 8.

que le problème de conflit de juridictions se pose à propos d'un « rapport »⁴³² international ou d'une « situation »⁴³³ internationale.

Or, la question de l'objet de l'internationalité présente un réel enjeu pratique en ce que l'internationalité ne s'apprécie pas nécessairement de la même façon selon que l'on considère la situation juridique des parties ou le litige qui en est résulté, car ces deux termes ne sont pas synonymes. Le litige possède en effet des contours différents de la situation juridique, car il englobe la configuration procédurale du différend qui oppose les parties, alors que la situation peut au contraire être considérée de manière purement abstraite par référence à la seule relation des parties hors de toute procédure. Ainsi, « le litige dans sa conception procédurale [...] oblige à prendre en considération non seulement les sujets et l'objet du procès, mais également les actes de procédure et les moyens de preuve (notifications à l'étranger, pratiques de preuves testimoniales et documentaires à l'étranger, etc.) »⁴³⁴. Si l'on admet donc que le litige et la situation juridique sont des objets différents, il faut également admettre qu'ils ne présentent pas les mêmes éléments intrinsèques, et en conséquence qu'ils puissent être affectés d'éléments d'extranéité différents, ce qui sera susceptible d'entraîner une différence dans l'appréciation de l'internationalité selon que l'on s'attache à la qualifier par rapport au litige ou à la situation des parties.

Plus précisément, il apparaît d'une part que la notion de litige international est susceptible d'être plus large que la notion de situation internationale en raison de sa configuration procédurale, qui offre la possibilité de déceler des éléments d'extranéité que ne présenterait pas la situation juridique contemplée de manière abstraite : on peut citer à cet égard les parties au procès, qui ne seront pas nécessairement identiques à celles concernées par la relation juridique, les actes de procédure ou les moyens de preuve⁴³⁵. D'autre part, la notion de litige international peut aussi parfois être plus restreinte que celle de situation internationale, car le litige peut ne porter que sur un aspect de la situation juridique⁴³⁶.

Cette potentielle différence de qualification de l'internationalité nécessitera donc de déterminer précisément quel objet de l'internationalité doit être pris en compte lors de l'application de la règle de conflit de lois et de conflit de juridictions, afin de pouvoir procéder à une qualification correcte de l'internationalité⁴³⁷.

2° La détermination de l'objet de l'internationalité peut deuxièmement poser des difficultés lorsqu'il s'agit d'apprécier la licéité d'une clause de choix de la loi applicable ou d'une clause

432. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome I. Partie générale*, op. cit., p. 75, n° 55-1.

433. B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., p. 355, n° 407 ; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, op. cit., p. 587.

434. C. A. ARRUE MONTENEGRO, *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, L.G.D.J Lextenso éditions, Paris, 2011, p. 195.

435. *Ibid.*, p. 195.

436. *Ibid.*, p. 196.

437. Pour le résultat de cette réflexion, voir *infra*, p. 379 s.

attributive de juridiction. Il est en effet possible d'hésiter entre trois objets : le litige, la situation juridique (le plus souvent, le contrat) ou la clause. Or, si l'on admet que la situation juridique et le litige peuvent ne pas présenter les mêmes éléments d'extranéité, *a fortiori* en est-il de même de la clause qui constitue un objet plus restreint, puisqu'elle ne porte que sur le choix de la loi applicable ou du juge compétent à proprement parler. L'internationalité est donc susceptible de varier selon l'objet qui est retenu, ce qui n'est guère souhaitable pour des raisons de sécurité juridique, les parties devant pouvoir avoir confiance en la licéité du choix du juge compétent ou de la loi applicable qu'elles ont opérée. L'objet de l'internationalité aura donc tout intérêt à être identifié avec précision dans cette hypothèse⁴³⁸.

2. La pluralité de définitions

L'existence d'une pluralité de définitions concrètes de la notion d'internationalité⁴³⁹ contribue à complexifier davantage l'appréhension de l'internationalité. En effet, lorsque deux définitions de l'internationalité existent pour une même catégorie de situations juridiques, il n'est pas exclu qu'elles retiennent des critères d'internationalité différents et qu'elles puissent donc conduire à un résultat divergent en termes d'appréciation de l'internationalité⁴⁴⁰. Le cas de figure peut se présenter à propos de définitions appartenant à un même ordre juridique (1.), mais également dans les rapports entre ordres juridiques différents (2.).

a. Au sein d'un même ordre juridique

L'adoption de plusieurs instruments internationaux de droit international privé dans une matière ne pose pas en tant que telle un problème d'articulation qu'il s'agirait de résoudre. Chaque instrument fonctionne en effet indépendamment et peut se permettre d'ignorer le champ d'application matériel des autres. L'emploi de définitions retenant des critères d'internationalité différents fait en revanche naître le risque d'aboutir à un résultat contradictoire en matière de qualification de l'internationalité. Au sein d'une même catégorie de situations, toutes ne répondront pas toujours aux définitions de l'internationalité posées par les instruments applicables dans leur domaine, car elles ne présenteront pas toutes les mêmes éléments d'extranéité. En conséquence, deux situations internationales de même type pourraient ne pas être régies par les mêmes textes, et donc être soumises à des régimes juridiques différents.

En pratique, l'hypothèse ne devrait se présenter qu'en matière de vente internationale de marchandises, seul domaine dans lequel coexistent à notre connaissance plusieurs définitions textuelles de l'internationalité. Plus précisément, ce sont la convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM), la convention

438. Pour le résultat de cette réflexion, voir *infra*, p. 382 s.

439. Voir *supra*, p. 36 s.

440. Ce risque ne devrait en revanche pas exister dans la confrontation des approches juridique et économique de l'internationalité, puisque la première peut être appréciée de manière suffisamment large pour inclure la seconde, voir *supra*, p. 31 s.

de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels et le règlement Rome I qui sont concernés. Comme vu précédemment⁴⁴¹, ces trois textes adoptent une définition différente de l'internationalité. Alors que la convention de Vienne ne s'applique qu'aux ventes internationales conclues entre deux parties ayant leur établissement dans des États différents, la convention de La Haye de 1955 exclut simplement les contrats qui auraient été internationalisés par le choix d'une loi étrangère et le règlement Rome I réserve son champ d'application aux « situations comportant un conflit de lois ».

De la confrontation de ces trois approches de l'internationalité, il résulte premièrement qu'une vente internationale en vertu de la CVIM sera également reconnue comme telle en vertu deux autres instruments, dans la mesure où ces derniers adoptent une approche très large de l'internationalité ou de la notion de « situation comportant un conflit de lois » qui ne repose pas sur des éléments d'extranéité prédéterminés. À l'inverse, toute vente internationale entrant dans le champ d'application de la convention de La Haye de 1955 ou du règlement Rome I n'entrera pas nécessairement dans celui de la CVIM. De même, dès lors que l'on admet qu'un contrat de vente objectivement interne pour lequel les parties ont convenu de l'application d'une loi étrangère constitue une situation comportant un conflit de lois⁴⁴², un tel contrat de vente entrera dans le champ d'application du règlement Rome I, mais pas dans celui des deux autres instruments, la convention de La Haye de 1955 excluant d'ailleurs explicitement ce cas de figure.

Au sein d'une même catégorie de situations, à savoir les contrats de vente, des régimes juridiques différents seront donc applicables selon le type d'internationalité affectant le contrat. Certains de ces contrats seront soumis aux trois instruments, certains uniquement à la convention de La Haye de 1955 et au règlement Rome I⁴⁴³, d'autres enfin – mais qui seront alors objectivement internes – uniquement à ce dernier. La véritable discrimination se fera donc au niveau de l'application de la CVIM, ce qui pose la question de l'opportunité d'une approche aussi restrictive de l'internationalité dans le cadre de cet instrument⁴⁴⁴.

b. Dans les relations entre ordres juridiques différents

En raison de l'imprécision qui affecte la définition de l'internationalité, l'appréhension de la notion peut aisément varier d'un État à un autre. Autrement dit, une même situation pourra être considérée comme interne par un ordre juridique et comme internationale par un autre. Cette divergence d'appréciation peut résulter de ce que ces deux ordres juridiques n'évaluent pas de la même façon la pertinence des éléments d'extranéité affectant la situation. L'hypothèse ne constitue pas qu'un cas d'école au regard des hésitations possibles s'agissant de la définition

441. Voir *supra*, p. 39 s.

442. Voir *supra*, p. 45 s.

443. Ces deux instruments ne devraient toutefois pas s'appliquer simultanément, le règlement Rome I prévoyant l'application prioritaire de la convention de La Haye en vertu de son article 25 § 1, sauf pour les ventes conclues avec des consommateurs.

444. Voir *infra*, p. 451 s.

de l'internationalité, notamment en matière contractuelle⁴⁴⁵. Si ce risque n'est certes pas propre aux rapports entre ordres juridiques différents, dans la mesure où les tribunaux d'un même ordre juridique pourraient également qualifier différemment l'internationalité d'un même type de situation, l'existence d'une doctrine commune et le rôle théoriquement unificateur de la juridiction suprême de l'ordre judiciaire devraient le rendre moins élevé qu'entre tribunaux appartenant à des ordres juridiques différents, qui sont influencés par les conceptions propres à leur droit international privé.

Cette divergence dans l'appréciation de l'internationalité ne constitue pas nécessairement un problème en soi, si la situation considérée n'est pas appelée à se présenter aux juges d'États différents. Ce n'est que dans un nombre limité d'hypothèses qu'elle peut entraîner des conséquences indésirables. D'une part, une appréciation uniforme de l'internationalité est particulièrement souhaitable lorsque cette dernière est exigée à titre de condition d'application d'un instrument supranational, qu'il soit de source conventionnelle ou européenne. Pour procéder à une application uniforme du texte concerné dans les différents États parties ou membres, il faut que l'internationalité puisse être déterminée de façon identique, sans égard à la nationalité du juge qui applique l'instrument. Toutefois, devant l'absence fréquente d'une définition de l'internationalité dans ce type d'instruments⁴⁴⁶, le juge saisi n'a souvent d'autre choix que de s'en remettre à ses conceptions nationales pour apprécier l'internationalité de la situation dont il a à connaître.

D'autre part, une appréciation divergente de l'internationalité entre ordres juridiques différents peut être préjudiciable en cas de conclusion par les parties d'une convention attributive de juridiction ou de choix de loi applicable. La licéité de ces conventions étant en principe soumise à une condition d'internationalité⁴⁴⁷, il est plus que souhaitable que les parties jouissent d'une sécurité juridique s'agissant de l'appréciation de l'internationalité de leur relation. Leur convention court autrement le risque d'être appliquée devant un juge et écartée devant un autre.

En conclusion, la coexistence de plusieurs définitions de l'internationalité dans certaines matières et la conception propre de l'internationalité que chaque État est susceptible de développer peuvent conduire à des divergences dans la qualification de l'internationalité d'une même situation, ce qui tend à brouiller la distinction entre situations internes et internationales. Couplées aux difficultés d'identification de l'objet de l'internationalité, le brouillage n'en est que plus grand. Si la qualification de l'internationalité est donc premièrement affectée par un double facteur de pluralité, son appréhension est également complexifiée par sa grande relativité.

445. Voir *supra*, p. 49 s.

446. Voir *supra*, p. 88 s.

447. Voir *supra*, p. 86 s.

B. *Le caractère relatif de l'internationalité*

L'appréciation de l'internationalité est affectée d'une double relativité, qui se manifeste à la fois sur un plan spatial et sur un plan temporel. D'une part, la qualification de l'internationalité d'une situation est dépendante de la perspective de l'observateur qui la contemple, dans le sens où une même situation peut apparaître comme interne ou internationale selon l'ordre juridique duquel elle est observée (1.). D'autre part, l'internationalité d'une situation peut varier dans le temps, en ce que les éléments d'extranéité qui l'affectent peuvent apparaître ou disparaître au cours de son existence (2.).

1. *La relativité spatiale*

J. Jitta et à sa suite P. H. Neuhaus en Allemagne et M. Mayer en France ont démontré que la perception du caractère international d'une situation peut varier selon le point de vue adopté, en ce qu'une même situation juridique peut apparaître comme internationale pour une personne observant celle-ci d'un ordre juridique donné, alors que pour un second observateur adoptant le point de vue d'un autre ordre juridique, la situation apparaîtra comme purement interne à celui-ci⁴⁴⁸. Une même situation peut donc présenter à la fois un caractère interne et un caractère international, lorsque tous ses éléments constitutifs sont rattachés à un État et qu'elle se présente à l'observateur d'un autre État. Une telle situation est qualifiée de *relativement*⁴⁴⁹ ou *subjectivement*⁴⁵⁰ internationale. La situation relativement internationale n'est donc rien d'autre qu'une situation interne contemplée par un ordre juridique étranger. En conséquence, toute situation interne porte en soi une part d'internationalité, mais qui n'est révélée que dès lors qu'elle est portée à la connaissance d'un ordre juridique étranger. Cette constatation tend à brouiller la frontière entre situations internes et internationales, et en la poussant à son paroxysme, peut-être même à la faire disparaître, puisque toute situation interne à un État sera toujours relativement internationale pour l'ensemble des autres États.

Les situations relativement ou subjectivement internationales sont opposées aux situations *absolument*⁴⁵¹ ou *objectivement*⁴⁵² internationales. Ces dernières sont rattachées par leurs « éléments intrinsèques » à plusieurs ordres juridiques⁴⁵³ et apparaîtront de ce fait toujours comme in-

448. J. JITTA, *La méthode du droit international privé*, Belinfante Frères, La Haye, 1890, p. 48 ; P. H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, *op. cit.*, p. 23-24 ; P. MAYER, V. HEUZÉ et B. RÉMY, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 27-28, n° 5.

449. J. JITTA, *La méthode du droit international privé*, *op. cit.*, p. 48 ; P. H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, *op. cit.*, p. 23.

450. P. MAYER, V. HEUZÉ et B. RÉMY, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 27-28, n° 5 ; il est certainement plus correct d'un point de vue terminologique de parler de situation étrangère, comme le font remarquer D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome I. Partie générale*, *op. cit.*, p. 15, n° 9 ; P. MAYER, V. HEUZÉ et B. RÉMY, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 27, n° 5.

451. J. JITTA, *La méthode du droit international privé*, *op. cit.*, p. 49 ; P. H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, *op. cit.*, p. 24.

452. P. MAYER, V. HEUZÉ et B. RÉMY, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 27-28, n° 5.

453. *Ibid.*, p. 28, n° 5.

ternationales, quelle que soit la perspective de laquelle elles sont contemplées. Toutefois, même dans le cas des situations absolument internationales, l'internationalité reste affectée d'une certaine relativité spatiale, en ce que l'identité de l'élément d'extranéité peut changer selon le point de vue adopté⁴⁵⁴. Pour illustrer cette idée, on peut prendre l'exemple du divorce d'une Française et d'un Allemand domiciliés en France. Si la demande de divorce est soumise au juge allemand, le caractère international de la situation découlera du domicile du couple et de la nationalité de l'épouse. Si la demande est portée devant le juge français, elle résultera de la nationalité du mari. Cette divergence disparaît toutefois si la situation est soumise au regard d'un observateur tiers : tous les liens de rattachement de la situation avec la France et l'Allemagne constitueront pour lui des éléments d'extranéité.

La distinction entre situations relativement et absolument internationales a été reprise par une partie de la doctrine⁴⁵⁵ mais non sans subir parfois quelques critiques. Le point le plus contesté est la prémisse sur laquelle repose la notion d'internationalité subjective et qui est qu'une situation purement interne à un État peut être soumise à un juge étranger. On a fait remarquer qu'il faut bien que la situation soit affectée d'un quelconque élément d'extranéité pour que ce dernier puisse en connaître⁴⁵⁶.

Les hypothèses dans lesquelles un juge ou une autorité publique pourrait être confronté(e) à une situation entièrement étrangère à leur ordre juridique existent toutefois, même si elles sont limitées. Premièrement, rien n'empêche en principe un ordre juridique de donner compétence à ses tribunaux pour connaître de certains litiges internes à un ordre juridique étranger et d'autoriser en particulier que la compétence de ses tribunaux soit prorogée par les parties à une situation purement étrangère, comme le montre la discussion doctrinale allemande relative à la nécessité de soumettre le § 38 de la *Zivilprozessordnung* à une condition d'internationalité⁴⁵⁷. Deuxièmement, il existe des chefs de compétence exorbitante dans certains droits qui pourraient conduire à un résultat similaire. À titre d'illustration, certaines dispositions du droit irlandais permettent de fonder la compétence des tribunaux internes sur la présence temporaire du défendeur en Irlande⁴⁵⁸. Ces dispositions permettent donc d'attirer un litige purement étranger devant une

454. *Idem*, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 28, n° 5 ; D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, *op. cit.*, p. 107, n° 4, fait toutefois remarquer que le cas de figure du changement d'identité de l'élément d'extranéité ne constitue pas un cas d'internationalité relative car il concerne bien une situation objectivement internationale, dans la mesure où la présence même de liens de rattachement avec plusieurs ordres juridiques n'est pas remise en cause.

455. O. CACHARD et P. KLÖTGEN, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 8, n° 5 ; F. MONÉGER, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 2, n° 5 ; Th. VIGNAL, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 3, n° 5 ; E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 73, n°s 143-144 ; G. KEGEL, « The crisis of conflict of laws » in *Rec. cours La Haye*, vol. 112, 1964, p. 239 ; I. SCHWANDER, *Einführung in das internationale Privatrecht*, Dike, St. Gallen, Lachen, 2000, p. 25, n° 51.

456. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome I. Partie générale*, *op. cit.*, p. 15, n° 9 ; P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », *op. cit.*, p. 20 ; Th. VIGNAL, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 3, n° 5.

457. Voir *supra*, p. 88 s.

458. Cet exemple est tiré de l'annexe I du règlement Bruxelles I.

juridiction irlandaise, pour peu que l'on considère que la présence temporaire du défendeur en Irlande ne constitue pas un élément d'extranéité.

Enfin, comme vu précédemment dans le cadre du règlement Rome I, une situation interne à un État pourrait se retrouver devant un juge étranger « par le hasard des règles de compétence judiciaire »⁴⁵⁹. L'hypothèse pourrait être celle d'une situation interne qui aurait acquis un élément d'extranéité au cours de son existence, correspondant à un chef de compétence retenu par le droit international privé étranger. Il n'est toutefois possible de considérer cette situation comme relativement internationale que si l'internationalité est appréciée au moment de la constitution de la situation. Au moment de la saisine de la juridiction, la situation est en effet devenue absolument internationale en raison de l'acquisition de l'élément d'extranéité.

En conclusion, la distinction entre internationalité absolue et relative repose sur le fait qu'une situation absolument internationale présente intrinsèquement des liens avec plusieurs ordres juridiques étatiques alors qu'une situation relativement internationale est une situation interne à un ordre juridique qui doit sa caractérisation internationale au fait qu'elle est contemplée par un ordre juridique étranger. Nous verrons par la suite la manière dont cette distinction pourrait être exploitée⁴⁶⁰.

2. *La relativité temporelle*

La relativité de la notion d'internationalité se manifeste également par le fait que l'écoulement du temps peut influencer sur la qualification de l'internationalité d'une situation, en ce que celle-ci peut acquérir ou perdre son élément d'extranéité au cours de son existence⁴⁶¹. Toute situation interne est donc potentiellement une situation internationale en devenir et toute situation internationale peut potentiellement venir ou retourner s'inscrire dans le cadre d'un seul ordre juridique. Cela est d'autant plus vrai à une époque de grande mobilité, dès lors que le simple déménagement d'une personne à l'étranger peut entraîner l'internationalisation des relations juridiques auxquelles elle était partie⁴⁶². Lorsqu'une situation acquiert un élément d'extranéité au cours de son existence, son caractère interne ou international variera selon le moment auquel il est apprécié. Si le juge se place au moment de la création de la situation, elle apparaîtra comme interne à l'ordre juridique dans lequel elle a été créée ; s'il se place au moment de sa saisine ou à tout autre moment postérieur à l'internationalisation, la situation apparaîtra comme internationale. Lorsqu'une situation internationale perd son élément d'extranéité, c'est le constat inverse qui peut être fait. Le caractère interne et le caractère international cohabitent donc virtuellement

459. Voir *supra*, p. 45 s.

460. Voir *infra*, p. 421 s.

461. P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », *op. cit.*, p. 21-22 ; H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *op. cit.*, p. 93 ; K. SIEHR, « General Problems of Private International Law in Modern Codifications - De Lege Lata and De Lege Europea Ferenda », *YbPIL* 2005, p. 23.

462. *Idem*, « General Problems of Private International Law in Modern Codifications - De Lege Lata and De Lege Europea Ferenda », *art. cit.*, p. 23.

au sein de ces situations et le choix entre l'un ou l'autre est effectué par la détermination du moment auquel l'internationalité doit être appréciée.

Le phénomène de relativité temporelle de l'internationalité possède un enjeu pratique évident puisque l'apparition ou la disparition d'un élément d'extranéité présente un risque pour les parties. Dans le premier cas de figure, celles-ci pourraient se voir appliquer les règles de droit international privé, sur l'intervention duquel elles n'avaient pas nécessairement compté⁴⁶³. L'internationalisation de la situation des parties risque d'une part d'entraîner l'application d'une loi étrangère si l'élément d'extranéité nouvellement apparu correspond au facteur de rattachement retenu par la règle de conflit de lois. Or, l'application d'une loi étrangère que les parties n'ont pas prévue pourrait avoir pour effet, dans le pire des cas, d'invalider la situation qui s'est entièrement constituée à l'étranger⁴⁶⁴. L'élément d'extranéité nouvellement apparu pourrait d'autre part fonder la compétence d'un juge étranger. Si la compétence du juge interne ne devrait en général pas disparaître pour autant, à la condition que la situation reste rattachée à l'ordre juridique interne, le défendeur risque toutefois de se faire surprendre si le demandeur saisit le juge étranger. Il n'est pas non plus exclu que la compétence du juge interne disparaisse totalement et que le demandeur se fasse lui-même surprendre de ne plus avoir accès au juge interne.

Dans le second cas de figure, le risque pour les parties réside dans le fait que la disparition de l'élément d'extranéité signifie en principe une sortie du régime du droit international privé. Cela peut être source de difficultés lorsque les parties ont convenu de l'application d'une loi étrangère ou de la compétence d'un juge étranger. La question se pose alors de savoir à quel moment doit être appréciée l'internationalité et, le cas échéant, si ces clauses de choix doivent être considérées comme caduques, du fait de la disparition d'une de leurs conditions de licéité, à savoir le caractère international de la situation sur laquelle elles portent.

Face à ces difficultés engendrées par la relativité temporelle de l'internationalité, il faudra donc trouver des solutions permettant de sauvegarder les prévisions des parties en cas d'apparition ou disparition de l'internationalité⁴⁶⁵.

En conclusion, les difficultés d'appréhension de l'internationalité tiennent premièrement à la pluralité de la notion, qui se manifeste à la fois au regard de son objet et de sa définition. Elles résultent deuxièmement de sa relativité, en ce que l'appréciation de l'internationalité peut évoluer à la fois dans l'espace et dans le temps. S'ajoute enfin un dernier facteur de brouillage de la distinction entre situations internes et internationales, qui réside dans le statut procédural de l'internationalité, qui est susceptible de conduire à une négation de l'internationalité.

463. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, 1956, p. 310, n° 139.

464. L. RASS-MASSON, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, thèse Paris II, 2015, p. 653-564, n° 725.

465. Pour les résultats de cette réflexion, voir *infra*, p. 385 s.

§ 2. Le statut procédural de l'internationalité

Les règles qui gouvernent actuellement le statut procédural de l'élément d'extranéité, particulièrement en droit français, permettent à la volonté individuelle d'exercer une influence sur la qualification de l'internationalité au stade procédural, entraînant une négation de l'internationalité qui aura pour conséquence que la situation internationale sera traitée comme une situation interne par le juge. Cette négation peut résulter de l'absence d'application de la règle de droit international privé, alors même que l'internationalité était connue du juge et des parties (A.). Plus foncièrement, elle peut également résulter de l'absence de révélation de l'élément d'extranéité par les parties ou de son relevé d'office par le juge (B.).

A. L'absence d'application de la règle de droit international privé

L'absence d'application de la règle de droit international privé peut entraîner une assimilation de l'international et de l'interne en conflit de juridictions comme en conflit de lois. En matière de compétence internationale, cette assimilation correspond à l'hypothèse dans laquelle le juge interne se reconnaît compétent pour connaître d'un litige, alors qu'il est en réalité internationalement incompétent du fait de l'élément d'extranéité qui l'affecte. En matière de conflit de lois, elle se réalise par l'application de la loi interne alors que l'élément d'extranéité aurait dû entraîner l'application d'une loi étrangère, en ce qu'il correspond au facteur de rattachement retenu par la règle de conflit. Le risque de négation de l'internationalité par absence d'application de la règle de droit international privé dépend de l'impérativité pour le juge (1.) et pour les parties (2.) de la règle de droit international privé.

1. L'impérativité de la règle de droit international privé pour le juge

L'impérativité de la règle de droit international privé, en ce qu'elle implique l'obligation pour le juge d'appliquer cette règle en présence d'une situation internationale, diffère en matière de compétence internationale (a.) et de loi applicable (b.).

a. La règle de compétence internationale

Le risque de négation de l'internationalité dépend premièrement de l'office du juge dans la vérification de sa compétence internationale : plus sévère sera cet office, plus petit sera le risque qu'une situation internationale soit traitée comme une situation interne du point de vue de la compétence juridictionnelle. Ce risque devrait être plus élevé en droit français qu'en droit allemand.

Le juge français n'est en effet tenu d'aucune obligation de soulever d'office son incompétence territoriale ou internationale⁴⁶⁶. Ce n'est qu'une faculté qui est reconnue aux juridictions

466. C. TIRVAUDEY-BOURDIN, *J.-Cl. proc. civ.* Fasc. 600-90 : Compétence. - Exception d'incompétence, 2018, n° 41.

de première instance aux termes de l'article 76, alinéa 1, du code de procédure civile lorsque la règle de compétence est d'*ordre public* ou que le défendeur ne comparaît pas, et à la cour d'appel et la Cour de cassation, aux termes de l'alinéa 2, lorsque l'affaire « échappe à la connaissance de la juridiction française ». La jurisprudence de la Cour de cassation est hésitante s'agissant du point de savoir si les règles de compétence internationale doivent systématiquement être considérées comme étant d'*ordre public*⁴⁶⁷. Il s'agit toutefois de la solution admise par la doctrine majoritaire⁴⁶⁸.

Le juge allemand a au contraire l'obligation de vérifier d'office sa compétence internationale à tout stade de la procédure⁴⁶⁹, qu'il statue en matière gracieuse ou contentieuse⁴⁷⁰. Cette vérification est également obligatoire pour les juridictions statuant en appel et en cassation⁴⁷¹, comme l'a rappelé le *Bundesgerichtshof* dans un arrêt du 11 décembre 1996⁴⁷². La sévérité de ce principe est toutefois contrebalancée par l'absence de sanction en cas de méconnaissance par une juridiction allemande de sa compétence internationale. La décision rendue n'est pas frappée de nullité et si elle passe en force de chose jugée, elle pourra produire tous ses effets⁴⁷³.

En droit européen, les règlements en matière de conflit de juridictions prévoient en règle générale expressément une obligation pour le juge de vérifier d'office sa compétence. On peut citer l'exemple des articles 27 et 28 du règlement Bruxelles I bis, qui disposent que le juge doit se déclarer d'office incompétent lorsque les juridictions d'un autre État membre sont exclusivement compétentes ou lorsque le défendeur domicilié dans un autre État membre ne comparaît pas, à moins que la compétence du juge saisi soit fondée sur le règlement⁴⁷⁴. Les autres règlements européens contenant des règles de conflit de juridictions exigent tous une vérification d'office de la compétence, suivie le cas échéant d'une déclaration d'office d'incompétence⁴⁷⁵. La source

467. A. HUET, *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 581-42 : 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, 2017, n° 30.

468. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 728, n° 719, indiquent que cette possibilité devrait exister en toute matière, sans faire référence au caractère d'*ordre public* de la règle; G. COUCHEZ, « Les nouveaux textes de la procédure civile et la compétence internationale », *Trav. com. fr. DIP* 1977-1979, p. 135; A. HUET, « Le nouveau Code de Procédure civile du 5 décembre 1975 et la compétence internationale des tribunaux français », *JDI* 1976, p. 363; C. TIRVAUDEY-BOURDIN, *J.-Cl. proc. civ. op. cit.*, n° 50, à tout le moins lorsque la règle de compétence internationale « renvoi[e] à une juridiction étrangère ».

469. L. ROSENBERG, K. H. SCHWAB et P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 18^e éd., C.H. Beck, München, 2018, p. 178, n° 55.

470. H. LINKE et W. HAU, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 90, n° 4.64.

471. L. ROSENBERG, K. H. SCHWAB et P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 179, n° 57; H. LINKE et W. HAU, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 91, n° 4.69.

472. BGH, 11 déc. 1996, aff. VIII ZR 154/95, BGHZ 134, 201 = NJW 1997, 870 = NJW-RR 1997, 636 (Ls.) = ZIP 1997, 519 = MDR 1997, 387 = NJ 1997, 223 = WM 1997, 985 = BB 1997, 421 = DB 1997, 572.

473. L. ROSENBERG, K. H. SCHWAB et P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 179, n° 56.

474. P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, *op. cit.*, p. 120, n° 210, indiquent que ces dispositions prévalent sur l'article 76 CPC.

475. Ainsi en est-il de l'article 17 du règlement Bruxelles II bis, de l'article 10 du règlement *aliments*, des articles 15 des règlements *successions*, *régimes matrimoniaux* et *partenariats enregistrés* ou encore de l'article 4 du règlement *insolvabilité* refondu.

européenne de la règle de compétence internationale n'entraînera donc aucun changement pour le juge allemand qui est déjà tenu d'une telle obligation en vertu de son droit processuel interne, mais signifiera un renforcement de l'office du juge français dans la vérification de sa compétence.

En résumé, il existe un risque de négation de l'internationalité dès lors que le juge français n'a pas l'obligation de vérifier sa compétence internationale – hormis en présence d'une règle de source européenne – et que le juge allemand n'est pas sanctionné s'il ne respecte pas cette obligation. Ce risque ne se cantonne pas à la compétence juridictionnelle; il existe également en matière de loi applicable.

b. La règle de conflit de lois

De manière analogue à la compétence juridictionnelle, le risque de négation de l'internationalité sur le terrain de la loi applicable dépend de l'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois; plus impérative sera son application pour le juge et plus petit sera le risque d'une négation des conséquences de l'internationalité sur la loi applicable. Sur ce point également, le risque est plus élevé en droit français qu'en droit allemand.

En droit allemand, la règle de conflit de lois – et plus généralement toute règle de droit international privé au sens strict – doit en effet être appliquée d'office par le juge sur la base du principe *iura novit curia*⁴⁷⁶. Le *Bundesgerichtshof* a ainsi jugé dans un arrêt de principe du 7 avril 1993 que le droit international privé allemand doit être appliqué d'office lorsque les faits de l'affaire donnent lieu à l'application d'un droit étranger, en précisant qu'il est indifférent que les parties aient invoqué ou non l'application de ce droit étranger⁴⁷⁷. La solution a été rappelée à de maintes reprises par la suite⁴⁷⁸.

476. Th. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht : mit internationalem Verfahrensrecht*, op. cit., p. 2, n° 5; K. SIEHR, *Internationales Privatrecht : deutsches und europäisches Kollisionsrecht für Studium und Praxis*, op. cit., p. 361; R. FRANK, « Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères en droit international privé allemand » in *Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères. Actes du colloque austro-franco-germano-suisse de droit international privé comparé des 22 et 23 mai 1986*, L.G.D.J, Paris, 1988, p. 87; E.-M. KIENINGER, « Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts » in *Brauchen wir eine Rom-0-Verordnung? : Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*, sous la dir. de S. LEIBLE, JWV, Jena, 2013, p. 480; A. FLESSNER, « Fakultatives Kollisionsrecht », *RabelsZ* 1970, p. 547; Th. ROGOZ, *Ausländisches Recht im deutschen und englischen Zivilprozess*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 70; G. WAGNER, « Fakultatives Kollisionsrecht und prozessuale Parteiautonomie », *ZEuP* 1999, p. 8; C. TRAUTMANN, *Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 19-20.

477. BGH, 7 avr. 1993, aff. XII ZR 266/91, NJW 1993, 2305 = MDR 1993, 766 = FamRZ 1993, 1051 = WM 1993, 1600 = BB 1993, 585 : « Kommt bei der Beurteilung eines Sachverhalts die Anwendung ausländischen Rechts in Betracht, ist das deutsche internationale Privatrecht von Amts wegen anzuwenden. Die Kollisionsnormen des Einführungsgesetzes zum BGB sind Gesetz und beanspruchen damit allgemeine Verbindlichkeit. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob sich zumindest eine der Parteien auf die Anwendung ausländischen Rechts beruft ».

478. Voir p. ex. BGH, 6 mars 1995, aff. II ZR 84/94, NJW 1995, 2097 = MDR 1995, 861 = MDR 1995, 862 = WM 1995, 1060 = BB 1995, 944; BGH, 21 sept. 1995, aff. VII ZR 248/94, NJW 1996, 54 = NJW-RR 1996, 372 (Ls.) = MDR 1996, 105 = EuZW 1996, 160 = VersR 1996, 199 = WM 1995, 2113 = BB 1995, 1027 = DB 1995,

En droit français, au contraire, seules certaines règles de conflit de lois sont d'application impérative pour le juge. Le critère de distinction entre règles de conflit de lois impératives et facultatives a été posé, dans le dernier état de la jurisprudence de la Cour de cassation, par les arrêts *Mutuelle du Mans* et *Belaïd* du 26 mai 1999, dont il ressort que la règle de conflit de lois doit être appliquée d'office par le juge lorsque les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits⁴⁷⁹.

La jurisprudence *Mutuelle du Mans/Belaïd* ne fait pas de distinction selon que la règle de conflit de lois est de type bilatéral, unilatéral ou à coloration matérielle. S'agissant des règles de conflit unilatérales, la Cour de cassation semble les traiter de la même façon que les règles de conflit bilatérales⁴⁸⁰. Dans un arrêt du 3 mars 2010, elle a en effet prononcé une cassation pour violation de la loi à l'encontre d'un arrêt de cour d'appel qui n'avait pas fait application de la règle de conflit unilatérale de l'article 309 du code civil, en rappelant que la règle de conflit de lois doit être mise en œuvre d'office en matière de droits indisponibles⁴⁸¹. S'agissant des règles de conflit à coloration matérielle, l'état actuel de la jurisprudence française ne permet pas de déterminer si elles suivent la même solution ou si elles sont redevables d'un traitement particulier qui consisterait en l'obligation de les appliquer systématiquement d'office⁴⁸². La Cour de cassation a en effet censuré quelques décisions de cour d'appel n'ayant pas fait application des règles de conflit de lois alternatives de l'ancien article 311-16 ou de l'article 311-17 du code civil, mais sans préciser si cette solution s'expliquait par le caractère indisponible des droits en cause ou par la coloration matérielle de la règle de conflit⁴⁸³.

La source de la règle de conflit de lois est indifférente pour l'application des principes qui viennent d'être énoncés. Ainsi en est-il tout d'abord en droit allemand⁴⁸⁴. Le principe étant celui de l'application d'office de la règle de conflit de lois, il n'y a en effet aucune raison que la source européenne ou supranationale de celle-ci aboutisse à un allègement de l'office du juge. Le *Bundesgerichtshof* l'a spécialement rappelé dans un arrêt du 15 juillet 2008, dans lequel il a jugé que les règles de droit international privé, en ce compris les règles de sources européenne et conventionnelle, doivent être appliquées d'office⁴⁸⁵.

2472 = ZfBR 1996, 34 ; BGH, 15 juil. 2008, aff. VI ZR 105/07, BGHZ 177, 237 = NJW 2009, 916 = MDR 2008, 1210 = NZV 2009, 134 (Ls.) = NZV 2009, 226 (Ls.) = NJ 2008, 512 = VersR 2008, 1358.

479. Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999, *Mutuelle du Mans* et *Belaïd*, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 707, note H. MUIR WATT ; *JCP G* 1999, II, 10192, note F. MÉLIN ; *Deffrénois* 1999, p. 1261, obs. J. MASSIP ; GADIP n^{os} 74-78.

480. E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 539-10 : Conflit de lois. – Loi étrangère devant les juridictions françaises. – Application d'office de la règle de conflit de lois. – Établissement d'office du contenu de la loi étrangère, 2010, n^o 63.

481. Cass. 1^{re} civ., 3 mars 2010, *D.* 2010, p. 709, obs. I. GALLMEISTER ; *ibid.* 2011, p. 1374, obs. F. JAULT-SESEKE ; *AJ fam.* 2010, p. 232, obs. A. BOICHÉ.

482. E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n^{os} 71-72.

483. Pour ces décisions, voir *ibid.*, n^{os} 69-71.

484. E.-M. KIENINGER, « Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts », *op. cit.*, p. 487 ; C. TRAUTMANN, *Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren*, *op. cit.*, p. 295.

485. BGH, 15 juil. 2008, aff. VI ZR 105/07, BGHZ 177, 237 = NJW 2009, 916 = MDR 2008, 1210 = NZV 2009, 134 (Ls.) = NZV 2009, 226 (Ls.) = NJ 2008, 512 = VersR 2008, 1358 : « Die Regelungen des internationalen Pri-

Le droit français maintient pour sa part la solution fondée sur la disponibilité des droits des parties pour les règles de source conventionnelle : l'application d'office de ces règles, qui était de rigueur sous la jurisprudence *Coveco*⁴⁸⁶, n'a en effet pas été reprise par la jurisprudence *Mutuelle du Mans/Belaïd*. S'agissant des règles de source européenne, la question de l'impérativité de la règle de conflit de lois est davantage discutée. Si l'on considère que cette question relève de la compétence des États membres au motif que le législateur européen a fait le choix de ne pas s'en emparer, alors l'impérativité de la règle de conflit de lois ne sera garantie devant le juge français qu'en matière de droits indisponibles⁴⁸⁷. Si l'on s'attache au contraire à la source européenne et à l'applicabilité directe des règlements européens de droit international privé dans l'ordre juridique français, on pourrait conclure à l'impérativité des règles de conflit de lois qu'ils contiennent, indépendamment du critère de la libre disponibilité des droits des parties⁴⁸⁸. Toutefois, en l'absence de jurisprudence de la Cour de cassation instaurant une exception non-équivoque à ce critère⁴⁸⁹, il est préférable de considérer que celles-ci ne sont pas soumises à un statut particulier⁴⁹⁰.

En conclusion, les règles gouvernant l'impérativité de la règle de conflit de lois en droit français laissent la place à des hypothèses de négation de l'internationalité lorsque les droits des parties sont disponibles.

2. L'accord procédural des parties

La négation de l'internationalité peut également résulter, au stade procédural, de ce que les parties n'invoquent pas l'application du droit étranger normalement applicable et plaident sur le fondement du droit interne. La volonté des parties de se placer sur le terrain de la *lex fori* peut être analysée comme un accord procédural portant sur l'application du droit interne.

vatrechts, wozu auch die einschlägigen Normen des europäischen Gemeinschaftsrechts sowie die von Deutschland ratifizierten kollisionsrechtlichen Staatsverträge gehören, beanspruchen allgemeine Verbindlichkeit, ohne dass es darauf ankäme, ob sich eine der Parteien auf die Anwendung ausländischen Rechts beruft. »

486. Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 1990, *Coveco*, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 558, note M.-L. NIBOYET-HOEGY ; *JDI* 1991, p. 371, note D. BUREAU ; *GADIP* n^{os} 74-78.

487. S. CORNELOUP, « L'application facultative de la loi étrangère dans les situations de disponibilité du droit et l'application uniforme des règles de conflit d'origine européenne » in *L'application du droit étranger*, sous la dir. de Ph. LAUVAUX et J. MASSOT, Société de législation comparée, Paris, 2018, p. 77.

488. A. FRIGNATI et H. MUIR WATT, *Rép. int. Dalloz*, V^o Loi étrangère : autorité de la règle de conflit de lois, 2017, n^{os} 129-130.

489. Les arrêts Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 2003, *RDC* 2004, p. 769, obs. D. BUREAU. et Cass. 1^{re} civ., 31 mai 2005, *D.* 2006, p. 1729, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2005, p. 465, note P. LAGARDE, rendus à propos de la convention de Rome, ont pu être interprétés comme instaurant une obligation pour le juge d'appliquer d'office la règle de conflit de lois de source européenne (voire conventionnelle), voir *ibid.*, n^o 128 ; A. VERDOT, « L'applicabilité de la règle de conflit de lois d'origine conventionnelle en question », *D.* 2006, p. 260, mais la Cour de cassation ne l'affirme pas explicitement. Une autre lecture de ces arrêts est donc possible, selon laquelle les juges du fond ont été sanctionnés pour avoir appliqué la *mauvaise* règle de conflit de lois, en ce qu'ils ont fait usage de celle issue du droit international privé commun au lieu de celle issue du droit européen.

490. Pour ce même résultat, S. CORNELOUP, « Rechtsermittlung im Internationalen Privatrecht der EU : Überlegungen aus Frankreich », *RabelsZ* 2014, p. 847 ; E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n^o 30.

L'accord procédural, ou la possibilité pour les parties d'exclure l'application de la règle de conflit de lois au profit de l'application du droit interne au cours de la procédure, a été reconnu en droit allemand dès les années 1960-70 dans les matières contractuelle⁴⁹¹ et délictuelle⁴⁹². À titre d'exemple, le *Bundesgerichtshof* a admis un accord procédural dans un arrêt du 1^{er} juillet 1970, en retenant que dès lors que les parties s'attendaient devant les juridictions du fond à ce que le litige soit tranché selon les règles du droit allemand, elles sont convenues de l'application de ce droit, de sorte qu'il devient inutile de vérifier si ce droit aurait été applicable selon la règle de conflit de lois⁴⁹³.

En droit français, c'est l'arrêt *Roho* du 19 avril 1988⁴⁹⁴ qui a admis pour la première fois un accord procédural portant sur l'application du droit français. La solution a été précisée dans l'arrêt *Hannover International* du 6 mai 1997, qui a posé le principe selon lequel « 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 »⁴⁹⁵.

En droit français comme en droit allemand, l'accord procédural peut être constitué par le seul fait que les parties plaident sur le fondement du droit interne malgré l'applicabilité d'un droit étranger. À cet égard, la Cour de cassation a jugé dans l'arrêt *Hannover International* que l'accord procédural « peut résulter des conclusions des parties invoquant une loi autre que celle qui est désignée par un traité ou par le contrat ». De même, le *Bundesgerichtshof* reconnaît que les parties se sont tacitement accordées sur l'application du droit interne dès lors qu'elles plaident sur le fondement de ce droit ou s'attendent à son application⁴⁹⁶. Dans les matières où l'accord procédural est admis, le juge ne procède donc à l'application de la règle de conflit de

491. A. FLESSNER, « Fakultatives Kollisionsrecht », *art. cit.*, p. 547 ; Th. ROGOZ, *Ausländisches Recht im deutschen und englischen Zivilprozess*, *op. cit.*, p. 73-74.

492. C. TRAUTMANN, *Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren*, *op. cit.*, p. 35. Voir p. ex. pour cette matière, les arrêts BGH, 7 juil. 1960, aff. II ZR 209/58, MDR 1960, 907 = VersR 1960, 727 = DB 1960, 949 et surtout BGH, 6 nov. 1973, aff. VI ZR 199/71, NJW 1974, 1045 (Ls.) = NJW 1974, 410 = MDR 1974, 300 = VersR 1974, 197 = WM 1974, 182 = DB 1974, 427 = DB 1974, 428 = JR 1974, 149, BGH 17 mars 1981, aff. VI ZR 286/78, BGHZ 80, 199 = NJW 1981, 1606 = MDR 1981, 744 = VersR 1981, 636 = WM 1981, 548 = JR 1981, 377, point 18 et BGH, 22 déc. 1987, aff. VI ZR 6/87, NJW-RR 1988, 534 = MDR 1988, 488 = VersR 1988, 466, point 13.

493. BGH, 1^{er} juil. 1970, aff. VIII ZR 24/69, BGHZ 54, 214 = NJW 1970, 1733 = MDR 1970, 920 = DB 1970, 1482 : « Beide Parteien sind in den Vorinstanzen übereinstimmend davon ausgegangen, daß der Streitfall nach deutschem Recht zu entscheiden sei. Damit haben sie die Geltung deutschen Rechts vereinbart, so daß sich eine Prüfung erübrigt, ob nicht auch ohnehin nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts deutsches Recht anzuwenden wäre. »

494. Cass. 1^{re} civ., 19 avril 1988, *Roho*, D. 1989, somm. p. 345, obs. B. AUDIT ; *Rev. crit. DIP* 1989, p. 68, note H. BATIFFOL.

495. Cass. 1^{re} civ., 6 mai 1997, *Hannover International*, *Rev. crit. DIP* 1997, p. 514, note B. FAUVARQUE-COSSON ; *JDI* 1997, p. 804, note D. BUREAU ; *GADIP* n° 84.

496. A. FLESSNER, « Fakultatives Kollisionsrecht », *art. cit.*, p. 547 ; C. TRAUTMANN, *Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren*, *op. cit.*, p. 38 ; R. FRANK, « Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères en droit international privé allemand », *op. cit.*, p. 87, voir p. ex. les arrêts BGH, 27 mars 1968, aff. VII ZR 10/66, BGHZ 50, 32 = NJW 1968, 1569 = MDR 1968, 659 = DB 1968, 794, point 1, BGH, 22 févr. 1994, aff. VI ZR 309/93, point 8, qui admettent cette solution.

lois qu'à partir du moment où les parties ont explicitement fondé leurs prétentions sur le droit étranger⁴⁹⁷.

La question peut toutefois être posée de savoir si le juge a l'obligation d'informer les parties qu'il a retenu un accord procédural tacite et d'attirer leur attention sur le conflit de lois. Les parties pourraient en effet plaider sur le fondement du droit interne par ignorance des règles de droit international privé, de la pertinence de l'élément d'extranéité qui caractérise leur relation ou de l'applicabilité d'un droit étranger à leur litige. La négation de l'internationalité à laquelle conduit l'accord procédural pourrait donc se faire aux dépens des parties si le juge n'a pas l'obligation de les informer. Or, doit être constaté qu'une telle obligation n'est prévue ni par le droit français, ni par le droit allemand. Il a ainsi été reproché aux juridictions du fond allemandes de reconnaître parfois l'existence d'un accord procédural tacite sans attirer l'attention des parties sur l'internationalité du litige, dans le but d'appliquer le droit allemand⁴⁹⁸.

En conclusion, il existe un risque de négation de l'internationalité aussi bien d'un point de vue de la compétence juridictionnelle que de la loi applicable. Le droit français est plus propice que le droit allemand à ce que la situation internationale soit traitée au stade procédural comme une situation interne du fait de l'absence d'application de la règle de droit international privé. Cette assimilation peut également tenir, plus fondamentalement, à l'absence de prise en compte de l'élément d'extranéité par le juge ou les parties.

B. L'absence de prise en compte de l'élément d'extranéité

La négation de l'internationalité au stade procédural peut également tenir à l'absence de révélation de l'internationalité par les parties ou de relevé d'office de l'élément d'extranéité par le juge. Ce risque augmente graduellement selon que l'élément d'extranéité a été spécialement invoqué par les parties (1.), qu'il est dans le débat sans avoir été invoqué (2.) ou qu'il ne figure pas dans le débat (3.).

1. L'internationalité invoquée

Il peut raisonnablement être pensé que lorsque les parties sont bien conseillées sur les problématiques de droit international privé, elles invoqueront la plupart du temps expressément l'élément d'extranéité affectant leur relation, surtout si celui-ci devait mener à l'application de règles profitant à l'une d'entre elles. La question peut toutefois être posée de savoir si cette invocation est suffisante à entraîner l'application des règles de droit international privé et si le juge peut se permettre d'ignorer le caractère international de la situation sans que son jugement n'encoure la censure.

497. A. FLESSNER, « Fakultatives Kollisionsrecht », *art. cit.*, p. 559.

498. R. HÜBNER, *Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten. Grundlagen und europäische Perspektiven der Ermittlung ausländischen Rechts im gerichtlichen Verfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, p. 193.

En matière de compétence internationale, la seule invocation de l'élément d'extranéité ne saurait suffire à déclencher la vérification d'office par le juge français de sa compétence. Selon l'article 74 du code de procédure civile, les parties devront soulever une exception d'incompétence avant toute défense au fond, en précisant quel est l'État étranger dont elles estiment les juridictions compétentes. Selon l'article 96, alinéa 1, du même code, le juge sera alors tenu de se prononcer sur sa compétence internationale, en renvoyant, si nécessaire, les parties à mieux se pourvoir. La solution est plus stricte en droit allemand, le juge étant tenu d'une obligation de vérifier d'office sa compétence internationale. L'allégation de l'internationalité par les parties suffira à déclencher cette vérification, qui, si elle aboutit au constat de l'incompétence internationale des juridictions allemandes, entraînera l'obligation pour le juge de rejeter la demande sans pouvoir en connaître au fond⁴⁹⁹. De même, lorsque les instruments de droit international privé de source européenne contenant des règles de compétence internationale mettent à la charge du juge une obligation de vérifier d'office sa compétence internationale⁵⁰⁰, il faut logiquement considérer que l'invocation par les parties de l'internationalité obligera le juge à cette vérification.

En matière de conflit de lois, le droit allemand, qui repose sur le principe d'application d'office de la règle de conflit par le juge, admet naturellement que la simple invocation de l'internationalité par les parties suffise à entraîner l'obligation pour le juge d'appliquer la règle de conflit de lois. Le *Bundesgerichtshof* a par ailleurs rappelé qu'il est indifférent que les parties aient invoqué l'application d'un droit étranger⁵⁰¹. Toutefois, dans les matières où l'accord procédural est admis, le juge ne procédera à l'application de la règle de conflit de lois qu'à partir du moment où les parties ont explicitement fondé leurs prétentions sur le droit étranger⁵⁰². De même, en droit français, en matière de droits disponibles, les parties devront veiller à invoquer, en plus de l'élément d'extranéité, la loi étrangère qu'elles entendent se voir appliquer⁵⁰³, sous peine que leur silence ne soit interprété par le juge comme un accord procédural tacite. En matière de droits indisponibles, le juge devant procéder à l'application d'office de la règle de conflit de lois, l'invocation de l'internationalité par les parties sera en revanche suffisante.

Dans le cas peu probable dans lequel le juge ne prendrait pas en compte l'invocation par les parties de l'internationalité, celles-ci pourront exercer un recours. En matière de compétence internationale, ce recours est admis en France devant la cour d'appel et la Cour de cassation⁵⁰⁴; le *Bundesgerichtshof* en a jugé de même en Allemagne⁵⁰⁵. En matière de conflit de lois, la

499. L. ROSENBERG, K. H. SCHWAB et P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 179, n° 56.

500. Voir *supra*, p. 116 s.

501. BGH, 7 avril 1993, aff. XII ZR 266/91, NJW 1993, 2305 = MDR 1993, 766 = FamRZ 1993, 1051 = WM 1993, 1600 = BB 1993, 585.

502. A. FLESSNER, « Fakultatives Kollisionsrecht », *art. cit.*, p. 559.

503. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 331, n° 354; O. CACHARD et P. KLÖTGEN, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 212, n° 428.

504. A. HUET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n°s 36, 46.

505. Voir BGH, 14 juin 1965, aff. GSZ 1/65, BGHZ 44, 46 = NJW 1965, 1665 = MDR 1965, 723, dans lequel le *Bundesgerichtshof* rappelle que l'appel comme le pourvoi en cassation peuvent se fonder sur le fait que le tribunal

décision des juges du fond qui appliquerait la loi interne malgré l'invocation par les parties de l'internationalité de la situation et de l'applicabilité d'une loi étrangère encourt la cassation pour violation de la loi dans les deux pays⁵⁰⁶. Si les parties ont seulement invoqué l'internationalité sans demander l'application de la loi étrangère, cette censure ne sera encourue en droit français qu'en matière de droits indisponibles⁵⁰⁷.

Pour résumer, même si l'internationalité est invoquée par les parties, le droit français demande que celles-ci aillent au bout de leur démarche et contestent la compétence du juge français ou invoquent l'application du droit étranger, à moins, dans ce dernier cas, d'être en matière de droits indisponibles. Au contraire, en droit allemand, l'invocation de l'internationalité par les parties est suffisante pour que le juge en tire les conséquences sur le terrain de la compétence internationale et de la loi applicable, hors accord procédural. L'internationalité fait donc l'objet d'un traitement plus respectueux en droit allemand, ce qui réduit grandement les risques de sa négation, qui restent bien réels en droit français lorsque la règle de compétence internationale est d'origine nationale ou que la règle de conflit de lois porte sur des droits disponibles. La même divergence entre les deux droits peut être observée lorsque l'élément d'extranéité se trouve dans le débat mais n'a pas été spécialement invoqué.

2. *L'internationalité dans le débat mais non invoquée*

Il peut arriver que les parties n'invoquent pas expressément l'internationalité du litige qui les oppose et plaident en se fondant sur la compétence du juge interne et de la loi interne, alors même qu'un élément d'extranéité pertinent, à même d'entraîner l'incompétence du juge interne ou l'application d'une loi étrangère, se trouve dans le débat. Les parties agissent comme si leur situation était purement interne. Ce comportement peut s'expliquer par le fait qu'elles n'ont pas conscience de l'importance de l'élément d'extranéité affectant leur relation ou qu'elles souhaitent échapper à la compétence du juge étranger ou à l'application du droit étranger. Une simple lecture du dossier permet pourtant au juge de relever le caractère international de la situation et d'en tirer les conséquences. Il se pose dès lors la question de savoir s'il a l'obligation de s'emparer de l'élément d'extranéité figurant dans le débat mais non expressément invoqué. La réponse diffère en matière de compétence internationale (a.) et de loi applicable (b.).

inférieur a faussement admis sa compétence internationale. C'est également l'avis de la doctrine, voir entre autres L. ROSENBERG, K. H. SCHWAB et P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 179, n° 57.

506. En France, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 331, n° 354; H. MUIR WATT, *Rép. int. Dalloz*, V° Loi étrangère, 2014, n° 36. En Allemagne, le *Bundesgerichtshof* censurant les décisions des juges du fond qui n'ont pas relevé les éléments d'extranéité non invoqués mais figurant dans le dossier, comme nous le verrons, la censure est également encourue *a fortiori* lorsqu'ils ont été invoqués par les parties.

507. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 337, n° 358.

a. En matière de compétence internationale

La différence d'impérativité de la règle de compétence internationale en droit français et en droit allemand se reflète sur l'obligation du juge de relever les éléments d'extranéité figurant dans le débat mais n'ayant pas été invoqués. Lorsque la règle de compétence internationale est d'origine nationale, il ne peut être raisonnablement soutenu que le juge français est obligé de relever l'élément d'extranéité non invoqué conduisant à son incompétence internationale, puisqu'il n'est tenu à aucune obligation de vérifier cette compétence. En revanche, il faut certainement considérer que le juge allemand doit relever d'office les éléments d'extranéité figurant dans le débat, sans quoi il ne pourrait respecter l'obligation qui lui est faite de vérifier d'office sa compétence internationale, que la procédure soit de nature inquisitoire ou accusatoire⁵⁰⁸. Les risques de négation de l'internationalité sont donc une fois encore plus élevés en droit français.

En droit européen, l'obligation généralement faite au juge de vérifier d'office sa compétence internationale pose également la question de savoir si ce dernier doit relever d'office les éléments d'extranéité présents dans le débat mais non invoqués, spécialement car les instruments prévoyant une telle obligation restent muets sur le sujet. Il revient dès lors à la *lex fori* d'indiquer les pouvoirs et devoirs du juge dans la détermination de sa compétence internationale⁵⁰⁹. Il faut certainement admettre une obligation pour le juge allemand de s'emparer des éléments d'extranéité présents dans le débat et susceptibles de fonder son incompétence, au regard de l'existence d'une obligation analogue de vérification de la compétence internationale en droit interne.

S'agissant du juge français, il est plus difficile de se positionner sur une éventuelle *obligation* de relever l'élément d'extranéité du dossier fondant son incompétence, puisque la question ne s'est jamais posée en ces termes en droit interne, le juge n'étant tenu en principe que d'une *faculté* de vérifier sa compétence. Toutefois, ce relevé d'office des éléments d'extranéité semble nécessaire si le juge veut être en mesure de respecter l'obligation qui lui est faite de vérifier d'office sa compétence internationale⁵¹⁰. Dès lors qu'il est *tenu* de se déclarer incompétent lorsque la juridiction d'un autre État membre est exclusivement⁵¹¹ ou prioritairement compétente⁵¹² ou lorsque sa compétence ne peut être fondée sur le règlement, au contraire de celle d'un autre État

508. Cette solution peut être admise par analogie avec le conflit de lois, voir pour ce dernier, D. KOERNER, *Fakultatives Kollisionsrecht in Frankreich und Deutschland*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1995, p. 51.

509. À propos du règlement Bruxelles I bis, P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, op. cit., p. 120, n° 211 ; H. GAUDEMET-TALLON et M.-E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Matières civile et commerciale. Règlements 44/2001 et 1215/2012. Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, op. cit., p. 502, n° 341 ; C. KLEINER, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 137.

510. En ce sens, M.-L. NIBOYET, « Office du juge : vérification et exercice de la compétence », *Droit et Patrimoine* 1^{er} mai 2015, p. 75, p. 75 s., qui indique que « cette obligation doit le conduire à faire l'inventaire de tous les éléments d'extranéité de la situation ».

511. Règlement Bruxelles I bis, article 27.

512. L'hypothèse envisagée est celle dans laquelle le juge souhaiterait fonder sa compétence sur un chef de compétence subsidiaire du règlement : il devra alors au préalable vérifier qu'un autre État membre n'est pas compétent ; voir règlement *aliments*, article 10 ; règlements *successions*, *régimes matrimoniaux* et *partenariats enregistrés*, article 15.

membre⁵¹³, il faut bien, pour respecter cette obligation, qu'il se saisisse de l'élément d'extranéité qui figure dans le débat et qui pourrait fonder la compétence d'un autre État membre.

Si le juge n'a pas relevé d'office l'élément d'extranéité non invoqué mais présent dans le débat, les parties gardent en Allemagne la faculté de faire valoir l'élément d'extranéité en appel ou en cassation, dans la mesure où les juridictions allemandes sont tenues de révéifier leur compétence internationale à chaque niveau d'instance. Au contraire, en France, les parties n'auront pas la possibilité de soulever l'incompétence des juridictions françaises devant la cour d'appel dès lors qu'il aura été conclu au fond en première instance⁵¹⁴. Cette solution vaut *a fortiori* devant la Cour de cassation⁵¹⁵.

b. En matière de conflit de lois

En matière de conflit de lois, la question de savoir si le juge doit relever d'office les éléments d'extranéité présents dans le débat mais non invoqués par les parties est intimement liée à celle de l'impérativité de la règle de conflit de lois à l'égard du juge. Le juge allemand étant tenu d'une obligation d'application d'office de la règle de conflit de lois, il doit donc également logiquement être tenu de celle de se saisir d'office des éléments d'extranéité non invoqués par les parties qui apparaîtraient dans le dossier⁵¹⁶, que la procédure soit de type inquisitoire ou accusatoire⁵¹⁷. Le *Bundesgerichtshof* a eu l'occasion de rappeler à maintes reprises ce principe et de censurer des décisions de cours d'appel qui n'avaient pas fait application de la règle de conflit de lois alors qu'un élément d'extranéité non invoqué et entraînant l'application d'une loi étrangère se trouvait dans le débat⁵¹⁸.

Malgré la jurisprudence stricte du *Bundesgerichtshof*, la pratique judiciaire allemande montre toutefois que les juges du fond ne se plient pas toujours à l'obligation qui leur est normalement imposée de relever d'office les éléments d'extranéité du dossier pour les besoins de l'application de la règle de conflit de lois. Certains juges auraient en effet tendance, pour des raisons de commodité, à passer sous silence l'internationalité lorsqu'elle n'est pas invoquée par les parties, alors même – et justement parce – qu'elle était de nature à entraîner l'application d'une loi étrangère, dans le but d'appliquer leur propre droit matériel⁵¹⁹.

513. Règlement Bruxelles II bis, article 17.

514. B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., p. 395, n° 468; A. HUET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 6; C. TIRVAUDEY-BOURDIN, *J.-Cl. proc. civ. op. cit.*, n° 25.

515. A. HUET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 7; C. TIRVAUDEY-BOURDIN, *J.-Cl. proc. civ. op. cit.*, n° 26.

516. En ce sens, A. FLESSNER, « Fakultatives Kollisionsrecht », art. cit., p. 547; D. KOERNER, *Fakultatives Kollisionsrecht in Frankreich und Deutschland*, op. cit., p. 50-51; E.-M. KIENINGER, « Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts », op. cit., p. 483.

517. D. KOERNER, *Fakultatives Kollisionsrecht in Frankreich und Deutschland*, op. cit., p. 50-51.

518. Voir p. ex. l'arrêt BGH, 6 mars 1995, aff. II ZR 84/94, NJW 1995, 2097 = MDR 1995, 861 = MDR 1995, 862 = WM 1995, 1060 = BB 1995, 944.

519. P. H. NEUHAUS et J. KROPHOLLER, « Das Elend mit dem Internationalen Privatrecht. Gedanken zur anstehenden Gesetzesreform », *FamRZ* 1980, p. 473; K. ARNDT et al., « Zur Verbesserung der deutschen Zivilrechts-

Au contraire du droit allemand, le droit français ne prévoit en principe aucune obligation pour le juge de relever d'office les éléments d'extranéité figurant dans le débat mais non invoqués par les parties. L'article 7, alinéa 2, du code de procédure civile ne prévoit qu'une faculté pour le juge de prendre en considération de tels éléments de fait. Toutefois, il a été relevé qu'une application stricte de cet article est incompatible avec le caractère impératif de certaines règles de conflit de lois, puisque le fait pour le juge de ne pas relever d'office l'élément d'extranéité permet *de facto* d'esquiver l'application de la règle de conflit⁵²⁰. Il convient dès lors de distinguer selon que sont en jeu des droits disponibles ou indisponibles.

En matière de droits disponibles, la solution de l'article 7, alinéa 2, du code de procédure civile est maintenue. Le juge n'est pas tenu de relever d'office les éléments d'extranéité non invoqués présents dans le débat, il en a simplement la faculté⁵²¹. Il peut donc choisir d'ignorer l'élément d'extranéité et juger l'affaire comme si elle était purement interne à l'ordre juridique français. En outre, dans cette hypothèse, les parties ne sauraient invoquer pour la première fois l'élément d'extranéité et l'application d'un droit étranger devant la Cour de cassation, comme celle-ci l'a jugé dans un arrêt *Wörther* du 28 novembre 2006⁵²².

En matière de droits indisponibles, au contraire, le juge ne saurait se dispenser d'appliquer la règle de conflit de lois sous peine de voir sa décision censurée pour violation de la loi par la Cour de cassation⁵²³. En conséquence, la doctrine majoritaire se prononce en faveur d'une obligation du juge de relever d'office les éléments d'extranéité qui figurent dans le débat mais n'ont pas été invoqués par les parties⁵²⁴. Cette solution pourrait être justifiée par le caractère spécial que revêt l'élément d'extranéité dans le cadre de la procédure : on a fait valoir que l'élément d'extranéité est un élément de fait particulier, parce que de lui dépend la loi applicable⁵²⁵. En effet, permettre au juge de ne pas le relever d'office reviendrait à priver d'effet l'impérativité de la règle de conflit de lois en matière de droits indisponibles⁵²⁶.

prehung in internationalen Sachen. Denkschrift vom 26. August 1970 », *RabelsZ* 1971, p. 323 ; R. FRANK, « Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères en droit international privé allemand », *op. cit.*, p. 97.

520. B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, L.G.D.J., Paris, 1996, p. 152, n° 244.

521. En ce sens, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 338, n° 358 ; A. FRIGNATI et H. MUIR WATT, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 72.

522. Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 2006, *Wörther*, *Bull. civ.* 2006, I, n° 522. Cet arrêt laisse néanmoins planer un doute quant à sa portée, puisqu'il n'indique pas si l'élément d'extranéité dont était affectée la situation se trouvait ou non dans le débat.

523. B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, *op. cit.*, p. 165, n° 270.

524. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 338, n° 358 ; B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, *op. cit.*, p. 157, n° 255 ; A. FRIGNATI et H. MUIR WATT, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 32 ; E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 34 ; C. BLÉRY et N. REICHLING, *J.-Cl. proc. civ.* Fasc. 500-35 : Principes directeurs du procès. – Office du juge. – Fondement des prétentions litigieuses, 2020, n° 24.

525. P. MAYER, « L'office du juge dans le règlement des conflits de lois », *Trav. com. fr. DIP 1975-1977*, p. 240 ; cet argument a néanmoins été critiqué par Y. LEQUETTE, « L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 octobre 1988) », *Rev. crit. DIP* 1989, p. 298, n° 18.

526. En ce sens, P. MAYER, « L'office du juge dans le règlement des conflits de lois », *art. cit.*, p. 241 ; Y. LEQUETTE, « L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 octobre

Un nombre important d'arrêts de la Cour de cassation ont sanctionné les juges du fond pour ne pas avoir relevé d'office un élément d'extranéité qui figurait dans le débat. Peut premièrement être cité l'arrêt *Rebouh* du 11 octobre 1988, rendu à une époque où la règle de conflit de lois était toujours d'application obligatoire pour le juge et dans lequel la Cour de cassation condamne une cour d'appel pour ne pas avoir fait application de la règle de conflit de lois alors que l'élément d'extranéité figurait dans le dossier⁵²⁷. Deux arrêts du 6 juin 1990 ont confirmé cette solution⁵²⁸. Puis, sous l'empire de la jurisprudence *Coveco*, la Cour de cassation a censuré dans un arrêt *Makhlouf* du 18 novembre 1992 l'arrêt d'une cour d'appel qui n'avait pas soulevé d'office le conflit de lois en matière d'établissement de la filiation, alors que l'élément d'extranéité « était mentionn[é] dans la décision prononcée en première instance et dans diverses pièces de procédure »⁵²⁹. Finalement, la Cour a également censuré dans l'arrêt *Belaïd* une cour d'appel qui avait fait application de la loi française sans prendre en compte la nationalité étrangère de l'une des parties qui aurait conduit à l'application du droit étranger⁵³⁰.

En conclusion, lorsqu'un élément d'extranéité non invoqué par les parties se trouve dans le débat, le risque de négation de l'internationalité sur le plan de la loi applicable ne devrait exister qu'en droit français en matière de droits disponibles, seul cas dans lequel le juge n'a pas l'obligation de se saisir d'office de l'élément d'extranéité en question.

3. *L'internationalité hors du débat*

Le cas de figure le plus propice à la négation de l'internationalité est finalement celui dans lequel l'élément d'extranéité n'a pas été invoqué par les parties et ne figure pas dans le débat. Les parties au procès peuvent en effet omettre de révéler ou même s'employer à dissimuler au juge le caractère international du litige qui les oppose. Certaines exigences procédurales du for ont toutefois pour effet de limiter le risque de non-révélation d'un élément d'extranéité par les parties.

Les parties sont tout d'abord tenues de fournir certains renseignements dans le cadre de la procédure, de sorte que certains éléments d'extranéité figureront obligatoirement dans le dossier. Ainsi, en droit français, le dossier comprend l'indication de la nationalité et du domicile des par-

1988) », *art. cit.*, p. 292, n° 13 ; B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois, op. cit.*, p. 161, n° 262.

527. Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1988, *Rebouh et Schule*, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 277, chron. Y. LEQUETTE ; *JDI* 1989, p. 349, note D. Alexandre ; *ibid.* 1990, p. 317, chron. D. BUREAU ; *Deffrénois* 1989, p. 310, obs. J. MASSIP ; GADIP n°s 74-78.

528. Cass. 1^{re} civ., 6 juin 1990, *Bull. civ.* 1990, I, n°s 137 et 139.

529. Cass. 1^{re} civ., 18 nov. 1992, *Makhlouf*, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 276, note B. ANCEL ; *JDI* 1993, p. 309, note Y. LEQUETTE ; *D.* 1993, p. 213, note P. COURBE ; *Deffrénois* 1993, art. 35611, obs. J. MASSIP.

530. Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999, *Mutuelle du Mans et Belaïd*, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 707, note H. MUIR WATT ; *JCP G* 1999, II, 10192, note F. MÉLIN ; *Deffrénois* 1999, p. 1261, obs. J. MASSIP ; GADIP n°s 74-78.

ties⁵³¹. De même, le droit allemand impose la mention de la résidence des parties⁵³². Même si cette obligation ne concerne que peu d'informations, le domicile, la résidence et la nationalité restent des éléments d'extranéité importants, notamment en matière personnelle et familiale. En outre, une autre caractéristique de la procédure civile allemande conduit en principe à limiter l'oubli ou la dissimulation d'un élément d'extranéité⁵³³ : les parties sont tenues d'une obligation de complétude et de vérité au moment de présenter les faits de l'affaire en vertu du § 138, alinéa 1, de la *Zivilprozessordnung*. Si elles s'y conforment, elles ne devraient donc pas omettre d'informer le juge de l'internationalité de leur situation.

L'hypothèse de la rétention d'un élément d'extranéité hors du dossier ne peut toutefois être entièrement exclue. Sans information extérieure au dossier, le juge ne pourra alors avoir connaissance de l'internationalité. Le litige se présente à lui comme s'il était purement interne et il procédera alors logiquement, sans qu'aucune critique ne puisse lui être adressée, à la reconnaissance de sa compétence juridictionnelle et à l'application du droit interne. Toutefois, il peut arriver qu'un indice dans le dossier laisse suspecter la présence d'un élément d'extranéité affectant le litige : le risque de négation de l'internationalité dépendra alors du comportement que le juge devra ou pourra adopter. En effet, seule une obligation de se saisir des éléments d'extranéité extérieurs au dossier empêcherait de manière certaine une telle négation.

En droit français, l'article 7, alinéa 1, du code de procédure civile est clair en ce qui concerne le traitement des éléments de fait se trouvant en dehors du débat. Tirant la conséquence logique du principe dispositif énoncé à l'article 5⁵³⁴, il dispose que « le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat ». L'élément d'extranéité étant un élément de fait, le juge a donc l'interdiction de se saisir d'un élément d'extranéité figurant en dehors du dossier⁵³⁵. Il pourra simplement tenter de le faire entrer dans le débat en faisant usage de l'article 8 du code de procédure civile qui lui permet « d'inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige »⁵³⁶.

En droit allemand, une solution similaire vaut pour les matières qui sont soumises à la procédure accusatoire. Bien que les parties détiennent la main sur les faits dans ce type de procédure⁵³⁷, le § 139, alinéa 1, de la *Zivilprozessordnung* dispose que le juge est tenu, si nécessaire, d'aborder les faits avec les parties, de poser des questions et de les amener à fournir tous les faits

531. B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, op. cit., p. 152, n° 245. Code de procédure civile, articles 57, 58 et 60.

532. *Zivilprozessordnung*, § 130 al. 1^{er}.

533. R. HÜBNER, *Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten. Grundlagen und europäische Perspektiven der Ermittlung ausländischen Rechts im gerichtlichen Verfahren*, op. cit., p. 194.

534. Y. LEQUETTE, « L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 octobre 1988) », art. cit., p. 296, n° 17.

535. B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, op. cit., p. 151, n° 242.

536. Y. LEQUETTE, « L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 octobre 1988) », art. cit., p. 296, n° 17.

537. R. HÜBNER, *Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten. Grundlagen und europäische Perspektiven der Ermittlung ausländischen Rechts im gerichtlichen Verfahren*, op. cit., p. 174.

pertinents⁵³⁸. La portée de cette disposition reste toutefois discutée. Si certains auteurs se prononcent en faveur d'une simple faculté⁵³⁹, d'autres y voient une obligation⁵⁴⁰ et pour d'autres encore la réponse dépend des circonstances : s'il existe des indices dans le dossier qui laissent penser que la situation pourrait être affectée d'un élément d'extranéité, le juge aurait l'obligation de faire usage de ce pouvoir d'invitation⁵⁴¹. Dans le cas contraire, il s'agirait d'une simple faculté⁵⁴². Si, à la suite de l'invitation du juge, les parties n'apportent pas de complément d'information sur l'élément d'extranéité dont le juge soupçonne l'existence, ce dernier ne pourra pas s'en saisir d'office⁵⁴³ et procéder à l'application de la règle de conflit de lois⁵⁴⁴.

Le juge – français comme allemand – dispose de plus de latitude quand la procédure suit le principe inquisitoire. En droit français, le principe dispositif est en effet « largement aménagé »⁵⁴⁵, dans la mesure où la loi prévoit que le juge peut « fonder sa décision sur tous les faits relatifs au cas qui lui est soumis, y compris ceux qui n'auraient pas été allégués »⁵⁴⁶. Il peut notamment procéder à des investigations personnelles sans que les parties ne soient appelées⁵⁴⁷ : cela lui laisse donc la possibilité de faire entrer dans le débat un élément d'extranéité extérieur au dossier dont il aurait incidemment eu connaissance. Il n'en a toutefois pas l'obligation. En droit allemand, le § 26 FamFG prévoit ainsi en matière familiale et gracieuse que le juge doit mener d'office les recherches nécessaires à l'établissement des faits pertinents. Le § 29, alinéa 1, FamFG dispose que « le tribunal recueille les preuves nécessaires dans la forme appropriée. Dans ce cadre, il n'est pas tenu aux allégations des parties »⁵⁴⁸. Une règle similaire est prévue par le § 127 FamFG en matière de divorce⁵⁴⁹. La doctrine fait globalement une lecture de ces textes impliquant pour le juge une obligation de rechercher d'office les éléments d'extranéité constitutifs d'un facteur de rattachement de la règle de conflit de lois⁵⁵⁰.

538. « Das Gericht [...] hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen. »

539. E.-M. KIENINGER, « Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts », *op. cit.*, p. 483.

540. C. TRAUTMANN, *Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren*, *op. cit.*, p. 45.

541. D. KOERNER, *Fakultatives Kollisionsrecht in Frankreich und Deutschland*, *op. cit.*, p. 51.

542. *Ibid.*, p. 51.

543. C. TRAUTMANN, *Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren*, *op. cit.*, p. 46.

544. D. KOERNER, *Fakultatives Kollisionsrecht in Frankreich und Deutschland*, *op. cit.*, p. 52.

545. C. CHAINAIS et al., *Procédure civile : droit interne et européen du procès civil*, *op. cit.*, p. 1323, n° 1849.

546. Code de procédure civile, article 26.

547. L. WEILLER, *Rép. proc. civ. Dalloz*, V° Principes directeurs du procès, 2015 (actual. 2020), n° 413.

548. « Das Gericht erhebt die erforderlichen Beweise in geeigneter Form. Es ist hierbei an das Vorbringen der Beteiligten nicht gebunden. »

549. « (1) Das Gericht hat von Amts wegen die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen. (2) In Verfahren auf Scheidung oder Aufhebung der Ehe dürfen von den Beteiligten nicht vorgebrachte Tatsachen nur berücksichtigt werden, wenn sie geeignet sind, der Aufrechterhaltung der Ehe zu dienen oder wenn der Antragsteller einer Berücksichtigung nicht widerspricht. (3) In Verfahren auf Scheidung kann das Gericht außergewöhnliche Umstände nach § 1568 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur berücksichtigen, wenn sie von dem Ehegatten, der die Scheidung ablehnt, vorgebracht worden sind. »

550. D. KOERNER, *Fakultatives Kollisionsrecht in Frankreich und Deutschland*, *op. cit.*, p. 50; dans le même sens, E.-M. KIENINGER, « Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts », *op. cit.*, p. 483; C. TRAUTMANN,

Finalement, en droit européen, la question peut être reposée pour la compétence internationale, dans la mesure où le juge est généralement tenu d'une obligation de la vérifier d'office. On peut en effet estimer qu'il faudrait corrélativement imposer au juge de rechercher d'office les faits nécessaires à l'appréciation de sa compétence internationale, car le contraire reviendrait à priver d'une partie de sa portée ladite obligation⁵⁵¹. Toutefois, ce n'est pas dans ce sens que va la jurisprudence de la Cour de justice : dans un arrêt *Kolassa* du 28 janvier 2015⁵⁵², relatif au règlement Bruxelles I, la Cour a en effet jugé que le juge national n'est pas tenu de procéder à une administration *détaillée* de la preuve et qu'il peut considérer comme établies les allégations du demandeur sur sa compétence⁵⁵³. *A fortiori* peut-on raisonnablement penser que le juge n'est tenu d'aucune obligation de rechercher les éléments d'extranéité dont il présumerait l'existence et qui ne figureraient pas dans le débat.

Il reste à se demander si les parties peuvent faire valoir pour la première fois en cassation l'internationalité de leur situation qui ne figurait pas dans le dossier. En droit français, la Cour de cassation a jugé dans un arrêt *Bertoncini* du 11 juillet 1961 qu'il n'est plus possible d'invoquer devant elle l'applicabilité de la loi étrangère normalement compétente lorsque les parties n'ont pas révélé l'existence de l'élément d'extranéité pertinent et demandé l'application de la loi étrangère devant les juges du fond, un tel « moyen pris de la compétence de cette loi pour régir le litige [...], présenté pour la première fois devant la Cour de cassation, [étant] mélangé de fait et de droit et partant irrecevable »⁵⁵⁴. Il n'y a pas lieu à cet égard de distinguer selon que les droits des parties sont disponibles ou indisponibles⁵⁵⁵. La même solution devrait prévaloir en droit allemand. Le § 559 de la *Zivilprozessordnung* prévoit en effet que le *Bundesgerichtshof* rend ses arrêts sur la base des faits figurant dans l'arrêt d'appel et le procès-verbal de la dernière audience ayant eu lieu devant la cour d'appel⁵⁵⁶. Cette règle ne laisse donc pas de place pour une première allégation devant le *Bundesgerichtshof* de l'élément d'extranéité ne figurant pas dans le dossier. Cette solution supprime donc la dernière possibilité qu'il existait de rétablir

Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren, op. cit., p. 47 ; H. PRÜTTING, « ZPO § 293 Fremdes Recht ; Wohnheitsrecht ; Statuten » in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Band I : §§ 1-354*, sous la dir. de W. KRÜGER et Th. RAUSCHER, 6^e éd., C.H. Beck, München, 2020, n° 48 ; H.-O. BURSCHEL, « FamFG § 26 Ermittlung von Amts wegen » in *Beck'scher Online-Kommentar FamFG*, sous la dir. de M.-M. HAHNE, J. SCHLÖGEL et R. SCHLÜNDER, 37^e éd., C.H. Beck, München, 2020, n° 11.

551. À propos du règlement Bruxelles I bis, D. ALEXANDRE et A. HUET, *Rép. int. Dalloz*, op. cit., n° 292.

552. CJUE, 28 janv. 2015, *Kolassa*, aff. C-375/13, *D.* 2015, p. 770, note L. D'AVOUT ; *Gaz. Pal.* 15 mars 2015, p. 37, note J. MOREL-MAROGER ; *Europe* 2015, comm. 133 par L. IDOT ; *Procédures* 2015, comm. 79 par C. NOURISSAT.

553. Arrêt, points 62 et 65.

554. Cass. 1^{re} civ., 11 juil. 1961, *Bertoncini*, *Rev. crit. DIP* 1962, p. 124, note H. BATIFFOL ; *JDI* 1962, p. 132, note B. GOLDMAN ; GADIP n°s 32-34 ; l'arrêt est cité par B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, op. cit., p. 288-289, n° 4.

555. En ce sens, Y. LEQUETTE, « L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 octobre 1988) », *art. cit.*, p. 297, n° 17.

556. En matière familiale et gracieuse, le § 74, alinéa 3, FamFG effectue un renvoi au § 559 ZPO ; la solution est donc la même.

une qualification internationale de la situation conforme à la réalité et d'empêcher une négation irrémédiable de l'internationalité.

En conclusion, le risque de négation de l'internationalité est de loin le plus élevé lorsque l'élément d'extranéité ne figure pas dans le dossier, puisque, à supposer que le juge puisse en avoir connaissance, il n'est généralement tenu d'aucune obligation de s'en saisir, sauf peut-être à être dans le cas particulier de la procédure inquisitoire de droit allemand. Il a donc été démontré l'existence de nombreuses hypothèses procédurales dans lesquelles une situation internationale pourra être traitée comme une situation interne, ce qui n'est pas un constat nouveau, mais aujourd'hui d'autant plus susceptible d'être remis en cause au nom d'un traitement respectueux de l'internationalité, devant l'accroissement du nombre de situations internationales dont les tribunaux nationaux ont et continueront d'avoir à connaître⁵⁵⁷.

Au terme de cette première section, nous avons vu qu'il existe certains facteurs classiques de brouillage de la distinction entre situations internes et internationales qui seront amenés à gagner en importance et en visibilité au fur et à mesure de l'accroissement du nombre de situations internationales. S'y ajoutent désormais l'influence des phénomènes de mondialisation et de régionalisation européenne, qui emportent des difficultés inédites dans la distinction entre l'interne et l'international.

Section II. Les facteurs modernes de brouillage

La ligne de démarcation traditionnelle entre l'interne et l'international, telle que décrite dans le cadre de la conception classique de l'internationalité⁵⁵⁸, est aujourd'hui partiellement remise en cause. Un certain nombre de caractéristiques de la seconde moitié du XX^e et du XXI^e siècles, liées à la construction européenne, à la facilité accrue de déplacement des individus ou encore à la fondamentalisation du droit – caractérisée par la prise d'importance des droits et libertés fondamentaux, y compris en droit international privé –⁵⁵⁹, entraînent en effet des difficultés ou des questionnements nouveaux relativement à la manière d'appréhender et de régir l'interne et l'international. On observe ainsi un double déplacement contraire de la ligne de démarcation entre l'interne et l'international – qui donne tout son sens à l'idée de *brouillage* de cette distinction : le premier tend à rapprocher le régime des situations internes du régime des situations internationales (§ 1) et le second à rapprocher le régime des situations internationales du régime des situations internes (§ 2).

557. Pour le résultat de cette réflexion, voir *infra*, p. 406 s.

558. Voir *supra*, p. 364 s.

559. Voir dernièrement pour une étude globale de l'influence de ce phénomène, Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 351 s., n^{os} 223 s.

§ 1. L'assimilation de l'interne à l'international

L'assimilation de l'interne à l'international renvoie à l'idée d'un rapprochement du traitement des situations internes de celui des situations internationales et donc à une certaine remise en cause des spécificités de l'internationalité qui ont pu justifier au départ la création d'un régime particulier pour cette seule catégorie de situations. Elle peut être l'œuvre du législateur, lorsque celui-ci décide d'ouvrir aux situations internes le régime réservé initialement aux situations internationales (A.), ou l'œuvre des parties à une situation interne, lorsque celles-ci internationalisent leur relation dans le seul but d'accéder indûment au régime réservé aux situations internationales (B.).

A. *L'extension du régime réservé aux situations internationales*

L'ouverture aux situations internes du régime normalement réservé aux situations internationales peut se manifester de deux façons différentes. D'une part, il peut s'agir d'adopter une même réglementation matérielle pour les situations internes et internationales en étendant aux situations internes des règles ou régimes de droit matériel originellement pensés pour les situations internationales (1.). D'autre part, il peut s'agir d'ouvrir aux parties à une situation interne les prérogatives normalement réservées aux situations internationales, renvoyant en particulier à la faculté de choix du juge compétent et de la loi applicable (2.).

1. *L'extension du traitement matériel de l'internationalité*

L'extension aux situations internes du régime réservé aux situations internationales peut premièrement passer par un rapprochement voire alignement du droit interne sur le traitement matériel que le droit international privé a forgé pour les situations internationales. Le droit positif en fournit déjà des exemples (1°). Prospectivement, il faudra également compter sur la volonté du législateur européen d'aligner la procédure des litiges internes sur celle des litiges internationaux (2°).

1° Que les situations internationales jouissent d'un traitement spécifique par rapport aux situations internes à un moment donné ne signifie pas que cet état de fait doive demeurer. En effet, le contenu du droit applicable aux situations internes peut être modifié sous l'influence du contenu du droit applicable aux situations internationales. C'est l'expression de la « loi du maximum de différence » énoncée par J.-P. Niboyet⁵⁶⁰ sur les rapports entre droit interne et droit issu d'un traité, qui trouve également son pendant en doctrine allemande⁵⁶¹. Pour reprendre les termes de cet auteur, « on ne peut laisser se former deux droits parallèles entièrement différents l'un de l'autre [...] parce qu'il existe une véritable force d'attraction qui attire l'une de ces sources vers

560. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français. Tome III. Conflits de lois, d'autorités et de juridictions (théorie générale)*, Sirey, Paris, 1944, p. 263, n° 934.

561. B. LEMHÖFER, « Die Beschränkung der Rechtsvereinheitlichung auf internationale Sachverhalte », *RabelsZ* 1960, p. 416.

l'autre[, et qui] correspond à une sorte de nivellement des sources du droit qui se fixe au plan tantôt supérieur, tantôt inférieur selon les cas, mais commun pour elles »⁵⁶². Rapporté au cas qui nous intéresse, qui n'est pas celui des rapports entre droit interne et droit conventionnel, mais entre droit applicable aux situations internes et droit applicable aux situations internationales, l'assimilation peut donc premièrement se faire dans le sens d'une extension du régime des situations internationales aux situations internes.

Plus particulièrement, il peut s'agir d'une extension de l'applicabilité du corps de règles prévu par le traité – pour nous, pour les situations internationales – ou alors d'une modification du droit interne⁵⁶³. Le droit français donne plusieurs exemples de cette deuxième façon de procéder, dont l'un des plus connus est celui de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial. La convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux et les articles 1397-2 et suivants du code civil venus préciser son application avaient en effet permis aux époux dans une situation internationale de changer de régime matrimonial sans cause, sans homologation judiciaire et sans exigence de délai minimal, contrairement à ce qui était prévu pour les situations purement internes à l'ordre juridique français⁵⁶⁴. Face à cette différence de traitement entre situations internes et internationales, l'homologation judiciaire a été supprimée en droit interne dans la plupart des cas par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, alignant sur ce point le régime interne et le régime international.

Cette assimilation de l'interne à l'international peut également être observée en matière contractuelle : certains mécanismes comme la garantie à première demande ou certains types de contrats comme le contrat d'entreprises conjointes, élaborés à l'origine pour les situations internationales, sont aujourd'hui également employés dans des situations purement internes⁵⁶⁵. Il ne s'agit pas ici d'un changement de législation à proprement parler, mais d'un emprunt de figures contractuelles⁵⁶⁶ : l'assimilation, qui se fait donc au niveau contractuel et non au niveau législatif, n'en reste pas moins existante.

2° Ces différents exemples, s'ils restent pour le moment très ponctuels, montrent néanmoins que la frontière entre le traitement des situations internes et le traitement des situations internationales n'est pas aussi hermétique qu'on pourrait le penser, et questionnent sur la possibilité d'une extension dans d'autres domaines du régime matériel des situations internationales aux situations internes. La Commission européenne poursuit ainsi depuis une quinzaine d'années un

562. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français. Tome III. Conflits de lois, d'autorités et de juridictions (théorie générale)*, op. cit., p. 263, n° 934.

563. B. LEMHÖFER, « Die Beschränkung der Rechtsvereinheitlichung auf internationale Sachverhalte », art. cit., p. 417.

564. H. LECUYER, « Les régimes matrimoniaux : le droit international privé modèle du droit interne ? », *LPA* 28 mars 2001, p. 49 s.

565. X. BOUCOBZA, « Le contrat et l'espace » in *La relativité du contrat*, sous la dir. d'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, L.G.D.J., Paris, 2000, p. 102.

566. *Ibid.*, p. 102.

objectif progressif d'unification du droit matériel applicable aux situations internes et internationales, notamment en matière procédurale.

La Commission a effectué une première tentative d'harmonisation de la procédure civile interne et internationale dans les propositions de règlement *injonction de payer* et *petits litiges* élaborées en 2004 et 2005. L'action de la Communauté européenne, alors limitée en matière de droit international privé aux « mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière » par l'article 65 TCE, pouvait légitimement être comprise comme se restreignant aux litiges « transfrontières », ou autrement dit internationaux⁵⁶⁷. Si la formulation employée dans la version française du Traité manquait de clarté, cette interprétation devenait évidente à la lecture de la version allemande, qui emploie les termes d'« affaires civiles présentant des éléments transfrontières »⁵⁶⁸.

Toutefois, dès la publication en 2002 de son livre vert sur les règlements *petits litiges* et *injonction de payer*, la Commission envisageait que l'application de ces règlements puisse se faire aussi bien aux litiges transfrontaliers, définis comme ceux impliquant deux parties domiciliées dans des États membres différents, qu'aux litiges internes⁵⁶⁹. Il s'agissait d'étendre d'une certaine façon un régime qui ne pouvait, selon les termes de la compétence de la Communauté, que concerner des litiges internationaux, à des litiges purement internes, par une lecture déformante des termes de cette compétence. Du point de vue de la Commission en effet, la condition relative à l'incidence transfrontière de la matière ne faisait pas obstacle à ce que les règlements s'appliquent également aux litiges purement internes⁵⁷⁰.

La Commission n'a toutefois pas réussi à convaincre de la nécessité d'un champ d'application aussi étendu des deux règlements. Prenant position sur la proposition de règlement *petits litiges*, le service juridique du Conseil de l'Union européenne concluait que la proposition de règlement ne pouvait être fondée sur les articles 61 c) et 67 TCE si le champ d'application du règlement n'était pas limité aux litiges présentant un caractère transfrontalier⁵⁷¹. De même, les

567. A. BORRÁS, « Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir » in *Rec. cours La Haye*, vol. 315, 2005, p. 339, n° 17 ; V. HEUZÉ, « D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflits de lois », *JCP G* 2008, I, 166, n° 3 ; Y. LEQUETTE, « De Bruxelles à La Haye (Acte II) » in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, p. 510, n° 7 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Droit international privé et Code civil » in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, Paris, 2004, p. 769, n° 28.

568. En langue originale, « Zivilsachen mit grenzüberschreitenden Bezügen ».

569. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Livre vert sur une procédure européenne d'injonction de payer et sur des mesures visant à simplifier et à accélérer le règlement des litiges portant sur des montants de faible importance*, COM(2002) 746 final, 2002, p. 7.

570. Pour le règlement *petits litiges*, voir COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil instituant une procédure européenne pour les demandes de faible importance*, COM(2005) 87 final, 2005, p. 6 ; pour le règlement *injonction de payer*, voir COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne d'injonction de payer (présentée par la Commission)*, COM(2004) 173 final/3, 2004, p. 7.

571. CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Gutachten des Juristischen Dienstes. Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen – Rechtsgrundlage*, 10748/05, 2005, n° 24.

États membres de l'Union se sont massivement opposés à l'application des règlements *injonction de payer et petits litiges* à des procédures purement internes⁵⁷².

Il faut néanmoins s'attendre dans un futur proche à de nouvelles propositions allant dans le sens d'une harmonisation des procédures civiles interne et internationale : le Parlement européen a en effet adopté le 4 juillet 2017 une résolution contenant une proposition de directive relative à des normes minimales communes pour les procédures civiles dans l'Union européenne. Dans cette résolution, le Parlement estime, comme l'a fait la Commission quinze ans plus tôt, que la condition d'« incidence transfrontière » contenue à l'article 81 TFUE ne doit pas être tenue pour synonyme de « litige transfrontière » et qu'il convient d'en faire une application plus large permettant d'y incorporer les litiges purement internes⁵⁷³. Il reste à voir quelle sera la réaction des États membres face à cette nouvelle tentative d'assimilation de l'interne à l'international.

En tout état de cause, ces exemples montrent qu'il existe une volonté politique certaine au sein des institutions européennes de travailler à une harmonisation des procédures civiles interne et internationale. La lecture des documents de travail de ces institutions atteste qu'il s'agit de l'un des objectifs qu'elles se fixent pour l'avenir dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile : le Parlement européen affirme ainsi dans sa résolution de 2017 que « la proposition de directive est à considérer comme une *première étape* du processus d'harmonisation et de convergence des systèmes de justice civile des États membres et du processus de création, à plus long terme, d'un code européen de procédure civile »⁵⁷⁴. La pertinence d'une telle assimilation du régime matériel de l'interne et de l'international devra donc être étudiée⁵⁷⁵.

2. L'ouverture des prérogatives réservées aux situations internationales

Deux importantes prérogatives sont encore traditionnellement réservées aux situations internationales⁵⁷⁶ : la possibilité de conclure une convention attributive de juridiction au profit d'un juge étranger (b.) et celle de conclure une convention de choix de loi applicable désignant un droit étranger (a.). Si l'accès à ces prérogatives est en principe protégé par l'exigence d'une condition objective d'internationalité, la pertinence de cette dernière pourrait être réinterrogée.

a. Le choix de la loi applicable dans les situations internes

Bien que traditionnellement réservé aux situations internationales, certains auteurs, essentiellement allemands, soutiennent aujourd'hui que le choix de la loi applicable devrait également

572. E. GUINCHARD, « L'Europe, la procédure civile et le créancier : l'injonction de payer européenne et la procédure européenne de règlement des petits litiges », *RTD com.* 2008, p. 465, n° 4.

573. PARLEMENT EUROPÉEN, *Résolution du 4 juillet 2017 contenant des recommandations à la Commission relatives à des normes minimales communes pour les procédures civiles dans l'Union européenne (2015/2084(INL))*, P8_TA(2017)0282, 2017, p. 7.

574. *Ibid.*, p. 6. C'est nous qui soulignons.

575. Pour les résultats de cette réflexion, voir *infra*, p. 288 s.

576. Voir *supra*, p. 86 s.

être permis dans les contrats internes⁵⁷⁷. La reconnaissance de cette possibilité ne serait toutefois pas inconditionnelle. Pour certains, le choix d'une loi étrangère ne serait admis que lorsqu'il n'a pas pour objet et effet de porter atteinte à l'application des règles impératives du droit interne⁵⁷⁸. Pour d'autres, il faudrait que les parties aient un intérêt légitime à l'application du droit étranger, à défaut de quoi le choix de ce dernier serait frauduleux⁵⁷⁹.

La question de la possibilité de choix de la loi applicable dans les contrats internes présente aujourd'hui une réelle actualité au regard d'au moins trois types de circonstances. Premièrement, des circonstances juridiques, en raison du trouble qu'ont jeté sur la question la convention de Rome et les règlements Rome I et Rome II (1°). Deuxièmement, des circonstances tenant à la globalisation de l'économie, qui serait susceptible de faire naître des hypothèses très spécifiques dans lesquelles se justifierait le choix d'une loi étrangère dans des contrats internes (2°). Troisièmement, des circonstances tenant à la régionalisation européenne, qui pourrait remettre en cause la différence de traitement entre les situations internes et européennes au regard de la faculté de choix de la loi applicable (3°).

1° La convention de Rome et les règlements Rome I et Rome II ont grandement contribué à ensementer l'idée selon laquelle les parties dans une situation interne pourraient librement choisir la loi applicable. Pour prendre le cas du règlement Rome I, l'article 3 § 3, en prévoyant que « lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions [impératives] de cet autre pays » semble en effet autoriser le choix de la loi applicable dans ces contrats. C'est la lecture qui a été faite par un nombre important d'auteurs⁵⁸⁰. Selon le rapport explicatif de la convention de Rome élaboré par les professeurs

577. A. CURTI GIALDINO, « La volonté des parties en droit international privé », *op. cit.*, p. 854 s.; H. J. SONNENBERGER, « Bemerkungen zum IPR im AGB-Gesetz » in *Konflikt und Ordnung. Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, München, 1978, p. 379; M. FERID, *Internationales Privatrecht. Ein Leitfadens für Studium und Praxis*, J. Schweitzer, Berlin, 1975, p. 145, n° 6-22; U. STOLL, *Die Rechtswahlvoraussetzungen und die Bestimmung des auf internationale Schuldverträge anwendbaren Rechts nach den allgemeinen Kollisionsregeln des US-amerikanischen UCC und des deutschen Rechts*, *op. cit.*, p. 76; M. AMSTUTZ, N. P. VOGT et M. WANG, « Art. 116 », *op. cit.*, n° 28; E. HAMBRO, « Autonomy in the International Contract Law of the Nordic States », *IntCompLQ* 1957, p. 594-595.

578. U. STOLL, *Die Rechtswahlvoraussetzungen und die Bestimmung des auf internationale Schuldverträge anwendbaren Rechts nach den allgemeinen Kollisionsregeln des US-amerikanischen UCC und des deutschen Rechts*, *op. cit.*, p. 76.

579. M. FERID, *Internationales Privatrecht. Ein Leitfadens für Studium und Praxis*, *op. cit.*, p. 145, n° 6-22; E. HAMBRO, « Autonomy in the International Contract Law of the Nordic States », *art. cit.*, p. 595.

580. J.-M. JACQUET, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 96; S. FRANCO, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 21; C. WITZ, « L'internationalité et le contrat », *op. cit.*, p. 60; P. MAYER, « La délocalisation du contrat », *op. cit.*, p. 127, n° 6; BUNDESREGIERUNG, *Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 19. Juni 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht*, *op. cit.*, p. 24; E. LORENZ, « Zum neuen internationalen Vertragsrecht aus versicherungsvertraglicher Sicht », *op. cit.*, p. 309; U. MAGNUS, « Art 3 Rom I-VO », *op. cit.*, n° 131; A. SPICKHOFF, « Art. 3 Rom I-VO », *op. cit.*, n° 35; F. MAULTZSCH, « Parteiautonomie bei reinen Inlandsfällen im Internationalen Privat-, Prozess- und Schiedsverfahrensrecht », *op. cit.*, p. 308; J. PÜLS, *Parteiautonomie. Die Bedeutung des Parteiwillens und die Entwicklung seiner Schranken bei Schuldverträgen im deutschen Rechtsanwendungsrecht des 19. und 20. Jahrhunderts*, *op. cit.*, p. 173.

Giuliano et Lagarde, l'article 3 § 3 constituait en effet un compromis entre deux positions représentées au sein du groupe d'experts ayant travaillé à son élaboration, la première cherchant à cantonner la possibilité de choix de la loi applicable aux contrats objectivement internationaux, et la seconde considérant qu'un tel choix pouvait être justifié même dans des situations qui ne comportent apparemment aucun élément d'extranéité⁵⁸¹.

Tout l'enjeu réside en réalité dans la détermination des effets de ce « choix » de loi applicable. On ne saurait effectivement considérer que la prérogative du choix de la loi applicable a été étendue aux situations internes par le droit international privé européen si un tel choix ne devait opérer qu'une simple contractualisation, ou incorporation, des dispositions législatives du droit étranger désigné par les parties.

Une partie de la doctrine considère que le choix d'une loi étrangère dans un contrat interne en vertu du règlement Rome I devrait opérer une réelle désignation de la loi applicable au sens du droit international privé, mais circonscrite par les limites posées à l'article 3 § 3⁵⁸². Toutefois, la position doctrinale majoritaire conduit aujourd'hui à retenir que le « choix » de la loi applicable dans le règlement Rome I n'a que valeur d'incorporation des dispositions du droit étranger lorsqu'il est effectué dans un contrat objectivement interne⁵⁸³. Or, l'incorporation n'opère pas un réel choix de loi applicable puisqu'elle a seulement pour effet de contractualiser les dispositions du droit étranger, sans remettre en cause l'application des dispositions impératives du droit interne. Si l'on ne peut donc proprement affirmer que la convention de Rome et les règlements Rome I et Rome II ont permis la reconnaissance d'une faculté de choix de la loi applicable dans les situations internes, au sens du droit international privé, il n'en reste pas moins qu'ils contribuent à l'actualité de la question.

2° La globalisation de l'économie et l'émergence de certaines villes étrangères en tant que places spécialisées de certains marchés internationaux pourraient conduire à repenser l'interdic-

581. M. GIULIANO et P. LAGARDE, *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, *op. cit.*, p. 18, n° 8.

582. Voir entre autres, D. BUREAU, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Dalloz, Éditions du Juris-Classeur, Paris, 1999, p. 295, n° 14 ; L. D'AVOUT, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2165, n° 5 ; R. BIRK, « Die Bedeutung der Parteiautonomie im internationalen Arbeitsrecht », *RdA* 1989, p. 203 ; E. LORENZ, « Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht. Grundsatz und Grenzen », *RIW* 1987, p. 574 ; F. MAULTZSCH, « Rechtswahl und ius cogens im Internationalen Schuldvertragsrecht », *RabelsZ* 2011, p. 66.

583. S. CLAVEL, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 532 ; S. FRANCO, « Le règlement "Rome I" sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De quelques changements... », *JDI* 2009, p. 41, n° 30 ; M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 182, n° 225 ; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 278, n° 248 ; J. von HEIN, « Art 3 Rom I-VO », *op. cit.*, n° 121 ; G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht : ein Studienbuch*, *op. cit.*, p. 655 ; J. von HEIN, « Art. 3 EGBGB » in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch : BGB, Band 12 : Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 1-26)*, 8^e éd., C.H. Beck, München, 2020, n° 10 ; E. LORENZ, « Zum neuen internationalen Vertragsrecht aus versicherungsvertraglicher Sicht », *op. cit.*, p. 313 ; U. MAGNUS, « Art 3 Rom I-VO », *op. cit.*, n° 131 ; Chr. ALTHAMMER, « Grundsatz des Internationalen Schuldvertragsrechts : Artt. 27 ff. EGBGB, der Kommissionsvorschlag für eine "Rom I"-Verordnung und der abschließende Verordnung im Überblick », *art. cit.*, p. 774 ; S. LEIBLE, « Art. 3 Rom I », *op. cit.*, n° 78.

tion du libre choix de la loi applicable dans les contrats internes. En effet, il a été démontré qu'il existe des hypothèses dans lesquelles « les parties à un contrat interne cherchent essentiellement à bénéficier des avantages économiques résultant de la participation à un marché que ses promoteurs ont placé sous l'égide de quelques ordres juridiques déterminés »⁵⁸⁴. L'accès au marché en question est donc conditionné par la soumission à une loi étrangère déterminée, de sorte qu'interdire le choix de la loi applicable aux contrats internes revient à interdire les opérateurs internes d'accéder à ce marché⁵⁸⁵. Selon que cette conséquence apparaisse ou non comme indésirable, l'interdiction du choix de la loi applicable dans les contrats internes pourrait donc être repensée pour cette hypothèse particulière⁵⁸⁶.

3° Enfin, le phénomène de régionalisation européenne pourrait être de nature à renouveler la réflexion sur le choix de la loi applicable dans les contrats internes pour le cas particulier de l'Union européenne⁵⁸⁷. L'idée a été émise par M. Witz que deux personnes résidant dans un même pays de l'Union devraient être autorisées à choisir la loi d'un autre pays de l'Union, même en l'absence d'internationalité de leur contrat⁵⁸⁸. Cette liberté de choix serait justifiée par « le rapprochement des systèmes juridiques européens et la nécessaire confiance que chaque pays doit manifester à l'égard des droits nationaux des États membres »⁵⁸⁹.

Si certaines voix s'élèvent donc aujourd'hui pour défendre la reconnaissance du choix de la loi applicable dans les contrats internes, solution dont nous apprécierons de manière détaillée la pertinence⁵⁹⁰, le phénomène s'observe également et avec plus d'insistance encore pour la faculté de choix du juge compétent.

b. Le choix du juge compétent dans les situations internes

La soumission d'un litige interne à un juge étranger est une question qui pose *a priori* moins de difficultés que celle de la soumission d'une situation interne à une loi étrangère, comme le démontre le droit international privé commun allemand, que certains auteurs interprètent déjà comme autorisant la prorogation et la dérogation de la compétence internationale des juridictions internes en l'absence de tout élément d'extranéité⁵⁹¹.

584. G. CUNIBERTI, « Choice of law in domestic contracts : towards a right to access foreign financial markets ? » in *Global private international law : adjudication without frontiers*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2019, p. 464 s.

585. *Ibid.*, p. 467.

586. La question ne se pose bien sûr que dans la mesure où l'on considère que lesdits contrats restent bien des contrats internes, malgré le fait qu'ils aient été « conclus dans le but de participer à un marché financier international », car cette circonstance pourrait être de nature à leur conférer un caractère international, voir *ibid.*, p. 468. Voir pour le résultat de cette réflexion *infra*, p. 249 s.

587. La question ne recoupe pas directement celle du choix de la loi applicable dans le règlement Rome I, puisque que celui-ci s'applique aussi bien à des situations européennes que purement internationales.

588. C. WITZ, « L'internationalité et le contrat », *op. cit.*, p. 62.

589. *Ibid.*, p. 62.

590. Pour le résultat de cette réflexion, voir *infra*, p. 255 s.

591. Voir *supra*, p. 88 s.

La convention de Bruxelles et ses deux successeurs ont également donné l'occasion à certains auteurs de défendre la thèse d'une reconnaissance du choix du juge compétent dans les situations purement internes, en raison de l'absence textuelle de condition d'internationalité aux articles qu'ils consacrent aux conventions attributives de juridiction. Il a donc été soutenu que les parties à un litige interne peuvent, dans le cadre de ces instruments, valablement proroger la compétence d'un juge étranger⁵⁹². À cet égard, il convient d'ajouter que le choix d'un juge étranger dans une situation interne est également indirectement mais nécessairement admis par tous les auteurs qui considèrent que l'« internationalité » pourrait résulter, pour les besoins de l'application de l'article 25 du règlement Bruxelles I bis, du fait que les parties ont dérogé à la compétence d'un État membre et prorogé la compétence d'un autre État membre⁵⁹³. En effet, l'exigence cumulée d'une dérogation et d'une prorogation de compétence ne garantit pas que la situation soit objectivement internationale⁵⁹⁴. L'effet prorogatif est acquis par la désignation même d'une juridiction d'un État membre dans la convention attributive de juridiction. L'effet dérogoire, quant à lui, démontre simplement que la situation entretient un lien avec *un* ordre juridique. Il n'y donc aucune garantie que la situation soit reliée à un second ordre juridique étatique, et en première ligne à celui dont les juridictions ont été désignées, car aucun lien n'est exigé avec cet État membre. Une telle approche de l'« internationalité » permet donc à des parties à un contrat interne de soumettre leur litige aux tribunaux d'un État étranger.

La question de la reconnaissance d'une faculté de choix d'un juge étranger dans une litige interne gagne aujourd'hui en importance pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il a été soutenu que la convention de Rome et les règlements Rome I et Rome II autorisant un certain « choix » de la loi applicable dans les situations internes, il est possible de se demander, par analogie,

592. G. A. L. DROZ, *Pratique de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Le nouveau régime de la compétence judiciaire et des effets des jugements dans l'Europe des six*, Dalloz, Paris, 1973, p. 37, n° 86; R. GEIMER, « Art. 25 EuGVVO » in *Europäisches Zivilverfahrensrecht : Kommentar*, sous la dir. de R. GEIMER et R. A. SCHÜTZE, 4^e éd., C.H. Beck, München, 2020, n° 36; U. FRAUENBERGER-PFEILER, « Der "reine Binnensachverhalt", Art. 23 EuGVVO und der öOGH » in *Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag*, Springer, Wien, 2005, p. 137; H. ARNOLD, « Das EWG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen vom 27.9.1968 », *AWD* 1969, p. 90; B. von HOFFMANN, « Das EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen », *AWD* 1973, p. 63.

593. En droit français, voir G. A. L. DROZ, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté Economique Européenne selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, *op. cit.*, p. 121, n° 189; M.-E. ANCEL, « L'internationalité à la lumière de la convention d'electio foris », *op. cit.*, p. 39, n° 21; M. LAZOUZI, « Opposabilité d'une clause d'electio fori et caractère interne ou international de la situation : une question sans intérêt? », *art. cit.*, n° 9; en droit allemand, voir U. MAGNUS, « Article 25 », *op. cit.*, n° 40; J. M. AULL, « Zur isolierten Prorogation nach Art. 17 Abs. 1 LugÜ (zur OLG Hamm, 18.9.1997 - 5 U 89/97) », *art. cit.*, p. 228; Chr. KOHLER, « Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen : Liberalität und Rigorismus im EuGVÜ », *art. cit.*, p. 266; R. HAUSMANN, « Art. 17 EuGVÜ », *op. cit.*, n° 6; J. SAMTLEBEN, « Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem EWG-Übereinkommen und nach der Gerichtsstandsnovelle », *art. cit.*, p. 1593; en droit autrichien, voir D. CZERNICH, « Art. 25 Brüssel Ia-VO » in *Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht : Brüssel Ia-Verordnung (EuGVVO 2012) und Übereinkommen von Lugano 2007*, sous la dir. de D. CZERNICH, G. E. KODEK et P. G. MAYR, 4^e éd., LexisNexis ARD Orac, Wien, 2015, n° 8; U. FRAUENBERGER-PFEILER, « Der "reine Binnensachverhalt", Art. 23 EuGVVO und der öOGH », *op. cit.*, p. 129; en droit anglais, voir A. LAYTON et H. MERCER, *European Civil Practice*, 2^e éd., Sweet & Maxwell, London, 2004, n° 20.006.

594. Voir *infra*, p. 433 s.

pourquoi il ne devrait pas en être de même dans le cadre de la convention de Bruxelles et de ses successeurs⁵⁹⁵. Ensuite, une autre analogie pourrait être faite avec les solutions retenues en matière de clauses compromissoires : si les parties à une situation interne ont la possibilité de recourir à l'arbitrage, la question se pose de savoir si ne pourrait pas être également admis que le litige échappe aux tribunaux du for par la désignation d'un tribunal étatique étranger⁵⁹⁶.

Enfin, couplée au constat fait précédemment de la globalisation de l'économie et de l'émergence de certaines villes étrangères en tant que places de certains marchés mondiaux, la question de l'accès des parties à un contrat purement interne aux tribunaux de ces villes étrangères, spécialisés dans les contentieux liés à ces marchés, et disposant ainsi d'une expertise que n'ont pas les tribunaux de l'ordre juridique interne, peut être posée. L'exemple pourrait être pris de deux négociants de blé établis en France qui souhaiteraient soumettre leur litige aux juridictions de Londres, spécialisées dans ce domaine⁵⁹⁷. Cette hypothèse pourrait s'inscrire dans l'idée, émise par certains auteurs allemands, que les parties à un contrat interne pourraient parfois avoir un intérêt légitime à la prorogation de la compétence d'une juridiction étrangère⁵⁹⁸.

En conclusion, le principe selon lequel seules les parties à une situation internationale peuvent s'accorder sur la désignation d'un juge étranger pour connaître de leur litige n'est plus aussi incontesté aujourd'hui. Il est possible que l'évolution des circonstances politiques et économiques conduise à repenser, au moins dans certaines hypothèses, le bienfondé de ce principe⁵⁹⁹.

Si le brouillage de la ligne de démarcation entre l'interne et l'international résulte donc premièrement d'un phénomène d'extension aux situations internes du régime applicable aux situations internationales, il est un second facteur de brouillage de la distinction entre l'interne et l'international qui résulte de la facilité avec laquelle il est devenu possible d'internationaliser une situation interne aux seules fins de profiter du régime applicable aux situations internationales.

B. *L'internationalisation de complaisance des situations internes*

La ligne de démarcation entre situations internes et internationales est brouillée par un dernier phénomène, qui est celui de l'accroissement des cas intéressés – voire frauduleux – de

595. B. AUDIT, « Le critère d'application des conventions judiciaires multilatérales » in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p. 19, p. 32, n° 20; U. FRAUENBERGER-PFEILER, « Der "reine Binnensachverhalt", Art. 23 EuGVVO und der öOGH », *op. cit.*, p. 135.

596. F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours général de droit international privé », *op. cit.*, p. 173, n° 121.

597. Cet exemple, cité par Ph. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, thèse Paris X, 2000, p. 71, est celui de J.-P. BERAUDO, qui ne l'a toutefois pas conservé dans la version actuelle du fasc. 3011 du J.-Cl. Europe Traité.

598. Voir aussi les auteurs cités par U. FRAUENBERGER-PFEILER, « Der "reine Binnensachverhalt", Art. 23 EuGVVO und der öOGH », *op. cit.*, p. 132; L. BENECKE, *Die teleologische Reduktion des räumlich-persönlichen Anwendungsbereichs von Art. 2 ff. und Art. 17 EuGVÜ*, thèse Bielefeld, 1993, p. 70.

599. Pour le résultat de cette réflexion, voir *infra*, p. 232 s.

création objective de l'internationalité, rendue de plus en plus aisée à la fois pour les individus, par l'ouverture des frontières, le développement des moyens de transport et l'accès facilité à l'information, et pour les entreprises, notamment sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne s'inscrivant dans la lignée de l'arrêt *Centros* du 9 mars 1999⁶⁰⁰.

À titre préliminaire, nous indiquerons que l'internationalisation d'une situation interne se réalise par l'influence du comportement des parties sur l'un des éléments intrinsèques de la situation qu'elles vont constituer ou déplacer à l'étranger, créant ainsi un élément d'extranéité⁶⁰¹. Cette internationalisation peut avoir pour conséquence d'entraîner l'application d'une loi étrangère lorsque l'élément de la situation constitué ou déplacé à l'étranger correspond au facteur de rattachement de la règle de conflit de lois de l'ordre juridique interne ou étranger. Le phénomène est couramment désigné en droit allemand sous le vocable de « choix indirect de la loi applicable » (*indirekte Rechtswahl*)⁶⁰². Plus généralement, l'internationalisation de n'importe lequel des éléments pertinents de la situation permettra aux parties d'accéder au libre choix de la loi applicable, dans les matières où celui-ci est reconnu. Ces considérations sont entièrement transposables au conflit de juridictions.

L'internationalisation des situations juridiques internes est un phénomène devenu courant, au regard notamment de l'importance des déplacements de personnes dans le monde. Cette internationalisation peut être tout à fait désintéressée, en ce sens que l'internationalité n'est pas recherchée en soi, pour le régime juridique qu'elle pourrait entraîner. Elle résulte alors des circonstances de la vie, par exemple d'un déménagement à l'étranger pour raisons professionnelles. Elle pourrait aussi être partiellement guidée par des considérations tenant au cadre juridique du nouveau pays sans pour autant devenir problématique de ce fait. La vraie difficulté réside dans le fait que les personnes – physiques ou morales – se trouvant initialement dans une situation juridique interne peuvent aujourd'hui facilement internationaliser leur situation dans le *seul* but de profiter d'un cadre législatif plus favorable que celui de leur État d'origine. Il est en effet devenu de plus en plus simple, par le biais d'une internationalisation de complaisance, d'aller chercher à l'étranger ce qu'elles ne pourraient obtenir dans leur ordre juridique d'origine.

Les exemples jurisprudentiels les plus récents et médiatisés de ce phénomène d'internationalisation intéressée relèvent du droit de la famille et concernent le cas de figure du couple qui se déplace à l'étranger pour recourir à la gestation pour autrui lorsque la maternité de substitution est interdite dans son pays d'origine⁶⁰³. L'internationalisation de complaisance se pratique

600. CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, D. 1999, p. 550, note M. MENJUCQ; *JDI* 2000, p. 484, obs. M. LUBY; *JCP E* 1999, 1285, obs. Y. REINHARD; *RTD com.* 2000, p. 224, obs. G. JAZOTTES; *Rev. sociétés* 1999, p. 386, obs. G. PARLÉANI; *BJS* 1999, p. 705, note J.-Ph. DOM; voir *infra*, p. 364 s.

601. En ce sens, D. BUREAU, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », *op. cit.*, p. 289, n° 7.

602. Voir p. ex. J. BASEDOW, « The Law of Open Societies : Private Ordering and Public Regulation of International Relations : General Course on Private International Law », *op. cit.*, p. 239, n° 298; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 293.

603. Voir notamment sur cette question, S. BOLLÉE, « La gestation pour autrui en droit international privé », *Trav. comité fr. DIP* 2012-2014, p. 215 s.; B. ANCEL, « L'épreuve de vérité, propos de surface sur la transcription

également de longue date en matière commerciale, et les exemples d'entreprises ayant choisi de délocaliser une partie de leurs opérations ou de leur production dans le seul but d'éviter l'application du droit social, fiscal ou environnemental de leur pays d'origine ne manquent pas⁶⁰⁴. Elle renvoie également à la pratique des sociétés boîte aux lettres constituées à l'étranger, dont les faits de l'arrêt *Centros* précité fournissent un très bon exemple. La Cour de justice avait à connaître dans cette affaire du cas d'un couple danois résidant au Danemark qui avait constitué une société en Angleterre et créé pour cette dernière une succursale au Danemark dans le but exclusif d'exercer son activité dans ce dernier pays⁶⁰⁵.

Le risque de voir les parties procéder à une internationalisation de complaisance dépend pour une part du contenu même des règles de droit international privé : le recours à certains facteurs de rattachement est de nature à faciliter voire encourager les tentatives d'internationalisation de complaisance. Ainsi, l'emploi par un État du critère de rattachement du lieu de conclusion d'un acte peut engendrer un phénomène de tourisme matrimonial ou, plus généralement, des déplacements géographiques vers son territoire dans le but de conclure certains types de contrats (testaments, cessions de parts sociales, etc.)⁶⁰⁶. De même, le remplacement partiel du critère de rattachement de la nationalité par celui de la résidence habituelle en matière personnelle et familiale offre une place plus importante à la volonté des parties dans la réglementation de leur situation⁶⁰⁷, puisque celles-ci peuvent plus facilement l'internationaliser dans le but de profiter de l'application d'un droit étranger en déplaçant leur résidence habituelle à l'étranger qu'en acquérant une nationalité étrangère.

S'y ajoutent les comportements récents de certains législateurs qui tendent à faire une utilisation politique de leurs règles de droit international privé. Peut être cité l'exemple du législateur français en matière de mariage homosexuel ou de divorce sans juge⁶⁰⁸ et d'un certain nombre

des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée » in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges Courbe*, Dalloz, Paris, 2012, p. 1 s. ; H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP 2015*, p. 1 s. ; D. SINDRES, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *JDI 2015*, p. 429 s.

604. J. BASEDOW, « The Law of Open Societies : Private Ordering and Public Regulation of International Relations : General Course on Private International Law », *op. cit.*, p. 110, n° 107 ; dans le même sens, Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 346, n° 219.

605. Arrêt, points 3, 16, 18.

606. Ces exemples sont donnés et détaillés par J. BASEDOW, « The Law of Open Societies : Private Ordering and Public Regulation of International Relations : General Course on Private International Law », *op. cit.*, p. 243-245, n°s 303-305 ; l'influence de ce critère est également notée par Chr. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme » in *Rec. cours La Haye*, vol. 360, 2013, p. 332, n° 26.

607. J. BASEDOW, « The Law of Open Societies : Private Ordering and Public Regulation of International Relations : General Course on Private International Law », *op. cit.*, p. 256, n° 318.

608. Voir p. ex. sur cette première question, P. HAMMJE, « « Mariage pour tous » et droit international privé. Dits et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *Rev. crit. DIP 2013*, p. 773 s. ; et sur cette deuxième question, M.-L. NIBOYET, I. REIN-LESCASTEREYRES et L. DIMITROV, « La « désinternationalisation » du nouveau divorce par consentement mutuel ? », *Gaz. Pal.* 4 avril 2017, p. 74 s.

d'autres pays en matière de partenariat enregistré⁶⁰⁹. En ouvrant largement l'accès à ces institutions par l'absence d'exigence d'un lien de rattachement suffisamment caractérisé avec l'ordre juridique interne, le législateur met en place des conditions favorables à l'instauration d'un tourisme législatif vers son pays. En effet, dès lors qu'une autorité doit intervenir pour constituer une situation, que sa compétence internationale est déterminée très largement et que le conflit de lois est résolu par l'application de la loi interne de cette autorité – ou par un mécanisme très favorable comme celui de l'article 202-1, alinéa 2, du code civil – les parties se voient indirectement reconnaître la possibilité de choisir la loi applicable⁶¹⁰ par le biais d'une internationalisation de leur situation.

À cette simplification croissante de l'internationalisation des situations internes s'ajoute encore le fait que les situations constituées à l'étranger sont de plus en plus facilement reconnues, cette reconnaissance devenant parfois même une obligation pour les États européens sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme⁶¹¹. Lorsque les parties ont internationalisé leur situation par un déplacement à l'étranger dans le but d'obtenir l'application de la loi étrangère par les autorités étrangères, l'État d'origine pourra être tenu de reconnaître cette situation⁶¹². La combinaison de la possibilité de déterminer le facteur de rattachement – par une internationalisation de la situation – et de l'obligation de reconnaissance de la situation constituée à l'étranger se révèle particulièrement problématique : comme l'écrit M. Lequette, il est en effet « difficile de concevoir une combinaison qui permette, mieux que celle-là, le contournement des interdits édictés par les différents ordres juridiques »⁶¹³. Par ailleurs, cette reconnaissance est de nature à contribuer à l'augmentation des cas d'internationalisation de complaisance, puisqu'il serait dissuasif d'aller chercher à l'étranger ce que l'on ne peut obtenir dans l'ordre juridique interne s'il devait ensuite être impossible de faire reconnaître la situation ainsi créée. Or, tel n'est plus toujours le cas⁶¹⁴.

L'internationalisation de complaisance entraîne donc des difficultés quant au traitement adéquat des situations internationalisées, dès lors que l'on souhaite s'opposer à leur reconnaissance. On se heurte en effet au fait que les mécanismes de droit international privé qui pourraient être employés à cette fin, telle la fraude à la loi, ne sont pas toujours adaptés aux cas dans lesquels les parties se sont physiquement déplacées dans un pays dont le droit permet d'obtenir ce qui leur est interdit dans leur pays d'origine⁶¹⁵. En outre, il faut également tenir compte du contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne, qui

609. Ce dernier exemple est cité par Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 545, n° 347.

610. *Ibid.*, p. 545, n° 346.

611. Voir *infra*, p. 147 s.

612. Voir *infra*, p. 362 s.

613. Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 595, n° 375.

614. Voir *infra*, p. 344 s.

615. S. CLAVEL, « La fraude » in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, sous la dir. de T. AZZI et O. BOSKOVIC, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 153, n° 5.

peut conduire à interdire à un État de refuser de reconnaître la situation au nom des droits fondamentaux ou des libertés européennes de circulation⁶¹⁶. Il en résulte un besoin de réflexion sur les moyens de lutter contre un franchissement frauduleux de la ligne de démarcation entre l'interne et l'international⁶¹⁷.

Les phénomènes qui viennent d'être décrits ont été présentés sous l'angle d'une assimilation des situations internes aux situations internationales, mais la ligne de démarcation entre ces deux catégories de situations est également affectée par un mouvement contraire qui conduit à une assimilation de l'international à l'interne.

§ 2. L'assimilation de l'international à l'interne

Le brouillage de la distinction entre situations internes et internationales peut également résulter d'une assimilation de l'international à l'interne, qui s'observe notamment à deux égards. D'une part, le traitement spécifique que réserve parfois le droit international privé européen aux situations européennes conduit à rapprocher le traitement de ces dernières de celui des situations purement internes à un État membre (A.). D'autre part, le développement de la méthode de la reconnaissance sous l'influence des droits fondamentaux et des libertés de circulation européennes peut conduire au constat d'une assimilation du traitement des situations internationales aux situations internes (B.).

A. *L'assimilation des situations européennes aux situations internes*

Le droit de l'Union européenne instaure régulièrement un régime spécifique pour les situations européennes en comparaison des situations internationales extérieures à l'Union⁶¹⁸. Or, si les situations européennes présentent un caractère international du fait qu'elles entretiennent un lien avec plusieurs ordres juridiques étatiques, elles appartiennent en même temps à un espace intérieur ceint par une frontière commune et dans lequel les frontières étatiques ont disparu. Envisagées sous cet angle, les situations européennes peuvent se rapprocher dans leur configuration géographique de situations internes à un État. La question peut donc être posée de savoir si « le droit européen ne se [dirigerait] pas vers la création d'un espace purement interne, équivalent à celui d'un espace juridique unifié, où l'internationalité, la véritable, n'aurait plus sa place »⁶¹⁹.

Une certaine assimilation de l'euro-péen à l'interne s'observe en effet en droit international privé européen. Elle se manifeste d'une part à travers le phénomène qui vient d'être décrit, consistant à appréhender l'espace européen comme un espace intérieur : les situations européennes

616. Voir *infra*, p. 147 s.

617. Pour les résultats de cette réflexion, voir *infra*, p. 344 s.

618. Voir *infra*, p. 164 s.

619. J.-S. BERGÉ, « La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », *Trav. com. fr. DIP 2004-2007*, p. 42.

sont considérées comme des situations internes à *cet espace* (1°). D'autre part, elle peut également correspondre à des hypothèses dans lesquelles le droit européen ne distingue plus entre les situations internes à *un État membre* et les situations européennes⁶²⁰ (2°).

1° La disparition des frontières au sein de l'Union européenne a entraîné certaines conséquences sur le traitement des situations européennes⁶²¹. La manifestation la plus visible en est certainement la reconnaissance et la force exécutoire de plein droit des jugements rendus dans les États membres, qui résultent de la création d'un titre exécutoire européen⁶²² ou qui sont mises en place dans certains règlements européens⁶²³. Les jugements des États membres circulent ainsi en principe aussi librement au sein de l'espace européen que les jugements nationaux au sein de l'ordre juridique interne⁶²⁴.

Le phénomène s'observe également en matière de conflit de lois. Le mécanisme de protection des dispositions impératives européennes instauré par les règlements Rome I et Rome II à leurs articles 3 § 4 et 14 § 3 respectifs, qui permet d'imposer l'application de certaines dispositions du droit dérivé lorsque tous les éléments de la situation sont rattachés au territoire européen, présente une analogie certaine avec les articles 3 § 3 et 14 § 2 qui ont pour objet d'imposer l'application des dispositions impératives du droit interne dans les situations internes que les parties ont choisi de soumettre à une loi étrangère⁶²⁵. Pour les besoins de ces dispositions, les situations européennes sont donc davantage appréhendées comme des situations internes à l'espace européen que comme des situations véritablement internationales. Il en est de même pour la mise en œuvre des lois de police européennes issues de la jurisprudence *Ingmar*⁶²⁶, qui ne jouent que lorsque la situation est rattachée à l'espace européen⁶²⁷, comme ne jouent les lois de police internes que lorsque la situation présente un rattachement à l'ordre juridique interne.

2° Le traitement des situations européennes est parfois également directement assimilé à celui des situations purement internes aux États membres. L'exemple de la libre circulation des jugements européens peut être recité pour illustrer cette seconde idée. En effet, lorsqu'aucune procédure n'est nécessaire pour reconnaître ou conférer force exécutoire à un jugement émanant des tribunaux d'un État membre, cette décision n'est pas traitée différemment d'un jugement

620. Cette idée se retrouve chez *ibid.*, p. 43.

621. En ce sens, B. ANCEL et H. MUIR WATT, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le Règlement Bruxelles II bis », *Rev. crit. DIP* 2005, p. 569, n° 26.

622. *Idem*, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le Règlement Bruxelles II bis », *art. cit.*, n° 6 ; dans le même sens, J.-S. BERGÉ, « La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », *art. cit.*, p. 43.

623. Voir *infra*, p. 174 s.

624. En ce sens, B. ANCEL et H. MUIR WATT, « La désunion européenne : le Règlement dit "Bruxelles II" », *Rev. crit. DIP* 2001, p. 403, n° 31.

625. En ce sens, P. LAGARDE, « Rapport de synthèse » in *Le droit international privé communautaire : émergence et incidences*, sous la dir. de S. POILLOT-PERUZZETTO, LPA, 12 déc. 2002, p. 44 s.

626. CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, aff. C-381/98, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 107, note L. IDOT ; *JDI* 2001, p. 511, note J.-M. JACQUET ; *JCP G* 2001, II, 1159, note L. BERNARDEAU ; *JCP E* 2001, 12, note J. RAYNARD ; *Europe* 2011, comm. 24 par L. IDOT ; *DMF* 2001, p. 491, note P. PESTEL-DEBORD.

627. Voir *infra*, p. 167 s.

émanant des tribunaux internes. L'emploi de la méthode de la reconnaissance sous l'influence des libertés européennes de circulation aboutit à un constat similaire⁶²⁸.

De même, la majorité des instruments de droit dérivé ne distingue plus entre situations internes et européennes relativement à leur champ d'application : peut être cité l'exemple de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, qui s'applique, aux termes de son article 3 § 1, « à tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur ». Ces instruments passent sous silence le problème de la loi applicable⁶²⁹. Ce faisant, les situations internes et européennes⁶³⁰ sont soumises à un même corps de règles matérielles dès lors qu'elles entrent dans le champ d'application de l'instrument, l'internationalité caractérisant les situations européennes n'étant pas prise en compte.

Enfin, certains mécanismes de coopération judiciaire contribuent également à assimiler les situations européennes aux situations internes. Ainsi le règlement *obtention des preuves* permet-il aux juges d'un État membre de procéder directement à des actes d'instruction sur le territoire d'un autre État membre, contribuant, comme on l'a relevé, au brouillage de la distinction entre situations internes et internationales⁶³¹.

Pour autant, malgré la multiplication des exemples, cette assimilation des situations européennes aux situations internes n'est pas systématique ; elle ne concerne que certains aspects du traitement de ces premières et il ne faudrait donc pas conclure à une assimilation pure et simple de ces deux catégories de situations. Il est néanmoins possible de se questionner sur le sens de l'évolution du traitement des situations européennes. Alors que certains prédisent ou appellent de leurs vœux le retour d'une prise en considération plus grande de la nature interétatique de ces situations⁶³², il est fort à parier que l'évolution aille au contraire dans le sens d'une assimilation croissante des situations européennes aux situations internes, tel étant l'objectif poursuivi par les institutions européennes⁶³³. La pertinence d'une telle évolution devra être questionnée⁶³⁴.

628. Voir *infra*, p. 243 s.

629. J.-S. BERGÉ, « La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », *art. cit.*, p. 43 ; dans le même sens, L. IDOT, « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé » in *Le droit international privé communautaire : émergence et incidences*, sous la dir. de S. POILLOT-PERUZZETTO, LPA, 12 déc. 2002, p. 27, n° 14.

630. Tout du moins pour ces dernières lorsqu'elles sont régies par la loi d'un État membre ; à défaut, l'application des règles de l'instrument en question pourra passer par le mécanisme des articles 4 § 3 et 14 § 3 des règlements Rome I ou Rome II ou par celui des lois de police européennes.

631. E. PATAUT, « L'espace judiciaire européen : un espace cohérent ? » in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, sous la dir. d'A.-M. LEROYER et E. JEULAND, Dalloz, Paris, 2004, p. 40.

632. En ce sens, J.-S. BERGÉ, « La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », *art. cit.*, p. 43, qui parle d'une place de plus en plus grande des « particularismes nationaux ».

633. Voir *supra*, p. 133 s.

634. Pour les résultats de cette réflexion, voir *infra*, p. 283 s.

Un dernier facteur d'assimilation des situations internationales aux situations internes tient enfin à l'incidence des droits fondamentaux et des libertés européennes de circulation sur la reconnaissance des situations constituées à l'étranger.

B. *L'incidence des droits fondamentaux et des libertés de circulation*

L'assimilation du traitement de l'international à l'interne s'observe finalement lors de la mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance des situations⁶³⁵ sous l'influence des droits fondamentaux et des libertés de circulation européennes. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne aboutit en effet à mettre à la charge des États européens une obligation de reconnaissance de certaines situations valablement constituées à l'étranger, lorsque le refus de reconnaissance serait contraire au droit au respect de la vie privée et familiale de l'article 8 CEDH ou à la liberté de séjour et d'établissement de l'article 21 TFUE. Ce premier motif de reconnaissance résulte de l'arrêt *Wagner* rendu le 28 juin 2007 par la Cour européenne des droits de l'homme⁶³⁶ ; le second de la série jurisprudentielle de la Cour de justice sur le nom de famille des citoyens européens qui a débuté avec l'arrêt *Garcia Avello* du 2 octobre 2003⁶³⁷. L'assimilation de l'international à l'interne procède d'un ensemble de facteurs, qui tiennent tant aux modalités (1°) qu'aux effets (2°) de la mise en œuvre des droits fondamentaux et des libertés de circulation.

1° L'absence de distinction entre l'interne et l'international qui résulte de la mise en œuvre des droits fondamentaux ou des libertés européennes de circulation tient premièrement aux modalités de leur mise en œuvre. D'une part, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme montre en effet que les droits fondamentaux ont tendance à être appliqués de manière directe à la situation internationale en question, sans détour par les mécanismes du droit international privé⁶³⁸. En conséquence, la mise en œuvre des droits fondamentaux ne nécessite pas d'interrogation préalable sur la présence d'un élément d'extranéité affectant la situation, puisque celui-ci ne conduit pas à l'emploi d'une méthodologie différente⁶³⁹. Comme cela a été relevé, l'application immédiate des droits fondamentaux par la mise à l'écart du raisonnement

635. La méthode de la reconnaissance des situations peut être définie comme la méthode par laquelle « l'État dans lequel une situation est invoquée renonce à l'application de sa propre règle de conflit pour vérifier la validité de cette situation, au profit de la loi qui a fait surgir la situation », selon les termes de P. LAGARDE, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés » in *La reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de La Haye du 18 janvier 2013*, Pedone, Paris, 2013, p. 19.

636. CEDH, 28 juin 2007, *Wagner*, aff. 76240/01, D. 2007, p. 2700, note F. MARCHADIER ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 807, note P. KINSCH ; *JDI* 2008, p. 183, note L. D'AVOUT ; *Gaz. Pal.* 22 mars 2008, p. 31, note M.-L. NIBOYET ; *RTD civ.* 2007, p. 738, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJDA* 2007, p. 1920, obs. J.-F. FLAUS.

637. CJCE, 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, D. 2004, p. 1476, note M. AUDIT ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 184, note P. LAGARDE ; *JDI* 2004, p. 582, obs. M. LUBY ; *RTD civ.* 2004, p. 62, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.* 2004, p. 559, note A. ILIOPOULOU.

638. M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations : relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Dalloz, Paris, 2005, p. 512, n° 543 s.

639. En ce sens, H. MUIR WATT, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », *art. cit.*, p. 278.

conflictuel est un facteur d'assimilation du traitement des situations internationales aux situations internes⁶⁴⁰. L'« éviction préventive de la norme étrangère applicable » aboutit en effet à nier toute différence entre situations internes et internationales, traitant la situation internationale comme si elle était interne⁶⁴¹.

Le jeu des libertés européennes de circulation aboutit à un constat similaire. Le raisonnement de la Cour de justice ne passe pas par l'application des outils du droit international privé et plus particulièrement par la règle de conflit de lois en présence d'une situation internationale. Il se fonde directement sur la dialectique propre aux libertés de circulation reposant sur la recherche de l'existence d'une entrave puis d'une justification à celle-ci, aboutissant *in fine* à un contrôle de proportionnalité.

2° Ce sont également les conséquences d'une contrariété aux droits fondamentaux ou d'une entrave aux libertés de circulation qui conduisent à l'assimilation de l'international à l'interne : l'État requis sera en effet obligé de reconnaître la situation constituée à l'étranger comme si elle émanait de son propre ordre juridique. Il lui sera d'une part impossible de se retrancher derrière sa règle de conflit de lois pour refuser la reconnaissance de la situation. Dans l'arrêt *Wagner* précité, le droit au respect de la vie privée et familiale contenu à l'article 8 CEDH est ainsi utilisé par la Cour européenne pour écarter l'application de la règle de conflit de lois du for à la demande de reconnaissance d'un jugement étranger prononçant une adoption⁶⁴². Le phénomène est le même pour les libertés de circulation européennes.

D'autre part, franchissant une étape supplémentaire, la Cour européenne a jugé dans l'arrêt *Négrépontis* du 3 mai 2011⁶⁴³ que la situation qui avait en l'espèce été constituée à l'étranger devait être reconnue sans que l'État requis ne puisse faire jouer son ordre public international pour s'opposer à sa reconnaissance⁶⁴⁴. Sur ce point, la solution est toutefois moins rigoureuse en matière de libertés de circulation européennes : il reste en effet une possibilité pour l'État requis de s'opposer à la reconnaissance de la situation constituée à l'étranger, en faisant valoir un motif impérieux d'intérêt général, à condition que l'entrave à la liberté de circulation soit proportionnée au but poursuivi par ce dernier. Le refus de reconnaissance est notamment susceptible d'être justifié par la protection de l'ordre public de l'État membre d'origine⁶⁴⁵. La Cour de justice a ainsi reconnu l'existence et le caractère proportionné d'un tel motif dans les arrêts

640. M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations : relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, op. cit., p. 515, n° 546.

641. *Ibid.*, p. 516, n° 546.

642. H. MUIR WATT, « Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale », *RIDE* 2013/1, p. 72, n° 19.

643. CEDH, 3 mai 2011, *Négrépontis*, aff. 56759/08, D. 2012, p. 1228, note H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 817, note P. KINSCH ; *JDI* 2012, p. 213, note A. DIONISI-PEYRUSSE ; *JCP G* 2011, 839, obs. A. GOUTTENOIRE.

644. N. JOUBERT, « Les règles matérielles en dehors du droit du commerce international » in *Droit sans frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Éric Loquin*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 753-754.

645. J.-S. BERGÉ, D. PORCHERON et G. VIERA DA COSTA CERQUEIRA, *Rép. int. Dalloz*, V° Droit international privé et droit de l'Union européenne, 2017, n° 107.

Sayn-Wittgenstein du 22 décembre 2010⁶⁴⁶ et *Bogendorff von Wolffersdorff* du 2 juin 2016⁶⁴⁷, s'agissant de la reconnaissance dans un État membre du nom de famille de citoyens européens acquis dans un autre État membre.

Allant plus loin que l'idée d'une indifférence de l'internationalité dans la mise en œuvre des droits fondamentaux, l'emploi de ces derniers pourrait même être analysé comme constituant « une sorte de refuge face à l'internationalité »⁶⁴⁸. Autrement dit, les droits fondamentaux jouent « comme balayeur d'obstacles ou égaliseur de différences, dès lors que les uns et les autres tiennent au “phénomène de la frontière” »⁶⁴⁹. Dès lors qu'il peuvent être invoqués pour éviter l'application d'un droit étranger – l'une des conséquences premières de l'internationalité – qui empêcherait la reconnaissance de la situation⁶⁵⁰, les parties peuvent en effet volontairement jouer de l'effet d'assimilation que les droits fondamentaux opèrent entre les situations internationales et internes.

646. CJUE, 22 déc. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, *RTD civ.* 2011, p. 98, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.* 2011, p. 571 ; obs. É. PATAUT ; *Constitutions* 2011, p. 332, obs. A. LEVADE.

647. CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, aff. C-438/14, *Rev. crit. DIP* 2017, p. 278, note L. RASS-MASSON ; *RTD civ.* 2016, p. 820, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.* 2016, p. 648, obs. É. PATAUT ; *Europe* 2016, comm. 261 par D. SIMON ; *JDE* 2016, p. 317, obs. É. CUSAS.

648. L. D'AVOUT, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé » in *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, sous la dir. d'E. DUBOUT et S. TOUZÉ, Pedone, Paris, 2010, p. 169.

649. H. MUIR WATT, « Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale », *art. cit.*, p. 72, n° 19.

650. L. D'AVOUT, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », *op. cit.*, p. 169.

Conclusion du chapitre I

Si la distinction entre situations internes et internationales n'a jamais été simple à réaliser, elle est aujourd'hui complexifiée par les circonstances socio-économiques et politiques propres au XXI^e siècle qui tendent à la brouiller encore davantage et à la remettre parfois entièrement en cause.

Parmi les facteurs classiques de brouillage de la distinction entre l'interne et l'international, qui sont amenés à prendre de l'ampleur à mesure que croît le nombre de situations internationales dans un contexte de mondialisation, ont tout d'abord été relevés ceux qui résultent de la pluralité et de la relativité de la notion d'internationalité. En effet, l'internationalité n'est pas toujours appréciée au regard du même objet ou d'une même définition : de ce fait, une situation juridique peut être tour à tour qualifiée d'interne ou d'internationale selon l'objet ou la définition retenue. L'appréciation de l'internationalité évolue également spatialement – en fonction de l'ordre juridique à partir duquel elle est contemplée – et temporellement – car une situation peut acquérir ou perdre un élément d'extranéité au cours de son existence. S'y ajoute le traitement procédural parfois peu rigoureux qui est réservé à l'internationalité et qui peut conduire à sa négation au cours du procès.

S'agissant des facteurs modernes de brouillage de la distinction entre l'interne et l'international, on peut observer que la ligne de démarcation entre ces deux catégories de situations est soumise à un double phénomène, allant tant dans le sens d'une assimilation de l'interne à l'international que dans celui d'une assimilation de l'international à l'interne. D'une part, la question de l'assimilation de l'interne à l'international se pose aujourd'hui dans les termes d'une ouverture aux situations internes du régime réservé aux situations internationales, notamment s'agissant de la possibilité de choisir librement le juge compétent ou la loi applicable. Cette assimilation peut également être le fait des parties, qui peuvent de plus en plus facilement internationaliser leur situation pour profiter d'un régime juridique plus favorable. D'autre part, et en sens contraire, l'assimilation de l'international à l'interne tient à l'essor de la méthode de la reconnaissance sous l'influence des droits fondamentaux et des libertés européennes de circulation et à la politique menée par le législateur européen dans la réglementation des situations européennes et qui conduit de plus en plus fréquemment à les assimiler à des situations internes à un État.

Chapitre II

L'apparition de nouvelles formes d'internationalité

Les changements socio-économiques, politiques et juridiques intervenus durant la seconde moitié du xx^e siècle ont entraîné l'apparition de nouvelles formes d'internationalité. D'une part, la construction européenne initiée dans les années 1950 a conduit à la création d'un espace géographique sans frontières intérieures, qui a permis l'émergence d'une forme inédite d'internationalité constituée des situations internationales intégrées à l'Union européenne (section I). D'autre part, l'acception classique du terme d'internationalité, qui renvoie étymologiquement à l'entre-Nations, est aujourd'hui affectée par les phénomènes de mondialisation et de déterritorialisation : la seconde partie du xx^e siècle se caractérise en effet par une perte de souveraineté de l'État-Nation et par l'émergence de situations transnationales qui se développent au-delà des frontières des États, ainsi que par une perte de pertinence de la localisation spatiale des éléments constitutifs des situations internationales, donnant parfois naissance à des situations qu'on a pu qualifier d'anationales (section II).

Section I. L'incidence de la régionalisation européenne

La création des Communautés européennes à la fin des années 1950 a conduit à l'émergence d'un nouveau type de situations internationales. L'abolition des frontières à l'intérieur de l'Union et la matérialisation d'une frontière extérieure unique permettant de délimiter ce nouvel espace géographique ont en effet permis d'instaurer une nouvelle distinction au sein des situations internationales, selon que ces dernières appartiennent ou non à cet espace. Émerge ainsi une nouvelle sous-catégorie d'internationalité, dont se pose premièrement la question de la définition (§ 1). La possibilité de distinguer entre situations internes et externes à l'espace européen entraîne également la possibilité d'instaurer un régime différent pour cette première catégorie de situations : l'Union européenne poursuit en effet un certain nombre d'objectifs et de politiques qui lui sont propres. Sera donc deuxièmement présenté le régime spécifique réservé à ces situations (§ 2).

§ 1. La notion de situation européenne

L'observation du champ d'application et des dispositions des instruments européens de droit international privé ne permet pas d'en tirer une conception unitaire de la notion de situation euro-

péenne ; au contraire, on peut en dégager au moins trois définitions différentes selon l'intensité du lien que doit présenter la situation internationale avec l'espace européen pour être qualifiée d'européenne. Peuvent ainsi être identifiées une définition stricte (A.), une définition modérée (B.) et une définition allégée (C.) de la notion de situation européenne.

A. Définition stricte : le rattachement exclusif aux États membres

Selon la définition la plus stricte qui puisse en être donnée, peut être considérée comme européenne toute situation qui se rattache exclusivement au territoire des États membres de l'Union et ne présente donc en conséquence aucun lien de rattachement avec un État tiers. Puisque la situation européenne est une situation internationale, elle doit donc présenter des liens de rattachement avec au moins deux États membres différents ; dans le cas contraire, elle serait interne à un État membre.

Le droit international privé européen atteste d'un emploi seulement ponctuel de cette définition stricte de l'européanité. Aucun règlement européen de droit international privé ne limite en effet son champ d'application général aux situations présentant des liens exclusifs avec des États membres ; elle n'est employée que pour les besoins de certaines dispositions spécifiques. Peuvent premièrement être cités les articles 3 § 4 du règlement Rome I et 14 § 3 du règlement Rome II, qui limitent les effets du choix de la loi d'un État tiers à l'Union lorsque *tous* les éléments de la situation sont localisés dans un ou plusieurs États membres⁶⁵¹. Aucune précision n'est toutefois apportée quant à la nature des éléments de rattachement avec le territoire des États membres.

C'est également une conception stricte de la notion de situation européenne qui est employée dans les instruments de conflit de juridictions pour l'application des règles de reconnaissance et d'exécution des jugements et, s'agissant spécifiquement du règlement Bruxelles I bis, pour certaines règles de litispendance et de connexité. Concernant d'abord ce second point, les articles 29 à 31 du règlement Bruxelles I bis ont en effet introduit un régime de litispendance et de connexité particulier lorsque sont saisies les juridictions de deux États membres⁶⁵². Au regard du seul critère de rattachement pertinent pour l'application de ces règles, à savoir le pays de la juridiction saisie, ne sont donc visées que des situations purement européennes. De même, en matière de reconnaissance et d'exécution, seules sont concernées des configurations purement européennes, dans lesquelles un jugement rendu dans un État membre doit être reconnu dans un autre État membre⁶⁵³.

651. Voir *infra*, p. 167 s.

652. Voir *infra*, p. 172 s.

653. Voir *infra*, p. 174 s.

B. Définition modérée : le rattachement à au moins deux États membres

La notion de situation européenne peut deuxièmement être définie d'une manière plus modérée, consistant à considérer comme européenne la situation qui se rattache à au moins deux États membres de l'Union, sans que ne soit pour autant exclu un rattachement supplémentaire avec un ou plusieurs États tiers à l'Union. Cette deuxième définition est d'emploi beaucoup plus courant dans les règlements européens de droit international privé.

Elle sert premièrement à délimiter le champ d'application de tous les instruments procéduraux qui font appel à la notion de « litige transfrontalier » pour ce faire, ce qui concerne en premier lieu les règlements *petits litiges*, *injonction de payer* et *saisie conservatoire des comptes bancaires* et la directive *aide judiciaire*⁶⁵⁴. Ces instruments ont l'avantage de préciser les éléments de rattachement que doit présenter le litige avec le territoire des États membres. Aucun d'entre eux n'excluant que le litige puisse également entretenir un lien avec un État tiers, c'est bien à la définition modérée et non pas stricte de l'eupéanité qu'il est recouru.

Deuxièmement, une partie importante de la doctrine et certaines juridictions ont également souhaité employer un temps la définition modérée de la notion de situation européenne pour délimiter le champ d'application de la convention de Bruxelles. En Allemagne, cette idée s'est manifestée à travers la *Reduktionstheorie*, c'est-à-dire la théorie de la réduction [téléologique du champ d'application], selon laquelle le champ d'application de la convention de Bruxelles devrait être restreint aux litiges impliquant au moins deux États membres⁶⁵⁵. Des divergences existaient toutefois quant à la nature des critères de rattachement du litige au territoire des États membres. Pour aller du courant le moins exigeant au plus exigeant, certains auteurs se sont premièrement contentés de l'existence d'un rattachement quelconque avec deux États membres⁶⁵⁶. Pour d'autres, la convention, et plus particulièrement son article 2, ne devaient trouver à s'appliquer que s'il existait une compétence concurrente d'un autre État membre fondée sur une autre disposition de la convention⁶⁵⁷. Cela revenait donc à considérer comme pertinents les seuls

654. Voir *supra*, p. 44 s.

655. Voir les auteurs cités par L. BENECKE, *Die teleologische Reduktion des räumlich-persönlichen Anwendungsbereichs von Art. 2 ff. und Art. 17 EuGVÜ*, *op. cit.*, p. 96 ; Chr. THIELE, « Forum non conveniens im Lichte europäischen Gemeinschaftsrechts. Anmerkung zu Court of Appeal - Civil Division, Vorlage-Entscheidung vom 19.6.2002 *Owusu v. Jackson and Others* », *RIW* 2002, p. 698 ; M. GEBAUER, « Drittstaaten- und Gemeinschaftsbezug im europäischen Recht der internationalen Zuständigkeit », *ZEuP* 2001, p. 949-951.

656. Voir les auteurs cités par J. M. AULL, *Der Geltungsanspruch des EuGVÜ. "Binnensachverhalte" und internationales Zivilverfahrensrecht in der Europäischen Union ; zur Auslegung von Art. 17 Abs. 1 S. 1 EuGVÜ*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1996, p. 78 ; M. GEBAUER, « Drittstaaten- und Gemeinschaftsbezug im europäischen Recht der internationalen Zuständigkeit », *art. cit.*, p. 951 ; P. GROLIMUND, *Drittstaatenproblematik des europäischen Zivilverfahrensrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, p. 131, n° 346.

657. Voir les auteurs cités par J. M. AULL, *Der Geltungsanspruch des EuGVÜ. "Binnensachverhalte" und internationales Zivilverfahrensrecht in der Europäischen Union ; zur Auslegung von Art. 17 Abs. 1 S. 1 EuGVÜ*, *op. cit.*, p. 78-79, qui indique toutefois que cette position n'a pas réussi à s'imposer dans la doctrine allemande, M. GEBAUER, « Drittstaaten- und Gemeinschaftsbezug im europäischen Recht der internationalen Zuständigkeit », *art. cit.*, p. 951 ; P. GROLIMUND, *Drittstaatenproblematik des europäischen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 131, n° 345.

points de rattachement employés comme chefs de compétence par la convention. Un dernier courant, plus restrictif, exigeait que l'une des parties soit domiciliée dans un État membre autre que celui du juge saisi⁶⁵⁸.

La *Reduktionstheorie* semblait pouvoir tirer sa légitimité de certains arrêts rendus par la Cour de justice entre les années 1975 et 2000 et qui ont affirmé que la convention de Bruxelles avait uniquement pour objectif de répartir la compétence internationale dans les « relations intracommunautaires »⁶⁵⁹. Le terme de « relations » impliquant l'idée d'un lien entre deux sujets ou objets, on comprend par son association à l'adjectif « intracommunautaires » que devaient être impliqués au moins deux États membres de l'Union, ce qui correspond donc *a minima* à une conception modérée de la notion de situation européenne. Le terme ne permettant toutefois pas de déterminer si ces deux États sont considérés comme étant les seuls impliqués dans le litige, ou si un lien de rattachement avec un État tiers était toléré, l'ancienne jurisprudence la Cour pouvait donc être également interprétée comme renvoyant à la définition stricte de la notion de situation européenne.

La jurisprudence nationale n'a pas non plus été insensible à la théorie de la réduction du champ d'application de la convention de Bruxelles aux seuls litiges impliquant au moins deux États membres. En Allemagne, le *Bundesgerichtshof* a explicitement fait application de cette théorie dans un arrêt du 12 octobre 1989⁶⁶⁰, dans lequel il a eu à connaître d'un litige opposant une association allemande de protection des consommateurs à une société allemande proposant à la location des logements de vacances situés en France et en Espagne. Or, si le *Bundesgerichtshof* a retenu la compétence des juridictions allemandes sur le fondement de l'article 2 § 1 de la convention de Bruxelles pour les logements situés en France, il l'a en revanche exclue pour les logements situés en Espagne, au motif que l'Espagne n'était pas partie à la convention à l'époque. Ce faisant, il distinguait entre les litiges impliquant deux États membres, soumis à la convention, et ceux impliquant un État membre et un État tiers, exclus de cette dernière.

Enfin, la théorie de la réduction a peut-être également séduit la Cour de cassation dans un arrêt *Codéviandes* du 11 mars 2005, dans lequel elle a jugé que « les règles de droit interne ne sont pas applicables pour la détermination de la compétence internationale du juge saisi d'un

658. Voir les auteurs cités par M. GEBAUER, « Drittstaaten- und Gemeinschaftsbezug im europäischen Recht der internationalen Zuständigkeit », *art. cit.*, p. 952 ; P. GROLMUND, *Drittstaatenproblematik des europäischen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 132, n° 348.

659. Voir les arrêts CJCE, 6 oct. 1976, *Tessili*, aff. C-12/76, *Rev. crit. DIP* 1977, p. 761, note P. GOTHOT et D. HOLLEAUX ; *JDI* 1977, p. 702, obs. J.-M. BISCHOFF et A. HUET, *ibid.* p. 714, obs. A. HUET, point 9 ; CJCE, 21 juin 1978, *Bertrand*, aff. C-150/77, *Rec. I* 1432, point 14 ; CJCE, 22 nov. 1978, *Somafer*, aff. C-33/78, *D.* 1979 I.R. 458, obs. B. AUDIT ; *JDI* 1979, p. 672, obs. A. HUET, point 4 ; CJCE, 15 mai 1990, *Kongress Agentur Hagen*, aff. C-365/88, *Rev. crit. DIP* 1990, p. 568, obs. H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1991, p. 498, obs. A. HUET ; *Cah. dr. eur.* 1990, p. 701, obs. H. TAGARAS, point 17 ; CJCE, 6 juin 2002, *Italian Leather*, aff. C-80/00, *Rev. crit. DIP* 2002, p. 704, note H. MUIR WATT, point 43.

660. BGH, 12 oct. 1989, aff. VII ZR 339/88, BGHZ 109, 29 = NJW 1990, 317 = NJW-RR 1990, 312 (Ls.) = MDR 1990, 233 = EuZW 1990, 38 = EuZW 1991, 36 = WM 1989, 1936 = BB 1990, 658 = BB 1990, 661 = DB 1990, 828, point 13.

litige d'ordre international intra-communautaire, soumis aux dispositions de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 »⁶⁶¹. Si la Cour de cassation ne définit pas la notion de « litige d'ordre international intra-communautaire », ce caractère résultait en l'espèce du domicile français de l'une des parties et de l'exécution aux Pays-Bas du contrat objet du litige. On pourrait donc être tenté de lui donner les contours de la définition modérée de la notion de situation européenne.

Malgré ces indices jurisprudentiels et le courant doctrinal qui fut une fois majoritaire en Allemagne, les auteurs refusent aujourd'hui très majoritairement d'employer la définition modérée de l'eupéanité pour délimiter le champ d'application de la convention de Bruxelles et de ses deux successeurs⁶⁶². Cette conception se retrouve toutefois ponctuellement dans certaines dispositions de ces instruments, et en première ligne en matière de compétence spéciale des articles 7 et 8 du règlement Bruxelles I bis, puisque la rédaction de ces articles présuppose l'implication de deux États membres dans le litige, dans la mesure où sont envisagées les seules hypothèses dans lesquelles une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite devant les juridictions d'un autre État membre. D'autres règlements européens y recourent également. Pour ne donner qu'un exemple, on a fait remarquer que la quasi-totalité des règles figurant dans le règlement *insolvabilité*⁶⁶³ vise expressément les situations impliquant au moins deux États membres⁶⁶⁴, ce qui se vérifie encore davantage désormais dans le règlement refondu⁶⁶⁵.

En conclusion, la définition modérée de l'internationalité est employée pour définir le champ d'application des instruments procéduraux de droit international privé européen et sert ponctuellement à délimiter le champ d'application de certaines règles contenues dans d'autres règlements de droit international privé.

C. Définition allégée : le rattachement à au moins un État membre

La notion de situation européenne peut enfin être définie d'une troisième manière, consistant à qualifier comme telle toute situation internationale qui se rattache à au moins un État membre. Cette situation possèdera donc indifféremment un ou plusieurs autre(s) rattachement(s) avec un autre ou plusieurs autre(s) État(s) membre(s) ou avec un ou plusieurs autre(s) État(s) tier(s).

661. Cass. mixte, 11 mars 2005, *Codéviandes*, D. 2005, p. 1332, note J.-G. MAHINGA ; *Rev. crit. DIP* 2005, p. 732, note H. GAUDEMET-TALLON ; *Gaz. Pal.* 27 mai 2005, p. 28, avis av. gén. M. FOERST ; *RDC* 2005, p. 1186, obs. P. DEUMIER. C'est nous qui soulignons.

662. Voir *infra*, p. 157 s.

663. Règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

664. R. DAMMANN et V. BLEICHER, « Interrogations sur les effets extraterritoriaux du règlement d'insolvabilité n° 1346/2000/CE », D. 2014, p. 1709.

665. Règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte) ; L.-C. HENRY, « Le champ d'application territorial du Règlement » in *Le nouveau règlement insolvabilité : quelles évolutions ?*, sous la dir. de F. JAULT-SESEKE et D. ROBINE, Joly éditions, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 2015, p. 8, n° 2.

En opposition à la théorie de la réduction téléologique du champ d'application de la convention de Bruxelles, un nombre très important de voix, aujourd'hui majoritaires, se sont tout d'abord élevées en doctrine pour affirmer que l'application de la convention de Bruxelles n'est subordonnée qu'à un seul lien de rattachement avec le territoire des États membres⁶⁶⁶.

Plusieurs raisons ont justifié l'abandon de l'emploi de la définition modérée de l'euroanéité au profit d'une définition allégée, que l'on a également qualifié de passage de l'exigence d'un « litige intracommunautaire » à un « litige intégré à l'[Union européenne] »⁶⁶⁷. Tout d'abord, l'observation même des dispositions de la convention de Bruxelles et des deux règlements qui lui ont succédé suffit à montrer qu'ils ne sauraient uniquement concerner des litiges impliquant au moins deux États membres. Sur la base de la compétence générale contenue à l'article 4 du règlement Bruxelles I bis, il a été relevé qu'aucun indice textuel n'exige l'implication de deux États membres dans le litige ; au surplus, le préambule des règlements Bruxelles I et Bruxelles I bis font état de la seule nécessité d'un lien avec le territoire de l'Union⁶⁶⁸. Le règlement Bruxelles I indique ainsi à son considérant 8 qu'« il doit exister un lien entre les litiges couverts par le présent règlement et le territoire des États membres qu'il lie. Les règles communes en matière de compétence doivent donc s'appliquer en principe lorsque le défendeur est domicilié dans un de ces États membres ». Une formulation similaire est reprise au considérant 13 du règlement Bruxelles I bis. La même remarque peut être faite pour d'autres règles de compétence, telles

666. En droit français, voir entre autres, G. A. L. DROZ, *Pratique de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Le nouveau régime de la compétence judiciaire et des effets des jugements dans l'Europe des six*, op. cit., p. 15, n° 14; P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, op. cit., p. 19, n° 32; H. GAUDEMET-TALLON, « De la détermination de la compétence internationale du juge saisi d'un litige d'ordre international intra-communautaire. Cour de cassation (Ch. mixte), 11 mars 2005, Société Codéviandes c. M. B. Maillard », *Rev. crit. DIP* 2005, p. 736; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome I. Partie générale*, op. cit., p. 156, n° 124; D. ALEXANDRE et A. HUET, *Rép. int. Dalloz*, op. cit., n° 47; R. LIBCHABER, « La convention de Bruxelles ne s'applique pas au litige en matière de consommation si le professionnel est domicilié dans un État non-contractant. Cour de justice des Communautés européennes (5^e Ch.). - 15 septembre 1994, W. Brenner et P. Noller c. Dean Witter Reynolds Inc. », *Rev. crit. DIP* 1995, p. 754, n° 9; en droit allemand, voir entre autres, R. GEIMER, « Art. 2 EuGVVO » in *Europäisches Zivilverfahrensrecht : Kommentar*, sous la dir. de R. GEIMER et R. A. SCHÜTZE, 4^e éd., C.H. Beck, München, 2020, n° 111; J. KROPHOLLER et J. von HEIN, « vor Art. 2 Brüssel I-VO » in *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zur EuGVVO, Lugano-Übereinkommen und Europäischen Vollstreckungstitel*, 9^e éd., Verl. Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, 2011, n° 8; P. MANKOWSKI, « Vorbem zu Art 4 Brüssel Ia-VO » in *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/ EuIPR, Band I : Brüssel Ia-VO*, sous la dir. de Th. RAUSCHER, 4^e éd., Otto Schmidt, sellier european law publishers, Köln, 2016, n° 26; M. GEBAUER, « EuGVVO Überblick » in *Zivilrecht unter europäischem Einfluss : die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze. Kommentierung der wichtigsten EU-Verordnungen*, sous la dir. de M. GEBAUER et Th. WIEDMANN, 2^e éd., Boorberg, Stuttgart, 2010, n° 10; Chr. THIELE, « Forum non conveniens im Lichte europäischen Gemeinschaftsrechts. Anmerkung zu Court of Appeal - Civil Division, Vorlage-Entscheidung vom 19.6.2002 Owusu v. Jackson and Others », *art. cit.*, p. 698; E. JAYME, « Der Gerechtigkeitsgehalt des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens (EuGVÜ) » in *Europäisches Kollisionsrecht. Die Konventionen von Brüssel, Lugano und Rom. Ausländische Erfahrungen und österreichische Perspektiven*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1993, p. 38.

667. H. GAUDEMET-TALLON, « De la détermination de la compétence internationale du juge saisi d'un litige d'ordre international intra-communautaire. Cour de cassation (Ch. mixte), 11 mars 2005, Société Codéviandes c. M. B. Maillard », *art. cit.*, p. 735.

668. Chr. THIELE, « Forum non conveniens im Lichte europäischen Gemeinschaftsrechts. Anmerkung zu Court of Appeal - Civil Division, Vorlage-Entscheidung vom 19.6.2002 Owusu v. Jackson and Others », *art. cit.*, p. 698.

que celles des articles 25 et 26 reposant sur la volonté des parties ou celles de la section III adoptées en matière de contrats d'assurance, de travail ou de consommation lorsque l'assureur, l'employeur ou le professionnel sont assignés dans leur État membre de résidence. Lorsqu'un lien avec deux États membres a été souhaité par les rédacteurs, le règlement le prévoit explicitement, comme le montrent les compétences optionnelles de l'article 7⁶⁶⁹.

Deuxièmement, la jurisprudence récente de la Cour de justice permet de disqualifier l'idée selon laquelle la convention de Bruxelles et ses successeurs ne seraient applicables qu'aux litiges présentant un lien de rattachement avec au moins deux États membres⁶⁷⁰. Les décisions de référence à ce sujet sont les arrêts *Group Josi* du 13 juillet 2000⁶⁷¹ et *Owusu* du 1^{er} mars 2005⁶⁷². Dans la première de ces affaires, la question posée à la Cour était de savoir si la convention de Bruxelles était applicable lorsque le défendeur avait son domicile dans un État contractant mais que le demandeur était domicilié dans un État tiers. La Cour répond que « la convention trouve en principe à s'appliquer dès lors que le défendeur a son domicile ou son siège sur le territoire d'un État contractant, même si le demandeur est domicilié dans un pays tiers » sauf « dans les cas exceptionnels où une disposition expresse de la convention prévoit que l'application de la règle de compétence qu'elle énonce dépend de la localisation du domicile du demandeur sur le territoire d'un État contractant »⁶⁷³.

La Cour de Justice a confirmé et complété cette solution dans l'arrêt *Owusu*. Dans cette affaire, les deux parties étaient domiciliées sur le territoire d'un État contractant et le seul lien de rattachement existant avec un autre État était avec un État tiers. Se posait dès lors la question de savoir si la compétence générale de l'article 2 de la convention de Bruxelles pouvait être appliquée dans un cas dans lequel le seul élément d'extranéité du litige renvoyait à un État tiers. La Cour répond que rien n'indique que la mise en œuvre de l'article 2 soit soumise « à la condition de l'existence d'un rapport juridique impliquant plusieurs États contractants »⁶⁷⁴ et conclut qu'il « s'applique à une situation telle que celle de l'affaire au principal, couvrant les

669. P. MANKOWSKI, « Vorbem zu Art 4 Brüssel Ia-VO », *op. cit.*, n° 26; Th. RAUSCHER et A. FEHRE, « Das Ende des forum non conveniens unter dem EuGVÜ und der Brüssel I-VO? Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 1. März 2005 », *ZEuP* 2006, p. 465; Chr. THIELE, « Forum non conveniens im Lichte europäischen Gemeinschaftsrechts. Anmerkung zu Court of Appeal - Civil Division, Vorlage-Entscheidung vom 19.6.2002 Owusu v. Jackson and Others », *art. cit.*, p. 699.

670. M. GEBAUER, « EuGVVO Überblick », *op. cit.*, n° 10; Th. RAUSCHER et A. FEHRE, « Das Ende des forum non conveniens unter dem EuGVÜ und der Brüssel I-VO? Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 1. März 2005 », *art. cit.*, p. 465.

671. CJCE, 13 juil. 2000, *Group Josi*, aff. C-412/98, *JDI* 2002, p. 623, note F. LECLERC; *RGDA* 2000, p. 931, note V. HEUZÉ; *ibid.* 2002, p. 937, note P. HEITZMANN et J. BARUN.

672. CJCE, 1^{er} mars 2005, *Owusu*, aff. C-281/02, *D.* 2006, p. 1259, obs. C. NOURISSAT; *ibid.* p. 1495, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE; *Rev. crit. DIP* 2005, p. 698, note C. CHALAS; *JDI* 2005, p. 1177, note G. CUNIBERTI et M. WINKLER; *Gaz. Pal.* 28 mai 2005, p. 31, note M.-L. NIBOYET; *Procédures* 2006, comm. 74 par C. NOURISSAT; *Europe* 2005, comm. 189 par L. IDOT; *Cah. dr. eur.* 2006, p. 175, note G. P. ROMANO; *ibid.* 2006, p. 507, note H. TAGARAS; *Rev. aff. eur.* 2005, p. 307, note A. KOSTOVA-BOURGEIX; *RJ com.* 2005, p. 337, note A. RAYNOUARD; *ibid.* 2006, p. 220, note M. NADAUD.

673. Arrêt, point 61. C'est nous qui soulignons.

674. Arrêt, point 24.

rapports entre les juridictions d'un seul État contractant et celles d'un État non contractant et non les rapports entre les juridictions de plusieurs États contractants »⁶⁷⁵. Cette jurisprudence a été confirmée depuis par un arrêt *Mahamdia* du 19 juillet 2012⁶⁷⁶.

À la suite de la jurisprudence *Owusu*, il demeure donc bien une condition de principe, qui tient à l'existence d'un litige intégré à l'Union, c'est-à-dire présentant un lien de rattachement avec le territoire d'un État membre. La vocation de la convention de Bruxelles et de ses successeurs est de ne créer des règles de compétence que pour les litiges rattachés à l'Union ; les litiges purement internationaux restant soumis au droit international privé commun des États membres⁶⁷⁷. Il reste alors à déterminer la possible nature de ce lien de rattachement. Au regard du préambule des règlements Bruxelles I et Bruxelles I bis, il faut tout d'abord retenir de manière certaine le domicile du défendeur, explicitement mentionné comme étant le rattachement de principe du litige au territoire de l'Union et même si ce critère a été critiqué pour son manque de pertinence⁶⁷⁸. Le lien avec le territoire européen peut encore résulter de la matière du litige, lorsqu'un chef de compétence exclusive se réalise sur le territoire d'un État membre, ou de la désignation des juridictions d'un État membre par les parties dans une clause attributive de juridiction⁶⁷⁹. La volonté des parties, qui constitue le lien de rattachement à l'Union dans ce dernier cas, l'est également en cas de comparution volontaire du défendeur⁶⁸⁰. Le fait qu'une partie soit un ressortissant d'un État membre n'est toutefois pas considéré comme un rattachement suffisant à l'espace européen⁶⁸¹.

Il convient de préciser que depuis l'entrée en vigueur du règlement Bruxelles I bis et des modifications apportées aux sections relatives à la compétence en matière de contrats conclus

675. Arrêt, point 35.

676. CJUE, 19 juil. 2012, *Mahamdia*, aff. C-154/11, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 223, note É. PATAUT ; *JDI* 2013, p. 494, note F. DOPAGNE ; *JCP S* 2012, 1491, note J.-Ph. TRICOIT ; *Europe* 2012, comm. 10 par L. IDOT ; *Procédures* 2012, comm. 282 par C. NOURISSAT, point 40.

677. G. A. L. DROZ, *Pratique de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Le nouveau régime de la compétence judiciaire et des effets des jugements dans l'Europe des six. op. cit.*, p. 15 n° 14 ; E. PATAUT, « Qu'est-ce qu'un litige "intracommunautaire" ? Réflexions autour de l'article 4 du Règlement Bruxelles I » in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Litec, Paris, 2003, p. 368 ; J.-S. BERGÉ, « La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », *art. cit.*, p. 35.

678. E. PATAUT, « Qu'est-ce qu'un litige "intracommunautaire" ? Réflexions autour de l'article 4 du Règlement Bruxelles I », *op. cit.*, p. 382.

679. G. A. L. DROZ, *Pratique de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Le nouveau régime de la compétence judiciaire et des effets des jugements dans l'Europe des six. op. cit.*, p. 15, n° 14 ; P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE, op. cit.*, p. 19, n° 32 ; M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux, op. cit.*, p. 72-73, n° 86 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome I. Partie générale, op. cit.*, p. 156, n° 124 ; D. ALEXANDRE et A. HUET, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 47.

680. P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE, op. cit.*, p. 22 n° 39.

681. E. PATAUT, « Qu'est-ce qu'un litige "intracommunautaire" ? Réflexions autour de l'article 4 du Règlement Bruxelles I », *op. cit.*, p. 367 ; D. ALEXANDRE et A. HUET, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 47 ; R. LIBCHABER, « La convention de Bruxelles ne s'applique pas au litige en matière de consommation si le professionnel est domicilié dans un État non-contractant. Cour de justice des Communautés européennes (5^e Ch.). - 15 septembre 1994, W. Brenner et P. Noller c. Dean Witter Reynolds Inc. », *art. cit.*, n° 9 ; R. GEIMER, « Art. 2 EuGVVO », *op. cit.*, n° 96.

par les consommateurs et de contrats individuels de travail, l'exigence de domiciliation du défendeur dans l'Union a disparu lorsque ce dernier est la partie forte ; ainsi, dans les cas où le règlement Bruxelles I bis est applicable alors que la partie forte a son domicile dans un État tiers, le rattachement avec le territoire de l'Union repose sur de nouveaux critères, à savoir le domicile du consommateur en matière de contrats de consommation⁶⁸² et le lieu d'embauche ou d'exécution habituelle du contrat de travail⁶⁸³. L'émergence de ces nouveaux rattachements au territoire européen rompt donc encore un peu plus l'unité de la définition de litige européen dans le cadre du règlement Bruxelles I bis.

En conclusion, la nature du lien que le litige doit présenter avec le territoire européen pour l'application du règlement Bruxelles I bis ne peut être définie de manière unitaire. Son identification n'en est pas problématique pour autant, puisqu'elle pourra se faire sur la base d'une simple lecture de la disposition à appliquer : le lien de rattachement avec le territoire européen se confond en effet avec le chef de compétence. C'est également à cette conclusion qu'il est possible d'arriver pour les autres règlements européens de droit international privé.

La majorité des autres règlements de droit international privé atteste en effet de la subordination de leur champ d'application à l'exigence expresse ou l'existence *de facto* d'un lien de rattachement avec le territoire européen. Ainsi le règlement *insolvabilité* et son successeur exigent-ils tout d'abord un lien de la procédure avec le territoire européen pour s'appliquer. Le considérant 14 du premier et le considérant 25 du second prévoient en effet que le règlement « s'applique uniquement aux procédures concernant un débiteur dont le centre des intérêts principaux est situé dans la Communauté/l'Union ». On observe un parallèle avec le préambule du règlement Bruxelles I bis, le critère du domicile du défendeur ayant été remplacé par celui du centre des intérêts principaux du débiteur.

De manière analogue à la jurisprudence *Owusu*⁶⁸⁴, la Cour de justice est venue rappeler dans un arrêt *Schmid* du 16 janvier 2014⁶⁸⁵ que le champ d'application du règlement *insolvabilité* ne devait pas être limité aux seules procédures présentant des liens de rattachement avec au moins deux États membres. La Cour a en effet affirmé que la règle de compétence générale de l'article 3 § 1 donnant compétence aux tribunaux du centre des intérêts principaux du débiteur « ne saurait [...], en règle générale, dépendre de l'existence d'un lien d'extranéité impliquant un autre État membre »⁶⁸⁶. Dans l'affaire en question, le fait que le seul élément d'extranéité ait été

682. Règlement, article 18 § 1.

683. Règlement, article 21 § 2.

684. F. JAULT-SESEKE et D. ROBINE, « L'application du règlement "insolvabilité" dans les relations avec un État tiers », *D.* 2014, p. 916 ; D. BUREAU, « Compétence en cas d'action révocatoire dans une procédure d'insolvabilité », *Rev. crit. DIP* 2014, p. 670, n° 2.

685. CJUE, 16 janv. 2014, *Schmid*, aff. C-328/12, *D.* 2014, p. 915, note F. JAULT-SESEKE et D. ROBINE ; *ibid.* p. 1708, note R. DAMMANN et V. BLEICHER ; *Rev. crit. DIP* 2014, p. 670, note D. BUREAU ; *JCP G* 2014, 264, note F. MÉLIN ; *Gaz. Pal.* 1^{er} juil. 2014, p. 19, note L.-C. HENRY ; *Europe* 2014, comm. 143 par L. IDOT ; *BJE* 2014, p. 273, note P. NABET ; *RJ com.* 2014, p. 204, note J.-P. SORTAIS ; *Rev. proc. coll.* 2014, étude 16 par J.-L. VALLENS ; *ibid.* 2015, comm. 141 par M. MENJUCQ.

686. Arrêt, point 29.

constitué par le domicile du défendeur – qui était l’un des créanciers – situé dans un État tiers n’a donc pas été considéré comme un obstacle à l’applicabilité du règlement⁶⁸⁷.

À la différence du règlement *insolvabilité*, les règlements sectoriels adoptés par la suite, contenant à la fois des règles de conflit de lois et de juridictions, seraient caractérisés par une « conception extérieure de leur champ d’application », en ce qu’ils seraient applicables même lorsque le défendeur n’est pas domicilié dans un État membre⁶⁸⁸. Ce constat peut tout d’abord être dressé pour le règlement *aliments*⁶⁸⁹. La compétence subsidiaire de l’article 6 permet de donner compétence aux juridictions de la nationalité de l’une des parties sans considération du rattachement du litige avec l’Union⁶⁹⁰. Cela se vérifie également avec le règlement *successions*⁶⁹¹, le règlement *régimes matrimoniaux*⁶⁹² et le règlement *partenariats enregistrés*⁶⁹³, qui n’exigent pas non plus que le défunt ou le défendeur ait sa résidence habituelle dans un État membre. Cela est démontré par les compétences subsidiaires mises en place par l’article 10 du règlement *successions* lorsque la résidence habituelle du défunt au moment du décès n’est pas située dans un État membre⁶⁹⁴, ainsi que par l’article 6 du règlement *régimes matrimoniaux* et l’article 10 du règlement *partenariats enregistrés* qui prévoient des chefs de compétence subsidiaire qui permettront de donner compétence aux juridictions des États membres même si les époux ou les partenaires n’ont pas leur résidence habituelle dans l’Union.

La même absence d’exigence textuelle d’un lien de rattachement avec le territoire européen s’observe enfin pour les règlements Rome I, Rome II et Rome III. Le rapport *Giuliano/Lagarde* indiquait déjà que la convention de Rome ne s’applique pas uniquement dans les situations présentant un lien avec un État contractant⁶⁹⁵. Aujourd’hui, l’absence explicite de délimitation du champ d’application spatial⁶⁹⁶ des trois règlements et d’indices implicites dans leurs dispo-

687. L.-C. HENRY, « Domaine d’application du règlement européen d’insolvabilité et action révocatoire », *Gaz. Pal.* 1^{er} juil. 2014, p. 19, p. 19 s. J.-L. VALLENS, « Actions en nullité : la CJUE étend la compétence du tribunal au-delà des frontières de l’Union européenne. (À propos de CJUE, 16 janv. 2014, aff. C-328/12, Schmid) », *Rev. proc. coll.* 2014/4, p. 12, n° 7.

688. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome I. Partie générale, op. cit.*, p. 158, n° 124.

689. B. ANCEL et H. MUIR WATT, « Aliments sans frontières. Le règlement CE n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l’exécution des décisions et la coopération en matière d’obligations alimentaires », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 457, n° 22 ; L. CÉLÉRIEN, *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 549-50 : Aliments. – Juridiction compétente. – Droit applicable, 2019, n° 22.

690. E. FONGARO et P. HECTOR, *Rép. eur. Dalloz*, V° Obligation alimentaire, 2018, n° 28.

691. 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.

692. Règlement (UE) n° 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l’exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

693. Règlement (UE) n° 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l’exécution des décisions en matière d’effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

694. M. REVILLARD, *Droit international privé et européen : pratique notariale, op. cit.*, p. 640, n° 1099.

695. M. GIULIANO et P. LAGARDE, *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, op. cit.*, p. 13.

696. S. FRANCO, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 10.

sitions permettant de déduire une restriction de ce dernier aux seules situations européennes, amène à considérer qu'aucun lien de rattachement avec l'Union n'est requis pour leur application⁶⁹⁷.

Pour autant, la question pourrait être posée de savoir si le fait que les règlements de conflit de lois et les règlements sectoriels ne subordonnent pas leur application à la présence d'un lien de rattachement avec le territoire européen signifie qu'ils pourraient *de facto* s'appliquer à des situations purement internationales. Il est premièrement permis d'en douter pour les règlements sectoriels, en ce qu'ils contiennent des règles de compétence internationale déterminant la seule compétence des juridictions des États membres : le volet contenant les règles de conflit de juridictions ne sera donc applicable que lorsque la compétence d'un État membre sera fondée, ce qui signifie qu'il existera nécessairement un lien de rattachement avec le territoire européen, correspondant au chef fondant la compétence de l'État membre concerné. De même, leur volet consacré à la reconnaissance et à l'exécution des décisions ne s'applique qu'aux décisions émanant d'un État membre et devant être reconnues dans un autre État membre. Enfin, leur volet consacré à la loi applicable et les trois règlements de conflit de lois ne devraient pas davantage s'appliquer à des litiges purement internationaux, dès lors qu'ils ne s'appliquent que dans les États membres et que l'État membre concerné aura fondé au préalable sa compétence internationale, que l'on imagine reposer sur un lien de rattachement objectif du litige avec son ordre juridique, constituant par là même un lien de rattachement avec le territoire européen.

Cette constatation démontre donc la vacuité de la définition alléguée de la notion de situation européenne : dans la grande majorité des cas, les juridictions des États membres ne connaissent aujourd'hui plus que de litiges intégrés au territoire européen, et ce même dans l'application de leur droit international privé commun, dès lors que l'on admet que ces juridictions acceptent de connaître des seuls litiges avec lesquels elles présentent un lien de rattachement. La définition alléguée de l'euroanéité ne présente donc guère d'utilité en soi, puisqu'elle n'opère pas de distinction entre les litiges soumis aux juridictions des États membres, à moins bien sûr que le lien exigé avec le territoire européen soit de nature spécifique, auquel cas il ne correspondra pas nécessairement au chef de compétence fondant la compétence de la juridiction de l'État membre saisie.

697. De cet avis, pour le règlement Rome I, *idem*, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 10; pour le règlement Rome II, F. GUERCHOUN et S. PIEDELIÈVRE, « Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II") (1^{ère} partie) », *Gaz. Pal.* 23 oct. 2007, p. 4, n° 8; A. STAUDINGER, « Rom II Art. 3 » in *Zivilrecht unter europäischem Einfluss : die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze. Kommentierung der wichtigsten EU-Verordnungen*, sous la dir. de M. GEBAUER et Th. WIEDMANN, 2^e éd., Boorberg, Stuttgart, 2010, n° 20; pour le règlement Rome III, P. HAMMJE, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *art. cit.*, n° 18; Chr. ALTHAMMER, « Art. 1 Rom III » in *Brüssel IIa. Rom III. Kommentar zu den Verordnungen (EG) 2201/2003 und (EU) 1259/2010*, sous la dir. de Chr. ALTHAMMER, C.H. Beck, München, 2014, n° 5; I. LUDWIG, « Art. 1 Rom III-VO » in *Juris-PraxisKommentar BGB. 6. Internationales Privatrecht und UN-Kaufrecht*, sous la dir. de M. WÜRDINGER, 9^e éd., Juris, Saarbrücken, 2020, n° 7; C. RAUPACH, *Ehescheidung mit Auslandsbezug in der Europäischen Union*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, p. 98.

En conclusion, trois définitions de la notion de situation européenne peuvent être attestées dans les instruments européens de droit international privé : la situation européenne peut être une situation présentant un lien de rattachement avec le territoire européen, une situation rattachée à au moins deux États membres, ou une situation exclusivement rattachée au territoire de l'Union. Il n'existe donc pas de définition unitaire de la notion de situation européenne. Pour autant, cela ne remet pas en cause l'existence même de cette catégorie de situations et du traitement spécifique qui lui est souvent réservé par le droit européen par rapport aux situations purement internationales.

§ 2. Le traitement des situations européennes

L'étude des règlements européens de droit international privé, de certains instruments de droit dérivé et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne permet de constater que les situations européennes jouissent régulièrement d'un traitement spécifique, souvent plus favorable, par rapport aux situations purement internationales. Ce traitement particulier s'observe aussi bien en matière de loi applicable, par la mise en place ponctuelle d'un régime matériel différent pour les situations européennes (A.), qu'en matière de conflit de juridictions, sous l'influence de la construction de l'espace judiciaire européen (B.).

A. En matière de loi applicable

Le traitement spécifique dont bénéficient dans certains cas les situations européennes par rapport aux situations internationales peut tout d'abord résulter de l'instauration par le droit de l'Union d'un régime matériel propre, régulièrement plus favorable ou plus protecteur, pour les situations européennes (1.). Lorsque tel est le cas, il met également régulièrement en place certains mécanismes permettant de sécuriser l'application de ce régime (2.). Le traitement spécifique des situations européennes procède enfin de l'influence des libertés de circulation, qui tendent à faciliter la reconnaissance des situations juridiques et des actes publics au sein de l'Union (3.).

1. L'instauration d'un régime matériel spécifique

La manifestation la plus visible du traitement matériel spécifique instauré par le droit international privé européen est peut-être l'adoption de certains règlements procéduraux en marge du règlement Bruxelles I bis, qui ont pour objectif de créer des procédures uniformes dans tous les États membres et marquent, pour certains, l'avènement de la procédure civile européenne⁶⁹⁸. Ces procédures ne sont toutefois accessibles qu'aux litiges européens : ces mesures de coopération judiciaire ne sont en effet envisageables qu'entre des États qui se témoignent une confiance

698. E. GUINCHARD, « L'Europe, la procédure civile et le créancier : l'injonction de payer européenne et la procédure européenne de règlement des petits litiges », *art. cit.*, n° 1.

particulière⁶⁹⁹. Le règlement *injonction de payer* a ainsi instauré une procédure européenne d'injonction de payer, qui a pour objet de « simplifier, d'accélérer et de réduire les coûts du règlement » des litiges concernant des créances incontestées et « d'assurer la libre circulation des injonctions de payer européennes » par la suppression des procédures de reconnaissance et d'exécution⁷⁰⁰. Elle permet au créancier d'obtenir une injonction du juge national qui jouit de plein droit d'une force exécutoire sur tout le territoire de l'Union⁷⁰¹. De même, le règlement *petits litiges* a instauré une procédure européenne de règlement des petits litiges qui a pour but de « simplifier et d'accélérer le règlement des petits litiges transfrontaliers et d'en réduire les coûts » et de « supprime[r] par ailleurs les procédures intermédiaires » de reconnaissance et d'exécution des décisions rendues selon cette procédure⁷⁰². Enfin, le règlement *saisie conservatoire des comptes bancaires* a institué une procédure européenne uniforme de saisie conservatoire des comptes bancaires. Son objectif est d'« empêche[r] que le recouvrement ultérieur de [la] créance ne soit mis en péril par le transfert ou le retrait de fonds [...] détenus par le débiteur ou pour le compte du débiteur sur un compte bancaire tenu dans un État membre »⁷⁰³. Seuls les litiges impliquant au moins deux États membres⁷⁰⁴ peuvent bénéficier des procédures instaurées par ces trois instruments ; les litiges purement internationaux restent soumis aux procédures civiles de droit commun.

Peut ensuite être cité le régime matériel spécifique mis en place par le règlement *documents publics*⁷⁰⁵, qui vise, aux termes de son considérant 1, à assurer la libre circulation des documents publics au sein de l'Union en simplifiant les formalités administratives relatives à la présentation dans un État membre de certains de ces documents lorsqu'ils proviennent d'un autre État membre. Le règlement supprime ainsi, aux termes de son article 4, toute forme de légalisation, d'apostille ou de formalité similaire pour ces documents publics et pour leurs copies certifiées conformes. Ces actes publics pourront donc directement être présentés dans un autre État membre, sans qu'il ne soit nécessaire d'engager de démarches administratives en vue de les authentifier. Pour compléter ce dispositif, le règlement instaure à son article 6 § 1 b) un système de formulaires multilingues destinés à accompagner certains des documents publics concernés, de manière à rendre toute traduction superflue. L'objectif est de réduire les coûts qu'entraîne la traduction des documents publics rédigés dans une langue étrangère à celle de l'État membre dans lequel ils doivent être produits, et donc de simplifier encore davantage la circulation de ces actes entre les États membres. Toutes ces facilités ne sont toutefois prévues que pour les

699. E. PATAUT, « De Bruxelles à La Haye. Droit international privé communautaire et droit international privé conventionnel » in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p. 684.

700. Règlement, article 1^{er} § 1.

701. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé, op. cit.*, p. 822, n° 806.

702. Règlement, article 1^{er}.

703. Règlement, article 1^{er}.

704. Pour le détail de ces définitions, voir *supra*, p. 44 s.

705. Règlement (UE) 2016/1191 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne, et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012.

configurations européennes dans lesquelles un document public délivré par un État membre conformément à son droit national est présenté dans un autre État membre, ainsi qu'il en résulte de l'article 2 § 1 du règlement. Dans les configurations internationales traditionnelles, lorsque l'acte public produit est celui d'un État tiers à l'Union, il conviendra encore de recourir à la légalisation ou à l'apostille – selon ce qui aura pu être convenu entre les États concernés –, et à la traduction des documents.

Peut encore être cité le contrôle instauré par la Cour de justice dans l'arrêt *Arblade* du 23 novembre 1999⁷⁰⁶, aux termes duquel l'application des lois de police des États membres ne peut porter atteinte aux libertés de circulation européennes. Si une loi de police d'un État membre constitue une entrave à une liberté de circulation, elle ne peut donc en principe recevoir application, à moins d'être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général. Ce contrôle est de nature à induire une différence de traitement entre situations européennes et situations purement internationales, puisque les unes se verront appliquer les lois de police de l'État du for, alors que cette application sera potentiellement exclue pour les autres. La problématique peut sembler anecdotique, mais elle présente de l'importance dans les domaines dans lesquels se rencontrent fréquemment des lois de police, d'autant que la résolution d'un point de droit en particulier au cours d'un litige peut ne nécessiter que la simple application de la loi de police, sans recours subsidiaire à la règle de conflit de lois.

Enfin, le droit dérivé instaure parfois un régime matériel spécifique – notamment de protection – dans certains domaines, régime dont l'applicabilité est alors conditionnée par le caractère européen de la situation⁷⁰⁷. Les situations purement internationales sont donc exclues du bénéfice de cette protection. À titre d'exemple, la directive sur les travailleurs détachés⁷⁰⁸ prévoit à son article 3 § 1 que les États membres doivent veiller à ce que les travailleurs détachés bénéficient des conditions de travail et d'emploi du lieu d'exécution du travail, quelle que soit la loi applicable à la relation de travail. Selon l'article 1^{er} § 1, cette protection ne vaut que pour les détachements intra-européens, dans lesquels une entreprise d'un État membre détache son salarié sur le territoire d'un autre État membre.

Afin que les parties ne se soustraient pas à l'application du droit dérivé, particulièrement lorsqu'il instaure un tel régime spécifique, plusieurs mécanismes visant à assurer son impérativité pour les situations européennes ont été mis en place.

706. CJCE, 23 nov. 1999, *Arblade*, aff. C-369/96 et C-376/96, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 710, note M. FALLON ; *JDI* 2000, p. 493, obs. M. LUBY.

707. M. FALLON et S. FRANCO, « La coopération judiciaire civile et le droit international privé » in *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union Européenne*, sous la dir. d'O. DE SCHUTTER et P. NIHOUL, Larcier, Bruxelles, 2004, p. 274, n° 42.

708. Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

2. L'application impérative du droit dérivé de l'Union

Une deuxième différence dans le traitement des situations européennes et des situations internationales se manifeste quant à la possibilité d'échapper aux dispositions du droit dérivé de l'Union par la conclusion d'une convention de choix de loi applicable désignant le droit d'un État tiers. Plusieurs mécanismes sont en effet mis en place par le droit européen pour empêcher les parties à une situation européenne de se soustraire à l'application de ces dispositions impératives.

Premièrement, la jurisprudence *Ingmar*⁷⁰⁹ de la Cour de justice a donné naissance à la figure de la loi de police européenne, qui est une disposition de droit européen d'application immédiate et qui s'applique dès lors que la situation concernée présente un certain lien de rattachement avec le territoire européen. La Cour a en effet jugé, à propos de la directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, qu'« il est essentiel pour l'ordre juridique communautaire qu'un commettant établi dans un pays tiers, dont l'agent commercial exerce son activité à l'intérieur de la Communauté, ne puisse éluder ces dispositions par le simple jeu d'une clause de choix de loi. La fonction que remplissent les dispositions en cause exige en effet qu'elles trouvent application dès lors que *la situation présente un lien étroit avec la Communauté*, notamment lorsque l'agent exerce son activité sur le territoire d'un État membre, *quelle que soit la loi à laquelle les parties ont entendu soumettre le contrat* »⁷¹⁰. Le jeu des lois de police européennes est donc réservé aux situations présentant un lien de rattachement avec le territoire européen, c'est-à-dire aux situations répondant à la définition alléguée de l'euroanéité. Le lien de rattachement exigé avec le territoire européen variera selon la disposition européenne concernée. L'application de ces lois de police est en revanche exclue pour les situations purement internationales.

Deuxièmement, les articles 3 § 4 du règlement Rome I et 14 § 3 du règlement Rome II ont mis en place une limitation des effets du choix de la loi applicable en matière contractuelle et délictuelle, comparable à celle qui existe pour l'hypothèse dans laquelle les parties à une situation purement interne ont effectué un choix de loi applicable au profit d'un droit étranger. Ces articles disposent que lorsque le contrat ou la situation se rattache exclusivement au territoire européen, le choix d'une loi étrangère par les parties ne peut avoir pour effet de porter atteinte aux dispositions impératives du droit européen. Les dispositions impératives en question sont celles issues du droit dérivé⁷¹¹ et le droit de l'État tiers désigné par les parties ne pourra donc produire effet, dans une situation purement européenne, que dans le cadre des dispositions supplétives du droit dérivé⁷¹². Les articles 3 § 4 et 14 § 3 ont ainsi pour objectif de contrer l'éventuelle fraude

709. CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, aff. C-381/98, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 107, note L. IDOT; *JDI* 2001, p. 511, note J-M. JACQUET; *JCP G* 2001, II, 1159, note L. BERNARDEAU; *JCP E* 2001, 12, note J. RAYNARD; *Europe* 2011, comm. 24 par L. IDOT; *DMF* 2001, p. 491, note P. PESTEL-DEBORD.

710. Arrêt, point 25. C'est nous qui soulignons.

711. P. MAYER, V. HEUZÉ et B. RÉMY, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 523, n° 749.

712. S. FRANCO, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 73.

des parties, qui seraient « présumées avoir voulu contourner le système des règles impératives [européennes] » par le choix de la loi d'un État tiers⁷¹³. Pour les besoins de ces articles, il est recouru à une définition stricte de l'eupéanéité. *A contrario*, cela signifie que la limitation des effets du choix de la loi applicable ne s'appliquera pas dès lors que leur relation présentera au moins un lien de rattachement avec un État tiers à l'Union. Échappent donc à cette limite les situations qui répondent seulement à la définition modérée ou allégée de l'eupéanéité.

Troisièmement, et enfin, un phénomène analogue de limitation du choix de la loi applicable s'observe dans certains instruments de droit dérivé contenant des règles de conflit de lois. Afin de ne pas priver les ressortissants européens de la protection instaurée par le droit européen, ces instruments n'autorisent le choix de la loi d'un État tiers qu'à condition qu'elle offre également cette protection⁷¹⁴. À titre d'exemple, l'ancienne directive concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance⁷¹⁵ prévoyait à son article 12 § 2 que les États membres doivent s'assurer que le choix d'une loi étrangère ne prive pas la personne protégée de la protection instaurée par la directive⁷¹⁶. Il est précisé que cette protection ne vaut que pour les situations présentant un certain lien de rattachement avec le territoire européen⁷¹⁷. C'est donc à la définition allégée de la notion de situation européenne qu'il est recouru.

3. Les libertés de circulation européennes

Le traitement des situations européennes par le droit européen est enfin fortement impacté par le jeu des libertés de circulation européennes, qui ne sauraient concerner les situations purement internationales.

La liberté de circulation et de séjour de l'article 21 TFUE constitue ainsi premièrement le fondement d'une série jurisprudentielle de la Cour de justice portant sur la reconnaissance des noms de famille des ressortissants européens dans l'Union⁷¹⁸, au terme de laquelle les libertés européennes de circulation et la citoyenneté européenne tendent à imposer aux États membres

713. L. D'AVOUT, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *art. cit.*, n° 7 ; dans le même sens, U. MAGNUS, « Art 3 Rom I-VO », *op. cit.*, n° 149 ; J. von HEIN, « Art 3 Rom I-VO », *op. cit.*, n° 126.

714. D. LEFRANC, « La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé », *Rev. crit. DIP* 2005, p. 426.

715. 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.

716. L. IDOT, « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », *op. cit.*, n° 14.

717. *Ibid.*, n° 14.

718. CJCE, 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, *D.* 2004, p. 1476, note M. AUDIT ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 184, note P. LAGARDE ; *JDI* 2004, p. 582, obs. M. LUBY ; *RTD civ.* 2004, p. 62, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.* 2004, p. 559, note A. ILIOPOULOU ; CJCE, 14 oct. 2008, *Grunkin-Paul*, aff. C-353/06, *D.* 2009, p. 845, note F. BOULANGER ; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 80, note P. LAGARDE ; *JDI* 2009, p. 577, note L. D'AVOUT ; *JCP G* 2009, II, 10071, note A. DEVERS ; *AJ fam.* 2008, p. 481, note A. BOICHÉ ; *Dr. fam.* 2009, comm. 50 par F. VIANGALLI ; *Europe* 2008, comm. 397 par F. KAUFF-GAZIN ; CJUE, 22 déc. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, *RTD civ.* 2011, p. 98, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.* 2011, p. 571 ; obs. É. PATAUT ; *Constitutions* 2011, p. 332, obs. A. LEVADE ; CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn*, aff. C-391/09, *RTD civ.* 2011, p. 507, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.* 2011, p. 571, obs. É. PATAUT ; *ibid.* 2012, p. 405, obs. F. BENOÎT-ROHMER ; *AJ fam.* 2011, p. 332, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *Europe* 2011, comm. 238 par D. SIMON ; *Constitutions* 2011, p. 332, obs. A. LEVADE ; CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, aff.

une obligation de reconnaissance du nom de famille acquis par un ressortissant européen dans un autre État membre, à moins qu'un motif impérieux d'intérêt général ne puisse être allégué par l'État requis. Ne sont visées que les situations dans lesquelles au moins deux États membres sont impliqués, et donc les situations répondant au moins à la définition modérée de l'eupéanité. Le raisonnement de droit européen fondé sur les libertés de circulation prend le pas dans ce domaine sur le raisonnement conflictuel classique du droit international privé. La conséquence en est que circulent désormais plus facilement les noms de famille dans les situations européennes que dans les situations purement internationales, dans lesquelles la règle de droit international privé est encore rigoureusement appliquée. Dans une situation purement internationale, en effet, le juge peut aisément s'opposer à la reconnaissance d'un nom de famille acquis à l'étranger, que cela soit par l'application de sa règle de conflit de lois ou par d'autres mécanismes du droit international privé tels que l'exception d'ordre public international. Dans une situation européenne, au contraire, ce n'est que de manière ponctuelle que le refus de reconnaissance du nom de famille est susceptible d'être justifié par la protection de l'ordre public de l'État membre d'origine⁷¹⁹. La Cour de justice l'a admis pour le moment dans les seuls arrêts *Sayn-Wittgenstein*⁷²⁰ et *Bogendorff von Wolffersdorff*⁷²¹ et pour une problématique très particulière, relative aux noms de famille nobiliaires ou d'apparence nobiliaire.

Le droit international privé des sociétés est également largement influencé, dans les configurations européennes, par la liberté d'établissement contenue à l'article 49 TFUE. Cet article interdit en effet, en vertu de son alinéa 1, les restrictions à l'établissement des ressortissants européens et des sociétés constituées sur le territoire d'un État membre, ce qui implique notamment que les sociétés constituées dans un État membre doivent pouvoir librement créer une filiale, une agence ou une succursale ou transférer leur siège social dans un autre État membre. Les États membres ne pourront s'y opposer qu'en faisant valoir des raisons impérieuses d'intérêt général. Or, la jurisprudence de la Cour de justice résultant d'une part des arrêts *Centros*⁷²²,

C-438/14, *Rev. crit. DIP* 2017, p. 278, note L. RASS-MASSON; *RTD civ.* 2016, p. 820, obs. J. HAUSER; *RTD eur.* 2016, p. 648, obs. É. PATAUT; *Europe* 2016, comm. 261 par D. SIMON; *JDE* 2016, p. 317, obs. É. CUSAS; CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, aff. C-541/15, *D.* 2018, p. 966, obs. S. CLAVEL et F. JAULT-SESEKE; *Rev. crit. DIP* 2017, p. 549, note P. HAMMJE; *RTD eur.* 2017, p. 589, obs. É. PATAUT; *Europe* 2017, comm. 18 par D. SIMON.

719. J.-S. BERGÉ, D. PORCHERON et G. VIERA DA COSTA CERQUEIRA, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 107.

720. CJUE, 22 déc. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, *RTD civ.* 2011, p. 98, obs. J. HAUSER; *RTD eur.* 2011, p. 571; obs. É. PATAUT; *Constitutions* 2011, p. 332, obs. A. LEVADE.

721. CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, aff. C-438/14, *Rev. crit. DIP* 2017, p. 278, note L. RASS-MASSON; *RTD civ.* 2016, p. 820, obs. J. HAUSER; *RTD eur.* 2016, p. 648, obs. É. PATAUT; *Europe* 2016, comm. 261 par D. SIMON; *JDE* 2016, p. 317, obs. É. CUSAS.

722. CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *D.* 1999, p. 550, note M. MENJUCQ; *JDI* 2000, p. 484, obs. M. LUBY; *JCP E* 1999, 1285, obs. Y. REINHARD; *RTD com.* 2000, p. 224, obs. G. JAZOTTES; *Rev. sociétés* 1999, p. 386, obs. G. PARLÉANI; *BJS* 1999, p. 705, note J.-Ph. DOM.

*Überseering*⁷²³ et *Inspire Art*⁷²⁴, s'agissant de la constitution des sociétés, et d'autre part des arrêts *Cartesio*⁷²⁵, *VALE Építési*⁷²⁶ et *Polbud*⁷²⁷, s'agissant du transfert du siège social, est particulièrement stricte en ce qui concerne l'admission de telles raisons, y compris fondées sur une fraude à la loi⁷²⁸. Il résulte en effet de ces différents arrêts que « pour les sociétés constituées en conformité avec la loi d'un État membre, leur existence et leur capacité ne sauraient être remises en cause, en cas de dissociation du siège social, par la loi du pays d'accueil »⁷²⁹.

On retrouve donc trace de la méthode de la reconnaissance, comme en matière de liberté de circulation des personnes physiques, qui conduit à la mise à l'écart de la méthode conflictuelle⁷³⁰. En effet, si dans une configuration purement internationale, l'État d'accueil pourrait s'opposer à la reconnaissance d'une société étrangère par l'application de ses règles de droit international privé et faire jouer librement, au besoin, son exception de fraude à la loi, la jurisprudence de la Cour de justice instaure dans les configurations européennes un état de fait dans lequel « les personnes morales économiques jouissent de la même faculté d'itinérance que les personnes physiques et peuvent ainsi quitter leur État membre d'enracinement contre la volonté de celui-ci ; elles deviennent, à proprement parler, des citoyens mobiles de l'Union, pouvant opposer aux États nationaux leur droit au nomadisme transnational »⁷³¹.

En conclusion, les situations européennes sont ponctuellement mais régulièrement soumises à un traitement différent des situations purement internationales, que cela soit par la mise en place d'un régime matériel spécifique par le droit de l'Union, par divers mécanismes visant à assurer l'application de dispositions impératives du droit dérivé ou par le jeu des libertés européennes de circulation. Ces différentes spécificités de traitement se manifestent sur le terrain de la loi applicable, mais elles existent également en matière de conflit de juridictions.

723. CJCE, 5 nov. 2002, *Überseering*, aff. C-208/00, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 508, note P. LAGARDE ; *JCP G* 2003, II, 10032, note M. MENJUCQ ; *Gaz. Pal.* 25-26 juin 2003, p. 27, obs. M.-L. NIBOYET ; *BJS* 2003, p. 452, note M. LUBY ; *Rev. sociétés* 2003, p. 315, note J.-Ph. DOM ; *Europe* 2003, comm. 19 par L. IDOT.

724. CJCE, 30 sept. 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01, *D.* 2004, p. 491, note É. PATAUT ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 151, note H. MUIR WATT ; *JDI* 2004, p. 284, note M. MENJUCQ ; *JCP G* 2004, II, 10002, note M. LUBY ; *JCP E* 2004, 252, note V. MAGNIER ; *Rev. sociétés* 2004, p. 135, note J.-Ph. DOM.

725. CJCE, 16 déc. 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, *D.* 2009, p. 465, note R. KOVAR ; *JCP G* 2009, II, 10027, note M. MENJUCQ ; *JCP E* 2009, 1208, note F. MÉLIN ; *Gaz. Pal.* 22-24 mars 2009, p. 12, note Th. MASTRULLO ; *Europe* 2009, comm. 82 par L. IDOT.

726. CJUE, 12 juil. 2012, *VALE Építési*, aff. C-378/10, *D.* 2012, p. 2332, note L. D'AVOUT ; *ibid.* p. 3009, note P.-H. CONAC ; *JCP G* 2012, 1089, note M. MENJUCQ ; *JCP E* 2012, 1547, note Th. Mastrullo ; *Europe* 2012, comm. 386 par L. IDOT ; *Rev. sociétés* 2012, p. 645, note G. PARLEANI ; *RLDA* 2012, n° 76, p. 10, note C. CATHIARD et D. PORACCHIA ; *Dr. sociétés* 2012, étude 18 par T. ALLAIN ; *Rev. aff. eur.* 2012, p. 653, note M. HO-DAC.

727. CJUE 25, oct. 2017, *Polbud*, aff. C-106/16, *D.* 2017, p. 2512, note L. D'AVOUT ; *JCP G* 2017, 1352, note M. COMBET ; *JCP E* 2018, 1014, note M. MENJUCQ ; *Rev. sociétés* 2018, p. 47, note G. PARLEANI ; *BJS* 2018, p. 19, note Th. MASTRULLO.

728. Voir *infra*, p. 364 s.

729. J.-S. BERGÉ, D. PORCHERON et G. VIERA DA COSTA CERQUEIRA, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 101.

730. *Ibid.*, n° 102.

731. L. D'AVOUT, « Vers l'itinérance inconditionnelle (ou nomadisme) des sociétés en Europe ? », *D.* 2017, p. 2513.

B. En matière de conflit de juridictions

Le traitement des situations européennes présente également en matière de conflit de juridictions une spécificité certaine, en ce que ces situations s'inscrivent dans la construction d'un espace judiciaire européen, au cœur duquel se trouvent les principes de reconnaissance et de confiance mutuelles. Le principe de confiance mutuelle influence ainsi certaines solutions en matière de compétence juridictionnelle et de conflits de procédures (1.) et a conduit à l'adoption de certains instruments ou mécanismes instaurant une coopération entre les juridictions des États membres (2.). Il a également permis la mise en place progressive d'une liberté de circulation des jugements au sein de l'Union (3.).

1. La compétence juridictionnelle et les conflits de procédures

Les litiges européens et les litiges internationaux connaissent dans les règlements Bruxelles I bis et Bruxelles II bis un certain nombre de différences de traitement qui peuvent s'expliquer par les liens particuliers qui existent entre les États membres de l'Union, caractérisés par une confiance mutuelle. Les litiges européens sont ainsi traités différemment concernant l'applicabilité des chefs de compétence exorbitante contenus dans le droit international privé commun des États membres (1°) et le règlement des conflits de procédures (2°).

1° L'emploi des chefs de compétence exorbitante est ainsi premièrement interdit dans les litiges intégrés au territoire européen par le domicile, la résidence habituelle ou la nationalité du défendeur; toutefois, leur emploi est autorisé et même étendu au-delà de leur champ d'application originel pour les litiges internationaux, entendus comme ceux n'étant pas intégrés au territoire européen par les rattachements mentionnés.

S'agissant de l'interdiction de leur utilisation, le règlement Bruxelles I bis prévoit à son article 5 § 2 que les chefs de compétence exorbitante de droit commun ne peuvent être invoqués contre les défendeurs domiciliés dans un État membre. Le cantonnement de cette protection aux litiges intégrés au territoire européen par le domicile du défendeur se justifie par le fait que les États membres ont renoncé entre eux à l'application de leurs chefs de compétence exorbitante en raison du principe de confiance mutuelle et de la réciprocité de cette renonciation, qui ne s'observent pas à l'égard des États tiers⁷³². De même, le règlement Bruxelles II bis met partiellement à l'abri du droit international privé commun et ainsi des chefs de compétence exorbitante des États membres les défendeurs ressortissants ou résidents habituels d'un État membre en matière

732. E. PATAUT, « Qu'est-ce qu'un litige "intracommunautaire"? Réflexions autour de l'article 4 du Règlement Bruxelles I », *op. cit.*, p. 380; H. GAUDEMET-TALLON, « Les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen : quelques repères » in *E pluribus unum. Liber amicorum Georges A.L. Droz. On the Progressive Unification of Private International Law. Sur l'unification progressive du droit international privé*, sous la dir. d'A. BORRAS et al., M. Nijhoff Publishers, La Haye, 1996, p. 93.

de dissolution du lien conjugal⁷³³. Selon son article 6, ces catégories de défendeurs ne peuvent en effet être attirés que sur la base des règles de compétence du règlement.

S'agissant de l'extension de l'applicabilité des chefs de compétence exorbitante du droit commun des États membres, l'article 6 § 2 du règlement Bruxelles I bis et l'article 7 § 2 du règlement Bruxelles II bis permettent aux personnes ayant leur domicile ou leur résidence habituelle sur le territoire d'un État membre d'invoquer les règles de compétence exorbitante réservées aux nationaux d'un État membre contre les défendeurs domiciliés en dehors de l'Union. Ces dispositions instaurent donc une discrimination entre les défendeurs domiciliés dans l'Union et ceux domiciliés hors de l'Union en ce qui concerne l'invocabilité à leur encontre des chefs de compétence exorbitante⁷³⁴, ce qui peut conduire plus généralement à l'observation d'une discrimination entre litiges européens et litiges purement internationaux, tout du moins s'ils sont définis sur la base du critère du domicile ou de la résidence habituelle du défendeur.

2° Le règlement Bruxelles I bis prévoit en outre un régime de litispendance et de connexité différent selon que la configuration du litige est européenne ou purement internationale, les situations européennes de litispendance et de connexité étant traitées de manière plus stricte que les situations internationales⁷³⁵. Sont considérées comme européennes les configurations dans lesquelles les juridictions de deux États membres différents sont saisies et comme internationales celles dans lesquelles les procédures sont engagées devant le juge d'un État membre et le juge d'un État tiers. La caractérisation de l'eupéanité ne dépend donc pas de la configuration du fond du litige, qui peut être indifféremment européenne ou purement internationale.

De manière générale, les cas européens de litispendance se règlent par l'application stricte du principe chronologique, le tribunal saisi en second lieu étant tenu, aux termes de l'article 29, d'une obligation de dessaisissement lorsque la compétence du premier juge est établie, alors que dans les cas internationaux de litispendance dans lesquels le tribunal premier saisi appartiendrait à un État tiers, cette obligation se mue en une simple faculté aux termes de l'article 33 § 1. De même, en matière de connexité, il résulte de la comparaison des articles 30 § 1 et § 3 et 34 § 1 et § 3 que la faculté de sursis à statuer et de dessaisissement s'exerce plus librement dans une configuration européenne qu'internationale, en ce sens que son exercice est subordonné à moins de conditions. Ces différences de régime en matière de conflits de procédures, allant dans le sens d'une plus grande automaticité de leur traitement dans les situations européennes, peuvent s'expliquer de manière générale par le principe de confiance mutuelle et plus techniquement par l'existence de règles de compétence communes et d'un système libéral de reconnaissance et

733. B. ANCEL et H. MUIR WATT, « La désunion européenne : le Règlement dit "Bruxelles II" », *art. cit.*, n° 15.

734. E. PATAUT, « Qu'est-ce qu'un litige "intracommunautaire" ? Réflexions autour de l'article 4 du Règlement Bruxelles I », *op. cit.*, p. 380.

735. L. USUNIER, *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 584-170 : Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale. – Compétence. – Exceptions à l'exercice de la compétence. – Conflits de procédures. – Articles 29 à 34 du règlement (UE) n° 1215/2012, 2015, n° 6.

d'exécution des jugements entre les États membres⁷³⁶. Le dessaisissement au profit des juridictions d'un autre État membre ne présente en effet en principe aucun risque pour les parties, la compétence de cet État étant fondée sur les règles du règlement et la décision qu'il rendra étant reconnue dans l'ensemble de l'Union.

2. La coopération judiciaire entre États membres

Le traitement des situations européennes est également influencé par certains mécanismes de coopération qui ont été mis en place entre les États membres et leurs juridictions ou autorités administratives. Cette coopération a débuté en matière de signification et de notification des actes judiciaires et extrajudiciaires avec le règlement (CE) n° 1348/2000, remplacé par le règlement (CE) n° 1393/2007, dit *signification ou notification des actes*. Aux termes de considérant 2, ce règlement se donne pour objectif « d'améliorer et d'accélérer la transmission entre les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires » par la mise en place de formulaires types multilingues, la désignation d'autorités nationales pour les transmissions d'actes, l'imposition de délais maximaux et la limitation des refus de signification ou notification.

S'en est suivi le règlement (CE) n° 1206/2001, dit *obtention des preuves*, qui affirme à son considérant 7 l'intention du Conseil de l'Union européenne de continuer à améliorer la coopération entre les juridictions des États membres. L'objectif du règlement est d'instaurer, selon son considérant 8, une transmission et un traitement des demandes visant à faire procéder à un acte d'instruction les plus directs et rapides possible afin de garantir l'utilité de la procédure judiciaire en cours. Pour ce faire, il permet, aux termes de son article 2 § 1, une transmission directe de demandes d'obtention de preuves de juridiction à juridiction, sans passer par la voie diplomatique, et offre même, selon les dispositions de sa section IV, la possibilité pour une juridiction d'un État membre de procéder directement à un acte d'instruction sur le territoire d'un autre État membre si ce dernier l'accepte.

La coopération entre États membres se manifeste également plus ponctuellement à travers l'instauration d'un mécanisme de renvoi juridictionnel dans le règlement Bruxelles II bis, qui constitue une sorte d'avatar de l'exception de *forum non conveniens*, alors même que celle-ci ne trouve normalement pas sa place dans l'application des règlements européens de conflit de juridictions⁷³⁷. L'article 15 du règlement Bruxelles II bis permet ainsi, en matière de responsabilité parentale, aux juridictions d'un État membre compétentes pour connaître du fond d'une affaire de renvoyer cette dernière à une juridiction d'un autre État membre mieux placée pour en connaître et avec lequel l'enfant a un lien particulier, si cela est dans l'intérêt supérieur de ce

736. *Ibid.*, n° 6.

737. Voir à ce propos l'arrêt CJCE, 1^{er} mars 2005, *Owusu*, aff. C-281/02, *D.* 2006, p. 1259, obs. C. NOURISSAT ; *ibid.* p. 1495, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2005, p. 698, note C. CHALAS ; *JDI* 2005, p. 1177, note G. CUNIBERTI et M. WINKLER ; *Gaz. Pal.* 28 mai 2005, p. 31, note M.-L. NIBOYET ; *Procédures* 2006, comm. 74 par C. NOURISSAT ; *Europe* 2005, comm. 189 par L. IDOT ; *Cah. dr. eur.* 2006, p. 175, note G. P. ROMANO ; *ibid.* 2006, p. 507, note H. TAGARAS ; *Rev. aff. eur.* 2005, p. 307, note A. KOSTOVA-BOURGEIX ; *RJ com.* 2005, p. 337, note A. RAYNOUARD ; *ibid.* 2006, p. 220, note M. NADAUD.

dernier. Ce renvoi peut également être demandé par la juridiction qui se verrait le cas échéant renvoyer l'affaire, ce qui constitue une « figure inédite de dialogue judiciaire intracommunautaire »⁷³⁸.

3. *La libre circulation des jugements*

L'une des avancées les plus emblématiques de l'espace judiciaire européen réside finalement dans l'allègement graduel des formalités de reconnaissance et d'exécution des jugements au sein de l'Union. Cet allègement des formalités s'explique par le fait que les États membres sont réputés rendre une justice d'égale qualité et avoir pleinement confiance dans le travail des autres⁷³⁹, ce qui ne peut nécessairement être affirmé de leurs rapports avec les États tiers. À cet égard, la différence de traitement entre l'euro péen et l'international ne s'observe pas tant en ce qui concerne la simple *reconnaissance* des jugements étrangers : en effet, la reconnaissance des décisions entre États membres se fait de plein droit, ce qui n'est pas différent de ce que prévoient en principe les droits internationaux privés communs français et allemand pour les jugements rendus dans un État tiers. C'est sur le terrain de l'exequatur et sur la possibilité d'exercice de voies de recours que les différences se font sentir.

On peut en effet premièrement observer une suppression de la procédure d'exequatur dans un certain nombre de règlements européens. Le règlement *titre exécutoire européen* a été le premier à franchir le pas, après que le Conseil européen a fait du principe de reconnaissance mutuelle des jugements la « pierre angulaire de la création d'un véritable espace judiciaire » lors du conseil de Tampere des 15 et 16 octobre 1999⁷⁴⁰. La création du titre exécutoire européen a été justifiée par « la confiance mutuelle dans l'administration de la justice dans les États membres » qui dispense la juridiction requise de contrôler le travail effectué par la juridiction ayant délivré le titre exécutoire⁷⁴¹. À sa suite, le règlement Bruxelles II bis a supprimé à ses articles 41 § 1 et 42 § 1 la procédure d'exequatur pour les jugements rendus en matière de droit de visite et de retour de l'enfant, ce qui a pour effet de conférer automatiquement force exécutoire à ces décisions dans tous les États membres. Puis, ce sont les articles 19 du règlement *injonction de payer*, 20 § 1 du règlement *petits litiges*, 17 § 2 du règlement *aliments*⁷⁴² et 39 du règlement Bruxelles I bis qui ont emboîté le pas.

Deuxièmement, les règlements qui ont procédé à la suppression de la procédure d'exequatur ont en général également supprimé la possibilité de s'opposer à la reconnaissance de plein droit des jugements rendus dans les domaines couverts par leur champ d'application. Le règlement

738. B. ANCEL et H. MUIR WATT, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le Règlement Bruxelles II bis », *art. cit.*, n° 30.

739. En ce sens, voir I. BARRIÈRE BROUSSE, « Le Traité de Lisbonne et le droit international privé », *JDI* 2010, p. 1, n° 8.

740. Règlement, cons. 3.

741. Règlement, cons. 18.

742. Cela ne vaut toutefois que pour les décisions rendues dans un État membre qui est partie au protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

Bruxelles II bis supprime ainsi à ses articles 41 § 1 et 42 § 2 la possibilité de s'opposer à la reconnaissance d'un jugement émanant d'un État membre en matière de droit de visite et de retour de l'enfant si la régularité de ce jugement a été certifiée dans l'État membre d'origine. De même, les articles 19 du règlement *injonction de payer*, 20 § 1 du règlement *petits litiges* et 17 § 1 du règlement *aliments* suppriment la possibilité de s'opposer à la reconnaissance de la décision dans l'État requis.

La reconnaissance et l'exécution de plein droit des jugements européens, accompagnées le cas échéant de l'impossibilité d'exercer un recours pour s'y opposer, contribuent donc à l'instauration d'une liberté de circulation des jugements dans l'Union européenne dans les domaines visés par les règlements mentionnés. Cela démontre une démarcation de plus en plus nette entre l'espace judiciaire européen, dans lequel les jugements circulent de plus en plus librement – et dans le futur peut-être entièrement sans entraves –, et l'ordre international, dans lequel les jugements étrangers sont encore soumis à des règles d'efficacité plus strictes⁷⁴³.

Il reste à préciser que ce qui détermine ce régime allégé de reconnaissance et d'exécution est la seule origine du jugement concerné, peu important que celui-ci ait été rendu dans un litige européen ou purement international, peu important également que la compétence du juge d'origine ait été fondée par un règlement européen ou par son droit international privé commun. Ce sont donc également des litiges purement internes ou des litiges purement internationaux qui peuvent profiter de cette spécificité de traitement réservée aux relations européennes. C'est en effet uniquement le rapport entre le juge d'origine et le juge requis, considéré comme européen en raison de l'État d'appartenance de ces deux juges, qui justifie la spécificité de traitement.

En conclusion, il a été démontré l'existence d'une notion de situation européenne, susceptible de plusieurs définitions variant en intensité, selon qu'il est exigé que la situation présente un lien, au moins deux liens, ou des liens exclusifs avec le territoire européen. Ces situations européennes jouissent sur de nombreux points d'un traitement spécifique par rapport aux situations purement internationales. Cette différence de traitement rend donc nécessaire de distinguer entre les situations européennes et internationales, ce qui est un facteur de complexification de l'appréhension de l'internationalité, d'autant plus que les contours de la notion de situation européenne varient de manière importante selon les dispositions envisagées. Se pose également la question de la pertinence d'une telle différence de traitement⁷⁴⁴. Si la notion et le traitement de l'internationalité sont donc impactés par la régionalisation européenne, ils le sont également par la mondialisation et les phénomènes transnationaux, voire anationaux qui l'accompagnent.

743. B. ANCEL et H. MUIR WATT, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le Règlement Bruxelles II bis », *art. cit.*, p. 569, n° 26.

744. Pour les résultats de cette réflexion, voir *infra*, p. 270 s.

Section II. L'incidence de la mondialisation

La mondialisation entraîne de nombreuses conséquences sur la notion et le régime de l'internationalité. Elle se caractérise en effet par un « phénomène d'ouverture des espaces économiques, de développement des échanges internationaux » et par un « phénomène caractéristique de déspatialisation des activités économiques »⁷⁴⁵. Cette déspatialisation est renforcée par autre évolution majeure, qui est l'avènement et le développement de l'emploi de l'internet dans la vie juridique. S'y ajoute un dernier phénomène caractéristique de la seconde moitié du XX^e et du début du XXI^e siècles, qui est un « processus de désétatisation des sociétés et du monde »⁷⁴⁶.

Or, le paradigme sur lequel repose traditionnellement le droit international privé fondé sur l'œuvre de Savigny est de nature westphalienne. Que cela soit en effet pour la caractérisation de l'internationalité ou pour la recherche d'une solution de réglementation des situations internationales, l'État et son territoire sont une composante indispensable du raisonnement⁷⁴⁷. La caractérisation de l'internationalité d'une situation, qui s'effectue par le biais de la recherche d'éléments d'extranéité pertinents, est essentiellement de nature territoriale. De même, la réglementation des situations internationales ne peut en principe se passer des ordres juridiques étatiques, le droit international privé recourant majoritairement à une opération de localisation spatiale étatique de ces situations pour déterminer le juge compétent et la loi applicable⁷⁴⁸. Comme l'écrit M. Glenn, « l'essentiel de la pensée de Savigny se trouve dans l'idée qu'il existe des relations juridiques, à l'état pur en quelque sorte, qui peuvent être localisées sur le territoire du monde »⁷⁴⁹. Or, comme le constate Mme Muir Watt, « fondement axiologique [du droit international privé moderne], la territorialité perd sa signification devant l'instantané, l'immatériel »⁷⁵⁰.

Deux constats peuvent dès lors être faits. Premièrement, les phénomènes de déspatialisation et de désétatisation entraînent dans certains cas des difficultés pratiques de localisation des éléments constitutifs des situations juridiques, car certains rattachements étatiques territoriaux font défaut (§ 1). Deuxièmement, il existe de plus en plus de situations dans lesquelles les éléments d'extranéité peuvent être – aisément – localisés, mais où la difficulté réside dans le fait qu'ils manquent tous de pertinence⁷⁵¹, la situation s'inscrivant dans un espace surplombant tout cadre étatique (§ 2).

745. J.-B. AUBY, *La décentralisation et le droit*, *op. cit.*, p. 18-19.

746. *Ibid.*, p. 24.

747. Voir J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 233, n° 491.

748. *Ibid.*, p. 233, n° 491.

749. P. A. GLENN, « La conciliation des lois. Cours général de droit international privé », *op. cit.*, p. 250, n° 52.

750. H. MUIR WATT, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », *art. cit.*, p. 271.

751. Voir de manière générale avant nous sur cette question, J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 509, n° 240.

§ 1. Les difficultés de localisation de l'élément d'extranéité

Les difficultés à localiser certaines situations internationales dans l'espace ne sont pas nouvelles. Certains cas sont en effet inhérents à la notion même de frontière et de souveraineté étatiques et ont donc toujours existé en droit international privé (A.). Ils ne sont pas pour autant dépourvus d'intérêt pour ce propos car certains d'entre eux pourraient gagner en importance du fait de la globalisation⁷⁵². D'autres sont en revanche apparus plus récemment avec l'avènement de l'internet (B.).

A. *Les cas classiques*

Il existe un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles la localisation des éléments intrinsèques d'une situation juridique, susceptibles de constituer des éléments d'extranéité pour peu qu'ils renvoient à un État étranger et de servir de facteur de rattachement à la règle de conflit de lois ou de chef de compétence internationale, est difficile, voire impossible.

Les exemples sont pour la plupart anecdotiques. M. Glenn cite ainsi le cas de l'accident de circulation qui se produit sur une route suivant le tracé d'une frontière étatique, sans que l'on sache précisément de quel côté de la frontière chemine la route et donc dans quel pays a eu lieu l'accident, et le cas dans lequel il convient de localiser une omission, un évènement n'ayant jamais eu lieu ne pouvant par définition être rattaché à un territoire étatique⁷⁵³. On peut y ajouter les cas qui impliquent des territoires sans souveraineté. Constituent de tels territoires l'espace aérien international, l'espace spatial, certains espaces maritimes tels que la haute mer ou les voies de navigation internationales, ou encore certains territoires tels que l'Antarctique⁷⁵⁴. Le cas des espaces sans souveraineté est d'intérêt pour ce propos, car il sera certainement amené à gagner en importance dans les décennies à venir : pour prendre l'exemple maritime, et pour citer M. Basedow, « *as mankind increasingly avails itself of maritime resources and events localized in those spheres become more frequent, connecting them to single jurisdictions will continue to meet new challenges* »⁷⁵⁵.

Dans les situations se déroulant dans un espace sans souveraineté, la difficulté est que tout rattachement territorial fait nécessairement défaut, puisqu'il ne peut conduire à aucun ordre juridique étatique. Les seuls liens qui peuvent en principe être identifiés avec un État s'attachent aux personnes parties à la situation, puisque celles-ci possèdent toujours *a priori* une nationalité ou un domicile⁷⁵⁶. Concernant la caractérisation de l'internationalité, la question peut donc être

752. J. BASEDOW, « The Law of Open Societies : Private Ordering and Public Regulation of International Relations : General Course on Private International Law », *op. cit.*, p. 105, n° 99.

753. P. A. GLENN, « La conciliation des lois. Cours général de droit international privé », *op. cit.*, p. 287, n° 90.

754. D. CARREAU, *Rép. int. Dalloz*, V° État, 2010 (actual. 2013), n° 12.

755. J. BASEDOW, « The Law of Open Societies : Private Ordering and Public Regulation of International Relations : General Course on Private International Law », *op. cit.*, p. 105, n° 99.

756. En ce sens, W. WENGLER, « The general principles of private international law » in *Rec. cours La Haye*, vol. 104, 1961, p. 310.

posée de savoir s'il faut uniquement s'attacher aux parties pour déterminer l'internationalité de la situation, auquel cas un accident se produisant par exemple en haute mer entre deux navires battant pavillon français resterait purement interne à la France, ou si l'on doit considérer que la situation est internationale dans un sens large et nouveau, en raison du fait qu'elle se déroule dans un espace sans souveraineté, ce qui lui conférerait un caractère particulier par rapport à une situation interne classique.

La problématique des espaces sans souveraineté présente également des enjeux pratiques relativement au traitement de l'internationalité. En effet, du fait de l'échec de tout rattachement territorial, les situations se déroulant dans un tel espace poseront nécessairement des problèmes au stade de l'application de la règle de compétence internationale ou de la règle de conflit de lois si ces dernières reposent sur un facteur de rattachement de nature territoriale. Peut être citée en exemple l'hypothèse d'une atteinte à l'environnement commise dans un espace sous souveraineté, comme une fuite d'hydrocarbure en haute mer, dont on suppose que les conséquences dommageables se réalisent également dans cet espace⁷⁵⁷. L'application de la règle de conflit de juridictions et de la règle de conflit de lois, qui renverra à l'État du lieu de survenance du dommage et/ou du lieu de réalisation du fait générateur du dommage⁷⁵⁸ ne pourra qu'échouer parce que les lieux en question ne sont pas des territoires étatiques. Se pose donc la question du traitement adéquat de ces situations⁷⁵⁹.

B. *Le cas particulier de l'internet*

À ces problèmes classiques de localisation des éléments d'extranéité s'ajoute aujourd'hui une problématique beaucoup plus prégnante, induite par l'importante évolution technologique qu'a constitué l'avènement d'internet et par son utilisation de plus en plus intensive dans la vie juridique⁷⁶⁰. L'internet, « espace public ou social d'un type nouveau »⁷⁶¹, constitue en effet un défi pour le droit international privé classique en raison de deux caractéristiques en particulier⁷⁶². Premièrement, l'internet étant un réseau virtuel planétaire, il n'est relié à aucun territoire étatique et il est donc indépendant de toute juridiction nationale : il présente de ce fait une certaine aterritorialité⁷⁶³. Autrement dit, les situations qui se constituent par le biais de l'internet ne se contentent pas de franchir les frontières étatiques comme les situations internationales, elles

757. Cet exemple est cité par H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général », *op. cit.*, p. 224, n° 214.

758. Voir l'article 7 § 2 du règlement Bruxelles I bis et l'article 7 du règlement Rome II.

759. Voir *infra*, p. 298 s.

760. À propos des contrats conclus sur internet, C. KESSEDIAN, « Le principe de proximité vingt ans après » in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p. 511.

761. F. C. MAYER, « Recht und Cyberspace », *NJW* 1996, p. 1783.

762. Pour une présentation détaillée des caractéristiques de l'internet, voir D. J. B. SVANTESSON, *Private International Law and the Internet*, *op. cit.*, p. 30 s.

763. J. LARRIEU, « Internationalité et Internet », *op. cit.*, p. 42 ; T. LUTZI, « Internet Cases in EU Private International Law - Developing a coherent approach », *art. cit.*, p. 688.

ignorent totalement l'existence de ces frontières⁷⁶⁴. Deuxièmement, l'internet se caractérise par son ubiquité⁷⁶⁵, en ce sens où la situation qui s'y constitue existe virtuellement de manière simultanée dans tous les États dotés d'un accès à internet⁷⁶⁶.

Les situations se constituant sur internet présentent donc la double caractéristique d'être à la fois localisables sur aucun territoire étatique et sur chacun d'entre eux. Cette double caractéristique entraîne des difficultés tant pour la caractérisation (1.) que pour le traitement (2.) de l'internationalité.

1. L'incidence sur la notion d'internationalité

La question peut être posée de savoir s'il est encore possible de qualifier d'internationales les situations juridiques qui se constituent par le biais d'internet. L'internet constituerait en effet un véritable *medium international*⁷⁶⁷ et aurait pour conséquence de créer des hypothèses dans lesquelles « le détachement de toute territorialité rend[rait] la recherche d'internationalité des situations impraticable, précisément parce que les indices de rattachement traditionnels ne ser[raient] plus opérants »⁷⁶⁸. Autrement dit, « la situation ne relève[rait] d'aucun territoire en particulier »⁷⁶⁹.

Avant même de se pencher sur les conséquences de cette affirmation, il est possible de la nuancer. Il n'existe en effet pas de problème particulier de qualification de l'internationalité lorsqu'internet est uniquement utilisé comme *medium* à la constitution de la situation : pour prendre l'exemple des contrats de vente, ne posent pas de difficulté les contrats pour lesquels la livraison a lieu dans le monde physique et qui se rapprochent donc des autres types de contrats de vente à distance⁷⁷⁰. Les hypothèses problématiques sont celles dans lesquelles la négociation, la conclusion et l'exécution du contrat ont lieu sur internet, car il serait possible de considérer que « la relation juridique est tout entière localisée dans le cyberspace »⁷⁷¹. Toutefois, ce serait oublier que le contrat peut encore être rattaché à un ou plusieurs ordres juridiques étatiques par le biais de la nationalité, du domicile, de la résidence habituelle, du siège ou de l'établissement

764. P. S. BERMAN, « The Globalization of Jurisdiction », *art. cit.*, p. 373 ; E. CAPRIOLI, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique : tribunal compétent, loi applicable, droit pénal international, arbitrage en ligne*, *op. cit.*, p. 2 ; S. GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, *op. cit.*, p. 187 s. ; D. J. B. SVANTESSON, *Private International Law and the Internet*, *op. cit.*, p. 34.

765. J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 242, n° 513 ; S. GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, *op. cit.*, p. 187 s. ; T. LUTZI, « Internet Cases in EU Private International Law - Developing a coherent approach », *art. cit.*, p. 688.

766. S. L. GÖSSL, *Internetspezifisches Kollisionsrecht? Anwendbares Recht bei der Veräußerung virtueller Gegenstände*, *op. cit.*, p. 268.

767. P. MANKOWSKI, « Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht », *RabelsZ* 1999, p. 207.

768. S. POILLOT-PERUZZETTO, « Application de la Convention de Bruxelles à une lettre de confort. Cour de cassation (Ch. com.). - 30 janvier 2001, ING Bank NV Paris c. Soc. Mantel Holland Beheer BV », *Rev. crit. DIP* 2001, p. 541.

769. J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 242, n° 513.

770. *Ibid.*, p. 243, n° 515.

771. *Ibid.*, p. 243, n° 515.

des parties⁷⁷². La détermination du caractère interne ou international du contrat restera donc possible sur la base de ces critères.

Le recours à internet peut néanmoins avoir pour conséquence d'empêcher ou de compliquer la prise de connaissance par les parties des éléments d'extranéité susceptibles d'affecter leur relation⁷⁷³. Le problème n'est donc pas tant celui d'une impossibilité de caractériser l'internationalité, que celui d'un accès à la connaissance de cette internationalité. Pour reprendre l'exemple dans lequel la conclusion et l'exécution du contrat sont entièrement dématérialisées, il est tout à fait possible que les parties ignorent l'identité ou l'emplacement géographique de la personne avec laquelle elles s'appêtent à contracter⁷⁷⁴. De même, en matière de délits commis sur internet, il peut être parfois particulièrement difficile de localiser techniquement le lieu à partir duquel l'auteur du délit a agi, surtout si celui-ci s'est appliqué à ne laisser aucune trace numérique⁷⁷⁵. Certains auteurs ont ainsi conclu à une remise en cause de la distinction entre situations internes et internationales dans le cadre de l'internet, notamment du fait de cette difficulté à déterminer l'existence d'éléments d'extranéité⁷⁷⁶.

La détermination de l'internationalité des situations se formant sur internet serait certes grandement facilitée s'il fallait considérer que de telles situations sont par nature internationales, du fait qu'elles prennent naissance et se déroulent dans une sphère dématérialisée, détachée de tout territoire étatique. Pour certains auteurs, l'internet serait en effet caractérisé par une « internationalité intrinsèque »⁷⁷⁷, qui suffirait à conférer un caractère international aux situations qui se constituent par le biais de ce medium⁷⁷⁸. Autrement dit, « la simple prise en compte de la dimension spatiale déterritorialisée dans laquelle [la situation] s'inscrit suffirait à lui confé-

772. P. MAYER, « La délocalisation du contrat », *op. cit.*, p. 131, n° 9.

773. O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 125, n° 196 ; C. KESSEDJIAN, « Codification du droit commercial international et droit international privé : de la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales », *op. cit.*, p. 120 ; X. BOUCOBZA, « Le contrat et l'espace », *op. cit.*, p. 105 ; S. POILLOT-PERUZETTO, « La loi applicable au contrat électronique » in *Le contrat électronique : Journées nationales, Toulouse, 2000*, sous la dir. d'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Éd. Panthéon-Assas, Paris, 2002, p. 50.

774. J. BASEDOW, « The Law of Open Societies : Private Ordering and Public Regulation of International Relations : General Course on Private International Law », *op. cit.*, p. 104, n° 98 ; S. POILLOT-PERUZETTO, « La loi applicable au contrat électronique », *op. cit.*, p. 50 ; P. S. BERMAN, « The Globalization of Jurisdiction », *art. cit.*, p. 373 ; S. GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, *op. cit.*, p. 378 ; F. C. MAYER, « Recht und Cyberspace », *art. cit.*, p. 1790 ; D. J. B. SVANTESSON, *Private International Law and the Internet*, *op. cit.*, p. 55.

775. J. BASEDOW, « The Law of Open Societies : Private Ordering and Public Regulation of International Relations : General Course on Private International Law », *op. cit.*, p. 104, n° 98 ; P. MANKOWSKI, « Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht », *art. cit.*, p. 224.

776. C. KESSEDJIAN, « Codification du droit commercial international et droit international privé : de la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales », *op. cit.*, p. 120 ; X. BOUCOBZA, « Le contrat et l'espace », *op. cit.*, p. 105.

777. J. LARRIEU, « Internationalité et Internet », *op. cit.*, p. 44 ; dans le même sens, S. POILLOT-PERUZETTO, « La loi applicable au contrat électronique », *op. cit.*, p. 50 ; J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 249, n° 533, qui parle de « nouvelle internationalité ».

778. Rapportant cette idée, P. MANKOWSKI, « Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht », *art. cit.*, p. 208.

rer un caractère transnational », ce qui reviendrait à admettre que l'internationalité puisse être caractérisée même en l'absence d'élément d'extranéité⁷⁷⁹.

Une telle qualification internationale systématique a toutefois été contestée avec raison⁷⁸⁰. Il nous semble en effet premièrement, d'un point de vue terminologique, que tant que l'internationalité continuera à être employée pour les besoins du droit international privé conformément à son étymologie renvoyant à l'entre-Nations, il n'est pas souhaitable de considérer une situation se réalisant par le biais d'internet comme étant internationale de ce simple fait. Le terme d'internationalité ne s'applique pas spécialement bien à l'internet, car il renvoie étymologiquement à l'entre-États, alors justement que l'internet s'oppose à une telle conception ; on a ainsi fait remarquer qu'il faudrait mieux parler de supranationalité ou d'anationalité dans le contexte de l'internet⁷⁸¹. En tout état de cause, tant qu'il reste possible d'établir certains points de rattachement pertinents entre la situation se constituant par le biais d'internet et un ou plusieurs territoire(s) étatique(s), il est également possible de distinguer de manière traditionnelle entre les situations internes et internationales⁷⁸². Il n'y a donc guère de sens à considérer comme internationale une situation interne se déroulant sur internet, puisque cela introduirait une ambiguïté terminologique dont la notion d'internationalité n'a pas besoin.

Pour résumer, la réelle difficulté entraînée par l'internet ne nous semble pas être celle de la caractérisation de l'internationalité, dès lors que l'on refuse de qualifier systématiquement d'internationales les situations se constituant par le biais internet et que seules certaines difficultés technologiques, qui ne sont pas redevables du droit international privé, peuvent ponctuellement et temporairement empêcher de déterminer si une telle situation est interne ou internationale. Bien plus importante nous semble en effet la question du traitement que le droit international privé réserve actuellement aux situations internationales lorsque celles-ci se constituent par le biais d'internet.

2. *L'incidence sur le traitement de l'internationalité*

De manière générale, l'internet serait difficile à soumettre à une réglementation juridique en raison des données techniques propres à cet espace et du fait que ses utilisateurs sont éparpillés à travers le monde et ne sont pas soumis à une seule autorité étatique⁷⁸³. Internet se dégagerait ainsi de l'emprise des ordres juridiques étatiques et remettrait en cause l'application des règles de droit traditionnelles en raison de son caractère transnational⁷⁸⁴. Plus particulièrement, la question se pose de savoir si le droit international privé est en mesure d'appréhender un phénomène

779. J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 242, n° 514.

780. O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, *op. cit.*, p. 124, n° 195 ; P. MANKOWSKI, « Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht », *art. cit.*, p. 209 ; S. GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, *op. cit.*, p. 189.

781. *Idem*, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, *op. cit.*, p. 189.

782. En ce sens *ibid.*, p. 289.

783. F. C. MAYER, « Recht und Cyberspace », *art. cit.*, p. 1789.

784. P. MANKOWSKI, « Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht », *art. cit.*, p. 207.

déterritorialisé, dans la mesure où ce droit repose sur la localisation des situations juridiques dans l'espace⁷⁸⁵. Les règles classiques de droit international privé pourraient en effet ne pas être en mesure de fournir une réglementation adéquate des situations internationales qui se constituent et se déroulent sur internet, en raison des caractéristiques d'aterritorialité et d'ubiquité qui affectent ces situations⁷⁸⁶. La méthode conflictuelle s'en trouve entièrement remise en cause par un nombre important d'auteurs, parce que les rattachements étatiques classiques auxquels elle recourt n'apporteraient pas de solution satisfaisante dans le contexte d'internet⁷⁸⁷. Au moins trois grandes difficultés se présentent en effet dans l'identification des facteurs de rattachement de la règle de conflit de lois ou des chefs de compétence de la règle de conflit de juridictions.

La première difficulté peut constituer en une impossibilité pure et simple de localiser certains facteurs de rattachement retenus par la règle de conflit de lois ou de juridictions, ce qui conduit à leur totale impraticabilité. Il résulte en effet du fait d'internet une plus grande difficulté à localiser le centre de gravité de la situation juridique⁷⁸⁸. De ce point de vue, posent plus de difficultés les facteurs de nature géographique que les facteurs de nature personnelle⁷⁸⁹. Peuvent être cités en exemple, pour ces premiers rattachements, le lieu de réalisation du fait générateur d'un dommage, quand cet acte a entièrement eu lieu en ligne, ou le lieu d'exécution d'un contrat, lorsque l'exécution porte sur une prestation de service en ligne ou sur des biens immatériels, à l'image de contrats de publicité ou de contrats d'accès à des informations⁷⁹⁰. S'y ajoute une difficulté particulière, déjà abordée, pouvant affecter les facteurs de nature personnelle, qui est que le recours à internet peut avoir pour effet et même pour objet, dans la commission de délits par exemple, de rendre la localisation d'une partie indéterminable.

785. E. CAPRIOLI, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique : tribunal compétent, loi applicable, droit pénal international, arbitrage en ligne*, *op. cit.*, p. 5 ; dans le même sens, F. JAULT-SESEKE, « Internet, vecteur d'affinement des règles de compétence juridictionnelle » in *Internet et le droit international*, sous la dir. de SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, Pedone, Paris, 2014, p. 167.

786. S. L. GÖSSL, *Internetspezifisches Kollisionsrecht? Anwendbares Recht bei der Veräußerung virtueller Gegenstände*, *op. cit.*, p. 28.

787. J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 243, nos 516 s. ; M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 137, n° 169 ; C. KESSEDJIAN, « Le principe de proximité vingt ans après », *op. cit.*, p. 511 ; P. S. BERMAN, « The Globalization of Jurisdiction », *art. cit.*, p. 371 ; S. POILLOT-PERUZETTO, « La loi applicable au contrat électronique », *op. cit.*, p. 50 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux » in *Le droit international de l'internet*, sous la dir. de G. CHATILLON, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 57 s. ; J. HUET, « Le droit applicable dans les réseaux numériques » in *Le droit international de l'internet*, sous la dir. de G. CHATILLON, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 82.

788. E. CAPRIOLI, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique : tribunal compétent, loi applicable, droit pénal international, arbitrage en ligne*, *op. cit.*, p. 2 ; pointant même une impossibilité, F. JAULT-SESEKE, « Internet, vecteur d'affinement des règles de compétence juridictionnelle », *op. cit.*, p. 167 ; pointant les deux, T. LUTZI, « Internet Cases in EU Private International Law - Developing a coherent approach », *art. cit.*, p. 702.

789. En ce sens, P. MANKOWSKI, « Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht », *art. cit.*, p. 256-257.

790. E. CAPRIOLI, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique : tribunal compétent, loi applicable, droit pénal international, arbitrage en ligne*, *op. cit.*, p. 21 ; dans le même sens, U. DRAETTA, *Internet et commerce électronique : en droit international des affaires*, Forum européen de la communication, Bruylant, Paris, Bruxelles, 2003, p. 220 ; T. LUTZI, « Internet Cases in EU Private International Law - Developing a coherent approach », *art. cit.*, p. 696.

La deuxième difficulté tient à ce que certains facteurs de rattachement, bien que praticables, deviennent inadaptés dans le contexte spécifique de l'internet⁷⁹¹. Pour prendre l'exemple des délits, le lieu de survenance d'un dommage résultant d'un délit commis en ligne existe virtuellement dans tous les États dans lesquels internet est accessible. Ainsi, la détermination de la loi applicable au délit par référence au lieu de survenance du dommage devrait conduire à retenir le lieu de réception du contenu, ce qui pose la difficulté que ce lieu peut potentiellement être localisé dans tous les pays du monde, alors que la compétence des tribunaux est généralement limitée au seul préjudice subi localement⁷⁹². S'ajoute le fait que le délit commis sur internet présente souvent des caractéristiques « [d]'immédiat, [de] concomitance de l'acte et du dommage subi et [de] multiplicité des victimes »⁷⁹³, ce qui peut rendre d'autant plus inadaptés les facteurs classiques de rattachement.

La troisième difficulté apparaît dans l'éventuelle recherche de facteurs de rattachement de remplacement. Le conflit de juridictions et le conflit de lois sont en effet exacerbés par l'internet dans la mesure où celui-ci multiplie les rattachements avec les ordres juridiques étatiques⁷⁹⁴. Le problème n'est donc parfois pas tant qu'il n'existe pas de points de contact de la situation avec des ordres juridiques étatiques, mais que la majorité d'entre eux sont de faible valeur⁷⁹⁵ ou entièrement dénués de pertinence⁷⁹⁶. En effet, s'il peut être reconnu un certain caractère aterritorial aux situations se constituant sur internet, il n'en reste pas moins que toute l'infrastructure d'internet est physiquement bâtie sur le territoire des États. Pour reprendre l'exemple des contrats de vente, l'internet a donc pour conséquence « un éclatement des points de contact possibles en détricotant les différents opérateurs/opérations nécessaires pour qu'une transaction électronique puisse être menée à bien [; points de contact] qui, pour la plupart, n'ont aucune pertinence dans la solution du conflit de lois »⁷⁹⁷. Une situation se constituant sur internet peut ainsi, dans l'absolu, être reliée à un territoire étatique par le biais du lieu de situation du serveur, du lieu de chargement (*upload*) ou de téléchargement (*download*) des données ou encore du lieu d'établissement du fournisseur internet du site⁷⁹⁸.

791. D. J. B. SVANTESSON, *Private International Law and the Internet*, *op. cit.*, p. 56.

792. E. CAPRIOLI, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique : tribunal compétent, loi applicable, droit pénal international, arbitrage en ligne*, *op. cit.*, p. 62.

793. C. KESSEDJIAN, « Le principe de proximité vingt ans après », *op. cit.*, p. 515.

794. M.-E. ANCEL, « La compétence législative à la croisée de deux logiques » in *Internet et le droit international*, sous la dir. de SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, Pedone, Paris, 2014, p. 181.

795. T. LUTZI, « Internet Cases in EU Private International Law - Developing a coherent approach », *art. cit.*, p. 702.

796. C. KESSEDJIAN, « Le principe de proximité vingt ans après », *op. cit.*, p. 512 ; J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 248, n° 531.

797. C. KESSEDJIAN, « Le principe de proximité vingt ans après », *op. cit.*, p. 512.

798. S. L. GÖSSL, *Internetspezifisches Kollisionsrecht? Anwendbares Recht bei der Veräußerung virtueller Gegenstände*, *op. cit.*, p. 274 s.

Quatrièmement, et enfin, ce serait le contenu même du droit matériel étatique qui ne serait pas adapté aux situations qui se déroulent majoritairement dans le cadre d'internet⁷⁹⁹. Cette critique fait plus largement écho au débat qui a pu exister dans les années 1990 au moment du développement de l'internet, sur le point de savoir si ce nouveau medium devait être gouverné par un droit étatique ou s'il devait être laissé entre les mains d'acteurs privés et ainsi auto-régulé⁸⁰⁰. La question renvoie à celle de la nécessité de l'élaboration d'une *lex electronica*, qui serait un pendant de la *lex mercatoria* pour l'internet⁸⁰¹.

En conclusion, l'avènement de l'internet et son emploi dans la vie juridique ont pour conséquence de complexifier la caractérisation de l'internationalité, sans pour autant l'empêcher totalement. Ils sont également de nature à remettre en cause l'emploi de la méthode conflictuelle et l'adéquation des règles matérielles étatiques pour régler les situations se constituant et/ou se déroulant sur internet. Il s'agira donc de se questionner sur la capacité du droit international privé à surmonter ces difficultés⁸⁰². En dehors du cas spécifique d'internet, la mondialisation entraîne également d'autres défis pour l'appréhension et le traitement des situations internationales, qui résultent de la perte de pertinence des éléments d'extranéité.

§ 2. La perte de pertinence de l'élément d'extranéité

La mondialisation a fait émerger et conduit à la multiplication de certaines situations internationales qui ont pour spécificité de ne plus pouvoir être opportunément rattachées à un État en particulier, même si elles présentent des éléments d'extranéité facilement identifiables⁸⁰³. Les rattachements territoriaux qu'elles présentent avec les ordres juridiques étatiques perdent en effet tellement en pertinence que ces situations, bien plus qu'internationales, acquièrent un véritable caractère transnational. Autrement dit, elles surplombent les États plus qu'elles ne s'y rattachent. Cette forme d'internationalité n'est certes pas nouvelle en soi. Le phénomène est au moins connu depuis le milieu du xx^e siècle, et H. Batiffol écrivait déjà à cette époque qu'il « est destiné à s'étendre avec l'accroissement de puissance des moyens de production, de transport, de financement »⁸⁰⁴. C'est la raison pour laquelle il présente aujourd'hui encore, et même d'au-

799. *Idem*, *Internetspezifisches Kollisionsrecht? Anwendbares Recht bei der Veräußerung virtueller Gegenstände*, *op. cit.*, p. 27 ; P. MAYER, « La délocalisation du contrat », *op. cit.*, p. 129, n° 8 ; P. S. BERMAN, « The Globalization of Jurisdiction », *art. cit.*, p. 371.

800. T. LUTZI, « Private Ordering, the Platform Economy, and the Regulatory Potential of Private International Law » in *Conflict of laws in the maze of digital platforms*, sous la dir. d'I. PRETELLI, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2018, p. 130.

801. B. FAUVARQUE-COSSON, « Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux », *op. cit.*, p. 61 ; P. S. BERMAN, « The Globalization of Jurisdiction », *art. cit.*, p. 533 ; M. VIVANT, *Rép. int. Dalloz*, V° Internet, 2017, n° 10.

802. Pour les résultats de cette réflexion, voir *infra*, p. 299 s.

803. Voir de manière générale avant nous sur cette question, J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 509 s., n°s 240 s.

804. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 97.

tant plus, une réelle pertinence. S'il a été majoritairement observé en matière économique (A.), il touche également la matière familiale (B.).

A. L'émergence d'un espace économique mondial

La mondialisation de l'économie a permis l'émergence d'un espace économique global dans lequel sont libres de s'épanouir des situations présentant une forme d'internationalité particulière. Après avoir précisé la nature de celle-ci (1.), seront étudiées les particularités qu'elle présente et qui pourraient entraîner l'inadéquation du traitement actuel réservé par le droit international privé aux situations internationales (2.)

1. L'incidence sur la notion d'internationalité

Certaines situations seraient affectées d'une internationalité nouvelle qui se caractériserait par le fait qu'elles portent sur une opération intégrée « dans un ordonnancement juridique mondial »⁸⁰⁵. Leur internationalité résulterait non pas de leur rattachement à au moins deux ordres juridiques étatiques, mais de ce que, dès leur origine, elles ne s'inscrivent dans aucun cadre étatique⁸⁰⁶. Pour décrire cette réalité, le terme de transnationalité paraît donc plus approprié que celui d'internationalité⁸⁰⁷.

Cette nouvelle forme d'internationalité se rencontre essentiellement à l'égard de certaines grandes sociétés ou groupes de sociétés qui présentent un rayonnement mondial. H. Batiffol cite ainsi le cas des « contrats de société, dont l'activité déborde effectivement tout cadre national, sans qu'on puisse même parler d'un pays d'origine »⁸⁰⁸. On peut y adjoindre l'hypothèse d'une société unique disposant d'une direction internationale, dans laquelle les capitaux seraient apportés par plusieurs groupes internationaux, et qui contracterait dans tous les pays du monde⁸⁰⁹.

Ces sociétés ou groupes de sociétés se caractérisent par une autonomie nouvelle par rapport aux États dans lesquels ils ont installé leurs établissements⁸¹⁰. Leur organisation particulière leur permet en effet d'échapper à l'autorité effective des États⁸¹¹. Ils ont donc pour particularité de « secréter chacu[n] pour soi un espace économique ignorant les frontières nationales » et de « poursuiv[re] leurs activités et leurs objectifs dans cet espace, selon une vision mondiale des

805. Ph. KAHN, « L'internationalisation de la vente » in *L'internationalité dans les institutions et le droit. Convergences et défis. Études offertes à Alain Plantey*, Pedone, Paris, 1995, p. 297.

806. *Idem*, « L'essor du non-droit dans les relations commerciales internationales et le contrat sans loi », *op. cit.*, p. 239.

807. En ce sens, F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours général de droit international privé », *op. cit.*, p. 335, n° 231.

808. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 96, n° 43 ; dans le même sens, L. PEYREFITTE, « Le problème du contrat dit "sans loi" », *D.* 1965, p. 113.

809. *Idem*, « Le problème du contrat dit "sans loi" », *art. cit.*, p. 113.

810. F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours général de droit international privé », *op. cit.*, p. 335, n° 231.

811. *Ibid.*, p. 339, n° 233.

facteurs et non pas ou non plus selon une vision nationale de l'ordre étatique »⁸¹². De ce fait, ils ne sont donc reliés à aucun territoire étatique en particulier⁸¹³.

Ce sont ces relations particulières aux États et à leur territoire qui permet de parler d'une nouvelle forme d'internationalité : ces groupes de sociétés se constituent bien plus au-dessus des États qu'entre eux. La transnationalité vient ici se superposer à l'internationalité étymologique et prend même le pas sur elle. En effet, cette nouvelle forme d'internationalité n'exclut pas l'existence de la première⁸¹⁴ : il est tout à fait possible de qualifier ces groupes de sociétés d'internationaux au sens classique du terme, en ce qu'ils sont constitués de plusieurs sociétés établies dans différents États et présentent ainsi des liens de rattachement avec plusieurs ordres juridiques étatiques.

Si les situations transnationales sont donc des situations internationales qui présentent des particularités à même de les extraire de tout cadre étatique, peut-on étendre l'emploi du terme transnational à toutes les situations internationales détachées des ordres juridiques étatiques, même si ce détachement résulte de la volonté des parties et non des spécificités intrinsèques de la situation ? Comme l'exprime en effet M. Jacquet, « le transnational se distingue du transétatique par sa configuration. Des relations transétatiques relèvent du droit étatique ou du droit voulu par les États et elles n'ont pas d'espace propre où se déployer. Des relations transnationales ont réussi à desserrer l'étau des États ; elles se sont constitu[é] un champ à l'intérieur duquel elles sont plus ou moins soustraites à l'emprise du droit étatique et sujettes, au contraire, à un droit qu'elles ont forgé elles-mêmes »⁸¹⁵. L'idée de transnationalité serait donc également intimement liée à l'application d'un droit non étatique, propre à ces situations. Se pose dès lors la question de savoir s'il faudrait pousser le raisonnement et considérer que toute situation soustraite à l'emprise d'un droit étatique est nécessairement transnationale.

Pour illustrer cette idée, il est possible de citer le cas historique des contrats d'États, conclus par un État – ou une entreprise publique sous son contrôle – avec une entreprise privée établie dans un autre État⁸¹⁶. Le contrat est certainement international, en ce qu'il présente des points de rattachement avec plusieurs ordres juridiques étatiques, mais il a cela de particulier que « tout rattachement au domaine territorial d'un ordre juridique étatique [est] inconcevable », raison pour laquelle il est généralement extirpé de l'emprise de tout droit étatique⁸¹⁷. On pourrait ajouter à cet exemple tous les cas de contrats conclus entre personnes privées qui ne sont pas soumis

812. Ph. KAHN, « L'essor du non-droit dans les relations commerciales internationales et le contrat sans loi », *op. cit.*, p. 232.

813. J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 256, n° 548.

814. Ph. KAHN, « L'internationalisation de la vente », *op. cit.*, p. 298.

815. J.-M. JACQUET, « Rapport introductif » in *L'internationalité : bilan et perspectives*, sous la dir. de S. POILLOT-PERUZZETTO, suppl. Lamy Droit des affaires, 2002, p. 6 ; cité par V. TRONEL, *L'internationalité de l'arbitrage, étude de droit international privé*, thèse Aix-Marseille, 2015, p. 188, n° 296.

816. A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », *op. cit.*, p. 85, n° 44.

817. *Ibid.*, p. 85-86, n° 44.

à un droit étatique, plus particulièrement si c'est une juridiction arbitrale internationale qui a vocation à connaître d'éventuels litiges en résultant.

Néanmoins, il ne nous semble pas opportun de faire dépendre la qualification de transnationalité de la nature du droit – étatique ou non étatique – applicable à la situation en cause. En effet, la nature des règles auxquelles est soumise la situation ne nous semble pas être un critère pertinent de distinction entre situations (simplement) internationales et situations transnationales, parce que la soumission de la situation à des règles non étatiques ne signifie pas que celle-ci possède des spécificités intrinsèques justifiant son extirpation du cadre étatique, les parties pouvant en effet soumettre leur situation à un droit non étatique⁸¹⁸, même si cette dernière n'est que très ordinairement internationale. Le qualificatif transnational devrait donc être réservé aux situations qui possèdent intrinsèquement la particularité de surplomber les États. L'identification en ces termes de cette catégorie particulière de situations internationales permet alors utilement de s'interroger sur la nécessité d'un traitement différencié de ces situations.

2. *L'incidence sur le traitement de l'internationalité*

Dès lors que les situations transnationales ont été décrites comme celles qui se créent au-delà des États, on pressent que leur réglementation par un droit étatique peut être questionnée. Comme dans le cadre d'internet, c'est tout d'abord l'adéquation de la méthode conflictuelle et la légitimité de l'application d'un droit étatique qui sont remises en cause par certains auteurs. Pour reprendre l'exemple des contrats transnationaux de société, il s'agirait de « contrats qu'il n'est pas sérieusement possible de soumettre à une loi déterminée », parce que les soumettre « à la loi d'un État déterminé ne correspond à aucune réalité »⁸¹⁹ en raison du manque de pertinence des liens de rattachement territoriaux qu'ils entretiennent avec les États. De même, et pour prendre un second exemple, dans le cas d'un contrat conclu entre deux groupes transnationaux de sociétés, pourrait être soutenu qu'aucun État impliqué dans la situation ne présente de liens suffisamment forts avec le contrat pour légitimement exiger l'application de son droit impératif interne⁸²⁰.

Ensuite, au-delà même de la question de la légitimité de principe d'une loi étatique à s'appliquer aux situations transnationales, c'est celle de l'adéquation concrète de son contenu qui peut être posée. Les situations transnationales créeraient, en raison de leur configuration internationale particulière, des besoins nouveaux qui ne pourraient pas, ou mal, être pris en charge au stade matériel par un droit étatique⁸²¹. Les droits étatiques ont en effet été élaborés pour des

818. Voir *supra*, p. 93 s.

819. Les deux citations sont de H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 96, n° 43 ; mais la même idée se retrouve chez L. PEYREFITTE, « Le problème du contrat dit "sans loi" », *art. cit.*, p. 114.

820. W. WENGLER, « Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Studie », *ZVglRWiss* 1941, p. 193.

821. En ce sens, Ph. KAHN, « L'essor du non-droit dans les relations commerciales internationales et le contrat sans loi », *op. cit.*, p. 234.

« espaces cloisonnés » et ils seraient aujourd'hui dépassés par l'apparition des situations transnationales, notamment des groupes transnationaux de sociétés⁸²² ou des relations commerciales s'inscrivant dans une économie globalisée⁸²³.

Enfin, un dernier problème réside dans la possibilité qu'ont les parties à une situation transnationale d'échapper aux droits étatiques. En effet, dès lors que l'on admet que « la notion d'espace transnational désigne le lieu de convergence de forces économiques ayant réussi à aménager des rapports juridiques affranchis de tout contrôle efficace de la part des États »⁸²⁴, la question de la forme de ce contrôle peut être posée. Bien que ce dernier point puisse sembler en contradiction avec les deux premiers, dans la mesure où l'adéquation du recours à un droit étatique et de son contenu sont justement critiqués par certains, cela ne signifie pas que les situations transnationales doivent pouvoir échapper à tout contrôle étatique. L'actualité donne déjà de nombreux exemples de ce que Mme Muir Watt qualifie de « trous noirs » dans la gouvernance globale, citant à cet égard les migrations contraintes de populations, la dégradation de l'environnement ou la dérégulation des marchés financiers⁸²⁵.

En conclusion, la mondialisation a permis l'émergence de situations transnationales qui se sont constituées en marge des États et qui posent des difficultés relativement à leur traitement, puisque s'il ne semble pas nécessairement pertinent de les soumettre à un droit étatique, il n'est pas non plus acceptable de les laisser échapper à tout contrôle. Une réflexion sur la manière de réglementer ces situations a donc intérêt à être engagée⁸²⁶. Ce phénomène transnational, bien que concernant très majoritairement le domaine économique, peut aujourd'hui également s'observer en matière familiale.

B. La délocalisation de la vie personnelle et familiale

L'accroissement de la perméabilité des frontières étatiques, caractéristique du mouvement actuel de mondialisation, rend les mouvements de personnes de plus en plus aisés, au point qu'il conduirait aujourd'hui à un mouvement général de délocalisation⁸²⁷ des situations de fait⁸²⁸. La délocalisation des individus et des familles pourrait devenir si poussée que les différents liens de rattachement étatiques des situations dans lesquelles ils se trouvent deviendraient sans importance⁸²⁹.

822. F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours général de droit international privé », *op. cit.*, p. 339, n° 233.

823. E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 60 s., n°s 108 s.

824. F. RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Pedone, Paris, 1977, p. 399.

825. H. MUIR WATT, « Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale », *art. cit.*, p. 465.

826. Pour les résultats de cette réflexion, voir *infra*, p. 297 s.

827. Le terme de délocalisation est employé au sens étymologique de « faire disparaître le caractère local », voir Trésor de la langue française informatisé, V° délocaliser.

828. J. BASEDOW, « The Law of Open Societies : Private Ordering and Public Regulation of International Relations : General Course on Private International Law », *op. cit.*, p. 104, n° 98.

829. *Ibid.*, p. 104, n° 99.

La perte de pertinence de ces liens de rattachement étatiques peut premièrement résulter du fait que la situation internationale concernée présente des liens de rattachement avec de nombreux États : cette multiplicité dilue alors l'importance que pourrait avoir chaque lien de rattachement pris individuellement. Pour illustrer cette idée, peut être cité l'exemple des couples ou familles, possiblement constitués de personnes de nationalité différente, possédant une résidence familiale dans un pays et exerçant leur emploi dans un autre pays, ces deux derniers pays pouvant différer par ailleurs du pays ou des pays de leur nationalité. La situation ainsi décrite n'est pas aussi rare qu'on pourrait le penser, notamment dans les régions frontalières se trouvant à la jonction de trois voire quatre pays ou dans certaines grandes métropoles mondiales. S'ajoute le fait que certains de ces rattachements étatiques pourraient s'expliquer, plus que par une idée d'allégeance ou d'intégration, par des considérations de commodité (salaires plus élevés, coût de la vie réduit, proximité géographique...), ce qui tend également à distendre le lien de rattachement au moins intellectuel entre la situation individuelle ou familiale et l'État concerné. Enfin, il est possible d'y ajouter le facteur temps, car certains de ces rattachements multiples de la situation ne peuvent avoir qu'une permanence très relative lorsque l'individu ou la famille sont particulièrement mobiles et changent fréquemment d'État de résidence ou d'emploi.

Ces situations individuelles ou familiales tendent donc à revêtir un certain caractère transnational, à l'image des groupes de sociétés, possédant des liens de rattachement avec plusieurs États dont la pertinence peut être remise en cause. Certes, le phénomène ne touche à l'heure actuelle qu'une infime minorité de structures familiales ; son existence tend néanmoins à démontrer que la perte de pertinence des éléments d'extranéité dépasse les limites de la sphère économique.

Ces situations individuelles ou familiales transnationales engendrent-elles pour autant des problèmes similaires s'agissant de leur traitement ? Faut-il aller, comme en matière économique, jusqu'à constater la perte de légitimité au moins partielle des droits étatiques à régir ces situations du fait de leur caractère transnational ? Rien n'est moins sûr. En revanche, il n'est pas exclu que leur configuration transnationale leur permette de mettre en œuvre certaines stratégies originales d'évitement des droits étatiques, pour lesquelles il faudra envisager des mécanismes de lutte⁸³⁰.

830. Voir *infra*, p. 344 s.

Conclusion du chapitre II

Les phénomènes de mondialisation et de régionalisation entraînent de nouveaux défis pour l'internationalité, que cela soit pour la définition de ses contours ou la détermination de son régime. Ils ont en effet donné naissance à de nouvelles formes d'internationalité, ce qui a pour effet d'introduire des subdivisions inédites au sein de cette catégorie de situations autrefois unitaire et simplement distinguée des situations internes à un État.

La construction européenne a ainsi permis l'émergence de situations européennes, intégrées partiellement ou entièrement au territoire européen. Il en résulte une difficulté dans l'appréhension de la notion d'internationalité, puisque la ligne de démarcation entre situations européennes et situations purement internationales est fluctuante. Le droit de l'Union européenne a également instauré certains régimes spécifiques réservés aux seules situations européennes. La pertinence de l'instauration de ce traitement particulier peut toutefois être questionnée, car elle conduit à une différence de traitement entre deux catégories de situations intrinsèquement internationales.

S'ajoutent la mondialisation et le phénomène de déspatialisation qu'elle entraîne, renforcé par l'évolution technologique que constitue l'internet. Ils ont contribué au développement de situations transnationales, voire anationales, qui ont pour spécificité de se constituer et d'évoluer en marge des États et de leur territoire. Ces situations se caractérisent plus particulièrement par le fait qu'elles sont de plus en plus difficilement rattachables territorialement aux États ou qu'un tel rattachement a de moins en moins de sens intellectuellement. Elles entraînent de nouveaux enjeux pour le traitement de l'internationalité, parce que les règles classiques de droit international privé ne sont pas toujours à même de leur fournir une réglementation adéquate, voire de s'opposer à ce qu'elles échappent à tout contrôle étatique.

Partie II

La conception repensée de l'internationalité

La première partie de ce travail a mis en exergue le fait que la notion et le régime de l'internationalité sont aujourd'hui affectés tant par la mondialisation – et plus particulièrement par les phénomènes transnationaux voire anationaux qu'elle entraîne et qui l'accompagnent – que par la régionalisation européenne, auxquels s'ajoute de manière générale une prise d'ampleur des difficultés et questionnements classiques relatifs à la définition et au traitement des situations internationales, en raison de l'accroissement du nombre de ces situations.

Il en résulte un besoin de réflexion renouvelée sur la manière dont l'internationalité pourrait être appréhendée par le droit international privé afin d'intégrer au mieux l'influence des différents changements contextuels d'ordres économique, social, politique et technologique qu'a connus le siècle dernier. Dans ce cadre, la réflexion portera d'une part sur la nécessité d'un renouvellement au moins partiel du traitement de l'internationalité (titre I) et d'autre part sur les moyens permettant de concrétiser la notion d'internationalité (titre II).

Titre I

L'examen renouvelé du traitement de l'internationalité

Nous avons montré que de multiples facteurs conduisent au brouillage du régime que le droit international privé réserve à l'internationalité, que cela soit au regard de la distinction entre situations internes et internationales⁸³¹ ou au sein même de la catégorie des situations internationales par l'émergence de formes spécifiques d'internationalité⁸³². Les développements étaient limités jusqu'alors à la description des différentes formes que peut prendre ce brouillage, dans le but de démontrer que la frontière entre le traitement de l'interne et de l'international et entre les différentes formes d'internationalité pose difficulté. Cette constatation ouvre désormais la voie à une réflexion plus globale sur le régime de l'internationalité. À la lumière des différents facteurs de brouillage décrits, il s'agira de se questionner sur l'adéquation du traitement classique de l'internationalité⁸³³ aux besoins et spécificités des situations internationales. Les constatations qui en seront tirées permettront de faire certaines propositions visant à une meilleure définition de la frontière entre l'interne et l'international (chapitre I) et entre les différentes formes d'internationalité (chapitre II).

831. Voir *supra*, p. 105 s.

832. Voir *supra*, p. 103 s.

833. Voir *supra*, p. 57 s.

Chapitre I

La redéfinition de la distinction entre l'interne et l'international

Le régime de l'internationalité, qui n'est déjà en soi pas unitaire dans la mesure où il aboutit parfois à un traitement spécifique des situations internationales par rapport aux situations internes⁸³⁴ et parfois à un traitement identique par le biais d'une nationalisation de l'internationalité⁸³⁵, est en outre affecté par différents facteurs tendant à brouiller la ligne de démarcation entre le traitement de l'interne et de l'international, parfois dans le sens d'une assimilation de l'interne à l'international, parfois dans le sens contraire⁸³⁶. Ces différents facteurs donnent l'occasion de se réinterroger sur la ligne actuelle de démarcation entre l'interne et l'international et de se questionner de manière générale sur le bienfondé de l'égalité et de la différence de traitement qu'instaure tour à tour le droit international privé entre les situations internes et les situations internationales. La question revêt un intérêt pratique certain au regard de l'accroissement constant du nombre de situations internationales, qui tend à rendre l'existence de cette distinction de traitement de plus en plus visible et donc également de moins en moins tolérable dans les cas où elle apparaîtrait injustifiée.

Deux grands types de traitement spécifique de l'internationalité ont globalement été identifiés : la poursuite par la règle de droit international privé d'un traitement ou d'objectifs de droit matériel spécifiques aux situations internationales et la faculté offerte aux parties à une situation internationale de s'extraire de l'emprise de l'ordre juridique interne pour se soumettre à un juge étranger ou à une loi étrangère⁸³⁷. Il conviendra de questionner l'opportunité de ces deux formes de différence de traitement, en commençant par interroger la légitimité du traitement spécifique de l'internationalité *de lege lata* (section I) puis en traitant de manière séparée, en raison de son importance, la question de la désirabilité d'une ouverture aux situations internes du libre choix du juge compétent et de la loi applicable (section II).

834. Voir *supra*, p. 66 s.

835. Voir *supra*, p. 57 s.

836. Voir *supra*, p. 131 s.

837. Voir *supra*, p. 66 s.

Section I. Le traitement propre aux situations internationales

Il est surprenant de remarquer que peu d'auteurs se sont intéressés de manière approfondie et globale à la question du bienfondé de la différence de traitement instaurée par le droit international privé entre les situations internes et les situations internationales. L'article fondateur à ce sujet, publié en français en 1963⁸³⁸ puis en allemand en 1964⁸³⁹ a été rédigé par W. Wengler, qui s'est interrogé sur la compatibilité avec le principe d'égalité de certaines règles de droit international privé dont l'application a pour effet d'entraîner une différence de traitement entre situations internes et internationales, et qui en a conclu à une conformité de principe de celles-ci au principe d'égalité, à l'exception de certaines règles de conflit de lois à coloration matérielle⁸⁴⁰. Le principe d'égalité recevant une acception partiellement différente en droits français, allemand et européen, nous en rappellerons brièvement la définition. Ce principe prescrit que des situations identiques ou comparables ne soient pas traitées de manière différente par les pouvoirs étatiques, sauf à ce qu'il existe une justification objective (d'intérêt général ou public) à cette différence de traitement⁸⁴¹. En droit allemand et européen, il commande en outre que des situations différentes ne soient pas traitées de manière identique, sauf à ce qu'il existe une justification à cette identité de traitement⁸⁴². Le principe d'égalité a donc une acception plus stricte dans ces deux droits.

L'enjeu d'un questionnement sur le bienfondé de la différence de traitement entre situations internes et internationales n'est toutefois pas limité à la seule question du respect du principe d'égalité par le législateur dans l'élaboration des règles de droit international privé. Ce questionnement renvoie également à des considérations plus fondamentales de théorie générale du droit relatives à l'élaboration et à la réglementation des catégories juridiques. Dans son article fondateur « différence de nature (égale) différence de régime », M. Bergel écrivait en effet que « toute identité de nature implique une identité de régime [et] toute différence de nature implique une différence de régime »⁸⁴³. « Chaque classification [juridique devrait donc] repose[r] sur une différence de nature à laquelle est inhérente une différence de régime »⁸⁴⁴, ce qui aurait pour conséquence que « dès qu'une différence de nature apparaît[rait] dans l'une des composantes [d'une catégorie], celle-[là devrait] se tradui[re] par une différence de régime »⁸⁴⁵.

838. W. WENGLER, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *art. cit.*, p. 202 s., 502 s.

839. W. WENGLER, « Das Gleichheitsprinzip im Kollisionsrecht » in *Eranion in honorem Georgii S. Maridakis. Volumen III : Ius Gentium, Varia*, Klissiuus, Athènes, 1964, p. 323 s.; voir déjà avant, W. WENGLER, « Rechts-gleichheit und Vielheit der Rechte » in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages. 1860-1960*, sous la dir. d'E. von CAEMMERER, E. FRIESENHAHN et R. LANGE, C.F. Müller, Karlsruhe, 1960, p. 239 s.

840. *Idem*, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *art. cit.*, p. 224-225.

841. J. MOLINIER, *Rép. eur. Dalloz*, V^o Principes généraux, 2011 (actual. 2019), n^o 45.

842. *Ibid.*, n^o 46.

843. J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 258, n^o 3.

844. *Ibid.*, p. 263, n^o 9.

845. *Ibid.*, p. 267, n^o 18.

Le questionnement sur le bienfondé de la différence de traitement entre situations internes et internationales peut donc être inscrit plus généralement dans ces considérations. Si l'on accepte de suivre ces préceptes – qui sont par ailleurs tout à fait compatibles avec un raisonnement en termes de principe d'égalité –, le positionnement relativement au bienfondé de la différence de traitement entre situations internes ou internationales *de lege lata* doit premièrement passer par une comparaison de la nature de ces deux catégories de situations. En effet, s'il fallait considérer que les situations internes et les situations internationales présentent par principe une différence de nature, alors toute réflexion relative à la légitimité d'une différence de traitement entre ces deux catégories de situations serait très vite menée à son terme : le législateur a bien sûr l'entière liberté d'instaurer des régimes juridiques différents pour des catégories juridiques différentes. Il serait toutefois alors possible de remettre en cause les hypothèses d'identité de traitement entre ces situations, résultant de la nationalisation du traitement de l'internationalité. En sens inverse, reconnaître une identité de nature des situations internes et internationales conduirait à condamner les cas de différence de régime entre situations internes et internationales.

Ainsi, la réflexion sur le bienfondé du traitement spécifique de l'internationalité passera tout d'abord par un positionnement sur la nature respective des situations internes et internationales (§ 1). Nous pourrons ensuite en tirer des conclusions sur la légitimité de la différence de traitement observée *de lege lata* entre ces deux catégories de situations (§ 2).

§ 1. La nature des situations internes et internationales

L'appréciation de la légitimité de la différence de régime que le droit international privé instaure sous certains aspects pour les situations internationales comparativement aux situations internes nécessite préalablement de se poser la question de savoir si ces deux catégories de situations présentent une identité ou une différence de nature, ou, formulé sous l'angle du principe d'égalité, si elles peuvent être considérées comme comparables⁸⁴⁶. Si la doctrine dresse majoritairement un constat variable de la nature des situations internationales comparativement à celle des situations internes (A.), l'étude des différents facteurs susceptibles d'originaliser cette nature (B.) nous amènera à défendre la thèse de la nature originale quasi-systématique des situations internationales (C.).

A. La variabilité de la nature des situations internationales

Deux opinions opposées peuvent être logiquement soutenues relativement à la nature des situations internationales et des situations internes : celle de leur différence et celle de leur identité. Au soutien de cette première idée, il existe un argument très simple qui permet de nier par principe toute identité de nature entre situations internes et internationales : il suffit de relever que

846. Pour le besoin des propos à venir, il ne sera fait aucune distinction entre la question de l'identité de nature et celle du caractère comparable des situations : il sera considéré que deux situations interne et internationale de même nature sont comparables et que deux situations interne et internationale de nature différente sont différentes.

ce qui différencie fondamentalement ces deux types de situations est le fait que l'une se rattache exclusivement à un État, tandis que l'autre est rattachée par l'un de ses éléments intrinsèques à au moins un autre ordre juridique étatique. La présence d'un élément d'extranéité pertinent constituerait alors le facteur déterminant de la différence de nature entre les situations internes et internationales. C'est dans le sens de cette originalité de nature qu'a par exemple été affirmé que l'internationalité confère à la situation internationale « une qualité intrinsèque apte à la situer dans un espace propre »⁸⁴⁷.

À l'opposé, pourrait également être considéré que les situations internationales « ont la même nature que [celles] qui se créent tous les jours dans le cadre d'un unique État » et que « le caractère international leur vient d'une circonstance relativement secondaire [tenant au fait qu'elles] enjambent des frontières »⁸⁴⁸. Cette unité de nature pourrait être expliquée comme « [tenant] sans doute à l'unité foncière de la nature humaine, qu'il s'agisse de relations internes ou internationales »⁸⁴⁹. La situation internationale serait considérée, selon une vision bartinienne, comme une simple « projection de la catégorie du droit interne sur le plan du droit international »⁸⁵⁰.

En suivant cette deuxième conception, on admettrait donc que la différence de localisation géographique des situations internes et internationales ne fait pas obstacle à ce qu'elles puissent être regroupées au sein d'une même catégorie juridique et soumises de ce fait par principe à un même régime juridique. L'élément d'extranéité passerait de facteur déterminant de la différence de nature entre situations internes et internationales à facteur indifférent. L'internationalité suivrait le même sort que d'autres éléments factuels qui, bien que portant en eux le potentiel d'instaurer une différenciation de catégories et de régimes juridiques, sont considérés par le législateur comme étant juridiquement indifférents⁸⁵¹.

Nous permettant un instant d'inverser le raisonnement que nous avons proposé d'emprunter, allant de la nature vers le régime, pour parcourir le chemin inverse, nous remarquerons que l'observation du droit positif témoigne *a priori* de l'impossibilité d'adhérer exclusivement à l'un ou l'autre de ces courants. Il est tout d'abord possible de douter de la pertinence de considérer les

847. J.-M. JACQUET, « Rapport introductif », *op. cit.*, p. 6.

848. Les deux citations sont de D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 166, n° 252 ; dans le même sens, sur l'identité de nature, H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général », *op. cit.*, p. 182, n° 166 ; B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 358, n° 410, affirmant que « le caractère international d'un litige de droit privé ne lui confère pas une différence de nature substantielle avec un litige analogue de droit interne » ; F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. La compétence face à la mondialisation économique*, *op. cit.*, p. 176, n° 265 ; sur l'insuffisance de l'élément d'extranéité à conférer systématiquement une spécificité à la situation internationale, H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *op. cit.*, p. 108.

849. *Idem*, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 82.

850. B. OPPÉTTIT, « Autour du contrat international », *Droits* 1990, p. 108.

851. Un exemple pourrait être le critère du sexe des membres d'un couple en matière d'union. Depuis 2013 et 2017, les droits internes français et allemand ne s'en servent plus relativement aux conditions de fond du mariage et les fiancés se voient appliquer le même régime juridique s'agissant de la conclusion de celui-ci, qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe.

situations internationales comme possédant systématiquement une nature différente des situations internes, en raison des nombreux cas de nationalisation du traitement de l'internationalité en droit positif⁸⁵². En effet, de deux choses l'une : soit une bonne partie du traitement actuel des situations internationales, et en premier lieu celui résultant de l'application de la règle de conflit de lois bilatérale neutre, ne respecte pas la nature prétendument systématiquement originale de ces situations, prêtant par là même le flan au grief de discrimination en droits allemand et européen, en ce que des situations différentes seraient traitées de manière comparable; soit les situations internationales n'ont pas systématiquement *ou en tous les cas en chacun de leurs aspects* une nature différente des situations internes.

L'admission généralisée de la thèse de l'identité de nature des situations internes et internationales poserait autant de difficultés. Elle présente en effet une trop grande incompatibilité avec le droit international privé positif, puisqu'elle ne permettrait pas de justifier les cas dans lesquels le droit international privé instaure un traitement spécifique des situations internationales. Plus encore, si les situations internationales avaient systématiquement la même nature que les situations internes, c'est l'existence même d'un droit international privé ayant pour objet de régler les situations internationales qui pourrait être questionnée⁸⁵³.

L'état du droit positif aurait donc tendance à conduire à une appréciation plus nuancée de la nature des situations internationales par rapport à celle des situations internes. Pour citer P. Lalive, « tous les rapports sociaux n'exigent probablement pas, du seul fait qu'ils contiennent un ou même plusieurs éléments d'extranéité, une réglementation particulière. Il faut distinguer selon les matières [...] »⁸⁵⁴. De manière plus précise, H. Batiffol écrivait que la plurilocalisation est susceptible d'avoir différentes incidences sur la nature de la situation internationale : elle peut n'avoir aucune conséquence, avoir une influence seulement minimale ou transformer profondément la nature de la situation⁸⁵⁵. La nature des situations internationales se caractériserait donc par sa variabilité.

Afin de pouvoir prendre parti sur ces différentes thèses relatives à la nature des situations internationales et en proposer une synthèse, il convient d'identifier les spécificités que l'internationalité est susceptible de conférer aux situations internationales.

B. Les spécificités de l'internationalité

Les contrats internationaux sont de loin la catégorie de situations internationales dont la nature a été la plus étudiée et il semble aujourd'hui incontestable qu'au moins une partie d'entre

852. Voir *supra*, p. 57 s.

853. W. WENGLER, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *art. cit.*, p. 519; dans le même sens, L. RASS-MASSON, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, *op. cit.*, n° 835.

854. P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », *op. cit.*, p. 99.

855. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 126. Voir également les exemples donnés par cet auteur pour illustrer cette gradation dans l'influence de l'élément d'extranéité sur la nature de la situation.

eux ont des caractéristiques propres qui tendent à les originaliser des contrats internes de même type (1.). Les relations contractuelles ne sont toutefois pas les seules situations internationales susceptibles de présenter des spécificités par rapport à leur équivalent interne : c'est en réalité tout type de situation internationale qui peut, selon les circonstances, présenter des caractéristiques particulières (2.).

1. *Le cas particulier des contrats internationaux*

L'originalité des contrats internationaux, et plus particulièrement des contrats commerciaux internationaux, tient aussi bien à certaines de leurs caractéristiques intrinsèques qu'à la spécificité de l'environnement dans lequel ils s'inscrivent.

Concernant le premier de ces aspects, les contrats internationaux peuvent être formellement affectés d'un certain nombre d'originalités par rapport aux contrats internes. Ils peuvent faire intervenir des parties d'une nature particulière, telles que des groupes de société multinationaux. Ils peuvent aussi contenir des clauses très spécifiques n'ayant pas d'équivalent en matière interne. Ils peuvent encore exposer les parties à des risques inédits du fait de « [leur] insertion dans la durée et dans un espace non homogène »⁸⁵⁶. Il existe enfin des formes contractuelles atypiques propres à la matière internationale, telles que les contrats de transfert de technologie⁸⁵⁷.

Concernant le second de ces aspects, l'originalité des contrats commerciaux internationaux résulte également de ce que ceux-ci évoluent dans un espace différent de celui dans lequel s'inscrivent les contrats purement internes. Il est en effet devenu courant de relever que le commerce international intervient dans des circonstances particulières comparativement au commerce interne et qu'il présente des difficultés ou des besoins qui lui sont propres⁸⁵⁸. Plusieurs caractéristiques propres au commerce international et aux contrats commerciaux internationaux ont ainsi été identifiées par la doctrine. Tout d'abord, la concurrence en matière internationale serait plus forte et inégale qu'en matière interne⁸⁵⁹. Les contrats commerciaux internationaux auraient donc besoin d'une plus grande *liberté* afin de pouvoir échapper aux dispositions nationales restrictives qui ne seraient pas adaptées à leurs besoins et qui constitueraient un frein aux échanges commerciaux internationaux⁸⁶⁰. Le commerce international présenterait ensuite un besoin accru de *sécurité* parce que les contrats commerciaux internationaux, contrairement aux contrats internes, sont soumis à la diversité des législations nationales, ce qui nécessite la mise en place de

856. B. OPPETIT, « Autour du contrat international », *art. cit.*, p. 108.

857. *Idem*, « Autour du contrat international », *art. cit.*, p. 108 ; l'exemple est cité par X. BOUCOBZA, « Le contrat et l'espace », *op. cit.*, p. 101.

858. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Y. LOUSSOUARN, *Droit international privé, op. cit.*, p. 446-447, n° 353 ; J.-M. JACQUET, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 85 ; E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 41-42, n° 46 ; Ph. LÉBOULANGER, « La notion d'« intérêts » du commerce international », *art. cit.*, p. 190 ; S. CHATILLON, *Le contrat international, op. cit.*, p. 16.

859. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé, op. cit.*, p. 82.

860. Ph. LÉBOULANGER, « La notion d'« intérêts » du commerce international », *art. cit.*, p. 491 ; sur ce dernier point également, B. AUDIT, « note sous CA Paris, 3^e ch., 11 avril 1972, Aliments Piéto c/ Société Eurosoya », *JDI* 1974, p. 621.

solutions juridiques permettant d'assurer la validité et l'effectivité de ces contrats⁸⁶¹. Ce besoin de sécurité résulterait également de « l'éloignement géographique des opérateurs, des distances à parcourir, des aléas des transports et des frontières, des incertitudes politiques ou monétaires, ainsi que des différences culturelles et des systèmes juridiques »⁸⁶². La prise en compte de ces différents risques révélerait encore un besoin plus grand de *flexibilité* du droit dans les contrats commerciaux internationaux que dans les contrats internes⁸⁶³. Les aléas du commerce international rendraient enfin nécessaire d'imposer aux parties certaines obligations de coopération⁸⁶⁴.

Peut être ajouté qu'en raison de la vocation concurrente de plusieurs lois à s'appliquer, les parties à un contrat international peuvent se retrouver dans une situation économiquement défavorable par rapport aux parties à un contrat interne. L'ignorance du droit étranger peut en effet les dissuader de contracter ou alourdir le coût des transactions commerciales, en raison de frais d'information ou de contentieux, ce qui est susceptible de « constituer un désavantage concurrentiel » par rapport aux contrats internes⁸⁶⁵. Ainsi, les parties pourraient s'abstenir de conclure un contrat international quand bien même elles en tireraient un bénéfice mutuel en raison de l'incertitude relative au cadre juridique de leur opération : les obligations dans de tels contrats ne sont en effet en principe guère exécutoires ou exécutées simultanément, ce qui signifie que l'une des parties doit endosser le risque lié à l'exécution prioritaire de son obligation⁸⁶⁶.

Il résulte de l'ensemble de ces considérations qu'il existerait des contrats internationaux qui seraient autre chose que des « [contrats] internes affectés d'un élément d'extranéité »⁸⁶⁷. Autrement dit, ce n'est pas l'internationalité en tant que telle, comprise comme la simple plurilocalisation du contrat, qui conférerait une nature originale à ce dernier, ce sont plutôt les conséquences de cette internationalité qui feraient que la plupart des contrats commerciaux internationaux ne sont pas que la simple projection sur le plan international des contrats commerciaux internes de même nature. Comme l'écrit en effet H. Batiffol, « la difficulté de distinguer entre relations proprement internes et internationales ne tient pas tant à l'élément formel, l'existence de rattachements multiples, mais à l'*influence de cette pluralité* sur la nature de la situation »⁸⁶⁸.

861. E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 43, n° 61.

862. Ph. LÉBOULANGER, « La notion d'« intérêts » du commerce international », *art. cit.*, p. 491 ; E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 43, n° 60.

863. *Idem*, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 43, n° 60.

864. *Ibid.*, p. 45, n° 68.

865. COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 11 juillet 2001 concernant le droit européen des contrats*, JO n° C 255, p. 1, 2001, nos 28 et 30-32.

866. J. BASEDOW, « The Law of Open Societies : Private Ordering and Public Regulation of International Relations : General Course on Private International Law », *op. cit.*, p. 137-138, nos 137-138.

867. B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : (sur la crise des conflits de lois) », *op. cit.*, p. 255 ; reprenant cette idée, E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 79, n° 159 ; Ph. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, *op. cit.*, p. 75.

868. H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *op. cit.*, p. 109. C'est nous qui soulignons.

2. *Le cas général des situations internationales*

Les contrats commerciaux internationaux ne sont pas les seuls types de situations internationales qui présentent des spécificités à même de leur conférer une nature différente des situations internes. Il est en effet possible de relever un certain nombre de caractéristiques propres aux situations internationales valant également en dehors de la matière contractuelle.

L'une des conséquences majeures de l'internationalité, si ce n'est la première d'entre toutes, est tout d'abord d'entraîner la vocation concurrente de plusieurs juridictions et/ou droits étatiques à connaître de la situation. Cette caractéristique confronte la plupart des situations internationales à des difficultés inédites. D'une part, elle entraîne une insécurité et une relativité dans leur existence⁸⁶⁹ et dans leur efficacité territoriale⁸⁷⁰. En effet, comme l'écrit M. Mayer, « pour pouvoir apprécier sa situation, une personne impliquée dans une relation internationale doit d'abord rechercher le ou les lieux où la contrainte sera susceptible de s'exercer, puis s'interroger sur la possibilité de saisine d'un ou plusieurs juges et sur la loi ou les lois qu'ils appliqueraient tout en tenant compte, pour le cas où le juge saisi ne serait pas celui du pays d'exécution, des règles de ce dernier pays sur l'effet des jugements étrangers »⁸⁷¹. Les situations purement internes ne rencontrent en principe pas ces difficultés, puisque tous ces lieux se situent normalement dans un même pays. D'autre part, la vocation éventuelle de plusieurs lois à s'appliquer peut placer les parties dans un conflit d'obligations inconnu des situations purement internes : il est en effet possible que les différents ordres juridiques auxquels se rattache la situation soumettent les parties à des obligations contradictoires qu'elles ne peuvent simultanément respecter⁸⁷². Le respect des obligations issues d'un droit entraînera alors la violation des obligations issues d'un autre droit⁸⁷³. De manière générale, « l'internationalité ajoute [donc] un ordre de complexité et engendre structurellement des incertitudes sans commune mesure avec celles qui peuvent exister dans un contexte interne »⁸⁷⁴.

La plurilocalisation qui caractérise les situations internationales entraîne aussi un nombre important de complications sur le plan procédural, rendues particulièrement visibles par le travail effectué les vingt dernières années par les institutions européennes pour y remédier par le biais de l'adoption de règlements et directives relatifs à la procédure civile internationale européenne⁸⁷⁵.

869. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, p. 135, n° 124.

870. W. WENGLER, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *art. cit.*, p. 230.

871. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, p. 135, n° 123.

872. E. STEINDORFF, *Sachnormen im internationalen Privatrecht*, *op. cit.*, p. 268.

873. *Ibid.*, p. 269.

874. S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, thèse Paris II, 2018, p. 130, n° 112 ; dans le même sens, J. BASEDOW, « The Law of Open Societies : Private Ordering and Public Regulation of International Relations : General Course on Private International Law », *op. cit.*, p. 50-51, n° 20.

875. Voir ainsi p. ex. le règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, le règlement (CE) n° 1896/2006 du

Parmi les facteurs de complication propres aux litiges internationaux, peuvent être cités : une plus grande difficulté d'accès au juge ; l'absence de connaissance préalable du droit applicable ; l'absence de familiarité avec le système judiciaire ou le droit étranger, ce qui peut nécessiter le recours à un avocat étranger et rend les parties davantage sujettes à des erreurs procédurales ou tactiques ; le coût procédural très souvent plus élevé d'un procès international comparativement à un procès interne, en raison notamment du recours à un avocat qui n'aurait sinon pas été consulté, de frais de traduction, de la signification ou notification d'actes ou du recueil de preuves à l'étranger ; l'allongement de la durée de la procédure ; les éventuels problèmes de litispendance et de connexité internationales et de reconnaissance et d'exécution de la décision rendue⁸⁷⁶.

C. Proposition de synthèse

La généralité et la multiplicité des spécificités susceptibles d'affecter les situations internationales permettent à notre sens de remettre en cause l'opinion selon laquelle les situations internationales auraient par principe une nature similaire aux situations internes et qu'elles présenteraient seulement par exception certaines spécificités devant être prises en charge par un traitement différencié⁸⁷⁷. Il nous semble en effet qu'il n'existe guère de situation internationale qui ne présente pas au moins une difficulté propre et qui n'appelle pas de ce fait un traitement au moins partiellement différent des situations internes. En effet, ne serait-ce que d'un point de vue procédural, il nous semble que la majorité des litiges internationaux présenteront toujours au moins une spécificité qui demandera l'application d'au moins une règle de droit spécifique à cette catégorie de litiges. Identifier une situation internationale qui puisse *en tout point* être régie comme une situation interne parce qu'elles présenteraient une nature rigoureusement identique nous semble donc délicat ; dès lors que la situation présente un élément d'extranéité pertinent, il y a de fortes probabilités que ce dernier donne naissance à un quelconque besoin de réglementation spécifique. Le principe est donc pour nous celui de la différence de nature au moins partielle entre situations internes et internationales.

Cette conclusion doit toutefois être bien comprise : l'originalité de nature affectant la situation internationale et entraînant un besoin spécifique de réglementation ne se manifesterait bien

Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer, le règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges, le règlement (UE) n° 655/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale, le règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale, le règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (« signification ou notification des actes »), et abrogeant le règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil.

876. Pour tous ces différents aspects, voir A. PARRISH, « Judicial Jurisdiction : The Transnational Difference », *Va. J. Int'l L.* (59) 2019, p. 48 ; C. BUTRUILLE-CARDEW, « Le couple et la mondialisation », *AJ fam.* 2008, p. 67 s. ; COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne d'injonction de payer (présentée par la Commission)*, *op. cit.*, p. 6.

877. Voir *supra*, p. 204 s.

souvent que relativement à un aspect de la situation : elle ne signifie pas que les situations internationales doivent toujours, et en tout point, bénéficier d'un traitement différent de celui des situations internes. C'est l'adoption d'un point de vue englobant tous les aspects (conflictuel, matériel, procédural) du régime de la situation internationale qui nous permet de conclure à la différence de nature de principe des situations internationales ; une vision seulement partielle, se limitant à l'un de ces aspects, permettrait au contraire d'identifier un nombre bien plus important de cas d'absence de spécificité de nature de l'internationalité.

La question de la nature des situations internationales par rapport aux situations internes ayant été traitée, il est désormais possible d'établir précisément dans quelle mesure une différence de traitement entre situations internes et internationales paraît justifiée.

§ 2. La légitimité de la différence de traitement entre situations internes et internationales

Ainsi que nous l'avons vu⁸⁷⁸, le traitement spécifique de l'internationalité peut revêtir différentes formes. D'un point de vue conflictuel, il peut résulter de l'adoption d'une règle de compétence juridictionnelle spécifique, d'une règle de conflit de lois à coloration matérielle ou de l'application de la règle de conflit de lois lorsque celle-ci conduit à un droit étranger. D'un point de vue matériel, il peut résulter de l'adoption de règles matérielles spécifiques ou de l'adaptation du droit matériel applicable par diverses techniques, telles que la prise en compte de l'internationalité en tant que fait. Il a également été vu que certaines règles ou certains régimes propres aux situations internationales ont été ou risquent d'être étendus aux situations internes, car la disparité de traitement entre l'interne et l'international n'est plus considérée comme souhaitable⁸⁷⁹. Cette constatation invite désormais à se positionner de manière générale sur la légitimité d'un traitement spécifique de l'internationalité.

Deux arguments principaux⁸⁸⁰ nous semblent pouvoir être invoqués pour expliquer une différence de traitement entre situations internes et situations internationales, sans qu'il ne soit préjugé de leur légitimité. Le premier tient à l'existence d'une spécificité de la situation internationale par rapport à la situation interne de même type, le second à des considérations de pure politique législative ne prenant en charge aucun besoin propre aux situations internationales.

Certains auteurs ont affirmé que la différence de traitement entre situations internes et internationales serait justifiée lorsqu'elle repose sur une considération spécifique aux situations internationales⁸⁸¹, ou autrement dit, lorsqu'elle a pour objectif de répondre à une spécificité de

878. Voir *supra*, p. 66 s.

879. Voir *supra*, p. 132 s.

880. Dans le même sens, à propos des objectifs poursuivis par les règles matérielles, I. SCHWANDER, *Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht*, Schulthess, Zürich, 1975, p. 423 ; voir aussi, J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 142.

881. P. H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, *op. cit.*, p. 178.

ces situations⁸⁸². Cette affirmation fait directement écho aux développements qui précèdent sur la nature des situations internationales : si la situation internationale présente une spécificité ou un besoin propre, qui fait qu'elle ne saurait se contenter de la réglementation applicable aux situations internes, c'est que sa nature est au moins partiellement différente de celle des situations internes de même type. Les cas de traitement spécifique de l'internationalité qui reposeraient sur ce fondement nous sembleraient dès lors pleinement justifiés. Dans cette optique, nous verrons que la majorité des cas positifs de traitement spécifique de l'internationalité ont bien pour objectif de prendre en charge un besoin particulier de l'internationalité : nous aborderons successivement l'adaptation de la règle de compétence juridictionnelle (A.), le traitement spécifique de l'internationalité résultant de l'application de la règle de conflit de lois (B.) et l'adaptation du droit matériel interne (C.).

A. *L'adaptation de la règle de compétence juridictionnelle*

Les limites apportées au principe d'extension des règles de compétence territoriale interne à l'ordre international, ou autrement dit, l'adaptation des règles de compétence juridictionnelle, se justifient très régulièrement par des considérations propres aux situations internationales⁸⁸³. Ces règles ont en effet été adaptées à l'internationalité de la situation⁸⁸⁴ et elles ont pour objectif de répondre aux exigences propres des litiges internationaux⁸⁸⁵. On peut plus précisément affirmer qu'elles prennent globalement en charge l'incidence de la plurilocalisation du litige sur la compétence des tribunaux internes.

Le fait que le litige présente des points de rattachement avec plusieurs ordres juridiques peut ainsi tout d'abord nécessiter, selon la nature de ces points de rattachement, une adaptation de la règle de compétence juridictionnelle afin de garantir le respect de l'indépendance de la souveraineté des États entretenant un lien avec le litige⁸⁸⁶. Il s'agit à la fois d'assurer que les tribunaux internes puissent connaître des questions touchant à la souveraineté de l'État et d'empêcher ces tribunaux d'empiéter sur la souveraineté concurrente des autres États⁸⁸⁷. Il va de soi que cette problématique ne se rencontre pas dans les litiges purement internes, qui, étant entièrement rattachés à un seul ordre juridique, ne sont pas censés intéresser plusieurs souverainetés étatiques. Il s'agit donc bien d'une difficulté particulière posée par la plurilocalisation des litiges internationaux, qui justifie ainsi pleinement le régime propre instauré sur ce fondement en matière de compétence juridictionnelle.

882. A. BUCHER, « Sur les règles de rattachement à caractère substantiel », *op. cit.*, p. 38 ; dans le même sens, 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*, *op. cit.*, p. 265, n° 538.

883. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 712, n° 700.

884. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé. Tome II*, *op. cit.*, p. 459, n° 674.

885. H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n°s 60, 85.

886. A. HUET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 1.

887. Voir *supra*, p. 72 s.

La plurilocalisation des litiges internationaux permet également d'expliquer et justifier les différentes adaptations apportées à la règle de compétence territoriale interne dans un souci de bonne administration de la justice⁸⁸⁸. Ce sont ici aussi des considérations propres aux litiges internationaux, telles par exemple que la proximité du juge compétent avec les éléments factuels du litige, ou sa meilleure connaissance du droit applicable, qui justifient l'édiction d'une règle de compétence différente pour cette catégorie de litiges. Ces difficultés particulières étant insuffisamment prises en charge par la règle de compétence territoriale interne, qui n'a naturellement pas eu à s'en préoccuper pour les litiges internes qui ne les présentent pas du fait de leur localisation exclusive dans l'ordre juridique interne, la modification de la règle de compétence juridictionnelle apparaît donc ici également pleinement justifiée.

Le fait que les litiges internationaux présentent des liens de rattachement avec plusieurs ordres juridiques explique encore la modification de la règle de compétence territoriale interne, voire la création de nouvelles règles de compétence internationale, afin de s'assurer que les tribunaux internes aient la compétence de pourvoir à la protection du territoire, des personnes qui y vivent et de leurs biens⁸⁸⁹. À titre d'exemple, avaient été identifiées à ce titre les règles de compétence internationale de source nationale en matière de procédures collectives, d'urgence ou de mesures d'assistance éducative. En face de tels litiges intéressant directement les intérêts de l'État, il apparaît justifié que la règle de compétence territoriale interne soit modifiée afin que la présence d'un élément d'extranéité correspondant au chef de compétence qu'elle retient dans sa configuration originale ne fasse pas échapper le litige à la compétence des juridictions internes. Il s'agit donc une fois encore d'une simple prise en charge des conséquences de l'extranéité partielle des litiges internationaux et donc une stricte adaptation de la règle de compétence juridictionnelle aux spécificités de l'internationalité.

L'adaptation de la règle de compétence juridictionnelle peut enfin avoir pour objectif de satisfaire d'autres besoins, plus ponctuels, propres aux litiges internationaux⁸⁹⁰. Il est possible de citer les privilèges de juridiction allemands des § 15 et 23 de la *Zivilprozessordnung*, dont la raison d'être est d'ouvrir un for en Allemagne dans des cas de figure dans lesquels la plurilocalisation du litige empêcherait ou compliquerait à outrance l'accès du demandeur aux tribunaux ; il s'agit donc de compenser de la sorte une difficulté inédite introduite par l'internationalité⁸⁹¹. Peuvent également être classées dans cette catégorie les règles de compétence fondées sur l'idée d'éviter un déni de justice⁸⁹² : c'est en effet une considération purement internationale qui crée ce risque de déni de justice. Celui-ci ne saurait en principe se présenter dans un litige purement interne, à tout le moins dans des pays politiquement stables comme la France ou l'Allemagne, qui disposent de systèmes judiciaires efficaces et impartiaux et dont le droit permet toujours la

888. A. HUET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 1. Voir *supra*, p. 72 s.

889. Voir *supra*, p. 73 s.

890. A. HUET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 1.

891. À propos du § 23, R. PATZINA, « ZPO § 23 Besonderer Gerichtsstand des Vermögens und des Gegenstands », *op. cit.*, n° 1.

892. Voir *supra*, p. 74.

désignation d'un tribunal territorialement et matériellement compétent. Peuvent ainsi être citées les adaptations apportées à la règle de compétence juridictionnelle pour prendre en charge le cas particulier de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers sur le territoire interne, le caractère purement international de cette question justifiant évidemment la mise en place de règles de compétence propres.

Il faut donc en conclure que la grande majorité des cas de traitement spécifique de l'internationalité résultant de la modification de la règle de compétence juridictionnelle applicable aux litiges internes sont justifiées par des difficultés propres aux litiges internationaux. En cela, cette différenciation de régime entre ces deux catégories de litiges nous apparaît comme légitime et ne saurait encourir le grief de rompre le principe d'égalité entre situations internes et internationales dans la détermination de la compétence juridictionnelle. Il convient désormais de voir si une constatation identique peut être faite pour les règles de conflit de lois.

B. L'application de la règle de conflit de lois

La plurilocalisation des situations internationales et la vocation concurrente de plusieurs lois étatiques à les régir permettent de justifier la possibilité d'application d'un droit étranger à ces situations en application de la règle de conflit de lois (1.). Le cas des règles de conflit de lois à coloration matérielle doit toutefois être distingué, car le fait qu'elles incluent un objectif de droit matériel dans leur présupposé nous conduira à les considérer comme instaurant une différence de traitement justifiée entre situations internes et internationales dans la stricte mesure où elles se cantonnent à la prise en charge des difficultés propres à l'internationalité (2.).

1. La soumission à un droit étranger

La soumission de la situation internationale à un droit étranger par application de la règle de conflit de lois doit en principe être considérée comme instaurant une différence de traitement justifiée entre situations internes et internationales (a.). Cela ne vaut toutefois que sous la réserve d'une pertinence suffisante du facteur de rattachement employé par la règle de conflit de lois et sur la base duquel s'opère le départ entre situations soumises au droit interne et situations soumises au droit étranger (b.).

a. La conformité de principe au principe d'égalité

La règle de conflit de lois induit en principe un traitement matériel identique des situations internes et internationales lorsqu'elle conduit à l'application de la loi interne⁸⁹³. Elle entraîne en revanche une différence de traitement⁸⁹⁴ entre les situations internes du for et les situations

893. Voir *supra*, p. 58 s.

894. Ce raisonnement en termes de différence de traitement a été adopté dans quelques décisions, voir p. ex. les arrêts CEDH, 9 mars 2010, *Ammjadi c. Allemagne*, aff. 51625/08; CEDH, 4 oct. 2012, *Harroudj*, aff. 43631/09, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 146, note S. CORNELOUP; *JCP G* 2012, 1145, note G. GONZALEZ; *ibid.* 2013, 64, obs. F.

internationales lorsqu'elle conduit à l'application d'une loi étrangère pour les situations internationales, sauf à envisager l'hypothèse peu probable dans laquelle le contenu du droit interne et celui du droit étranger seraient rigoureusement identiques. Il est donc possible de s'interroger sur la légitimité de cette différence de traitement et sur son éventuelle incompatibilité avec le principe d'égalité, dès lors que l'on est en présence de situations internes et internationales qui ne diffèrent que par leur localisation géographique⁸⁹⁵.

À notre connaissance, les tribunaux français et allemands, la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme n'ont jamais été confrontés directement à la question de la justification de différence de traitement entre situations internes et internationales; les éléments de réponse que l'on peut tirer de la jurisprudence résultent donc d'une certaine extrapolation. À cet égard, peut tout d'abord être citée une décision rendue dans les années 1950 par la Cour constitutionnelle de Bavière (*Bayerischer Verfassungsgerichtshof*), dans laquelle celle-ci a jugé que « l'application généralisée et sans aucune exception du droit interne à tous les rapports de droit devant être jugés dans un État contredirait [...] au plus haut point le principe d'égalité »⁸⁹⁶. En d'autres termes, serait contraire au principe d'égalité l'application systématique du droit interne aux situations internationales. On peut donc en tirer *a contrario* qu'il ne saurait être fait grief à la règle de conflit de lois de conduire parfois à l'application du droit étranger et qu'il s'agirait même d'une solution commandée par le principe d'égalité⁸⁹⁷.

La Cour européenne des droits de l'homme a également été confrontée à la question, non pas directement de la distinction entre situations internes et internationales, mais de celle entre la situation d'une personne ayant une nationalité étrangère – et se trouvant donc de ce fait dans une situation internationale soumise à un droit étranger – et d'une personne ayant la nationalité du for – et se trouvant donc en principe dans une situation interne soumise au droit interne. Il existe

SUDRE; *RTD civ.* 2013, p. 105, obs. J. HAUSER; *AJ fam.* 2012, p. 546, obs. A. BOICHÉ; *Dr. fam.* 2012, comm. 187 par M. FARGE; *Procédures* 2012, comm. 327 par N. FRICERO, et par quelques auteurs comme P. KINSCH, « Sur la question de la discrimination inhérente aux règles de conflit de lois. Développements récents et interrogations permanentes » in *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, G. Giappichelli Editore, Turin, 2014, p. 202, à propos de la lecture faite des arrêts *Ammjadi c. Allemagne* et *Harroudj c. France*; M.-P. PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, PUAM, Aix-en-Provence, 2003, p. 184, n° 353.

895. P. KINSCH, « Sur la question de la discrimination inhérente aux règles de conflit de lois. Développements récents et interrogations permanentes », *op. cit.*, p. 195.

896. En langue originale, « Die ausnahmslose und unterschiedslose Anwendung des eigenen Rechts auf alle in einem Staat zu beurteilenden Rechtsverhältnissen würde [...] den Gleichheitssatz in stärkstem Maße zuwiderlaufen ». Traduction libre. Cette décision est citée par H.-P. MANSEL, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität. International-privat- und verfahrensrechtliche Untersuchung zu Mehrstaatern, einer Ausweichklausel für die Staatsangehörigkeitsanknüpfung und zum innerdeutschen Kollisionsrecht*, C.H. Beck, München, 1988, p. 47.

897. W. WENGLER, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *art. cit.*, p. 221, 226; J. MEEUSEN, « Le droit international privé et le principe de non-discrimination » in *Rec. cours La Haye*, vol. 353, 2012, p. 38; F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 272, n° 189; E. LORENZ, « Die Reform des deutschen IPR. Bemerkungen zu ihren Grundlagen », *ZRP* 1982, p. 149; H.-P. MANSEL, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität. International-privat- und verfahrensrechtliche Untersuchung zu Mehrstaatern, einer Ausweichklausel für die Staatsangehörigkeitsanknüpfung und zum innerdeutschen Kollisionsrecht*, *op. cit.*, p. 48.

deux décisions récentes de la Cour⁸⁹⁸ auxquelles M. Kinsch en particulier s'est intéressé⁸⁹⁹, dans lesquelles un requérant, se trouvant dans une situation internationale du fait de sa nationalité étrangère – ou de celle de la personne pour le compte de laquelle il agissait – et se voyant de ce fait refuser le traitement matériel prévu par le droit interne, a tenté de se positionner sur le fondement du principe d'égalité pour obtenir le bénéfice de ce traitement interne.

La plus intéressante pour notre propos est la décision *Ammjadi c. Allemagne* du 9 mars 2010, seule à contenir une réponse spécifique de la Cour sur le fondement de l'article 14 CEDH relatif au principe de non-discrimination. La Cour reconnaît qu'il existe une différence de traitement « [resulting] from the fact that both the applicant and her former husband had Iranian nationality and that on this ground [...] the application of German law [was excluded] », mais elle juge que « the differentiation for all family issues according to nationality [...] is a well-known principle which aims at protecting a person's close connection with his or her home country. Therefore, [...] the decisiveness of a person's nationality cannot be considered to be without "objective and reasonable justification" ». Autrement dit, s'il existe bien une différence de traitement entre la situation d'une personne régie par la loi étrangère et celle d'une personne régie par la loi interne, cette différence ne saurait être considérée comme injustifiée et donc constitutive d'une discrimination dès lors que le facteur de rattachement de la règle de conflit de lois est raisonnable, comme l'était la nationalité en l'espèce⁹⁰⁰. Nous reviendrons sur cette réserve⁹⁰¹.

Tout comme en jurisprudence, la règle de conflit de lois, en ce qu'elle peut conduire à l'application d'un droit étranger, est majoritairement considérée en doctrine comme ne créant pas de différence de traitement injustifiée entre situations internes et internationales⁹⁰². Elle serait même le meilleur moyen d'assurer le respect du principe d'égalité entre ces deux catégories de situations⁹⁰³. Peut en effet être considéré que le principe d'égalité commande de ne pas appliquer le droit interne à une situation internationale lorsque l'élément d'extranéité introduit une

898. CEDH, 9 mars 2010, *Ammjadi c. Allemagne*, aff. 51625/08; CEDH, 4 oct. 2012, *Harroudj*, aff. 43631/09, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 146, note S. CORNELOUP; *JCP G* 2012, 1145, note G. GONZALEZ; *ibid.* 2013, I, 64, obs. F. SUDRE; *RTD civ.* 2013, p. 105, obs. J. HAUSER; *AJ Famille* 2012, p. 546, obs. A. BOICHÉ; *Dr. famille* 2012, comm. 187 par M. FARGE; *Procédures* 2012, comm. 327 par N. FRICERO.

899. P. KINSCH, « Sur la question de la discrimination inhérente aux règles de conflit de lois. Développements récents et interrogations permanentes », *op. cit.*, p. 195 s.

900. *Ibid.*, p. 199.

901. Voir *infra*, p. 217 s.

902. J. MEEUSEN, « Le droit international privé et le principe de non-discrimination », *op. cit.*, p. 38; F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 272, n° 189; M. FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré » in *Rec. cours La Haye*, vol. 253, 1995, p. 127, n° 73.

903. W. WENGLER, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *art. cit.*, p. 221, 226; E. LORENZ, « Die Reform des deutschen IPR. Bemerkungen zu ihren Grundlagen », *art. cit.*, p. 149.

différence importante entre ces deux catégories de situations⁹⁰⁴, ce que permet l'application de la règle de conflit de lois en désignant une loi étrangère pour régir la situation internationale.

Plusieurs arguments ont été avancés au soutien de la conformité au principe d'égalité de la règle de conflit de lois. Tout d'abord, d'un point de vue formel, le fait qu'une même règle de conflit de lois soit appliquée à toutes les situations⁹⁰⁵ et qu'elle désigne de manière aveugle la loi applicable, sans prendre en compte son origine ou son contenu⁹⁰⁶, suffirait à la mettre à l'abri du grief de discrimination. Ensuite, la différence de traitement subséquente à l'application de la règle de conflit de lois, lorsque cette dernière conduit à l'application d'un droit étranger pour la situation internationale, résulterait d'une divergence des règles matérielles applicables et non de la règle de conflit elle-même ; comme ces règles matérielles émanent de législateurs différents, elles ne pourraient être confrontées pour l'application du principe d'égalité, qui ne vaut que vis-à-vis des normes issues d'un même ordre juridique⁹⁰⁷. Autrement dit, la règle de conflit de lois ne serait pas à l'origine de la différence de traitement observée : cette divergence serait préexistante et résulterait de la diversité des législations étatiques, que la règle de conflit de lois aurait justement pour objet de prendre en charge⁹⁰⁸. Comme la règle de conflit de lois ne ferait que révéler cette différence de traitement, elle ne serait pas contraire au principe d'égalité⁹⁰⁹.

Enfin, en opportunité, si l'on devait systématiquement considérer qu'il existe une différence de traitement injustifiée lorsqu'une situation internationale est soumise à une loi étrangère et une situation interne de même type à la loi interne, le résultat en serait l'application généralisée de la *lex fori* afin de rétablir la prétendue égalité de traitement, ce qui signerait la fin de la méthode conflictuelle⁹¹⁰. Or, l'hypothèse d'une application généralisée de la *lex fori* aux situations internes et internationales, en plus d'avoir été censurée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande⁹¹¹, a également été critiquée en doctrine en ce qu'« une situation juridique [...] lo-

904. H.-P. MANSSEL, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität. International-privat- und verfahrensrechtliche Untersuchung zu Mehrstaaten, einer Ausweichklausel für die Staatsangehörigkeitsanknüpfung und zum innerdeutschen Kollisionsrecht*, *op. cit.*, p. 48. Nous reviendrons sur cette réserve, à laquelle nous adhérons ; en ce sens également, E. LORENZ, « Die Reform des deutschen IPR. Bemerkungen zu ihren Grundlagen », *art. cit.*, p. 150.

905. P. KINSCH, « Sur la question de la discrimination inhérente aux règles de conflit de lois. Développements récents et interrogations permanentes », *op. cit.*, p. 196 ; nuancant toutefois partiellement la portée de cet argument, T. KÖRBER, *Grundfreiheiten und Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, p. 475-476.

906. J. MEEUSEN, « Le droit international privé et le principe de non-discrimination », *op. cit.*, p. 38.

907. P. KINSCH, « Principe d'égalité et conflits de lois », *Trav. com. fr. DIP 2002-2004*, p. 124 ; dans le même sens, U. DROBNIG, « Verstösst das Staatsangehörigkeitsprinzip gegen das Diskriminierungsverbot des EWG-Vertrages ? », *RabelsZ* 1970, p. 643 ; T. KÖRBER, *Grundfreiheiten und Privatrecht*, *op. cit.*, p. 464 ; M. FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré », *op. cit.*, p. 123, n° 69.

908. M.-P. PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, *op. cit.*, p. 187, n° 364.

909. *Idem*, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, *op. cit.*, p. 188-189, n° 367 ; en ce sens également, J. MEEUSEN, « Le droit international privé et le principe de non-discrimination », *op. cit.*, p. 91.

910. W. WENGLER, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *art. cit.*, p. 519 ; dans le même sens, P. KINSCH, « Sur la question de la discrimination inhérente aux règles de conflit de lois. Développements récents et interrogations permanentes », *op. cit.*, p. 196.

911. Voir l'arrêt précité.

calisée à l'étranger [...] diffère de manière substantielle d'une situation localisée dans l'État du for, ce qui justifie (et impose) l'application d'une loi différente »⁹¹².

Il nous semble donc que l'éventuelle différence de traitement entre situations internes et internationales qui résulterait de l'application de la règle de conflit de lois doit être considérée comme étant justifiée par la plurilocalisation de la situation internationale, qui l'originalise par rapport aux situations purement internes⁹¹³. La mise en place d'une règle de conflit de lois permettant l'application d'un droit étranger pour résoudre le problème de la vocation concurrente de différentes lois étatiques à s'appliquer ne fait donc que prendre en charge une difficulté posée par les situations internationales du fait de leur internationalité. C'est la raison pour laquelle la possible application d'une loi étrangère aux situations internationales par le jeu de la règle de conflit de lois ne saurait être considérée, outre les arguments formels qui ont été évoqués, comme instituant une différence de traitement injustifiée entre situations internes et internationales. Il convient toutefois d'apporter une réserve à cette affirmation.

b. La réserve de la pertinence du facteur de rattachement

M. Kinsch a fait remarquer à propos de la décision *Ammdjadi c. Allemagne* précitée que « c'est uniquement parce que la nationalité apparaît comme un facteur de distinction pertinent et raisonnable » que la requête a été rejetée par la Cour et que la différence de traitement entre situations soumises au droit interne et situations soumises au droit étranger a été considérée comme justifiée⁹¹⁴. *A contrario*, cela signifie que pourrait être reconnue comme instaurant une différence de traitement injustifiée entre situations internes et internationales l'application d'une loi étrangère à une situation internationale en vertu de la règle de conflit de lois, lorsque cette application repose sur un facteur de rattachement non pertinent.

À cet égard, la doctrine s'est essentiellement interrogée sur la pertinence de l'emploi du facteur de rattachement de la nationalité par la règle de conflit de lois, particulièrement en lien avec les libertés de circulation européennes, concluant qu'il ne pouvait être exclu que ce facteur de rattachement puisse être considéré comme discriminatoire au regard de certaines règles de droit international privé⁹¹⁵. A ainsi par exemple été critiqué l'emploi de ce rattachement en matière

912. P. KINSCH, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 318, 2005, p. 113, n° 79.

913. En ce sens, H.-P. MANSEL, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität. International-privat- und verfahrensrechtliche Untersuchung zu Mehrstaaten, einer Ausweichklausel für die Staatsangehörigkeitsanknüpfung und zum innerdeutschen Kollisionsrecht*, *op. cit.*, p. 48.

914. P. KINSCH, « Sur la question de la discrimination inhérente aux règles de conflit de lois. Développements récents et interrogations permanentes », *op. cit.*, p. 199.

915. J. MEEUSEN, « Le droit international privé et le principe de non-discrimination », *op. cit.*, p. 46.

de capacité des personnes physiques⁹¹⁶, de conditions de fond du mariage⁹¹⁷ et de loi applicable au contrat⁹¹⁸.

À titre d'exemple, G. Beitzke citait déjà un demi-siècle avant la décision *Ammdjadi c. Allemagne* le cas dans lequel deux droits différents seraient appliqués à deux victimes blessées dans un même accident en raison du fait que l'une des victimes possède la même nationalité que l'auteur du dommage; ce cas constituait pour lui une différence de traitement arbitraire entre la situation des deux victimes⁹¹⁹. La justification de cette affirmation tient certainement dans l'idée que la nationalité ne constitue pas ici un élément pertinent permettant de justifier qu'une différence de traitement soit instaurée relativement à la loi applicable entre deux personnes se trouvant dans une situation au demeurant factuellement identique. Il reste néanmoins que la doctrine majoritaire semble aujourd'hui réticente à admettre que les règles de conflit de lois employant le rattachement de la nationalité contreviennent au principe d'égalité⁹²⁰.

Admettre la réserve de la pertinence du facteur de rattachement de la règle de conflit de lois signifierait concrètement que lorsque le facteur de rattachement a été choisi parce qu'il semblait le mieux à même de localiser le siège du rapport de droit, aucune censure ne saurait normalement être encourue sur le terrain du principe d'égalité, en raison de la pertinence en principe indiscutable de ce facteur de rattachement. De ce fait, la règle de conflit bilatérale classique sera dans la grande majorité des cas peu suspecte, à tout le moins lorsque son rattachement a été déterminé par une approche localisatrice et n'a pas pour objet de promouvoir une politique législative⁹²¹.

En revanche, lorsque le législateur poursuit un objectif évident de politique législative à travers la règle de conflit de lois et tente particulièrement par le biais de celle-ci d'imposer de manière la plus large possible l'application de son propre droit par la sélection d'un ou de plusieurs facteurs de rattachement d'une pertinence tout à fait secondaire⁹²², dans l'idée de ce qui existe dans les phénomènes de tourisme législatif, il ne serait pas impossible de reconnaître une différence de traitement injustifiée entre la situation internationale se retrouvant soumise de manière exorbitante au droit interne et les situations internes. L'élément d'extranéité correspondant

916. U. DROBNIG, « Verstösst das Staatsangehörigkeitsprinzip gegen das Diskriminierungsverbot des EWG-Vertrages? », *art. cit.*, p. 649; G. FISCHER, « Gemeinschaftsrecht und kollisionsrechtliches Staatsangehörigkeitsprinzip » in *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, sous la dir. de Chr. von BAR, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, 1991, p. 166 s.

917. J. MEEUSEN, « Le droit international privé et le principe de non-discrimination », *op. cit.*, p. 76.

918. U. DROBNIG, « Verstösst das Staatsangehörigkeitsprinzip gegen das Diskriminierungsverbot des EWG-Vertrages? », *art. cit.*, p. 657; G. FISCHER, « Gemeinschaftsrecht und kollisionsrechtliches Staatsangehörigkeitsprinzip », *op. cit.*, p. 171.

919. G. BEITZKE, *Grundgesetz und Internationalprivatrecht. Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 3. März 1961*, de Gruyter, Berlin, 1961, p. 22; de même, G. FISCHER, « Gemeinschaftsrecht und kollisionsrechtliches Staatsangehörigkeitsprinzip », *op. cit.*, p. 175.

920. J. MEEUSEN, « Le droit international privé et le principe de non-discrimination », *op. cit.*, p. 90; voir aussi, T. KÖRBER, *Grundfreiheiten und Privatrecht*, *op. cit.*, p. 467.

921. Voir à ce propos, prenant par exemple le cas des délits spéciaux, L. D'AVOUT, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, p. 138-140, n° 63.

922. Voir *infra*, p. 224 s.

au facteur de rattachement devrait en effet être à même d'expliquer que la situation soit soumise à un droit étranger, ce qui ne sera en principe pas le cas lorsque ce facteur de rattachement est d'une importance très secondaire. À cet égard, ce sont donc très majoritairement les règles de conflit de lois à coloration matérielle, qu'elles soient bilatérales ou unilatérales, qui peuvent être suspectées, car la probabilité qu'elles emploient des facteurs de rattachement peu pertinents – notamment celui de la *lex fori* – y est plus grande que pour une règle de conflit de lois à rattachement unique.

En conclusion, la différence de traitement entre situations internes et internationales qui résulte du fait que la règle de conflit de lois peut entraîner l'application d'une loi étrangère à la situation internationale alors que la situation interne reste en principe soumise au droit interne, ne nous semble pas par principe encourir de critique. Cette différence de traitement est en effet justifiée par le rattachement que la situation internationale entretient, à la différence de la situation interne, avec l'ordre juridique étranger dont la loi a été désignée, sous réserve que le facteur de rattachement qui a conduit à cette loi soit suffisamment pertinent. Dans le cas contraire, l'application de la loi étrangère perd en effet sa justification et conduit donc à une différence de traitement injustifiée entre situations internes et internationales.

2. La poursuite d'objectifs matériels

W. Wengler affirmait à propos des règles de conflit de lois à rattachement alternatif ou cumulatif que « quelle que soit la position prise, l'ordre juridique du for introduit une disparité dans le régime des contrats [ou plus généralement, des situations juridiques] suivant qu'ils comportent ou non des éléments internationaux »⁹²³. Cette disparité de régime tient à ce que la règle de conflit de lois alternative fait prévaloir la loi la plus libérale et à ce que la règle de conflit de lois cumulative fait prévaloir la loi la plus restrictive : la règle de conflit de lois à rattachement alternatif augmente donc la probabilité de l'établissement ou de la validation d'une situation internationale comparativement à une situation interne, alors que la règle de conflit de lois à rattachement cumulatif diminue cette probabilité⁹²⁴. W. Wengler justifiait cette affirmation de manière quasi-mathématique, considérant que la probabilité que la situation soit validée selon l'une des lois désignées par la règle de conflit s'additionne à la probabilité qu'elle soit validée par l'autre ou les autres loi(s) également désignée(s)⁹²⁵.

L'affirmation selon laquelle l'application de la règle de conflit de lois à coloration matérielle tend à créer une différence de traitement entre situations internes et internationales ne nous semble guère discutable lorsque que l'on raisonne comme W. Wengler de manière abstraite. On peut en effet considérer, sans prise en compte du contenu des lois désignées, qu'une règle de

923. W. WENGLER, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *art. cit.*, p. 223.

924. En substance, *idem*, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *art. cit.*, p. 223-224; dans le même sens, sur la règle de conflit de lois alternative, J. MEEUSEN, « Le droit international privé et le principe de non-discrimination », *op. cit.*, p. 102.

925. W. WENGLER, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *art. cit.*, p. 224.

conflit de lois à rattachement alternatif instaure systématiquement un régime plus favorable à l'égard des situations internationales, par le fait même de donner potentiellement le choix entre plusieurs lois applicables.

La question se pose toutefois de savoir si l'on ne devrait pas prendre en compte une autre donnée de nature à modifier ou affiner la caractérisation de cette différence de traitement, à savoir le contenu des lois désignées par la règle de conflit. En prenant le contenu de la *lex fori* comme point de comparaison, en ce qu'il donne le régime applicable aux situations internes, l'application d'une règle de conflit à rattachement alternatif peut ainsi concrètement mener à trois résultats différents : à une égalité de traitement entre situations internes et internationales lorsque la *lex fori* est applicable – lorsqu'une loi étrangère également favorable est appliquée, l'égalité de traitement, à défaut d'être formelle, est au moins existante au regard de l'intensité de la politique de faveur poursuivie – ; à un traitement matériellement plus favorable de la situation internationale ou à un traitement matériellement plus favorable de la situation interne. De même, l'application de la règle de conflit de lois à rattachement cumulatif peut aboutir à trois résultats : à la prévalence totale de la *lex fori*, plus stricte, à celle d'une loi étrangère, plus stricte, ou à une application combinée des dispositions les plus strictes de ces deux lois. Il nous semble donc possible de nuancer l'affirmation selon laquelle l'application d'une règle de conflit de lois à coloration matérielle a systématiquement pour effet de placer les situations internationales dans une situation différente des situations internes.

Cela étant posé, il est désormais possible de s'interroger sur la légitimité de l'instauration d'un traitement différent entre situations internationales et situations internes par la règle de conflit de lois à coloration matérielle. Certains auteurs ont soutenu que la règle de conflit de lois à coloration matérielle permettrait d'apporter une solution aux difficultés spécifiques de la vie juridique internationale⁹²⁶ et que la politique matérielle qu'elle poursuit est justifiée par un besoin spécifique des situations internationales⁹²⁷. Comme nous le verrons, ces affirmations nous semblent trop générales et c'est donc avec raison qu'a été dénoncé le manque partiel de justification du traitement de faveur instauré par ces règles pour les situations internationales⁹²⁸. Deux cas de figure doivent être distingués. La règle de conflit de lois à coloration matérielle nous semble seule justifiée lorsqu'elle repose sur des considérations propres aux situations internationales⁹²⁹, ou autrement dit, lorsqu'elle a pour objectif de prendre en charge des difficultés naissant de l'internationalité et que ne connaissent pas les situations purement internes (a.). Au

926. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, op. cit., p. 142.

927. 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*, op. cit., p. 249, n° 507.

928. H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général », op. cit., p. 237, n° 228.

929. Voir déjà J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, op. cit., p. 142 ; 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*, op. cit., p. 265, n° 538.

contraire, lorsque le traitement spécifique instauré par la règle de conflit de lois à coloration matérielle ne correspond à aucune spécificité ou aucun besoin particulier de l'internationalité, il nous semble que la différence de traitement entre situations internes et internationales qui en résulte est injustifiée (b.).

a. La prise en charge exclusive des spécificités de l'internationalité

Parmi toutes les règles de conflit de lois à coloration matérielle des droits français et allemand identifiées au début de ce travail⁹³⁰, seule une minorité d'entre elles nous semble se limiter à la stricte prise en charge d'une difficulté spécifique aux situations internationales. L'exemple le plus évident d'une telle prise en charge est peut-être, au moins de prime abord, celui de la règle de conflit de lois alternative en matière de forme des actes juridiques, dont on a fait remarquer qu'elle vise à compenser la plus grande difficulté à respecter les conditions de validité formelle dans un contexte international⁹³¹. Cette règle permettrait plus particulièrement de « compenser l'incertitude quant à la localisation et [...] limiter le nombre des nullités formelles »⁹³².

Si cette règle de conflit de lois semble donc effectivement répondre à une spécificité propre aux situations internationales, encore faut-il toutefois ne pas dépasser ce qui est strictement nécessaire à la résolution des difficultés particulières présentées par les situations internationales comparativement aux situations internes de même type. La règle de conflit de lois à coloration matérielle entraînerait sinon une sorte de « discrimination à rebours » par l'instauration d'un régime plus favorable aux situations internationales qu'aux situations internes⁹³³. Or, le droit positif montre justement qu'il est possible d'adopter, dans un même domaine, une règle de conflit de lois à coloration matérielle mesurée et une autre qui est si peu raisonnable qu'elle conduit à instaurer une différence de traitement injustifiée au profit des situations internationales.

La solution raisonnable est celle de l'article 11 EGBGB et de l'article 11 § 1 et 2 du règlement Rome I, qui prévoient deux ou trois rattachements alternatifs (loi applicable au fond de l'acte, loi du lieu de conclusion, et pour les contrats entre absents dans le règlement Rome I, loi de leur résidence habituelle) permettant de consacrer la validité formelle d'un acte juridique. Le nombre et la qualité des rattachements proposés, qui peuvent conduire jusqu'à un maximum de quatre lois différentes, suffisent amplement à pallier l'insécurité entraînée par l'internationalité relativement aux règles de validité formelle applicables, car il n'y a somme toute pas tant de lois

930. Voir *supra*, p. 75 s.

931. Voir p. ex. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, op. cit., p. 142 ; en ce sens également, M. JORGE, *Les rattachements alternatifs en droit international privé*, thèse Paris I, 1989, p. 62, n° 51.

932. 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*, op. cit., p. 268, n° 545.

933. H. GAUDEMET-TALLON, « L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple des Conventions de La Haye) » in *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, Paris, 1994, p. 190.

entre lesquelles les parties peuvent raisonnablement hésiter. Il est plus que probable qu'elles aient effectivement appliqué l'une des lois prévues par ces articles.

La solution déraisonnable est celle de la convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, qui, en offrant huit rattachements différents, va bien au-delà de ce qui est nécessaire pour pallier l'insécurité engendrée par l'internationalité relativement à la validité formelle des testaments internationaux. Les dispositions de cette convention sont donc en réalité une « manière de placer cet acte dans une situation préférable à celle des actes purement internes »⁹³⁴. Elles introduisent ainsi une différence de traitement injustifiée entre situations internes et internationales.

Hormis certaines règles de conflit de lois relatives à la validité formelle des actes juridiques, peuvent ensuite être considérées comme répondant à un besoin particulier de l'internationalité les règles de conflit de lois à coloration matérielle en matière de capacité juridique et celles qui ont plus généralement pour objet de protéger les contractants de bonne foi⁹³⁵. Le doute sur la loi applicable aux situations internationales, résultant de la vocation concurrente de plusieurs lois à s'appliquer, aboutit en effet à ce que certaines situations internationales « se créent sans que l'une des parties ne puisse se renseigner de manière approfondie pour savoir si toutes les conditions de validité du rapport de droit sont réunies, ou si le cocontractant agit dans la limite des pouvoirs qui sont les siens »⁹³⁶. Cette difficulté, propre à l'internationalité, est alors à même de justifier l'emploi de rattachements alternatifs par les règles de conflit de lois concernées, afin soit de protéger l'incapable, soit d'assurer la « sécurité du commerce juridique » interne⁹³⁷.

W. Wengler cite enfin la règle de conflit de lois alternative permettant au demandeur de choisir, en matière délictuelle, entre la loi du lieu de commission du délit et la loi du lieu de survenance du dommage, à l'image de l'article 40 EGBGB. S'il reconnaît que cette règle de conflit de lois augmente les chances de condamnation du défendeur dans une situation internationale, il refuse d'y voir une différence de traitement injustifiée, dans la mesure où il s'agirait d'un fait incontestable qu'« en étendant ses entreprises au-delà des frontières, on augmente les chances de se heurter à des prohibitions légales »⁹³⁸.

934. Pour cette dernière citation, W. WENGLER, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *art. cit.*, p. 224 ; dans le même sens, H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général », *op. cit.*, p. 237, n° 228.

935. M. JORGE, *Les rattachements alternatifs en droit international privé*, *op. cit.*, p. 60, n° 49.

936. *Ibid.*, p. 59, n° 49.

937. 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*, *op. cit.*, p. 267, n° 543.

938. W. WENGLER, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *art. cit.*, p. 226-227 ; refusant également d'y voir une différence de traitement, au moins sur le fondement de droit de l'Union, J. MEEUSEN, « Le droit international privé et le principe de non-discrimination », *op. cit.*, p. 108 ; T. KÖRBER, *Grundfreiheiten und Privatrecht*, *op. cit.*, p. 512 s. ; M.-P. PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, *op. cit.*, p. 254, n° 507.

Nous pourrions toutefois également analyser cette règle de conflit de lois comme étant sous-tendue par une faveur d'indemnisation pour les victimes qui n'est pas nécessairement la contrepartie d'une plus grande difficulté pour celles-ci à obtenir réparation dans un contexte international que dans un contexte purement interne. L'observation de la règle de conflit de lois de l'article 7 du règlement Rome II qui offre le choix qui vient d'être cité pour les atteintes à l'environnement nous semble confirmer cette idée. Le considérant 25 du règlement explique que le « principe du traitement favorable à la personne lésée » qui se retrouve dans cet article se justifie par le niveau de protection élevé de l'environnement recherché par l'article 174 TFUE. Les motifs de la proposition de règlement précisent que la solution favorise « une politique préventive, obligeant les opérateurs installés dans un pays à faible niveau de protection [à] tenir compte du niveau plus élevé dans les pays voisins »⁹³⁹. Il n'est donc en réalité nulle part mentionné un objectif de prise en charge d'une difficulté particulière de l'internationalité, et pour cause. Si le pays de réalisation du dommage dispose d'un droit à faible niveau de protection, le choix laissé aux victimes entre l'application de la loi du lieu de réalisation du fait générateur du dommage et celle du lieu de réalisation du dommage a pour effet de placer les victimes subissant leur dommage à l'étranger dans une position plus favorable que celle des victimes subissant leur dommage sur le territoire interne, puisque ces dernières resteront assujetties au droit interne à faible niveau de protection, alors que les victimes établies à l'étranger pourront se prévaloir de leur droit à haut niveau de protection, alors pourtant que ces deux catégories de victimes subissent le même dommage.

S'il n'a été question jusqu'à présent que de règles de conflit de lois à rattachement alternatif, il n'est pas exclu que certaines règles à rattachement cumulatif puissent également prendre en charge certaines spécificités de l'internationalité, même si elles sont souvent considérées d'un œil méfiant, en ce qu'elles rendent plus difficile l'obtention d'un certain résultat pour les situations internationales⁹⁴⁰. Ces règles ont toutefois également pour objet de gérer la vocation concurrente de plusieurs lois à s'appliquer à la situation internationale et les différences existant entre les systèmes de conflit de lois des différents États concernés : en prescrivant l'application cumulative de plusieurs – souvent deux – de ces droits, elles évitent « pour le bien même des parties, la formation de relations juridiques boiteuses »⁹⁴¹. La règle de conflit de lois neutre n'est en effet pas nécessairement à même de conduire à ce résultat lorsqu'elle n'est pas unifiée entre les différents États entretenant un lien avec la situation et lorsque le mécanisme du renvoi ne permet pas d'aboutir à une harmonie internationale des solutions. Comme vu précédemment, les situations internationales se caractérisent par la relativité de leur efficacité territoriale et c'est justement pour répondre à cette difficulté que certaines règles de conflit de lois à rattachement cumulatif ont été adoptées⁹⁴².

939. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »)*, COM(2003) 427, 2003, p. 21.

940. Voir *supra*, p. 75 s.

941. W. WENGLER, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *art. cit.*, p. 229.

942. *Ibid.*, p. 230.

Nous semblent ainsi être justifiées par les besoins des situations internationales les quelques règles de conflit de lois cumulatives que nous avons identifiées⁹⁴³ et qui sont relatives à la validité au fond du mariage⁹⁴⁴, à l'octroi du *Versorgungsausgleich*, à l'octroi d'aliments à certaines catégories de personnes et à la délivrance du consentement à l'établissement de la filiation, à l'adoption ou au choix du nom. Pour prendre plus particulièrement l'exemple de cette dernière règle de conflit de lois, figurant à l'article 23 EGBGB, la lecture des travaux préparatoires de la loi introductive au code civil allemand confirme que l'exigence cumulée d'application du droit national de l'adoptant et du droit national de l'enfant a pour objectif de garantir que le droit national de l'enfant ne soit pas frauduleusement écarté et de prévenir l'apparition de situations boiteuses dans un domaine aussi sensible que celui de l'état des personnes⁹⁴⁵.

En conclusion, un certain nombre de règles de conflit de lois à coloration matérielle peuvent être considérées comme instaurant une différence de traitement justifiée entre situations internes et internationales, en ce qu'elles ont pour seul objectif de prendre en charge certaines difficultés spécifiques auxquelles sont confrontées les parties à une situation internationale. Cette constatation est toutefois loin de valoir pour l'ensemble des règles de conflit de lois à coloration matérielle, car nombre d'entre elles ont également pour objectif d'imposer la poursuite d'une politique législative – souvent d'origine interne – dans la réglementation des situations internationales.

b. La poursuite exclusive d'un objectif de politique législative

Un certain nombre d'auteurs ont fait remarquer que les règles de conflit de lois à coloration matérielle sont souvent animées par un strict objectif de politique législative, consistant principalement pour le for à imposer dans la réglementation des situations internationales une politique matérielle qu'il poursuit également en droit interne⁹⁴⁶. L'État cherche ainsi « dans les relations internationales, [à] promouvoir ou faire triompher certaines politiques, ou certains intérêts qu'il juge particulièrement dignes de protection »⁹⁴⁷. Certaines règles de conflit de lois à coloration matérielle de source nationale s'expliquent donc par la volonté du for d'étendre le champ d'application de son droit interne⁹⁴⁸ et sont à ce titre « empreintes de particularisme et

943. Voir *supra*, p. 75 s.

944. En ce sens, W. WENGLER, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *art. cit.*, p. 229.

945. W.-H. ROTH, « Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht », *RabelsZ* 1991, p. 623, n° 1.

946. Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 247, n° 152 ; P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain ; cours général de droit international privé », *op. cit.*, p. 58, n° 45 ; 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*, *op. cit.*, p. 271, n° 548 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général », *op. cit.*, p. 176, n° 161.

947. P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain ; cours général de droit international privé », *op. cit.*, p. 58, n° 43.

948. H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général », *op. cit.*, p. 176, n° 161.

de nationalisme »⁹⁴⁹. Le droit international privé devient « instrument de valorisation du droit interne »⁹⁵⁰.

La légitimité d'un tel comportement de la part du législateur peut être questionnée, car il n'est pas certain que l'internationalité justifie la coloration matérielle de la règle de conflit de lois dans ces hypothèses. Par ailleurs, il convient de préciser que si la règle de conflit de lois à coloration matérielle pourrait sembler de prime abord ne pas créer de traitement spécifique de l'internationalité, puisqu'elle conduit précisément à une extension de l'applicabilité de la *lex fori*, il en va autrement dès lors que l'on inverse la perspective et que l'on observe la règle de conflit de lois à coloration matérielle du point de vue d'un ordre juridique étranger entretenant des liens avec la situation internationale.

Si l'on se place tout d'abord du strict point de vue de l'ordre juridique interne, on peut certes faire remarquer que rien n'interdit au législateur d'intégrer certaines considérations de politique matérielle dans la réglementation des situations internationales dont ses tribunaux seront amenés à connaître. Relativement au contenu des droits internes français et allemand, n'apparaîtraient pas particulièrement choquantes les règles de conflit de lois à coloration matérielle déjà étudiées⁹⁵¹ et qui poursuivent un objectif : de faveur envers les victimes d'un délit ; de protection des parties contractuelles réputées faibles ; d'établissement et de contestation de la filiation ; d'octroi d'aliments ; d'obtention du divorce et de validité au fond et en la forme du mariage. Ce sont en effet tous des objectifs poursuivis ou des valeurs soutenues par le droit des obligations ou le droit de la famille de ces deux pays.

La difficulté est toutefois que l'ordre juridique interne cohabite avec d'autres ordres juridiques étatiques et que ses règles de conflit de lois ont également vocation à être appliquées à des situations internationales qui, en plus d'entretenir des liens avec des ordres juridiques étrangers, n'auront possiblement qu'un faible rattachement avec l'ordre juridique interne. Or, si l'on se place du point de vue de ces ordres juridiques étrangers, il est possible que ceux-ci poursuivent des politiques législatives radicalement différentes de celles du for. Si une situation internationale présentant des liens de rattachement avec un tel ordre juridique étranger devait se retrouver devant les tribunaux du for, elle se verrait appliquer une règle de conflit de lois à coloration matérielle animée par une politique matérielle possiblement contraire à la politique que l'ordre juridique étranger poursuit en droit interne. Ainsi, là où le droit matériel étranger pourrait être particulièrement défavorable à l'obtention d'un certain résultat matériel, la situation pourrait se voir appliquer par le for une règle de conflit de lois à rattachement alternatif qui viendrait, au moins dans l'abstrait, favoriser l'obtention de ce résultat. On comprend donc qu'il ait été reproché à la règle de conflit de lois à coloration matérielle de « cristalliser sur le terrain

949. Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 30, n° 8.

950. *Ibid.*, p. 179, n° 115.

951. Voir *supra*, p. 75 s.

des conflits de lois les divergences existant entre les règles matérielles concurrentes des différents États » lorsqu'elle est employée pour étendre les objectifs de politique législative interne du for⁹⁵². Le risque est de faire naître une situation qui ne serait pas reconnue par l'État avec lequel elle entretient un lien prépondérant⁹⁵³.

Pour illustrer ce propos, il est possible de prendre l'exemple du divorce au sein de l'Union européenne. On sait que l'application combinée des règlements Bruxelles II bis et Rome III aboutit à favoriser grandement l'obtention du divorce dans les situations internationales⁹⁵⁴. Cet objectif est très en phase avec l'évolution récente du droit interne français, qui s'est engagé dans la voie de la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel avec la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Il l'est un peu moins avec le droit interne allemand, qui connaît des causes de divorce plus strictes que le droit français et dont la procédure reste de nature judiciaire. La différence de traitement apparaît toutefois pleinement dans les rapports avec certains États européens ou extra-européens, dont le droit de la famille est davantage imprégné de considérations morales ou religieuses, et qui tendent à restreindre voire interdire l'accès au divorce dans les situations internes à leurs ordres juridiques.

En plus de ne pas suffisamment respecter les singularités des ordres juridiques étrangers en ce qu'elles imposent dans l'ordre international les choix du législateur interne, il nous semble que les règles de conflit de lois à coloration matérielle qui étendent l'application d'une politique législative interne aux situations internationales ne respectent pas suffisamment la nature potentiellement différente de ces dernières. En effet, dès lors que la plurilocalisation, caractéristique majeure des situations internationales, a pour conséquence première de permettre l'application d'une loi étrangère par le jeu de la règle de conflit de lois, c'est que dans le cas d'espèce, l'application de cette loi est considérée comme offrant en principe la meilleure réglementation possible de la situation au regard des rattachements qu'elle présente. L'application de cette loi participe donc au respect du principe d'égalité entre situations internes et internationales en ce qu'il prescrit dans son acception stricte que deux situations différentes ne doivent pas être traitées de manière identique⁹⁵⁵.

Or, dès lors que le droit international privé du for contient une règle de conflit de lois à coloration matérielle qui procède à une extension de la politique législative interne du for dans la réglementation des situations internationales, et que cette règle de conflit de lois est appliquée

952. P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain; cours général de droit international privé », *op. cit.*, p. 58, n° 45.

953. B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité » *in Rec. cours La Haye*, vol. 305, 2003, p. 342, n° 345.

954. L'article 3 du règlement Bruxelles II bis offre en effet le choix entre une pluralité de juridictions compétentes, permettant ainsi aux parties de choisir le juge le plus à même de prononcer le divorce; à cela s'ajoute le règlement Rome III, qui offre une pluralité de lois applicables à ses articles 5 et 8, permettant ainsi également le choix de celle qui sera la plus favorable au divorce. L'article 10 permet en outre de divorcer selon la *lex fori* si le divorce n'est pas permis par la loi normalement applicable.

955. Voir *supra*, p. 213 s.

à une situation internationale qui serait mieux régie par un droit étranger en raison des liens de rattachement prépondérants qu'elle entretient avec cet ordre juridique, elle méconnaît la nature différente de cette situation : son internationalité lui permet en effet d'échapper à l'emprise du droit interne et de ses politiques pour être exclusivement soumise au droit étranger. En appliquant malgré tout indirectement une politique législative interne à cette situation par le biais de la règle de conflit de lois à coloration matérielle, règle qui pourrait d'ailleurs même aller jusqu'à conduire à l'application du droit matériel interne, l'ordre juridique interne fait de la situation internationale qui devrait normalement être soumise au droit étranger un traitement questionnable au regard de l'acceptation stricte du principe d'égalité.

Il nous semble en résumé que toutes les règles de conflit de lois à coloration matérielle qui n'ont pas vocation à répondre exclusivement à un besoin propre de l'internationalité instaurent un traitement spécifique injustifié des situations internationales. C'est pour cette raison que ces règles ne nous apparaissent pas souhaitables dans l'optique d'un traitement égalitaire des situations internes et internationales, d'autant que les problèmes d'égalité qu'elles posent auront tendance à s'accroître quantitativement avec l'augmentation du nombre de situations internationales.

C. *L'adaptation du droit matériel interne*

L'adaptation du droit matériel à l'internationalité peut passer soit par l'adoption de règles matérielles (1°), soit par d'autres techniques plus ponctuelles, consistant notamment en la prise en compte de l'internationalité en tant que fait ou en l'emploi de la technique de l'adaptation⁹⁵⁶ (2°). Quelle que soit la technique employée, l'adaptation matérielle à l'internationalité instaure une différence de traitement justifiée entre situations internes et internationales.

1° Les règles matérielles de droit international privé ont historiquement été élaborées pour tenir compte des besoins spécifiques des situations internationales⁹⁵⁷. Leur contenu prend donc particulièrement en compte le caractère international de la situation⁹⁵⁸ afin de lui donner une réglementation adéquate⁹⁵⁹. Les règles matérielles viennent ainsi corriger, lorsque cela est nécessaire, la nationalisation du traitement de l'internationalité opérée par la règle de conflit de lois, nationalisation qui ne tient pas compte de la spécificité de certaines situations internationales⁹⁶⁰.

956. Voir *supra*, p. 79 s.

957. P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », *op. cit.*, p. 97 ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, *op. cit.*, p. 407, n° 44 ; B. OPPETIT, « Le développement des règles matérielles », *art. cit.*, p. 121 ; E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 147, n° 349 ; G. M. ELKORDY, *Les règles matérielles en droit international privé. Étude du particularisme et de l'universalisme d'une nouvelle méthode*, thèse Toulouse, 1993, p. 35, n° 54.

958. Ph. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, *op. cit.*, p. 16, n° 12 ; B. OPPETIT, « Le développement des règles matérielles », *art. cit.*, p. 125.

959. E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 147, n° 349.

960. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 96.

En ce sens, la création de règles matérielles propres aux situations internationales a pour objectif de pallier le manque de « fonctionnalité internationale » (*internationale Funktionsfähigkeit*) du droit matériel interne, résultant de ce qu'il a été élaboré en première ligne pour les situations purement internes⁹⁶¹. Il peut alors s'agir de pallier l'insuffisance des du droit interne ne proposant pas de normes pour régir une situation internationale donnée⁹⁶² ou dont les normes existantes ne sont pas adaptées aux intérêts politiques, économiques ou sociaux particuliers que mettent en jeu les situations internationales⁹⁶³. Il est en effet des cas dans lesquels le droit matériel interne ne convient pas aux situations internationales parce que l'équilibre des intérêts opéré par la règle de droit n'est pas adapté au contexte international : des considérations tenant à la distance, à la difficulté linguistique, aux particularités du commerce international ou à l'origine étrangère des parties demandent à être prises en compte⁹⁶⁴. Les règles matérielles permettent dès lors de résoudre certaines de ces difficultés propres aux situations internationales.

Ce sont plus particulièrement les contrats commerciaux internationaux qui s'accommoderaient mal de l'application du droit matériel interne et qui nécessiteraient des règles propres en raison des spécificités qu'ils présentent⁹⁶⁵. Les besoins du commerce international appelleraient des règles spécifiques aux contrats internationaux⁹⁶⁶, règles qui mettent en place un régime plus souple que celui applicable aux contrats internes⁹⁶⁷ et qui accordent plus de droits ou de libertés aux parties⁹⁶⁸. Ce sont ainsi par exemple les besoins du commerce international qui ont conduit la jurisprudence française à instaurer au cours du xx^e siècle des solutions spécifiques à la matière internationale en matière de clauses-or et d'arbitrage⁹⁶⁹. Les spécificités des contrats internationaux ont ainsi parfois conduit à l'adoption de règles matérielles contraires à celles alors applicables aux contrats internes⁹⁷⁰. Ce sont également les besoins du commerce

961. I. SCHWANDER, *Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht*, *op. cit.*, p. 424 ; dans le même sens, à propos du manque d'adéquation du droit interne, A. T. von MEHREN, « Special Substantive Rules for Multistate Problems : Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology », *Harv. L. Rev.* 1974, p. 356.

962. I. SCHWANDER, *Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht*, *op. cit.*, p. 419.

963. *Idem*, *Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht*, *op. cit.*, p. 419 ; dans le même sens, E. STEINDORFF, *Sachnormen im internationalen Privatrecht*, *op. cit.*, p. 273.

964. K. SIEHR, *Internationales Privatrecht : deutsches und europäisches Kollisionsrecht für Studium und Praxis*, *op. cit.*, p. 360-361.

965. Voir entre autres P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Y. LOUSSOUARN, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 648, n° 477 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 167, n° 254 ; P. MAYER, V. HEUZÉ et B. RÉMY, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 34, n° 19 ; B. OPPETIT, « Le développement des règles matérielles », *art. cit.*, p. 125 ; G. M. ELKORDY, *Les règles matérielles en droit international privé. Étude de particularisme et de l'universalisme d'une nouvelle méthode*, *op. cit.*, p. 34, n° 51.

966. J.-M. JACQUET, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 85.

967. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 82.

968. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Y. LOUSSOUARN, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 641, n° 475.

969. À propos de la clause-or, E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 148, n° 351.

970. J.-M. JACQUET, « Conflit de juridictions. Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. – Article 17. – Clause attributive de juridiction. – Exigence d'internationalité du litige international. », *art. cit.*, p. 172.

international qui auraient justifié l'émergence d'une *lex mercatoria* adaptée aux spécificités des contrats commerciaux internationaux⁹⁷¹.

S'y ajoutent toutes les règles procédurales propres à la matière internationale⁹⁷², dont on ne peut douter qu'elles prennent effectivement en charge des difficultés propres aux litiges internationaux. Ces difficultés peuvent tout d'abord tenir à ce qu'une partie ou un témoin du procès sont domiciliés à l'étranger. Il faudra alors un régime particulier pour leur signifier ou notifier certains actes de procédure. Dans cette hypothèse en effet, la domiciliation étrangère du destinataire de l'acte entraîne des complications pratiques du fait du franchissement de la frontière imposé aux actes de procédure. Les règles de notification et de signification internes doivent être adaptées afin de « faciliter l'acheminement rapide des actes et de concilier les intérêts respectifs de l'auteur d'un acte et du destinataire [;] [l]e premier ne [devant] pas être empêché de faire valoir ses droits par le fait que le second est à l'étranger et se déroberait à toute communication [tout en s'assurant que] ce dernier a été effectivement informé »⁹⁷³. Une adaptation du droit procédural applicables aux litiges internes est également requise lorsque certaines preuves sont situées à l'étranger, car le juge d'un État ne saurait ordonner le recueil de preuves ou une mesure d'instruction sur le territoire d'un État étranger eu égard à la souveraineté de ce dernier.

D'autres difficultés sont d'ordre plus pratique et tiennent par exemple à l'allongement de l'échelle du temps occasionné par le phénomène de la frontière, qui pourra justifier l'adoption de délais procéduraux plus longs en matière internationale qu'en matière interne. Cet allongement des délais permet en effet de « protéger [l]es personnes victimes d'un éloignement propice à de graves retards dans la transmission des actes de procédure »⁹⁷⁴. De même, l'internationalité du litige, plus particulièrement lorsqu'elle tient à l'extranéité des parties, peut entraîner des coûts en principe inexistantes dans les litiges purement internes, tenant à l'interprétation, à la traduction des pièces de procédure ou au déplacement des parties. C'est pourquoi une aide judiciaire spécifique a été mise en place par la directive *aide judiciaire* pour couvrir ces frais liés au caractère international de la procédure.

L'internationalité a finalement demandé la création d'un régime spécifique de connexité et de litispendance en cas de procédures pendantes dans deux États différents, ainsi que de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers. En effet, les règles de connexité et de litispendance applicables en cas de conflit entre deux procédures internes n'ont pas toujours semblé appropriées pour résoudre le conflit qui opposerait une juridiction interne à une juridiction étrangère, notamment car ces deux juridictions, contrairement aux juridictions d'un même ordre juridique,

971. B. AUDIT, « Qualification et droit international privé », *Droits* 1993, p. 165 s., n^{os} 388 s.; G. M. ELKORDY, *Les règles matérielles en droit international privé. Étude du particularisme et de l'universalisme d'une nouvelle méthode*, op. cit., p. 36, n^o 57.

972. Voir *supra*, p. 81 s.

973. B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., p. 432, n^o 505.

974. A. HUET, *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 583-10 : Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux. – Règles matérielles de procédure internationale. – Notifications internationales. – Durée des délais de procédure, 2019, n^o 78.

ne sauraient en principe être tenues pour interchangeable⁹⁷⁵. Aussi, à titre d'exemple, en matière de litispendance, l'*obligation* du juge interne de se dessaisir au profit d'un autre juge interne n'a-t-elle pas été conservée par le droit international privé commun français pour la matière internationale⁹⁷⁶. La même absence d'interchangeabilité des juridictions explique qu'un jugement étranger soit soumis à un contrôle de régularité dans l'État requis, quand bien même il profiterait initialement d'une reconnaissance de plein droit. La soumission des jugements étrangers à une procédure d'exequatur spécifique s'explique enfin par le fait que l'État requis dispose d'un monopole de contrainte sur son territoire⁹⁷⁷.

Les règles matérielles, qu'elles soient substantielles ou procédurales, sont donc l'exemple topique de l'*adaptation* du droit interne à l'internationalité. Dans la mesure où leur raison d'être est de prendre en charge les besoins spécifiques de l'internationalité, on peut très légitimement présupposer de la légitimité de la différence de traitement qu'elles instaurent entre situations internes et internationales⁹⁷⁸. En effet, ces règles ne se contentent pas uniquement de ne pas créer d'inégalité de traitement injustifiée entre situations internes et internationales, elles viennent même corriger l'inégalité de traitement qui résulte de l'application du droit interne à des situations internationales dont les spécificités sont telles qu'elles ne peuvent se satisfaire pleinement du droit applicable aux situations internes de même type⁹⁷⁹.

2° Les autres techniques d'adaptation matérielle à l'internationalité⁹⁸⁰ peuvent recevoir la même validation de principe que les règles matérielles adoptées pour répondre aux besoins des situations internationales.

Peut tout d'abord être observé que l'adaptation du contenu du droit interne justifiée par l'application successive ou simultanée de différents droits étatiques a naturellement pour objet de répondre à une difficulté spécifiquement internationale. Seules les situations internationales sont en effet en principe susceptibles de se voir appliquer successivement ou simultanément plusieurs lois différentes, les situations purement internes n'étant en principe jamais régies que par la loi interne. Les tensions et incohérences qui résultent de cette pluralité de lois applicables, illustrées par exemple par les hypothèses dans lesquelles une institution de droit étranger – tel un mariage polygamique – doit produire ses effets dans l'ordre juridique du for, sont donc propres aux si-

975. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé, op. cit.*, p. 830, n° 812.

976. Voir pour plus de détails, sur la différence d'effets entre litispendance interne et litispendance internationale en droit international privé commun français, *idem*, *Droit international privé, op. cit.*, p. 835, nos 817-818; par ailleurs, le droit international privé commun allemand procède à une réduction téléologique du § 261 al. 3 n° 1 ZPO pour admettre l'exception de litispendance internationale uniquement dans les cas dans lesquels la décision étrangère a des chances d'être reconnue en Allemagne, voir R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht, op. cit.*, p. 958-959, n° 2688.

977. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé, op. cit.*, p. 897, n° 896.

978. H.-P. MANSEL, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität. International-privat- und verfahrensrechtliche Untersuchung zu Mehrstaaten, einer Ausweichklausel für die Staatsangehörigkeitsanknüpfung und zum innerdeutschen Kollisionsrecht, op. cit.*, p. 48-49.

979. En ce sens, *ibid.*, p. 48-49.

980. Voir *supra*, p. 82 s.

tuations internationales et justifient pleinement les modifications apportées au contenu du droit interne pour en tenir compte.

Dans le même ordre d'idées, la prise en compte de l'internationalité en tant que fait au stade de l'application du droit matériel peut être vue comme un remède à la « disharmonie » ou aux tensions entraînées par la nationalisation du traitement de l'internationalité par la règle de conflit de lois⁹⁸¹. Cette technique permet en effet d'adapter le contenu du droit matériel applicable aux spécificités de l'internationalité⁹⁸² et contribue de ce fait à l'instauration d'un traitement différencié des situations internes et internationales respectueux du principe d'égalité⁹⁸³.

Plus particulièrement, c'est le fait que la situation soit rattachée à plusieurs ordres juridiques, qu'une partie des faits se soit souvent déroulée à l'étranger et que plusieurs lois aient une vocation légitime à s'appliquer qui explique qu'il soit pertinent de modifier parfois l'application ou l'interprétation du droit interne par la prise en compte de l'internationalité – ou plus précisément, d'un droit étranger non appliqué. Ce besoin d'adaptation peut également s'expliquer par le fait que les situations internationales connaissent parfois des circonstances factuelles qui n'existent pas dans la vie juridique interne, ce qui entraîne une inadaptation du droit matériel en ce qu'il a été élaboré pour les situations internes⁹⁸⁴. Il peut par exemple s'agir de prendre en compte le comportement ou les attentes particulières de parties étrangères, leur déficit linguistique, leur éloignement géographique, leur origine culturelle ou certains autres de leurs besoins particuliers⁹⁸⁵.

À titre d'illustration, il est possible de citer l'article 17 du règlement Rome II qui permet de tenir compte en tant que fait, pour évaluer le comportement de la personne dont la responsabilité est invoquée, des règles de sécurité et de comportement du lieu de survenance du fait générateur du dommage. Dans la mesure où l'article 4 § 1 du règlement conduit en principe à l'application de la loi du lieu de survenance du dommage, la prise en compte du contenu de cette loi en tant que fait est absolument essentielle pour une bonne réglementation du délit international dont le fait générateur est intervenu dans un pays étranger, car il ne serait pas opportun d'apprécier, tout du moins exclusivement, le comportement de l'auteur du dommage par rapport à une loi qui n'est pas celle du pays dans lequel il a commis le délit et à laquelle il ne pouvait donc en principe adapter son comportement.

981. H.-J. HESSLER, « Datum-Theorie und Zweistufigkeit des internationalen Privatrechts », *op. cit.*, p. 137; Chr. von BAR et P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht. Band I. Allgemeine Lehren*, *op. cit.*, p. 207, n° 18; dans le même sens, E. LORENZ, « Zur Zweistufentheorie des IPR und zu ihrer Bedeutung für das neue internationale Versorgungsausgleichsrecht », *art. cit.*, p. 646.

982. H.-J. HESSLER, *Sachrechtliche Generalklausel und internationales Familienrecht. Zu einer zweistufigen Theorie des internationalen Privatrechts*, C.H. Beck, München, 1985, p. 171; en ce sens, Chr. von BAR et P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht. Band I. Allgemeine Lehren*, *op. cit.*, p. 209, n° 22.

983. H.-J. HESSLER, *Sachrechtliche Generalklausel und internationales Familienrecht. Zu einer zweistufigen Theorie des internationalen Privatrechts*, *op. cit.*, p. 171.

984. G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht : ein Studienbuch*, *op. cit.*, p. 59, 62.

985. *Idem*, *Internationales Privatrecht : ein Studienbuch*, *op. cit.*, p. 62; K. SIEHR, *Internationales Privatrecht : deutsches und europäisches Kollisionsrecht für Studium und Praxis*, *op. cit.*, p. 361.

En conclusion, la plupart des cas de traitement spécifique de l'internationalité sont justifiés par des considérations ou difficultés propres aux situations internationales. En cela, la différence de régime instaurée au profit de ces situations répond bien à une différence au moins partielle de nature entre les situations internes et internationales. On ne saurait donc reprocher, dans ces hypothèses, au droit international privé d'instaurer une différence de traitement injustifiée entre l'interne et l'international. Bien au contraire, en refusant de soumettre les situations internationales au même régime que celui applicable aux situations internes et en prenant en charge les besoins spécifiques de ces premières situations, il respecte une acception stricte du principe d'égalité qui s'oppose à ce que des situations différentes soient traitées de manière identique.

Peut désormais être posée la question de savoir si le cantonnement de la libre faculté de choix du juge compétent et de la loi applicable aux situations internationales aboutit au même constat d'une différence de traitement justifiée entre situations internes et internationales.

Section II. Le choix du juge compétent et de la loi applicable dans les situations internes

Deux prérogatives sont aujourd'hui encore traditionnellement réservées aux situations internationales : la faculté de choix illimité du juge compétent et celle de choix illimité de la loi applicable⁹⁸⁶. Le cantonnement de ces prérogatives aux situations internationales n'est toutefois plus aussi incontesté et un certain nombre d'auteurs défendent aujourd'hui leur extension aux situations purement internes⁹⁸⁷. Afin de prendre position sur le bienfondé de cette thèse, il s'agira tout d'abord d'identifier les justifications à même de légitimer la reconnaissance de ces prérogatives dans les situations internes (§ 1), avant d'envisager les modalités de cette reconnaissance (§ 2).

§ 1. Les justifications de la reconnaissance d'une faculté de choix

Afin de pouvoir juger de la nécessité et de la pertinence de reconnaître une libre faculté de choix du juge compétent et de la loi applicable dans les situations internes, la question sera tout d'abord posée de savoir si certaines justifications ayant conduit à l'admission de cette faculté dans les situations internationales peuvent aujourd'hui être étendues aux situations internes (1.). Sera ensuite recherchée l'existence d'éventuelles justifications propres aux situations internes (2.).

986. Voir *supra*, p. 86 s.

987. Voir *supra*, p. 135 s.

A. *L'extension des justifications propres aux situations internationales*

Parmi les raisons qui ont conduit à la reconnaissance d'une libre faculté de choix du juge compétent et de la loi applicable aux situations internationales, trois d'entre elles nous semblent être particulièrement pertinentes à analyser dans le cadre d'une réflexion sur l'ouverture de ces prérogatives aux situations internes. Il s'agit des arguments de la prévisibilité (1.), de la neutralité (2.) et de l'adéquation (3.) du juge et de la loi désignés par les parties. Seules les justifications susceptibles d'être étendues aux situations internes seront abordées⁹⁸⁸.

1. *L'argument de la prévisibilité*

Après avoir brièvement rappelé en quoi les conventions attributives de juridiction et de choix de loi applicable permettent la prise en charge des problèmes de prévisibilité du juge compétent et de la loi applicable en matière internationale (a.), il sera vu que les situations internes sont ponctuellement susceptibles de présenter les mêmes difficultés (b.).

a. Présentation de l'argument

1° La reconnaissance de la faculté de choix de la loi applicable dans les contrats internationaux au début du xx^e siècle a très souvent été justifiée par les difficultés inédites que les situations internationales présentent par rapport aux situations internes en matière de prévisibilité de la loi applicable⁹⁸⁹. En raison de la vocation concurrente de plusieurs lois étatiques à

988. Nous ne mentionnons donc pas d'autres fonctions du choix du juge compétent ou de la loi applicable dans les situations internationales. Il a ainsi par exemple été fréquemment soutenu que le choix de la loi applicable est un remède permettant de contrer les difficultés qui peuvent exister à localiser objectivement le contrat et donc à identifier des facteurs de rattachement satisfaisants pour la règle de conflit de lois, voir ainsi Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 411, n° 268 ; G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht : ein Studienbuch*, *op. cit.*, p. 653 ; A. HELLGARDT, « Das Verbot der kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Rechts und das Unionsgrundrecht der Privatautonomie », *RabelsZ* 2018, p. 671, ou encore que la faculté de choix de la loi applicable se justifie en matière contractuelle par un parallèle avec la reconnaissance du principe de l'autonomie de la volonté en droit interne, dont il constitue le pendant, voir ainsi J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 296 ; F. MAULTZSCH, « Parteiautonomie bei reinen Inlandsfällen im Internationalen Privat-, Prozess- und Schiedsverfahrensrecht », *op. cit.*, p. 306 ; U. MAGNUS, « Art 3 Rom I-VO », *op. cit.*, n° 28 ; Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 407, n° 263 ; A. HELLGARDT, « Das Verbot der kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Rechts und das Unionsgrundrecht der Privatautonomie », *art. cit.*, p. 672.

989. P. MAYER, V. HEUZÉ et B. RÉMY, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 519, n° 744 ; J.-M. JACQUET, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 38 ; M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 179, n° 221 ; M. GIULIANO, « La loi applicable aux contrats : problèmes choisis » in *Rec. cours La Haye*, vol. 158, 1978, p. 212 ; Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 103, n° 64 ; P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Lextenso, Paris, 2015, p. 872 ; P. HAMMJE, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *art. cit.*, n° 22 ; S. CORNELOUP, « Grundlagen der Rechtswahl im Familien- und Erbrecht » in *Die Wahl ausländischen Rechts im Familien- und Erbrecht*, sous la dir. d'A. ROTH, Nomos, Baden-Baden, 2013, p. 18 ; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 296 ; R. MOSER,

s'appliquer aux situations internationales, seule une parfaite connaissance de la règle de conflit de lois permet en effet aux parties de prévoir la loi applicable. Or, le contenu et les modalités d'application de la règle de conflit de lois ne sont pas nécessairement connus et encore moins parfaitement maîtrisés par les parties, *a fortiori* lorsque celles-ci ne sont pas des professionnels du droit disposant d'une expérience en matière internationale. Une étude de terrain menée à la fin du xx^e siècle par M. de Boer montre en effet que la plupart des personnes confrontées à un problème de conflit de lois n'y ont jamais réfléchi auparavant et qu'aucune ne donne de réponse correcte au regard de la teneur du droit applicable lorsqu'elles sont questionnées sur la solution qui leur semble adéquate pour résoudre ce conflit⁹⁹⁰. Au regard de ces données, le choix de la loi applicable constitue indéniablement un facteur de sécurité juridique pour les parties⁹⁹¹, en ce qu'il est le moyen de faire « concorder règle de conduite et règle de décision » dans un contexte international⁹⁹².

Le choix de la loi applicable permet de garantir la prévisibilité de la loi applicable de différentes manières. Tout d'abord, il permet d'éviter que la loi applicable ne dépende de l'identité du juge saisi⁹⁹³. Lorsque la règle de conflit de lois n'a pas été uniformisée au niveau international, le juge applique en effet sa propre règle de conflit de lois, dont le contenu peut diverger de celle des autres ordres juridiques avec lesquels la situation entretient des liens. Le choix de la loi applicable permet ensuite de garantir une certaine stabilité et donc prévisibilité de la loi applicable, en ce qu'il exclut l'application de mécanismes de droit international privé tels que la clause de sauvegarde et le renvoi⁹⁹⁴. Il protège enfin contre les effets d'une évolution dans le temps de la localisation du facteur de rattachement, qui expose à un risque de changement de la loi applicable⁹⁹⁵.

2° L'argument de la prévisibilité est également l'un des arguments majeurs avancés pour justifier l'admission des conventions attributives de juridiction en matière internationale. Ces

Vertragsabschluss, Vertragsgültigkeit und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht, *op. cit.*, p. 203 ; M.-Ph. WELLER, N. BENZ et C. THOMALE, « Rechtsgeschäftsähnliche Parteiautonomie », *ZEuP* 2017, p. 265 ; D. P. HENRY, *Kollisionsrechtliche Rechtswahl - Eine Untersuchung ihrer Wirkungen und Grenzen*, Dike, Zürich, St. Gallen, 2009, p. 23 ; F. MAULTZSCH, « Rechtswahl und ius cogens im Internationalen Schuldvertragsrecht », *art. cit.*, p. 67 ; Chr. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étaticisme », *op. cit.*, p. 339, n° 41.

990. T. M. DE BOER, « Facultative choice of law : the procedural status of choice-of-law rules and foreign law » in *Rec. cours La Haye*, vol. 257, 1996, p. 299.

991. Sur cet aspect, J. BASEDOW, « Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts », *RabelsZ* 2011, p. 57 ; M.-Ph. WELLER, N. BENZ et C. THOMALE, « Rechtsgeschäftsähnliche Parteiautonomie », *art. cit.*, p. 265.

992. Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 409, n° 267.

993. J.-M. JACQUET, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 38 ; P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », *op. cit.*, p. 872.

994. C. LISANTI, « La professio juris dans le règlement Successions du 4 juillet 2012 », *Gaz. Pal.* 15 juin 2013, p. 23, n° 13 ; sur ce dernier point également, M.-Ph. WELLER, N. BENZ et C. THOMALE, « Rechtsgeschäftsähnliche Parteiautonomie », *art. cit.*, p. 265.

995. S. CORNELOUP, « Grundlagen der Rechtswahl im Familien- und Erbrecht », *op. cit.*, p. 20.

conventions permettent d'assurer la prévisibilité du juge compétent⁹⁹⁶ et par voie de conséquence également en partie celle de la loi applicable puisque, comme nous venons de le voir, la loi applicable peut dépendre de l'identité du juge saisi. En résolvant le problème de la multiplicité de compétences juridictionnelles, les conventions attributives de juridiction permettent d'éviter que le juge compétent ne soit choisi unilatéralement par le demandeur; elles contrent ainsi les risques de *forum shopping*⁹⁹⁷.

b. Confrontation de l'argument aux besoins des situations internes

L'argument de la prévisibilité pourrait partiellement trouver à s'appliquer aux situations internes, que cela soit sur le terrain de la compétence législative (1°) ou de la compétence juridictionnelle (2°).

1° On pourrait penser que les problèmes de prévisibilité de la loi applicable qui viennent d'être présentés n'existent pas pour les situations purement internes⁹⁹⁸, parce que le droit applicable est parfaitement prévisible pour les parties, en ce que le droit interne est *a priori* le seul qui ait une vocation légitime à régir leur situation. Autrement dit, le droit interne serait capable de fournir aux parties à une situation interne un cadre juridique homogène dans lequel leur relation peut s'inscrire en toute sécurité⁹⁹⁹.

Si cela est incontestable dans la majorité des cas, un cas de figure particulier mérite toutefois une réflexion plus approfondie. Il s'agit de celui dans lequel les parties à une situation interne ont des raisons légitimes de penser que leur situation va s'internationaliser, de sorte qu'elles pourraient vouloir effectuer un choix de loi applicable pour neutraliser par anticipation tout risque d'imprévisibilité lié à un changement de la loi applicable. À titre d'exemple, il a été proposé d'autoriser le choix de la loi applicable dans les instruments négociables internes, en ce qu'il serait particulièrement impraticable que le contrat change de loi applicable au fil du temps, au gré de la transmission des obligations¹⁰⁰⁰. Il existe en effet un risque que l'élément

996. B. REMY, « De la profusion à la confusion : réflexions sur les justifications des clauses d'élection de for », *JDI* 2011, p. 52; L. USUNIER, « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for. Beaucoup de bruit pour rien ? », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 37, n° 10; J.-M. JACQUET, « Conflit de juridictions. Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. – Article 17. – Clause attributive de juridiction. – Exigence d'internationalité du litige international. », *art. cit.*, p. 174; Ph. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, *op. cit.*, p. 48; partiellement aussi, P. DEUMIER, « Compétence internationale : exercice de pédagogie autour de la Convention de Bruxelles », *RDC* 2005, p. 455; S. BOLLÉE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) » in *L'efficacité économique en droit*, Economica, Paris, 2010, p. 133.

997. Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 452, n° 292; M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 14, n° 23; C. A. ARRUE MONTENEGRO, *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, *op. cit.*, p. 193; Ph. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, *op. cit.*, p. 48.

998. F. MAULTZSCH, « Rechtswahl und ius cogens im Internationalen Schuldvertragsrecht », *art. cit.*, p. 67; F. VISCHER, L. HUBER et D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, *op. cit.*, p. 42.

999. J. BASEDOW, « The Law of Open Societies : Private Ordering and Public Regulation of International Relations : General Course on Private International Law », *op. cit.*, p. 205, n° 257.

1000. E. HAMBRO, « Autonomy in the International Contract Law of the Nordic States », *art. cit.*, p. 595.

d'extranéité qu'acquerrait *a posteriori* la situation corresponde au facteur de rattachement de la règle de conflit de lois, de sorte à entraîner une modification de la loi applicable si cette règle ne cristallise pas l'appréciation du facteur de rattachement au moment de la constitution de la situation¹⁰⁰¹. Les parties risquent donc de continuer à fonder leur comportement sur le droit interne qui régissait initialement leur relation et, en cas de litige, de se voir appliquer une loi étrangère avec laquelle elles n'avaient pas compté.

L'hypothèse de l'apparition postérieure de l'internationalité pourrait ainsi être considérée comme un premier cas légitime d'ouverture du choix de la loi applicable aux situations internes. Les modalités de la reconnaissance de cette faculté de choix seront abordées dans la suite des développements¹⁰⁰².

2° En matière de compétence internationale, on pourrait également penser de prime abord que l'argument de la prévisibilité du juge compétent ne saurait s'appliquer aux litiges purement internes. En effet, à première vue, on serait tenté d'admettre qu'il n'existe aucune incertitude quant au juge compétent dans les litiges purement internes, puisque seules les juridictions internes peuvent être considérées comme ayant une vocation légitime à se reconnaître compétentes pour connaître de ces litiges¹⁰⁰³. Toutefois, comme pour la loi applicable, il peut premièrement être tiré argument de la relativité temporelle de l'internationalité pour soutenir la reconnaissance d'une faculté de choix du juge compétent dans les situations internes qui pourraient être amenées à s'internationaliser¹⁰⁰⁴. En ce sens, les parties à une situation interne pourraient donc avoir un intérêt légitime au « forum planning »¹⁰⁰⁵.

L'hypothèse de la relativité temporelle de l'internationalité pourrait donc également constituer un cas légitime de reconnaissance d'une faculté de choix du juge compétent dans les situations internes susceptibles de s'internationaliser. Les modalités de l'admission de ce choix seront abordées dans la suite des développements¹⁰⁰⁶.

Deuxièmement, doit également être rappelée l'existence de chefs de compétence exorbitante dans le droit international privé de certains États, qui peuvent conduire certains États à accepter de connaître de litiges purement internes à un autre État s'il leur en est fait la demande¹⁰⁰⁷. Au regard de cette hypothèse, certes marginale, l'admission du choix du juge compétent dans les situations internes pourrait présenter le bénéfice, lorsqu'il se fait au profit des juridictions internes, de protéger le défendeur contre une action en justice dans un État étranger sur la base

1001. Pour plus de détails, voir *infra*, p. 388 s.

1002. Voir *infra*, p. 252 s.

1003. En ce sens, sur la prévisibilité de la compétence, S. BOLLÉE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », *op. cit.*, p. 133.

1004. R. GEIMER, « Art. 25 EuGVVO », *op. cit.*, n° 39.

1005. U. FRAUENBERGER-PFEILER, « Der "reine Binnensachverhalt", Art. 23 EuGVVO und der öOGH », *op. cit.*, p. 135.

1006. Voir *infra*, p. 252 s.

1007. Voir *supra*, p. 86 s.

d'un chef de compétence exorbitante. Les modalités de prise en compte d'une telle hypothèse devront ainsi également être étudiées¹⁰⁰⁸.

2. *L'argument de la neutralité*

Un deuxième argument invoqué pour justifier à la fois la faculté de choix du juge compétent et de la loi applicable en matière internationale est que cette faculté permet aux parties de choisir un juge neutre¹⁰⁰⁹ ou une loi neutre¹⁰¹⁰. D'une part, il arrive en effet fréquemment que les situations internationales lient des parties établies dans des États différents et disposant chacune de ses propres culture et environnement juridiques. La neutralité est donc recherchée sur un plan géographique, par la désignation d'une loi ou d'un juge qui ne sont pas ceux de l'une et de l'autre des parties. En effet, si la règle de compétence internationale ou la règle de conflit de lois devait conduire à la compétence du juge ou à l'application de la loi de l'une des parties, il pourrait apparaître difficile pour l'autre d'accepter une telle désignation, car elle se trouverait confrontée à un système judiciaire ou à un droit qu'elle maîtrise en principe moins bien que l'autre partie.

Certains auteurs allemands ont soutenu que l'aspiration à un tribunal neutre serait aussi légitime que celle à un droit neutre dans les situations internes¹⁰¹¹. À notre sens toutefois, l'argument de la neutralité ne peut guère être transposé aux situations internes : dès lors que les parties proviennent, par définition, d'un même ordre juridique, il ne saurait être question de recherche de neutralité géographique par rapport à l'une ou l'autre d'entre elles, car la compétence des tribunaux internes ou l'application du droit interne ne saurait les favoriser ou défavoriser, dans la mesure où elles ont un égal rapport aux ordres juridique et judiciaire internes et en principe une égale connaissance de ceux-ci.

Il reste que les parties à une situation interne pourraient être à la recherche d'un autre type de neutralité, qui correspondrait davantage à une neutralité *matérielle* du droit applicable. L'une des parties peut en effet appartenir à une catégorie de personnes que le législateur interne s'est donné pour objectif de protéger, rendant donc en théorie le droit interne moins favorable pour l'autre partie. La neutralité pourrait également être recherchée relativement à la qualité procédurale des parties, le droit du for pouvant par exemple donner plus de poids aux intérêts du défendeur qu'à ceux du demandeur. À admettre que la partie bénéficiant d'un traitement favorable accepte de

1008. Voir *infra*, p. 254 s.

1009. B. REMY, « De la profusion à la confusion : réflexions sur les justifications des clauses d'élection de for », *art. cit.*, p. 53 ; Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 452, n° 292 ; Ph. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, *op. cit.*, p. 50.

1010. P. MAYER, V. HEUZÉ et B. RÉMY, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 519, n° 744 ; M. GIULIANO, « La loi applicable aux contrats : problèmes choisis », *op. cit.*, p. 213 ; Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 468, n° 303 ; P. H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, *op. cit.*, p. 258.

1011. J. SCHRÖDER, *Internationale Zuständigkeit. Entwurf eines Systems von Zuständigkeitsinteressen im zwischenstaatlichen Privatverfahrensrecht aufgrund rechtshistorischer, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Betrachtungen*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1971, p. 468 ; R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 619, n° 1747.

renoncer à l'application de ce régime au profit de règles matériellement plus neutres, il nous semble toutefois que ces hypothèses relèvent davantage d'un problème d'*adéquation* du juge compétent ou de la loi applicable aux besoins ou intérêts des parties, qu'il convient de traiter désormais.

3. *L'argument de l'adéquation*

Un troisième argument avancé pour justifier à la fois la faculté de choix du juge compétent et de la loi applicable dans les situations internationales est la possibilité qui est offerte aux parties de choisir un juge ou une loi qui soit en parfaite adéquation avec leurs besoins. Sur le terrain de la loi applicable, il peut en effet arriver que la règle de conflit de lois désigne une loi dont le contenu ne convient pas aux parties, et ce particulièrement lorsqu'elles évoluent dans certaines branches commerciales très spécialisées, parce que cette loi est lacunaire, datée ou inadaptée aux besoins de leur opération¹⁰¹². La faculté de choix de la loi applicable est alors un facteur bienvenu de flexibilité¹⁰¹³, en ce qu'elle permet aux parties de choisir la loi dont le contenu leur apparaît le plus adapté « du fait du caractère spécialisé et perfectionné de la réglementation donnée »¹⁰¹⁴. Les parties peuvent en effet apparaître mieux à même que l'État de déterminer la loi la plus adaptée à leur relation¹⁰¹⁵.

De même, en matière de compétence juridictionnelle, la liberté de choix du juge compétent peut permettre aux parties de choisir un juge qu'elles considèrent comme plus pertinent que celui qui serait normalement compétent selon la règle de compétence internationale, car disposant par exemple d'une plus grande expérience du contentieux spécifique qui les oppose¹⁰¹⁶. À titre d'exemple, les tribunaux londoniens sont assez régulièrement cités comme disposant d'une com-

1012. En ce sens, P. H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, *op. cit.*, p. 258 ; R. MOSER, *Vertragsabschluss, Vertragsgültigkeit und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht*, *op. cit.*, p. 204 ; M. FERID, *Internationales Privatrecht. Ein Leitfadens für Studium und Praxis*, *op. cit.*, n° 23 ; F. MAULTZSCH, « Parteiautonomie bei reinen Inlandsfällen im Internationalen Privat-, Prozess- und Schiedsverfahrensrecht », *op. cit.*, p. 307 ; D. P. HENRY, *Kollisionsrechtliche Rechtswahl - Eine Untersuchung ihrer Wirkungen und Grenzen*, *op. cit.*, p. 22.

1013. *Idem*, *Kollisionsrechtliche Rechtswahl - Eine Untersuchung ihrer Wirkungen und Grenzen*, *op. cit.*, p. 21.

1014. La citation est issue de M. GIULIANO, « La loi applicable aux contrats : problèmes choisis », *op. cit.*, p. 213 ; voir également, P. MAYER, V. HEUZÉ et B. RÉMY, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 519, n° 744 ; Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 103, n° 64.

1015. A. HELLGARDT, « Das Verbot der kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Rechts und das Unionsgrundrecht der Privatautonomie », *art. cit.*, p. 672 ; en dehors de la matière contractuelle, la supposée meilleure qualification des parties pour déterminer la loi applicable justifierait également les cas dans lesquels un choix limité leur est reconnu sur le plan international, alors que ces situations sont encore majoritairement régies par des règles impératives en droit interne : cette faculté de choix s'expliquerait par la considération que les parties sont les mieux à même de déterminer le droit le plus approprié au cas d'espèce, voir J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 296.

1016. B. REMY, « De la profusion à la confusion : réflexions sur les justifications des clauses d'élection de for », *art. cit.*, p. 54 ; Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 452, n° 292 ; Ph. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, *op. cit.*, p. 50.

pétence particulière en matière contractuelle internationale¹⁰¹⁷ et navale¹⁰¹⁸, de même que, plus localement, les tribunaux du Delaware en matière de droit des sociétés et de New-York en matière de contrats commerciaux¹⁰¹⁹. Il pourrait également s'agir d'élire les tribunaux d'un État étranger qui connaît un délai de traitement des affaires particulièrement rapide, dont les frais de justice sont particulièrement bas ou qui respecte une plus grande confidentialité en matière fiscale¹⁰²⁰.

Il n'est pas exclu que les situations internes puissent être confrontées aux mêmes problèmes d'adéquation du juge compétent ou de la loi applicable que les situations internationales. S'agissant tout d'abord de la loi applicable, on a affirmé qu'il pourrait être « de l'intérêt objectif des parties » de pouvoir choisir une loi étrangère qui prévoit une réglementation très détaillée de leur rapport¹⁰²¹. Sans se limiter au cas de figure du manque de précision du droit matériel interne, il nous semble en effet que les situations internes peuvent être aussi bien concernées que les situations internationales par le contenu lacunaire, archaïque ou mal adapté de ce droit. La technicité et la sophistication ne sont pas l'apanage des situations internationales et ce n'est donc pas nécessairement l'internationalité de la situation qui a pour effet de révéler une inadéquation ponctuelle du droit interne.

Il nous semble dès lors que les parties à une situation interne peuvent avoir un intérêt réel à se soumettre à un droit étranger mieux adapté. Se posera la question des modalités de la reconnaissance d'une faculté de choix de la loi applicable dans une telle hypothèse et plus particulièrement de celle de sa légitimité si l'ordre juridique interne devait avoir à renoncer à l'application de son droit impératif interne en échange de la satisfaction du besoin d'adéquation des parties¹⁰²².

L'hypothèse de la plus grande adéquation du juge étranger pour connaître d'un litige purement interne à un autre État mérite également d'être étudiée. Deux universitaires américains, MM. Dammann et Hansmann, ont publié en 2008 un vaste article dans lequel ils défendent la thèse d'une ouverture généralisée à la concurrence des juridictions étatiques pour les litiges contractuels en matière commerciale, y compris lorsque ceux-ci sont de nature purement interne¹⁰²³. Cette thèse est basée sur la constatation de la grande variabilité de la qualité des systèmes ju-

1017. Chr. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes », *op. cit.*, p. 377, n° 71, nbp n° 249; Ph. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, *op. cit.*, p. 50.

1018. J. DAMMANN et H. HANSMANN, « Globalizing Commercial Litigation », *Cornell L. Rev.* 94 2008, p. 29.

1019. Voir pour ces deux derniers exemples, *ibid.*, p. 17.

1020. J. M. AULL, *Der Geltungsanspruch des EuGVÜ. "Binnensachverhalte" und internationale Zivilverfahrensrecht in der Europäischen Union; zur Auslegung von Art. 17 Abs. 1 S. 1 EuGVÜ*, *op. cit.*, p. 136.

1021. K. H. NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Rev. crit. DIP* 1957, p. 599-600, avec la limite toutefois que seules les dispositions supplétives du droit interne devraient pouvoir être remplacées par ce choix.

1022. Voir *infra*, p. 254 s.

1023. J. DAMMANN et H. HANSMANN, « Globalizing Commercial Litigation », *art. cit.*, p. 1 s. Cette étude est discutée par S. BOLLÉE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », *op. cit.*, p. 121 s.

diciaires des différents États et de son influence négative sur l'économie¹⁰²⁴. Les deux auteurs considèrent que ce problème pourrait être résolu si le droit autorisait les parties à s'adresser aux tribunaux de pays disposant d'un système judiciaire plus fonctionnel¹⁰²⁵.

On peut en effet entendre que des parties évoluant professionnellement dans un domaine particulièrement technique et spécialisé, auquel les juridictions internes sont peu habituées, puissent souhaiter qu'un juge davantage rompu à ce type de contentieux tranche un éventuel litige à naître. Les parties se tourneraient alors vers le juge étranger en raison de son expertise reconnue. Lorsqu'une juridiction étrangère est spécialisée dans le règlement des différends naissant d'opérations très spécifiques, il peut donc sembler de bonne politique de permettre aux parties de s'adresser à ce tribunal afin d'obtenir une décision de qualité pour la résolution de leur litige, pour peu que le juge étranger soit prêt à accueillir ce contentieux. De même, il existe un intérêt pour les parties à une situation interne de porter leur litige devant une juridiction étrangère qui propose de meilleures garanties d'indépendance, un délai de traitement plus rapide des dossiers, une procédure moins formaliste¹⁰²⁶, des frais de justice moins élevés ou un plus grand respect de la confidentialité du procès¹⁰²⁷.

Se poseront dès lors la question des modalités de la reconnaissance du choix du juge compétent dans de telles hypothèses et celle de sa légitimité au regard de ses implications pour l'ordre juridique d'origine de la situation¹⁰²⁸.

Deux éléments potentiels de justification de l'admission de la faculté de choix du juge compétent et de la loi applicable dans les situations internes, tenant à la prévisibilité et à l'adéquation du juge compétent et de la loi applicable, ont ainsi été identifiés ; il convient désormais de se demander si ne pourraient pas s'y ajouter des justifications tirées de besoins propres aux situations internes.

B. L'existence de justifications propres aux situations internes

Si l'on admet que le choix du juge compétent et de la loi applicable est la « contrepartie d'une difficulté ou d'un risque particulier »¹⁰²⁹, alors la ligne directrice pour déterminer si ces prérogatives devraient être ouvertes aux situations internes nous semble devoir être la recherche des besoins que pourraient avoir les parties à ces situations d'accéder à un tel choix. Il nous semble en effet que le choix du juge compétent et de la loi applicable ne devrait être reconnu

1024. J. DAMMANN et H. HANSMANN, « Globalizing Commercial Litigation », *art. cit.*, p. 1.

1025. *Ibid.*, p. 1.

1026. Pour l'identification de ces critères, voir *ibid.*, p. 7.

1027. Pour l'identification de ces critères, voir J. M. AULL, *Der Geltungsanspruch des EuGVÜ. "Binnensachverhalte" und internationales Zivilverfahrensrecht in der Europäischen Union ; zur Auslegung von Art. 17 Abs. 1 S. 1 EuGVÜ*, *op. cit.*, p. 136.

1028. Voir *infra*, p. 254 s.

1029. À propos du principe d'autonomie, J.-M. JACQUET, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 84.

dans les situations internes qu'à la condition que celles-ci présentent une nécessité d'opérer un tel choix.

Cette affirmation, triviale en apparence, n'est en réalité pas si évidente que cela : l'ouverture de la faculté de choix du juge compétent et de la loi applicable aux situations internes a en effet parfois été justifiée par des considérations ne tenant pas aux besoins de telles situations de pouvoir désigner le juge compétent ou la loi applicable. Certains auteurs ont ainsi soutenu que la reconnaissance de cette faculté pourrait être justifiée par la difficulté qu'il y aurait à définir la notion d'internationalité et partant, à distinguer clairement entre situations internes et internationales¹⁰³⁰. La soumission de la licéité du libre choix du juge compétent et de la loi applicable à une condition d'internationalité aurait en effet pour conséquence de « favoriser les contestations et les procédures dilatoires »¹⁰³¹. À notre sens, ce n'est toutefois pas parce qu'une distinction peut s'avérer parfois compliquée à opérer qu'il faut l'abandonner pour autant. Il est de l'essence même du droit de disposer de catégories juridiques générales qui nécessitent un effort d'appréciation et de qualification pour y classer des données factuelles qui sont par nature souvent plus riches et complexes que le modèle général et abstrait auquel elles sont comparées. Reconnaître une faculté de choix du juge compétent et de la loi applicable dans les situations internes pour cette seule raison s'apparenterait donc à une capitulation face aux difficultés de définition de l'internationalité, qui ne sont pourtant pas insurmontables¹⁰³².

Cela étant posé, il est désormais possible d'étudier les cas de figure dans lesquels les situations internes pourraient présenter un besoin propre d'accéder à la faculté de choix du juge compétent et de la loi applicable.

C'est tout d'abord un impératif de cohérence de la loi applicable qui pourrait appeler l'ouverture du choix de la loi applicable aux situations internes. Un cas de figure assez souvent cité est celui du contrat interne faisant partie d'une chaîne de contrats au demeurant internationaux¹⁰³³. S'y ajoutent le cas du groupe de contrats¹⁰³⁴ et celui de l'accord commercial complexe constitué de plusieurs contrats internes et internationaux¹⁰³⁵. Certains auteurs vont jusqu'à envisager le cas du contrat interne qui entretiendrait simplement des liens avec d'autres contrats internatio-

1030. Pour la loi applicable, M. KELLER et J. KREN KOSTKIEWICZ, « Art. 116 », *op. cit.*, n° 44 ; dans le même sens, B. AUDIT, « Le critère d'application des conventions judiciaires multilatérales », *op. cit.*, p. 32, n° 20 ; pour le juge compétent, H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, *op. cit.*, p. 194, n° 307 ; R. GEIMER, « Art. 25 EuGVVO », *op. cit.*, n° 39.

1031. À propos de la condition d'internationalité dans la convention de Bruxelles, G. A. L. DROZ, « Entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles révisée sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements », *Rev. crit. DIP* 1987, p. 130, n° 208.

1032. Voir ainsi les deux derniers chapitres relatifs à la concrétisation de la notion d'internationalité, p. 377 s. et p. 411 s.

1033. I. SCHWANDER, « Zur Rechtswahl im IPR des Schuldvertragsrechts » in *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, Schulthess, Zürich, 1989, p. 478.

1034. F. LEBORGNE, *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats : étude de droit interne et de droit international privé*, thèse Rennes I, 1995, n° 174.

1035. E. HAMBRO, « Autonomy in the International Contract Law of the Nordic States », *art. cit.*, p. 595.

naux soumis à une loi étrangère¹⁰³⁶. Dans toutes ces hypothèses, il y a certainement un intérêt à ce que l'intégralité des contrats soit soumise à un droit unique, ce qui peut donc impliquer la nécessité de faire régir les contrats internes par un droit étranger. Ces considérations valent également pour le choix du juge compétent, même s'il n'est pas envisagé par les auteurs cités, car en cas de litige, le même impératif de cohérence demande qu'un juge unique puisse connaître du contentieux à l'égard de tous les contrats.

À ces hypothèses assez classiques s'en ajoute une plus contemporaine, qui a récemment été mise en lumière par deux arrêts rendus par la *Court of Appeal* de Londres¹⁰³⁷. Il existe certaines branches du commerce international dans lesquelles s'observe une tendance à l'uniformisation du droit applicable, obtenue par la soumission des contrats (les plus importants) à une même loi étatique¹⁰³⁸. De ce fait, l'accès à certains marchés mondiaux est conditionné par la soumission du contrat à une certaine loi étatique¹⁰³⁹. À titre d'exemple, pour reprendre le cas qui se trouvait au cœur des arrêts anglais, « la participation à la plateforme d'échange de contrats dérivés gérée par l'[Association Internationale des Swaps et Dérivés] suppose la conclusion de contrats soumis à des contrats-types [...] prévoyant l'application du droit de l'État de New York ou du droit anglais »¹⁰⁴⁰. Or, cette condition est susceptible de poser des difficultés en l'état actuel du droit : s'il fallait s'en tenir à l'impossibilité de principe pour les parties à un contrat interne d'effectuer un choix de la loi applicable au profit d'un droit étranger, il faudrait pareillement conclure à l'impossibilité pour celles-ci d'accéder à ces marchés.

Seront donc étudiées les modalités d'une reconnaissance du choix de la loi applicable et du juge compétent dans ces hypothèses¹⁰⁴¹.

§ 2. Les modalités de reconnaissance d'une faculté de choix

La prise en charge des différents cas dans lesquels les parties à une situation interne peuvent être considérées comme ayant un intérêt à accéder au choix du juge compétent ou de la loi applicable ne doit pas nécessairement passer – loin de là – par l'ouverture généralisée de cette faculté de choix aux situations internes, et donc par la suppression de la condition d'internationalité qui restreint actuellement l'accès à ces prérogatives. Il conviendra tout d'abord de rechercher les solutions qui pourraient être apportées par le droit positif, et plus particulièrement par les règlements Rome I et Rome II qui autorisent déjà un certain « choix » de la loi applicable dans les situations internes (A.). Puis, avant d'en arriver à la solution radicale que constitue l'ouverture

1036. M. WOLFF, *Private International Law*, 2^e éd., Oxford University Press, London, 1950, p. 420.

1037. *Dexia Crediop S. p. A. v Comune di Prato* [2017] EWCA Civ 428 ; *Banco Santander Totta S.A. v Transport Companies* [2017] W. L. R. 1323.

1038. M. WOLFF, *Private International Law*, *op. cit.*, p. 421.

1039. G. CUNIBERTI, « Choice of law in domestic contracts : towards a right to access foreign financial markets ? », *op. cit.*, p. 465.

1040. *Ibid.*, p. 465.

1041. Voir *infra*, p. 249 s.

généralisée du choix du juge compétent et de la loi applicable aux situations internes, il faudra voir qu'il existe des moyens plus modérés d'aboutir indirectement à ce résultat. L'adoption d'une acception large de la notion d'internationalité (B.) et l'adaptation du moment d'appréciation de l'internationalité (C.) permettent en effet de faire entrer la plupart des hypothèses que nous avons envisagées dans la catégorie des situations internationales, reconnaissant par voie de conséquence une faculté de choix du juge compétent et de la loi applicable aux parties sans remettre en cause la condition d'internationalité. Ce n'est qu'à titre résiduel qu'il conviendra de s'interroger sur la nécessité d'ouvrir pleinement la faculté de choix du juge compétent et de la loi applicable aux situations internes, en remplaçant la condition d'internationalité par celle de la présence d'un intérêt légitime (D.).

A. *L'application des règlements Rome I et Rome II*

La convention de Rome et les règlements Rome I et Rome II ont admis une certaine forme de choix de la loi applicable dans les situations purement internes¹⁰⁴². Selon l'effet qui doit être reconnu à ce choix (1.), ces instruments pourraient donc être en mesure de fournir une solution à certaines hypothèses dans lesquelles a été identifié un besoin d'accès à cette prérogative (2.).

1. *La valeur du choix de la loi applicable dans les situations internes*

Il existe une divergence doctrinale sur les effets que les règlements Rome I et Rome II confèrent au choix de la loi applicable opéré dans une situation purement interne, une partie de la doctrine considérant que celui-ci vaut simple contractualisation des dispositions du droit étranger choisi (*materiellrechtliche Verweisung*) alors que l'autre y voit un véritable choix de loi applicable au sens du droit international privé (*kollisionsrechtliche Verweisung*)¹⁰⁴³.

Avant même de prendre parti pour l'une ou l'autre de ces solutions, la question se pose de savoir s'il existe une différence pratique entre l'incorporation et le choix de loi applicable au regard de la formulation particulière des articles 3 § 3 et 14 § 2 des règlements Rome I et Rome II. La différence majeure entre ces deux figures est en effet que l'incorporation permet uniquement de remplacer les dispositions supplétives du droit interne, alors que le choix de loi applicable permet en principe de s'affranchir également des dispositions impératives de ce droit¹⁰⁴⁴. Or, dans la mesure où l'article 3 § 3 du règlement Rome I et l'article 14 § 2 du règlement Rome II enserment explicitement la loi étrangère choisie par les parties dans une situation interne dans les limites du droit interne impératif, cette différence de régime entre incorporation et choix de loi applicable n'a aucune incidence dans le cadre de ces règlements. Ces articles ne permettront

1042. Voir *supra*, p. 135 s.

1043. Voir *supra*, p. 135 s.

1044. S. FRANCO, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 54; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux, op. cit.*, p. 277-278, n° 247; G. MÄSCH, *Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz. Eine Untersuchung zu den Art. 29 I, 27 III und 34 EGBGB*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, p. 78.

en effet de déroger qu'aux dispositions supplétives du droit interne, que la désignation de la loi étrangère ait valeur d'incorporation ou de choix de loi applicable.

Les régimes de l'incorporation et du choix de loi applicable présentent toutefois au moins trois autres différences qui légitiment que la question de la nature du « choix » opéré dans le cadre des articles 3 § 3 et 14 § 2 soit posée. La première concerne les éventuelles évolutions dans le temps que pourrait connaître la loi étrangère désignée par les parties : dans le cas d'un véritable choix de loi applicable, le changement de législation s'appliquera à la situation des parties à la mesure de ce que prévoient les règles internes de conflit de lois dans le temps de la loi étrangère. Dans le cas d'une incorporation, au contraire, les dispositions de la loi étrangère acquièrent une valeur contractuelle par l'effet du « choix » des parties et seront donc figées dans leur teneur à la date de la conclusion du contrat¹⁰⁴⁵, ou plus généralement de réalisation de ce choix. De ce fait, la situation des parties ne sera pas affectée par les changements législatifs ultérieurs que pourrait connaître le droit étranger incorporé.

La deuxième différence concerne la preuve et l'interprétation de la loi étrangère désignée : bien que le contrôle de l'interprétation de la loi étrangère soit directement inspiré du contrôle de l'interprétation du contrat, au moins en droit français¹⁰⁴⁶, une différence peut tout de même être relevée : dans le cadre d'un choix de loi applicable, l'interprétation de la loi étrangère se fera en principe de manière plus globale, en prenant par exemple en compte la jurisprudence étrangère et l'interprétation qu'elle fait de cette loi¹⁰⁴⁷. Au contraire, lorsque les dispositions de la loi étrangère sont incorporées au contrat, leur interprétation peut se faire en rupture totale avec le contexte général du droit étranger, puisqu'elles sont abaissées au rang de simples dispositions contractuelles. Le lien intellectuel entre ces dispositions et l'ordre juridique étranger est en quelque sorte rompu. De même, la preuve du contenu de la loi étrangère incorporée reviendra aux parties, puisqu'il s'agit là d'une pure question de fait, alors que la recherche du contenu de la loi étrangère désignée par une convention de choix de loi applicable se fera avec le soutien du juge¹⁰⁴⁸.

Enfin, la nature du choix de la loi applicable peut également avoir une incidence sur la validité de ce choix lorsque celui-ci est opéré dans les conditions générales d'un contrat. En droit allemand, le § 305, alinéa 2, n° 2 BGB prévoit en effet que les conditions générales ne sont incorporées dans le contrat qu'à la condition que le cocontractant ait la possibilité de prendre aisément connaissance de leur contenu. Or, dans le cas d'une incorporation de la loi étrangère à ces conditions générales, cela signifierait en pratique que la partie à l'origine de celle-ci devrait fournir une copie de la loi étrangère à son cocontractant, accompagnée si besoin d'une traduc-

1045. A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, op. cit., p. 248, n° 247.

1046. B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, op. cit., p. 311, n° 36.

1047. A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, op. cit., p. 278, n° 247.

1048. G. MÄSCH, *Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz. Eine Untersuchung zu den Art. 29 I, 27 III und 34 EGBGB*, op. cit., p. 79.

tion¹⁰⁴⁹. Au contraire, la fourniture d'une telle copie ne serait pas nécessaire en présence d'un véritable choix de loi applicable.

L'existence de ces différences entre le régime de l'incorporation et celui du choix de loi applicable entraîne donc la nécessité de se positionner en faveur de l'une ou l'autre de ces thèses dans le cadre des règlements Rome I et Rome II. Il nous semble que les travaux préparatoires à la convention de Rome sont à même de fournir une réponse¹⁰⁵⁰, même si le retraçage, dans les différents documents préparatoires consignés par le service des Archives historiques de la Commission européenne, de la volonté des rédacteurs de la convention relativement à l'effet du « choix » de loi applicable de l'article 3 § 3 – alors encore article 2 § 2, au moment des travaux préparatoires – est quelque peu complexifié par les opinions divergentes des différentes délégations nationales qui composaient le groupe de travail et par les évolutions que cet article a connues.

L'historique de l'article 3 § 3 de la convention de Rome est intimement lié à l'article 1^{er} § 1 qui définit le champ d'application de la convention. Dans son premier état, l'article 1^{er} § 1 de l'avant-projet de convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles limitait de manière générale le champ d'application de la convention aux « situations ayant un caractère international »¹⁰⁵¹ et ne contenait dès lors, faute de nécessité, aucune disposition analogue à l'actuel article 3 § 3¹⁰⁵². La délégation allemande demanda toutefois la suppression de la référence à l'internationalité, afin que la convention puisse également s'appliquer à des situations internes dont aurait à connaître un juge étranger à la suite de leur internationalisation, et à certains contrats conclus entre des parties établies en Allemagne mais portant sur des marchandises importées¹⁰⁵³.

Les discussions qui eurent lieu au sein du groupe d'experts relativement à la proposition de la délégation allemande montrent que l'opinion majoritaire était alors que le choix de la loi applicable ne devait en principe être admis que pour les situations internationales, de sorte que la suppression de la condition d'internationalité dans l'article 1^{er} § 1 devait nécessairement s'accompagner d'une modification de l'article 2 consacré au choix de la loi applicable pour y

1049. *Ibid.*, p. 83.

1050. Nous procédons en cela sensiblement comme *ibid.*, p. 86 s., mais sur la base de notre propre lecture des documents préparatoires, qui nous ont aimablement été communiqués par le service des Archives historiques de la Commission européenne.

1051. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Compte rendu de la réunion du groupe d'experts gouvernementaux « Droit international privé »*, XI/727/75, 22-23 sept. 1975, p. 2.

1052. G. MÄSCH, *Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz. Eine Untersuchung zu den Art. 29 I, 27 III und 34 EGBGB*, *op. cit.*, p. 87.

1053. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Avis de la délégation allemande concernant l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles*, XI/412/75, 11 juin 1975, p. 2, 7. Il s'agit pour nous de situations internationales qui n'auraient pas nécessité la modification de l'article 1^{er} § 1 pour entrer dans le champ d'application de l'avant-projet, mais l'important est ici le point de vue de la délégation allemande.

ajouter cette restriction¹⁰⁵⁴. Le groupe d'experts adopta ainsi provisoirement la proposition de la délégation française d'ajouter une phrase à l'article 2 afin d'exclure son application aux contrats « ne se rapport[ant] pas à une opération de caractère international »¹⁰⁵⁵.

Ce fut ensuite au tour des délégations britannique et irlandaise d'exprimer leur souhait de voir la convention s'appliquer aux situations internes présentant un conflit de lois internes¹⁰⁵⁶. Le groupe d'experts accepta la modification de l'article 1^{er} § 1 proposée par ces délégations, en supprimant définitivement toute référence à l'internationalité et en la remplaçant par la formulation actuelle reposant sur la notion de conflit de lois¹⁰⁵⁷. À cette occasion, la majorité des délégations réaffirma que le choix de la loi applicable devait rester conditionné à l'internationalité du contrat et le groupe d'experts adopta en conséquence le § 2 de l'article 2, déclarant ce dernier inapplicable si au moment du choix, le contrat ne présentait aucun élément d'extranéité¹⁰⁵⁸.

La délégation britannique rouvrit toutefois une dernière fois le débat sur cet article et indiqua dans un mémorandum séparé que la solution de la restriction du choix de la loi applicable aux contrats internationaux lui semblait trop radicale dès lors qu'il suffisait, lorsque le choix de loi applicable a été effectué dans une situation purement interne, de prévoir la sauvegarde de l'application des dispositions impératives de ce droit¹⁰⁵⁹. La délégation cita également un certain nombre d'hypothèses de situations internes dans lesquelles l'admission du choix d'une loi étrangère apparaissait judicieuse à ses yeux : ces hypothèses se rapportaient essentiellement au cas du contrat interne faisant partie d'une chaîne de contrats internationaux ou présentant un lien économique avec des contrats internationaux¹⁰⁶⁰.

Le groupe d'experts finit ainsi par adopter une solution de compromis concernant la rédaction de l'article 2 relatif au choix de la loi applicable afin de satisfaire la délégation britannique. Il admit qu'il existe « un intérêt légitime à reconnaître le choix d'une loi étrangère pour des cas internes (apparemment rattachés à un seul pays) mais qui, *considérés dans leur ensemble*, présentent des liens plus étroits avec un autre pays »¹⁰⁶¹ et il employa en conséquence, dans l'article 2 § 2, les mots « éléments de la situation » à la place de ceux d'« éléments du contrat » pour aboutir à la rédaction actuelle de l'article 3 § 3 du règlement Rome I.

1054. *Idem*, *Compte rendu de la réunion du groupe d'experts gouvernementaux « Droit international privé »*, *op. cit.*, p. 10.

1055. *Ibid.*, p. 13.

1056. G. MÄSCH, *Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz. Eine Untersuchung zu den Art. 29 I, 27 III und 34 EGBGB*, *op. cit.*, p. 88.

1057. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Compte rendu de la réunion du groupe d'experts gouvernementaux « Droit international privé »*, XI/79/76, 17-19 déc. 1975, p. 1-2.

1058. *Ibid.*, p. 7.

1059. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Memoranda n° 6 et 7 des experts britanniques relatif aux artt. 2 al. 2 et 7 de l'avant-projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles*, XI/104/76, 1976, p. 3.

1060. *Ibid.*, p. 3.

1061. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Compte rendu de la réunion du groupe d'experts gouvernementaux « Droit international privé »*, XI/514/76, 23-30 juin 1976, p. 9. C'est nous qui soulignons.

Il résulte donc à notre sens des documents préparatoires à la convention de Rome que la majorité des délégations nationales a toujours expressément souhaité réserver la faculté de choix de la loi applicable aux situations internationales, comme cela a été consigné à plusieurs reprises dans les documents préparatoires, et que le compromis consenti en faveur de la délégation britannique consistait simplement à admettre qu'un tel choix soit possible dans le cadre de situations qui apparaissent de prime abord comme étant internes, mais qui, appréciées dans leur globalité, revêtent un caractère international¹⁰⁶². Ce compromis ne consistait donc pas, à notre sens, à autoriser un véritable choix de loi applicable dans les situations internes sous réserve de l'application des dispositions impératives de ce droit.

Nous concluons donc, à la suite d'un nombre important d'auteurs¹⁰⁶³, que les règlements Rome I et Rome II n'autorisent, dans les situations purement internes, qu'une incorporation de la loi étrangère désignée par les parties. Pour autant, cela ne signifie pas que les règlements Rome I et Rome II ne sont pas en mesure d'apporter une réponse à certaines hypothèses de reconnaissance du choix de la loi applicable dans les situations internes.

2. L'apport des règlements Rome I et Rome II

Quatre hypothèses de reconnaissance légitime du choix de la loi applicable dans les situations internes ont été identifiées : celle des ensembles contractuels comprenant à la fois des contrats internes et internationaux¹⁰⁶⁴ ; celle des parties à un contrat interne souhaitant accéder à un marché international régi par une loi étrangère¹⁰⁶⁵ ; celle de l'internationalisation de la situation¹⁰⁶⁶ et celle de la plus grande adéquation du droit étranger aux besoins des parties¹⁰⁶⁷. Il convient désormais de voir dans quelle mesure les règlements Rome I et Rome II sont à même de prendre en charge ces hypothèses.

S'agissant tout d'abord des ensembles contractuels comprenant à la fois des contrats internes et internationaux, le fait que l'article 3 § 3 du règlement Rome I impose l'application des dispositions impératives du droit interne en cas de choix d'une loi étrangère dans un contrat purement

1062. Voir ainsi G. MÄSCH, *Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz. Eine Untersuchung zu den Art. 29 I, 27 III und 34 EGBGB*, *op. cit.*, p. 91.

1063. S. CLAVEL, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 532 ; S. FRANCO, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 73 ; L. D'AVOUT, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *art. cit.*, n° 4 ; S. FRANCO, « Le règlement "Rome I" sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De quelques changements... », *art. cit.*, n° 30 ; M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 182, n° 225 ; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 278, n° 248 ; J. von HEIN, « Art 3 Rom I-VO », *op. cit.*, n° 121 ; G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht : ein Studienbuch*, *op. cit.*, p. 655 ; J. von HEIN, « Art. 3 EGBGB », *op. cit.*, n° 10 ; E. LORENZ, « Zum neuen internationalen Vertragsrecht aus versicherungsvertraglicher Sicht », *op. cit.*, p. 313 ; U. MAGNUS, « Art 3 Rom I-VO », *op. cit.*, n° 131 ; Chr. ALTHAMMER, « Grundsatz des Internationalen Schuldvertragsrechts : Artt. 27 ff. EGBGB, der Kommissionsvorschlag für eine "Rom I"-Verordnung und der abschließende Verordnung im Überblick », *art. cit.*, p. 774 ; S. LEIBLE, « Art. 3 Rom I », *op. cit.*, n° 78.

1064. Voir *supra*, p. 240 s.

1065. Voir *supra*, p. 240 s.

1066. Voir *supra*, p. 233 s.

1067. Voir *supra*, p. 238 s.

interne fait obstacle à la soumission de l'intégralité des contrats de l'ensemble à une loi étrangère, car les contrats internationaux ne se verront pas appliquer les dispositions impératives du droit interne. Les contrats internes et les contrats internationaux seront donc soumis à deux régimes matériels différents. La seule solution permettant d'atteindre une identité de loi applicable est donc de désigner le droit interne pour l'intégralité de l'ensemble contractuel, mais il n'est alors pas besoin de recourir à l'article 3 § 3 du règlement Rome I pour aboutir à ce résultat : les contrats internes sont naturellement soumis au droit interne et il reste à insérer, au besoin, une clause de choix de loi applicable au profit du droit interne dans les contrats internationaux. Le règlement Rome I n'est donc d'aucune utilité dans l'hypothèse des ensembles contractuels constitués de contrats internes et internationaux devant être soumis à un droit étranger.

S'agissant ensuite de l'accès aux marchés internationaux régis par une loi étrangère, la réponse à apporter est plus nuancée. L'article 3 § 3 du règlement Rome I n'interdisant pas aux parties à un contrat interne de faire, en tant que tel, le « choix » de la loi étrangère indispensable à l'accès au marché, la question est davantage celle de la viabilité de la solution en raison de l'application obligatoire des dispositions impératives du droit interne par l'effet de l'article 3 § 3. Il est en effet plus que probable que naissent des conflits entre ces dispositions et celles de la loi étrangère régissant le marché. C'est pourquoi, sans développer davantage, nous renvoyons à une autre solution qui nous apparaît préférable, en ce qu'elle a l'avantage d'éviter cette difficulté¹⁰⁶⁸.

S'agissant désormais du cas de l'apparition postérieure de l'internationalité, il semble que les règlements Rome I et Rome II soient cette fois-ci en mesure de fournir une solution. Dans la mesure où l'internationalité est appréciée, selon les articles 3 § 3 et 14 § 2, au moment de la conclusion du contrat ou de la survenance du fait générateur du dommage, le « choix » de la loi applicable opéré selon ces articles ne sera pas modifié dans ses effets après l'internationalisation de la situation. Cette circonstance suffit donc à garantir aux parties la prévisibilité de la loi applicable. Les parties ont alors deux possibilités : la plus cohérente est le choix du droit interne, car celui-ci sera appliqué de manière exclusive et dans l'entière de ses dispositions supplétives et impératives. Les parties peuvent cependant également choisir un droit étranger : elles devront alors compter sur le fait que leur situation sera régie par le droit étranger contractualisé, additionné des dispositions du droit interne. L'internationalisation de la situation n'aura pas pour effet de libérer les parties de l'application des dispositions impératives de ce droit, ce qui permettra de conserver une prévisibilité et stabilité de la loi applicable.

Il reste toutefois que le problème de l'apparition postérieure de l'internationalité est également susceptible de se présenter en dehors du champ d'application des règlements Rome I et Rome II, ce qui nécessitera de s'interroger sur la prise en charge de cette hypothèse par le biais d'une autre voie¹⁰⁶⁹.

1068. Voir *infra*, p. 249 s.

1069. Voir *infra*, p. 252 s.

S'agissant enfin de la volonté des parties de soumettre leur relation à un droit étranger plus adapté à leurs besoins, les règlements Rome I et Rome II ne peuvent apporter une solution que dans des hypothèses bien définies, qui dépendent de la raison de l'inadéquation du droit interne. Il faut en effet distinguer le cas dans lequel le droit interne ne prévoirait aucune réglementation (impérative) applicable à la relation juridique des parties, raison pour laquelle elles souhaitent se tourner vers un droit étranger, de celui dans lequel le droit interne prévoit une réglementation (impérative) qui leur paraît inadaptée.

Dans le cas où l'inadéquation du droit interne résulte de son silence ou de dispositions supplétives inadaptées, une simple contractualisation des dispositions du droit étranger jugé plus adéquat par les parties suffira à combler les lacunes du droit interne ou à remplacer ses dispositions supplétives. Les dispositions étrangères, reprises intégralement ou par référence dans le contrat, suffiront en effet à offrir la réglementation souhaitée par les parties. Celles-ci n'ont donc pas besoin de se voir reconnaître la possibilité d'un véritable choix de loi applicable pour satisfaire leur aspiration à un cadre juridique plus adapté. En matière contractuelle et délictuelle, les articles 3 § 3 et 14 § 2 des règlements Rome I et Rome II permettent donc déjà, en l'état actuel du droit positif, de satisfaire ce besoin.

Dans le cas toutefois où l'inadaptation du droit interne aux besoins des parties résulterait au moins en partie de certaines de ses dispositions impératives, la contractualisation des dispositions du droit étranger ne saurait résoudre le problème, puisqu'elle ne permet pas de remplacer les dispositions impératives du droit interne jugées insatisfaisantes. La solution ne peut donc passer que par la reconnaissance d'une véritable faculté de choix de la loi applicable¹⁰⁷⁰.

B. L'élargissement de l'acceptation de la notion d'internationalité

L'élargissement de l'acceptation de la notion d'internationalité pourrait permettre d'ouvrir le choix de la loi applicable à certaines situations, considérées jusqu'à présent comme étant purement internes. Plus précisément, cette solution pourrait bénéficier aux contrats internes intégrés à un ensemble contractuel au demeurant international et aux parties à un contrat interne souhaitant accéder à un marché international soumis à une loi étrangère¹⁰⁷¹.

S'agissant tout d'abord des ensembles contractuels qui comprennent à la fois des contrats internes et internationaux, il existe au moins deux moyens différents d'élargir la notion d'internationalité pour y faire entrer les contrats à première vue internes que comportent ces ensembles. En droit français, il est premièrement possible de recourir au critère économique de l'internationalité. Dans la mesure où ces contrats internes s'inscrivent dans une opération globale de portée internationale, peut être considéré qu'ils mettent en jeu les intérêts du commerce international, ou pour employer une autre formulation du critère économique, qu'ils dépassent le cadre de

1070. Voir *infra*, p. 254 s.

1071. Sur l'identification de ces besoins, voir *supra* p. 233 s.

l'économie interne¹⁰⁷². Ces contrats à première vue internes seraient ainsi qualifiés d'internationaux au sens économique et les parties pourraient accéder à un choix illimité de la loi applicable. Cette solution a déjà été identifiée à plusieurs reprises par la doctrine française¹⁰⁷³.

Une deuxième solution, qui aurait l'avantage de convenir également au droit allemand et au droit européen qui ne connaissent pas le critère économique de l'internationalité, est de recourir au concept d'internationalité par accessoire, employé par exemple par la Cour de justice dans l'arrêt *Maletic*¹⁰⁷⁴, dans lequel elle a reconnu le caractère international d'un contrat interne en raison des liens qu'il entretenait avec un contrat international¹⁰⁷⁵. Par application du critère juridique de l'internationalité, le choix de la loi applicable pourrait ainsi être admis pour tous les contrats internes qui entretiennent des liens étroits avec des contrats internationaux¹⁰⁷⁶, que cela soit parce qu'ils font partie d'une même chaîne de contrats, d'un même groupe de contrats ou encore d'une même opération juridique ou économique.

Le problème de l'accès des contrats internes aux marchés internationaux placés sous l'égide d'une loi étrangère appelle peu ou prou les mêmes solutions. Le recours au critère économique de l'internationalité peut en effet également permettre de reconnaître un caractère international à ces contrats internes, dès lors qu'ils ont été conclus « dans le but de participer à un marché financier international »¹⁰⁷⁷. Quand bien même ces contrats sont conclus entre deux parties ayant leur établissement dans un même État, peut aisément être admis qu'ils mettent en jeu les intérêts du commerce international et dépassent le cadre de l'économie interne.

L'emploi du critère juridique de l'internationalité pourrait autoriser ce même résultat. Les arrêts *Dexia* et *Santander* rendus par la *Court of Appeal* de Londres¹⁰⁷⁸ fournissent plusieurs pistes pouvant être explorées en ce sens. La qualification de l'internationalité pourrait ainsi tout d'abord passer par un raisonnement par anticipation¹⁰⁷⁹. Cette qualité serait reconnue aux contrats internes au regard de la forte probabilité qu'ils présentent d'acquérir un caractère in-

1072. Voir *supra*, p. 29 s.

1073. Voir *supra*, p. 32 s.

1074. CJUE, 14 nov. 2013, *Maletic*, aff. C-478/12, D. 2014, p. 1068, obs. F. JAULT-SESEKE; *Europe* 2014, comm. 49 par L. IDOT; *Procédures* 2014, comm. 8 par C. NOURISSAT.

1075. Voir *supra*, p. 32 s.

1076. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, p. 91-92, n° 75; M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 7, n° 13; S. SIMITIS, « Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht », *art. cit.*, p. 211; F. FERRARI, « Art. 3 VO (EG) 593/2008 », *op. cit.*, n° 55; M. AMSTUTZ, N. P. VOGT et M. WANG, « Art. 116 », *op. cit.*, n° 7; F. VISCHER, L. HUBER et D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, *op. cit.*, p. 41.

1077. En ce sens, G. CUNIBERTI, « Choice of law in domestic contracts : towards a right to access foreign financial markets? », *op. cit.*, p. 468.

1078. *Dexia Crediop S. p. A. v Comune di Prato* [2017] EWCA Civ 428; *Banco Santander Totta S.A. v Transport Companies* [2017] W. L. R. 1323.

1079. Cette hypothèse est à distinguer de celle de l'appréciation de l'internationalité au moment de la saisine du juge, bien qu'elles permettent toutes les deux de reconnaître *in fine* la validité du choix de la loi applicable dans une situation originellement interne. La différence fondamentale que nous y voyons est que dans le premier cas, l'internationalisation effective de la situation ne sera jamais vérifiée, alors que dans le second, la validité du choix de la loi applicable ne sera pas admise si la situation ne s'est pas internationalisée d'ici à la saisine du juge.

ternational au cours de leur existence. Cet argument fut notamment employé par la Cour dans l'arrêt *Santander* : dans la mesure où le contrat litigieux contenait des clauses autorisant la substitution de cocontractant et que l'exécution de ce type de contrat s'étalait en moyenne sur plus d'une décennie, la Cour en conclut à l'existence d'une probabilité certaine d'internationalisation du contrat par la substitution d'une partie étrangère à l'une des parties initiales au cours de la vie du contrat¹⁰⁸⁰. Cette circonstance lui permit, entre autres, de reconnaître le caractère international du contrat.

L'argument de l'internationalisation potentielle du contrat nous semble toutefois insuffisant pour caractériser l'internationalité d'un contrat. Le contrat, aussi susceptible de s'internationaliser soit-il, n'en reste pas moins interne au moment où le choix de la loi applicable est effectué. Reconnaître son internationalité par anticipation revient à méconnaître sa nature et à priver de son sens la distinction entre situations internes et internationales. En effet, dans la mesure où toute situation interne peut être considérée comme une situation internationale en devenir, l'argument de l'anticipation de l'internationalisation permet ni plus ni moins d'ouvrir la faculté de choix de la loi applicable à l'intégralité des situations internes. On sait enfin que l'argument fut souvent utilisé par la Commission européenne pour justifier l'applicabilité de ses projets de règlements procéduraux aux situations tant internationales qu'internes, et que les États membres, soucieux de maintenir une distinction entre ces deux catégories de situations, s'y sont toujours fermement opposés¹⁰⁸¹. La solution n'est donc, à notre sens, ni juridiquement, ni politiquement acceptable.

On trouve, toujours dans l'arrêt *Santander*, une deuxième piste qui pourrait permettre de qualifier l'internationalité des contrats internes souhaitant accéder à un marché international régi par une loi étrangère. Cette qualification pourrait s'appuyer au moins partiellement sur une approche subjective de la notion d'internationalité et résulter de l'existence d'une clause de choix de loi applicable ainsi que de l'utilisation par les parties, dans le but d'accéder au marché, du contrat-type (*Master Agreement*) réservé aux contrats internationaux¹⁰⁸². Selon la Cour, ces deux éléments permettent de présumer l'internationalité du contrat, même s'ils nécessitent d'être corroborés par un élément objectif d'internationalité¹⁰⁸³.

Si la volonté des parties n'est donc pas considérée comme suffisante en soi pour entraîner l'internationalité du contrat, il nous semble toutefois que l'idée même qu'elle puisse contribuer à la qualification de l'internationalité est problématique. Afin que la distinction entre situations internes et internationales conserve un sens, l'appréciation de l'internationalité devrait uniquement dépendre de critères objectifs, sans laisser une place quelconque, même secondaire, à la

1080. J. BÖHLE, « Die Abwahl zwingenden Rechts vor staatlichen Gerichten in Inlandsfällen », *ZEuP* 2019, p. 78.

1081. Voir *supra*, p. 134 s.

1082. C. AVASILENCEI, « Balancing between domestic and international contracts in the post-crisis global financial markets » in *Global private international law : adjudication without frontiers*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2019, p. 459.

1083. *Ibid.*, p. 459.

volonté des parties¹⁰⁸⁴. Même si celle-ci était à même de conforter la qualification internationale d'un contrat qui le serait déjà objectivement, il est préférable de bannir toute subjectivité dans l'appréciation de l'internationalité afin que ne naisse aucun malentendu sur la capacité de la volonté des parties à internationaliser un contrat interne.

Une dernière possibilité, certainement la plus satisfaisante, permettant de caractériser l'internationalité de certains contrats internes dans le but d'autoriser les parties à accéder à un marché international régi par une loi étrangère, résulte de l'applicabilité du règlement Rome I en l'espèce et de la formulation particulière de son article 3 § 3. Il s'agit d'influer sur l'objet de l'internationalité et d'apprécier cette dernière non pas à l'aune du contrat, mais à celui de la situation prise dans sa globalité, comme l'y invite l'article 3 § 3. L'emploi du terme de « situation » à la place de celui de « contrat » dans l'article 3 § 3 a en effet été volontairement décidé par les rédacteurs de la convention de Rome afin de prendre en compte le fait que certains contrats peuvent apparaître de prime abord comme purement internes à un État, alors qu'une appréciation globale de la situation révélerait la présence d'éléments d'extranéité¹⁰⁸⁵. Les arrêts *Dexia* et *Santander* offrent un exemple concret de ce cas de figure : dans la mesure où le terme de « situation » invite à tenir compte du contexte dans lequel le contrat s'insère, il est possible de prendre en considération le fait que le contrat est intégré à un marché international, ce qui permet de qualifier de la sorte l'internationalité de la situation¹⁰⁸⁶. Si la solution n'est pas sans rappeler le critère économique de l'internationalité, elle a toutefois l'avantage d'être également adaptée au droit allemand et au droit européen qui ne connaissent pas cette approche.

En résumé, une interprétation large de la notion d'internationalité peut permettre de reconnaître une faculté de choix de la loi applicable dans certaines situations qui sont de prime abord ressenties comme étant internes mais qui présentent malgré tout le besoin de pouvoir se soumettre à un droit étranger. Il n'est pas exclu que cette solution puisse également servir dans des hypothèses autres que celles qui viennent d'être envisagées, au gré de l'originalité des espèces rencontrées par les tribunaux. Toutefois, la marge de manœuvre laissée dans la qualification de l'internationalité ne doit pas conduire à la déformation de la notion. Il arrivera nécessairement un moment à partir duquel cette technique ne permettra plus raisonnablement de découvrir un aspect international à une situation apparaissant *prima facie* comme purement interne.

C. L'adaptation du moment d'appréciation de l'internationalité

L'adaptation du moment d'appréciation de l'internationalité est un autre moyen permettant de reconnaître une faculté de choix du juge compétent et de la loi applicable dans certaines situations internes. Cette solution permet plus particulièrement de répondre au besoin de prévisibilité

1084. Voir *supra*, p. 25 s.

1085. Voir *supra*, p. 246 s.

1086. G. CUNIBERTI, « Choice of law in domestic contracts : towards a right to access foreign financial markets ? », *op. cit.*, p. 468-469 ; J. BÖHLE, « Die Abwahl zwingenden Rechts vor staatlichen Gerichten in Inlandsfällen », *art. cit.*, p. 76.

du juge compétent et de la loi applicable¹⁰⁸⁷ pour les situations amenées à s'internationaliser. Le choix du juge compétent et de la loi applicable peut en effet permettre aux parties de conserver le bénéfice de la compétence du juge interne et de l'application du droit interne après l'internationalisation de leur relation, sans courir le risque que les règles objectives de conflit de lois et de compétence internationale ne soumettent celle-ci à une loi étrangère, autorisent la saisine d'un juge étranger ou n'autorisent plus la saisine du juge interne en raison de l'apparition d'un élément d'extranéité.

Les conventions attributives de juridiction et de choix de loi applicable restent encore à l'heure actuelle soumises à une condition d'internationalité¹⁰⁸⁸, y compris dans les règlements Rome I et Rome II¹⁰⁸⁹. Il résulte des articles 3 § 3 et 14 § 2 de ces règlements que l'internationalité est respectivement appréciée au moment de la conclusion du contrat et de la survenance du fait générateur du dommage. En dehors de ces instruments, la tendance est également à l'appréciation de l'internationalité au moment de la constitution de la situation ou de la conclusion de la convention attributive de juridiction ou de choix de loi applicable, si ces deux dates diffèrent¹⁰⁹⁰. *De lege lata*, ne peut donc être reconnu effet à un choix de juge compétent ou de loi applicable qui interviendrait alors que la situation est encore interne, eût-il été effectué en prévision de son internationalisation.

Dès lors, la solution prospective la plus simple pour valider de telles conventions sans renoncer pour autant à la condition d'internationalité est de modifier le moment d'appréciation de l'internationalité afin de se placer non plus au moment de la constitution de la situation mais à celui de la saisine du juge¹⁰⁹¹. Ainsi, les parties pourront conclure une convention attributive de juridiction et/ou de choix de loi applicable en prévision de l'internationalisation de leur relation et la validité de cette convention sera reconnue par le juge à condition que l'internationalisation ait bien eu lieu. À ce titre, l'objectif de prévisibilité du juge compétent et de la loi applicable sera le mieux atteint si les parties opèrent un choix au profit du juge et de la loi interne. Ainsi, même si leur relation devait ne pas s'internationaliser, le juge interne resterait compétent et le droit interne objectivement applicable. Si les parties conviennent de la compétence d'un juge étranger et/ou de l'application d'un droit étranger, elles doivent en revanche avoir conscience que l'internationalisation de leur relation est une condition nécessaire à la validité de leur convention.

En conclusion, plusieurs solutions peuvent être mises en œuvre pour prendre en charge certaines hypothèses de reconnaissance de la faculté de choix du juge compétent et de la loi applicable dans des situations au moins *prima facie* internes, sans que ne soit pour autant abandonnée l'exigence d'internationalité qui conditionne *de lege lata* l'accès à ces prérogatives. Il reste toutefois que ces différentes méthodes ne permettent pas de répondre à toutes les hypothèses

1087. Sur l'identification de ce besoin, voir *supra*, p. 233 s.

1088. Voir *supra*, p. 87 s.

1089. Voir *supra*, p. 243 s.

1090. Voir *infra*, p. 391 s.

1091. Voir *infra*, p. 391 s.

identifiées, ce qui nécessite de terminer ces propos par une réflexion sur la pertinence d'ouvrir proprement le choix du juge compétent et de la loi applicable aux situations internes par une suppression de la condition d'internationalité.

D. La condition de l'intérêt légitime au choix du juge compétent ou de la loi applicable

Il subsiste deux hypothèses de reconnaissance d'une faculté de choix du juge compétent et de la loi applicable pour lesquelles une solution n'a jusqu'à présent pas encore été trouvée : celle dans laquelle les parties souhaiteraient se soumettre à un juge ou à un droit étranger plus adapté et celle dans laquelle elles souhaiteraient se protéger de la compétence exorbitante d'un juge étranger. Pour ces cas de figure, la seule possibilité est la suppression de la condition d'internationalité. Certains auteurs allemands soutiennent ainsi que plus que l'internationalité, c'est l'intérêt légitime des parties à choisir une loi étrangère pour régir leur relation – ou un juge étranger pour connaître de leur litige – qui devrait être le critère pertinent permettant d'apprécier la licéité d'un tel choix¹⁰⁹². Le caractère interne de la situation n'impliquerait donc pas nécessairement le manque d'intérêt légitime des parties à choisir un juge étranger ou une loi étrangère, tout au plus faudrait-il faire preuve d'une plus grande circonspection à l'admettre dans une situation interne¹⁰⁹³.

La reconnaissance d'une faculté de choix du juge compétent et de la loi applicable dans les hypothèses mentionnées pourrait donc passer par le remplacement de la condition d'internationalité par celle de l'intérêt légitime des parties à accéder à ces prérogatives. La véritable question n'est toutefois pas tant celle de la faisabilité de la solution, que de son opportunité. Autrement dit, si l'*intérêt* des parties à effectuer un choix de juge compétent ou de loi applicable peut être aisément caractérisé (1.), il n'en est pas nécessairement de même de sa *légitimité* (2.).

1. La caractérisation de l'intérêt des parties

Comme tendent à le démontrer les développements précédemment consacrés aux justifications de la reconnaissance de la faculté de choix du juge compétent et de la loi applicable aux situations purement internes¹⁰⁹⁴, il nous semble que l'intérêt des parties à conclure une convention attributive de juridiction ou de choix de loi applicable dans les hypothèses que nous avons identifiées est aisément caractérisable.

S'agissant tout d'abord de la protection des situations internes contre la compétence exorbitante d'un juge étranger, peut être considéré que les parties ont un intérêt à convenir de la compétence exclusive des juridictions internes au regard des difficultés pratiques liées aux compétences exorbitantes et au désaveu dont elles font l'objet dans les relations internationales. Ce

1092. M. FERID, *Internationales Privatrecht. Ein Leitfaden für Studium und Praxis*, op. cit., p. 290 ; repris par H. J. SONNENBERGER, « Bemerkungen zum IPR im AGB-Gesetz », op. cit., p. 379.

1093. *Idem*, « Bemerkungen zum IPR im AGB-Gesetz », op. cit., p. 379.

1094. Voir *supra*, p. 232 s.

choix permettrait une certaine protection contre la compétence du juge étranger à la condition que ce dernier reconnaisse pleinement les effets de la convention attributive de juridiction exclusive au profit des juridictions internes et décline sa compétence en conséquence. Les parties n'ont en revanche aucun intérêt au choix d'un juge étranger, car les arguments de la sécurité juridique et de la prévisibilité du juge compétent ne le justifient pas.

Le remplacement de la condition d'internationalité par le critère de l'intérêt légitime des parties pourrait ensuite être à même d'autoriser le choix d'un juge ou d'un droit étranger lorsque ceux-ci sont considérés par les parties comme étant plus adéquats que le juge ou le droit interne. Il serait en effet possible de considérer que les parties ont objectivement un intérêt à convenir de la compétence d'un juge étranger lorsque celui-ci possède une expertise que n'ont pas les juridictions internes ou lorsque le système judiciaire interne est défaillant, que cela soit au regard de l'indépendance des juges ou du délai de traitement des affaires judiciaires¹⁰⁹⁵. De même, il serait possible de leur reconnaître objectivement un intérêt à se soumettre à un droit étranger là où le droit interne offre un cadre juridique particulièrement peu adapté à leurs besoins.

2. La caractérisation de la légitimité de l'intérêt des parties

Les arguments permettant d'apprécier la légitimité de l'intérêt des parties à une situation interne de choisir le juge compétent ou la loi applicable diffèrent selon qu'est envisagée la reconnaissance de la faculté de choix de la loi applicable (a.) ou celle du choix du juge compétent (b.).

a. L'ouverture du choix de la loi applicable aux situations internes

Seront tout d'abord présentés les arguments en défaveur (i.) et en faveur (ii.) de la reconnaissance d'une faculté de choix de la loi applicable dans les situations internes, avant d'être confrontés pour en tirer une conclusion quant à la légitimité de l'intérêt des parties à accéder à cette prérogative (iii.).

i. Arguments défavorables

Le refus d'une partie importante de la doctrine d'ouvrir le choix de la loi applicable aux situations purement internes peut se résumer en un argument¹⁰⁹⁶ : la reconnaissance de cette faculté permettrait aux parties de s'affranchir de l'application des dispositions impératives du droit in-

1095. Voir *supra*, p. 239 s.

1096. Il existe un autre argument couramment avancé, qui est que le droit international privé ne s'applique pas aux situations purement internes, voir A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 270, n° 242 ; S. SIMITIS, « Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht », *art. cit.*, p. 211 ; I. SCHWANDER, « Zur Rechtswahl im IPR des Schuldvertragsrechts », *op. cit.*, p. 476 ; R. MOSER, *Vertragsabschluss, Vertragsgültigkeit und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht*, *op. cit.*, p. 195, et que les parties à une situation interne ne pourraient en conséquence pas faire usage de l'outil du choix de loi applicable car celui-ci est propre au droit international privé, voir en ce sens, J. SKAPSKI, « Les obligations en droit international privé dans le cadre du commerce extérieur des pays socialistes » in *Rec. cours La Haye*, vol. 136, 1972, p. 536. Cet argument

terne¹⁰⁹⁷. Reconnaître la possibilité pour les parties à une situation interne à un État de choisir la loi d'un autre État aurait en effet pour conséquence de priver l'intégralité des dispositions de droit interne de leur impérativité¹⁰⁹⁸, puisque les parties seraient libres de les remplacer par celles du droit étranger. Cette solution irait « à l'encontre de la notion même d'ordre public, centré [...] sur les relations internes »¹⁰⁹⁹ et conduirait l'ordre juridique interne à « se désavouer lui-même »¹¹⁰⁰. Seules subsisteraient en effet les dispositions internationalement impératives que sont les lois de police.

Or, comme l'explique M. Romano, « l'impérativité interne d'une règle étatique s'explique par la plus grande valeur qu'attache le législateur qui l'édicte au souci de protection, notamment d'une catégorie de contractants, face au souci de liberté, c'est-à-dire au souci de laisser les parties se déterminer librement. [...] La désimpérativisation dans l'ordre international d'une règle impérative sur le plan interne s'explique par le déplacement du point d'équilibre entre ces deux préoccupations, *déplacement qui ne fait que refléter le déplacement du « point de gravité » d'un contrat* qui quitte la sphère exclusive de l'ordre de l'État qui l'édicte pour se lancer dans l'arène internationale »¹¹⁰¹. On peut donc penser que « l'intensité de l'impérativité, à l'égard d'une situation donnée, d'une disposition édictée par un État donné, est fonction de la proximité de la situation avec cet État et partant varie selon que cette situation est interne ou internationale et, dans ce dernier cas, selon le degré d'internationalité [...]. Lorsque la proximité entre un contrat et l'ordre socio-économique d'un État atteint son maximum, le contrat étant entièrement localisé

ne sera toutefois pas considéré comme pertinent pour nos développements, puisque l'objet de la réflexion consiste justement à se demander *de lege ferenda* s'il serait possible de reconnaître une exception à ce principe.

1097. H. BATAIFFOL, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, p. 563, n° 5 ; J.-P. NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 18 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome II. Partie spéciale, op. cit.*, p. 386, n° 895 ; J.-M. JACQUET, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 84 ; V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes, op. cit.*, p. 132, n° 96 ; M.-L. NIBOYET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 29 ; M. AUDIT, « La validité d'une clause attributive de juridiction est subordonnée au caractère international de la situation. Cour de cassation (1^{re} Ch. civ.). - 4 octobre 2005, Keller Grundbau GmbH c. Électricité de France et Spie Citra Île-de-France », *art. cit.*, p. 415 ; M. FONTAINE, « Introduction », *op. cit.*, p. 24 n° 21 ; Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international, op. cit.*, p. 503, n° 111 ; M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux, op. cit.*, p. 7, n° 12 ; L. D'AVOUT, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *art. cit.*, n° 4 ; P. KINDLER, « Zur Anknüpfung von Handelsvertreter- und Vertragshändlerverträgen im neuen bundesdeutschen IPR », *RIW* 1987, p. 661.

1098. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, p. 94, n° 77.

1099. *Ibid.*, p. 95, n° 77.

1100. K. FIRSCHING, *Einführung in das internationale Privatrecht*, 2^e éd., C.H. Beck, München, 1981, p. 244. Traduction libre.

1101. G. P. ROMANO, « Règles internationalement supplétives et règles internationalement disponibles » in *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel. Colloques d'Aix, le 12 octobre 2006 et de Lausanne, 28 septembre 2007 ; organisés par le Centre de droit économique de l'Université Paul Cézanne d'Aix-Marseille ; le Centre de droit comparé, européen et international de l'Université de Lausanne et l'Institut suisse de droit comparé de Lausanne*, PUAM, Aix-en-Provence, 2009, p. 249, n° 11. C'est nous qui soulignons. Dans le même sens, sur le relâchement des liens avec l'ordre juridique interne entraîné par l'internationalité en tant que justification de la faculté de choix de la loi applicable, L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica, Paris, 2008, p. 241, n° 296.

à l'intérieur de cet ordre, l'impérativité de toute disposition que cet État déclare applicable à ce contrat est aussi à son maximum »¹¹⁰².

Si la solution de l'ouverture du choix de la loi applicable aux situations purement internes devait s'imposer, on pourrait donc craindre une tendance accrue des États à qualifier de lois de police certaines dispositions impératives de leurs droits internes, afin de garantir par ce biais leur respect dans les situations internes soumises à un droit étranger¹¹⁰³. Cela aurait pour effet collatéral de restreindre la portée de l'autonomie de la volonté dans les situations internationales, alors même qu'une telle restriction n'avait pas initialement été voulue par le législateur.

ii. Arguments favorables

Il a été rétorqué à l'argument de la perte d'impérativité du droit interne qu'en cas de choix d'une loi étrangère dans un contrat interne, les parties resteront malgré tout soumises à un corps de normes impératives, à savoir celles du droit étranger qu'elles auront choisi, et qu'il serait dans le fond assez indifférent que ces dispositions ne soient pas celles du législateur interne, l'important étant que les parties ne puissent pas s'extraire entièrement de tout cadre juridique impératif¹¹⁰⁴.

Dans le même ordre d'idées, l'ouverture du choix de la loi applicable aux situations internes a pu être justifiée par le fait que le droit international privé mettrait suffisamment d'outils juridiques à disposition, à savoir les lois de police et l'exception d'ordre public international, afin d'assurer le respect des dispositions internes les plus impératives¹¹⁰⁵. Ainsi, la restriction du choix de la loi applicable dans les situations internes a été critiquée en ce qu'elle ne se justifierait par aucune considération de nature sociale, économique ou politique¹¹⁰⁶ [dans le même sens, sur l'absence de justification,] [n° 44] 653. Même à prendre le cas particulier d'une partie réputée faible à un contrat, telle que le salarié ou le consommateur, la protection de cette dernière serait suffisamment organisée par les lois de police et les dispositions spécifiques prévues à leur égard dans le règlement Rome I qui garantissent l'application des dispositions impératives de la loi du pays de résidence du consommateur ou de travail habituel du salarié¹¹⁰⁷.

1102. G. P. ROMANO, « Le choix des Principes UNIDROIT par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives », *JDI* 2007, p. 473, n^{os} 13, 15.

1103. V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, *op. cit.*, p. 132, n^o 96.

1104. A. CURTI GIALDINO, « La volonté des parties en droit international privé », *op. cit.*, p. 856, n^o 43.

1105. *Idem*, « La volonté des parties en droit international privé », *op. cit.*, p. 856, n^o 43 ; M. AMSTUTZ, N. P. VOGT et M. WANG, « Art. 116 », *op. cit.*, n^o 28 ; M. KELLER et J. KREN KOSTKIEWICZ, « Art. 116 », *op. cit.*, n^o 44.

1106. À propos des articles 3 § 3 et 14 § 2 des règlements Rome I et Rome II, E. LORENZ, « Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht. Grundsatz und Grenzen », *art. cit.*, p. 574.

1107. *Ibid.*, p. 574.

iii. Confrontation des arguments

La confrontation des arguments en faveur et en défaveur de la reconnaissance d'une faculté de choix de loi applicable dans les situations internes revient à effectuer un arbitrage entre deux intérêts contradictoires : celui des parties à pouvoir se soumettre au cadre juridique qui leur convient le mieux et celui de l'ordre juridique interne à protéger l'impérativité de ses dispositions d'ordre public interne. Selon l'intérêt que l'on jugera prépondérant, l'intérêt des parties à une situation interne à convenir de l'application d'un droit étranger sera reconnu ou non comme étant légitime, conduisant en conséquence à l'acceptation ou au refus de reconnaissance de la faculté de choix de la loi applicable.

Les partisans de l'ouverture du choix de la loi applicable dans les situations internes ont tous en commun de chercher à minimiser l'impact pour l'ordre juridique interne de la perte d'impérativité de ses dispositions d'ordre public à l'encontre des situations qui lui sont exclusivement rattachées. Leurs arguments sont questionnables, car ils reposent partiellement sur un postulat de ressemblance et d'interchangeabilité des droits matériels internes, qui est loin d'être avéré dans les faits. Peut en effet tout d'abord être réfutée l'idée selon laquelle les droits internes reposeraient sur des fondements suffisamment proches pour être tenus pour équivalents, même au sein de pays de culture juridique similaire, tels les pays d'Europe occidentale. Rien ne garantit que les législateurs poursuivent toujours les mêmes objectifs en matière interne, qu'ils les poursuivent avec la même intensité ou qu'ils effectuent les mêmes arbitrages entre intérêts contradictoires. L'étude comparée des droits matériels de tels pays mettrait nécessairement en évidence certaines solutions trop divergentes pour que leur application à une situation entièrement rattachée à un autre État soit tolérable pour ce dernier.

Il est en effet bien difficile d'imaginer qu'un État accepte une réglementation de ses situations internes différant de celle qu'il avait prévue par le biais des dispositions impératives de son droit interne, la qualité de cette législation étrangère fût-elle objectivement meilleure que son propre droit. Afin de conforter cette affirmation, à tout le moins pour l'ordre juridique français, il est possible d'évoquer la figure du choix interne de loi applicable, qui consiste en l'« extension conventionnelle d'un statut impératif »¹¹⁰⁸ de droit interne. Les tribunaux français admettent dans certaines matières (baux commerciaux, baux d'habitation, fermage et métayage, crédits immobiliers, crédits à la consommation...) que les parties à une situation interne puissent se soumettre à un dispositif législatif de droit interne dont elles ne remplissent pas les conditions d'application¹¹⁰⁹. Cette hypothèse est d'intérêt car proche de celle que nous proposons

1108. Il s'agit du vocable employé par D. BUREAU, « L'extension conventionnelle d'un statut impératif. Contribution du droit international privé à la théorie du contrat » in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie : liber amicorum*, Defrénois, Paris, 2005, p. 125.

1109. *Idem*, « L'extension conventionnelle d'un statut impératif. Contribution du droit international privé à la théorie du contrat », *op. cit.*, p. 125, n° 1, p. 130-131, n°s 7-8; S. LEMAIRE, « Le choix de la loi du contrat en droit interne », *RRJ* 2001, p. 1431-1432; J.-B. SEUBE, « L'electio juris en droit interne. Ou la soumission volontaire des

d'étudier, les parties souhaitant se soumettre à un statut initialement inapplicable car il leur semble plus adapté.

Certains arrêts de la Cour de cassation reconnaissent à ce choix interne de loi applicable non pas la valeur d'une incorporation – cela ne présenterait guère d'intérêt, la liberté contractuelle permettant déjà l'obtention de ce résultat –, mais celle d'une véritable soumission des parties aux dispositions de la législation de droit interne qu'elles ont choisie¹¹¹⁰. Pour autant, cette soumission ne leur permet pas de s'affranchir des règles d'ordre public qui s'appliquaient initialement à leur contrat¹¹¹¹. Cette circonstance est un élément supplémentaire tendant à démontrer que l'ordre juridique français n'est pas disposé à renoncer à l'application de ses normes d'ordre public interne aux situations qui lui sont entièrement rattachées, ces normes fussent-elles remplacées par un corpus de normes issues de son propre droit. L'admission d'un tel remplacement en faveur de règles issues d'un droit étranger apparaît d'autant plus inconcevable.

C'est également l'attachement de l'État à l'application de son droit interne impératif aux situations qui lui sont entièrement rattachées qui justifie, selon nous, que l'argument selon lequel le droit international privé offrirait suffisamment de mécanismes afin de garantir l'application des dispositions internes les plus impératives aux situations internes ne puisse être regardé comme suffisant. Même en appliquant de manière combinée le mécanisme des lois de police, l'exception d'ordre public international et les règles protectrices contenues dans le règlement Rome I pour les parties faibles, ne pourrait être garantie l'application de l'intégralité des dispositions impératives du droit interne. Quels que soient les correctifs mis en place, la reconnaissance d'une faculté de choix de la loi applicable aux situations internes s'accompagne donc nécessairement, en l'état du droit actuel, de la perte d'impérativité d'une partie des dispositions d'ordre public interne.

À l'heure actuelle, nous pensons donc que c'est l'intérêt de l'État à voir appliquer ses dispositions impératives internes qui devrait continuer de primer. Les ordres juridiques internes peuvent légitimement décider d'imposer un certain nombre de politiques législatives aux situations qui leur sont entièrement rattachées, et tout aussi légitimement refuser de renoncer à leur prérogative exclusive de réglementer ces situations¹¹¹². Une solution satisfaisante de compromis permettant une prise en compte au moins partielle de l'intérêt des parties à pouvoir se soumettre à un droit

parties à un droit protecteur » in *Liber amicum Jean Calais-Auloy. Études de droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 2004, p. 1010; C. PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, L.G.D.J., Paris, 2004, p. 158, n° 174.

1110. Voir la jurisprudence citée par D. BUREAU, « L'extension conventionnelle d'un statut impératif. Contribution du droit international privé à la théorie du contrat », *op. cit.*, p. 149, n° 39; S. LEMAIRE, « Le choix de la loi du contrat en droit interne », *art. cit.*, p. 1436, 1440.

1111. G. P. ROMANO, « Le choix des Principes UNIDROIT par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives », *art. cit.*, n° 12; S. LEMAIRE, « Le choix de la loi du contrat en droit interne », *art. cit.*, p. 1445; J.-B. SEUBE, « L'electio juris en droit interne. Ou la soumission volontaire des parties à un droit protecteur », *op. cit.*, p. 1013; C. PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, *op. cit.*, p. 161, n° 176; D. BUREAU, « L'extension conventionnelle d'un statut impératif. Contribution du droit international privé à la théorie du contrat », *op. cit.*, p. 132, n° 11.

1112. En ce sens, P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, p. 94, n° 77.

étranger qu'elles jugent plus adapté ne nous semble donc pas pouvoir être trouvée, en dehors du dispositif de l'incorporation déjà abordé ¹¹¹³. En somme, les parties ne devraient pas pouvoir dépasser les prérogatives que leur reconnaissent actuellement les règlements Rome I et Rome II en cas de choix d'une loi étrangère dans une situation purement interne.

Il convient désormais de voir si la reconnaissance d'une faculté de choix du juge compétent dans les situations internes appelle la même conclusion.

b. L'ouverture du choix du juge compétent aux situations internes

L'appréciation en opportunité de la reconnaissance d'un intérêt légitime des parties à une situation interne de choisir le juge compétent passe par un raisonnement similaire à celui adopté pour le choix de loi applicable. Il s'agira de procéder à une mise en balance entre l'intérêt des parties à pouvoir opérer un tel choix et l'intérêt de l'ordre juridique interne à assurer la compétence de ses tribunaux (iii.) après avoir rappelé les arguments en faveur (ii.) et en défaveur (i.) de l'extension de cette prérogative aux situations purement internes.

i. Arguments défavorables

L'ouverture de la faculté de choix du juge compétent dans les situations purement internes peut faire l'objet d'un certain nombre de réserves ¹¹¹⁴. La même critique que celle déjà formulée à l'égard du choix de la loi applicable pourrait tout d'abord être adressée au choix du juge compétent : on pourrait reprocher à la reconnaissance de cette faculté de permettre aux parties à une situation purement interne de se soustraire à la compétence naturelle des tribunaux internes à connaître de leur litige. Argument pourrait être pris de ce que l'ordre juridique interne souhaite garder la main sur les litiges internes pour des raisons de souveraineté ¹¹¹⁵ et de ce qu'il y a dans la reconnaissance d'une faculté de choix du juge compétent dans les situations internes l'idée, qui pourrait apparaître excessive, que les juridictions des différents pays seraient interchangeables ¹¹¹⁶.

Par ailleurs, l'ouverture de la faculté de choix du juge compétent dans les situations internes pourrait trop aisément permettre aux parties de contourner les dispositions impératives du droit interne ¹¹¹⁷. Elle empêcherait l'État auquel la situation est entièrement rattachée d'« accorder la protection juridique par le biais de ses tribunaux et de mettre en œuvre ses règles de conflit

1113. Voir *supra*, p. 247 s.

1114. Nous ferons ici abstraction de l'argument selon lequel la mise en œuvre des règles de compétence internationale présuppose l'internationalité des situations auxquelles elles s'appliquent, voir Ph. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, *op. cit.*, p. 71, en conséquence de quoi il serait illogique d'admettre que les parties à une situation interne puissent accéder au choix du juge compétent.

1115. En ce sens, J. JODLOWSKI, « Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile » in *Rec. cours La Haye*, vol. 143, 1974, p. 548.

1116. B. AUDIT, « Le critère d'application des conventions judiciaires multilatérales », *op. cit.*, p. 32, n° 20.

1117. S. BOLLÉE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », *op. cit.*, p. 142 ; U. FRAUENBERGER-PFEILER, « Der "reine Binnensachverhalt", Art. 23 EuGVVO und

et de droit matériel » alors même que la situation est de la « compétence régulière de ses juridictions »¹¹¹⁸. L'admission du choix du juge compétent dans les situations internes présenterait donc un potentiel d'abus, en ce qu'elle pourrait donner lieu à des fraudes à la loi interne¹¹¹⁹ consistant notamment à éluder l'application des lois de police internes¹¹²⁰.

Dans le même ordre d'idées, la reconnaissance d'une faculté de choix du juge compétent dans les situations internes pourrait présenter un risque pour les parties réputées faibles à un contrat, plus particulièrement dans les contrats d'adhésion, puisque la désignation d'un juge étranger pourrait compliquer leur accès à la justice au point parfois de les en priver totalement, en raison des coûts inhérents à la conduite d'un procès à l'étranger¹¹²¹. La reconnaissance de cette faculté de choix dans les situations internes pourrait de manière générale conduire à une « rupture de l'égalité des armes en faveur du demandeur »¹¹²².

Peut enfin être relevé une certaine incohérence à admettre la possibilité pour les parties dans une situation interne de convenir de la compétence d'un juge étranger, car cela leur permettrait d'« échapper au régime juridique généralement plus restrictif » applicable aux clauses attributives de juridiction en matière de compétence territoriale interne¹¹²³. Les parties pourraient ainsi contourner les contraintes du § 38 de la *Zivilprozessordnung* ainsi que celles de l'article 48 du code de procédure civile, qui interdit les clauses relatives à la compétence territoriale qui n'ont pas été conclues entre commerçants et spécifiées de façon très apparente. Dans certaines hypothèses, la reconnaissance d'une faculté de choix du juge compétent conduirait donc à la situation paradoxale dans laquelle les parties à une situation interne pourraient choisir de donner compétence à un tribunal étranger mais pas à un autre tribunal de l'ordre juridique interne¹¹²⁴.

der öOGH », *op. cit.*, p. 132 ; L. KILLIAS, *Die Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Lugano-Übereinkommen*, Schulthess, Zürich, 1993, p. 71.

1118. Chr. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *op. cit.*, p. 377, n° 71.

1119. F. MAULTZSCH, « Partiautonomie bei reinen Inlandsfällen im Internationalen Privat-, Prozess- und Schiedsverfahrensrecht », *op. cit.*, p. 310.

1120. En ce sens, S. BOLLÉE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », *op. cit.*, p. 142.

1121. Ph. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, *op. cit.*, p. 71.

1122. S. BOLLÉE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », *op. cit.*, p. 139.

1123. P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, *op. cit.*, p. 99, n° 167 ; Ph. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, *op. cit.*, p. 71 ; F. LEBORGNE, *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats : étude de droit interne et de droit international privé*, *op. cit.*, n° 174 ; dans le même sens, J. KROPHOLLER et J. von HEIN, « Art. 23 Brüssel I-VO », *op. cit.*, n° 89 ; U. FRAUENBERGER-PFEILER, « Der "reine Binnensachverhalt", Art. 23 EuGVVO und der öOGH », *op. cit.*, p. 132.

1124. D. HOLLEAUX, « note sous CA Paris, 25 avr. 1979, Mosbacher et Société Uniputz c/ Banque nationale de Paris », *art. cit.*, p. 354.

ii. Arguments favorables

La reconnaissance de la faculté de choix du juge compétent dans les situations internes a été soutenue avec plus de vigueur que celle du choix de loi applicable. L'exclusion des situations internes du bénéfice du choix du juge étranger a tout d'abord été critiquée en ce qu'elle serait contraire au « principe général de liberté laissée à la volonté privée »¹¹²⁵ : la prorogation de la compétence d'un tribunal étranger par les parties à un contrat interne ne prêterait pas le flan à la critique dès lors qu'elle ne permettrait pas d'échapper à une loi impérative interne¹¹²⁶. En ce sens, les partisans de l'ouverture du choix du juge compétent dans les situations internes ont cherché à répondre à la critique du contournement du droit impératif interne en minimisant la probabilité et les risques d'un tel contournement. Lorsque le juge saisi est celui d'un État membre de l'Union européenne, il a été fait remarquer que l'article 3 § 3 de la convention de Rome – et donc les dispositions analogues des règlements Rome I et Rome II – se charge d'assurer l'application des dispositions impératives du droit interne en cas de choix d'une loi étrangère¹¹²⁷, de sorte qu'il n'y a pas lieu de s'inquiéter d'un éventuel contournement du droit interne. Cette crainte n'aurait pas non plus lieu d'être en l'absence de choix de la loi applicable, car il est généralement reconnu que la loi objectivement applicable est celle qui présente les liens les plus étroits avec la situation¹¹²⁸, de sorte que la situation interne se verrait en principe appliquer le droit interne.

La protection de l'application du droit interne impératif en présence de parties réputées faibles à un contrat serait également assurée par les règles protectrices contenues dans les règlements Rome I et Bruxelles I bis, qui limitent respectivement les effets du choix de la loi applicable et encadrent les cas dans lesquels une clause attributive de juridiction peut être insérée dans ces contrats¹¹²⁹. Cette protection résulterait aussi de l'application du droit impératif interne en tant que loi de police ainsi que par le refus de reconnaissance et/ou d'exécution, sur le fondement de l'exception d'ordre public international, du jugement étranger obtenu de manière abusive au détriment de la partie réputée faible¹¹³⁰.

L'admission du choix du juge compétent dans les situations internes a encore été justifiée par une double comparaison avec l'arbitrage et le « choix » de la loi applicable admis dans les situations internes par les règlements Rome I et Rome II. Concernant tout d'abord ce premier aspect,

1125. H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, *op. cit.*, p. 196, n° 310.

1126. *Ibid.*, p. 196, n° 308.

1127. U. FRAUENBERGER-PFEILER, « Der "reine Binnensachverhalt", Art. 23 EuGVVO und der öOGH », *op. cit.*, p. 135.

1128. *Ibid.*, p. 135.

1129. *Idem*, « Der "reine Binnensachverhalt", Art. 23 EuGVVO und der öOGH », *op. cit.*, p. 135 ; à propos de ce second aspect, L. BENECKE, *Die teleologische Reduktion des räumlich-persönlichen Anwendungsbereichs von Art. 2 ff. und Art. 17 EuGVÜ*, *op. cit.*, p. 83 ; J. M. AULL, *Der Geltungsanspruch des EuGVÜ. "Binnensachverhalte" und internationales Zivilverfahrensrecht in der Europäischen Union ; zur Auslegung von Art. 17 Abs. 1 S. 1 EuGVÜ*, *op. cit.*, p. 137.

1130. L. BENECKE, *Die teleologische Reduktion des räumlich-persönlichen Anwendungsbereichs von Art. 2 ff. und Art. 17 EuGVÜ*, *op. cit.*, p. 84.

on a fait remarquer que certains litiges internes peuvent déjà être soustraits à la compétence des tribunaux internes pour être soumis à l'arbitrage : dès lors, il se pose la question de savoir quelles raisons empêcheraient qu'il en soit de même en vertu d'une clause attributive de juridiction au profit d'un État étranger¹¹³¹. Le choix du juge compétent dans les situations purement internes pourrait donc être reconnu dans les matières dans lesquelles les parties peuvent librement disposer de leurs droits et conclure un compromis¹¹³². Dès lors qu'un État a accepté par principe que certains litiges puissent échapper à la compétence de ses tribunaux et qu'il se désintéresse ainsi de leur règlement, on pourrait en effet penser que l'identité de l'organe connaissant de ces litiges lui est également indifférente. Cela est d'autant plus vrai que le juge étranger « ne présente [en principe] pas moins de garanties qu'une personne privée »¹¹³³.

Le second parallèle qui pourrait être réalisé pour justifier l'ouverture du choix du juge compétent aux situations internes est celui dressé avec le choix de la loi applicable : dans la mesure où les règlements Rome I et Rome II autorisent un certain « choix » de la loi applicable dans les situations purement internes, il n'y aurait pas de raison de refuser de reconnaître la licéité du choix du juge compétent dans ces situations, à tout le moins dans le champ d'application du règlement Bruxelles I bis¹¹³⁴.

Enfin, comme vu précédemment, un argumentaire complet a été développé par MM. Dammann et Hansmann pour démontrer les bienfaits d'une mise en concurrence des juridictions étatiques en matière de contrats commerciaux, y compris pour les litiges internes¹¹³⁵. Les différents avantages que ces auteurs en retirent trouvent également à s'appliquer à la reconnaissance de la faculté de choix du juge compétent, qui peut constituer l'une des modalités de cette mise en concurrence. Les avantages pour les parties ayant déjà été abordés¹¹³⁶, seuls ceux que peuvent en retirer les autres protagonistes seront présentés. Concernant tout d'abord l'État dont la compétence a été prorogée, il a été fait remarquer qu'« il peut faire partie de sa "politique extérieure de droit privé" d'attirer autant de litiges que possible dans la mesure où le contentieux international de droit privé fait profiter les professions juridiques et constitue ainsi un facteur du commerce extérieur »¹¹³⁷. De manière plus générale, la mise en concurrence des juridictions étatiques pourrait entraîner une amélioration des systèmes judiciaires, en ce que cette concurrence représenterait une incitation pour les États à améliorer la qualité des services judiciaires qu'ils

1131. F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours général de droit international privé », *op. cit.*, p. 173, n° 121.

1132. En ce sens, *idem*, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours général de droit international privé », *op. cit.*, p. 173, n° 121 ; S. BOLLÉE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », *op. cit.*, p. 144.

1133. *Idem*, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », *op. cit.*, p. 144.

1134. U. FRAUENBERGER-PFEILER, « Der "reine Binnensachverhalt", Art. 23 EuGVVO und der öOGH », *op. cit.*, p. 135 ; dans le même sens, Ph. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, *op. cit.*, p. 72.

1135. J. DAMMANN et H. HANSMANN, « Globalizing Commercial Litigation », *art. cit.*, p. 1 s.

1136. Voir *supra*, p. 233 s. et p. 240 s.

1137. Chr. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes », *op. cit.*, p. 377, n° 71.

offrent¹¹³⁸ et permettrait aux juges de se spécialiser davantage et d'acquérir une plus grande expérience et une plus grande expertise, ce qui conduirait à un plus grand perfectionnement du droit lui-même¹¹³⁹. La possibilité pour les parties d'accéder à des tribunaux plus efficaces serait également bénéfique pour l'environnement contractuel de manière générale, en ce qu'une possibilité d'exécution rapide et effective des contrats rendrait les relations contractuelles plus fiables¹¹⁴⁰.

iii. Confrontation des arguments

Les arguments des opposants à la reconnaissance de la faculté de choix du juge compétent dans les situations internes nous semblent moins dirimants que ceux des opposants à la reconnaissance du choix de la loi applicable. Le parallèle établi avec l'arbitrage nous semble en effet constituer un indice majeur démontrant que les États sont bien plus enclins à admettre que les situations juridiques qui leur sont entièrement rattachées puissent échapper à la compétence de leurs juridictions qu'à l'application de leurs dispositions impératives de droit interne. Il subsistera certes toujours une différence psychologique pour l'État entre l'acceptation de la soumission de ses litiges internes à un arbitre et celle de leur soumission à un autre juge étatique : l'admission du choix d'un juge étranger par les parties pourrait en effet être interprété comme une concession de la supériorité de l'État étranger sur l'État d'origine de la situation¹¹⁴¹. Il nous semble toutefois que le recours à l'arbitrage pourrait également être interprété de manière vexatoire par l'État, en ce que les parties préfèrent confier la résolution de leur litige à des personnes privées plutôt qu'aux juges professionnels de l'ordre judiciaire interne, sans que cet argument n'ait pourtant fait obstacle à l'ouverture de l'arbitrage en matière interne et internationale.

La reconnaissance de la faculté de choix du juge compétent dans les situations internes est donc, à notre sens, une idée que les États pourraient plus facilement accepter que celle de l'ouverture du choix de la loi applicable. La solution sera certainement d'autant plus admissible que le nombre de litiges internes qui seraient potentiellement soumis à un juge étranger devrait rester très bas, *a fortiori* si l'on impose en outre le respect de la condition de l'intérêt légitime des parties à proroger la compétence du juge étranger. Comme l'écrit M. Bollée, il a sûrement « surestimation de la curiosité et de l'intérêt que des parties pourraient porter à des systèmes judiciaires qui leur sont *a priori* étrangers [...] et de] l'intérêt que les États pourraient trouver à attirer des contentieux internationaux ou étrangers devant leurs juridictions »¹¹⁴².

Si l'on acceptait donc de reconnaître cette faculté, il reste qu'un certain nombre de limites devraient être posées afin de prendre en compte deux autres impératifs qui nous semblent tout

1138. J. DAMMANN et H. HANSMANN, « Globalizing Commercial Litigation », *art. cit.*, p. 12.

1139. *Ibid.*, p. 13-14.

1140. *Ibid.*, p. 11.

1141. *Ibid.*, p. 25.

1142. S. BOLLÉE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », *op. cit.*, p. 143-144.

aussi légitimes. Ainsi, la première préoccupation qui nous semble devoir être prise en compte est la protection des parties contre les risques liés à la prorogation de la compétence d'une juridiction étrangère dans une situation interne. Les obstacles pratiques à l'accès au juge étranger, tenant notamment à la distance géographique, à la langue, à la différence de culture juridique et à la nécessité du recours à un avocat local¹¹⁴³, risqueraient en effet de compliquer l'accès à la justice au point que l'une des parties s'en trouverait privée en pratique. Il faut toutefois préciser que le risque qu'une partie à une situation interne se retrouve attraitée de manière forcée devant un juge étranger est bien moindre dans le seul cas de la prorogation de la compétence de ce juge étranger par un commun accord des parties, que de celui d'une mise en concurrence générale des tribunaux étatiques, permettant au demandeur de s'adresser librement à un tribunal étranger et donc de surprendre le défendeur avec une telle saisine.

Néanmoins, même dans l'hypothèse qui nous occupe, quelques précautions devraient être prises afin de garantir un accès effectif à la justice. Le choix d'un juge étranger ne devrait ainsi être permis que sur commun accord de parties se trouvant dans un rapport de force égal, garantissant que la clause attributive de juridiction ne soit pas imposée à l'une par l'autre. Les hypothèses particulièrement vulnérables sont donc celles qui impliquent des parties réputées faibles à un contrat, et plus généralement tous les contrats d'adhésion. Toutefois, si l'on veut bien admettre que les dispositions protectrices des sections III à V du règlement Bruxelles I bis peuvent être appliquées au cas de figure de parties se trouvant dans une situation interne mais ayant convenu de la compétence d'un juge étranger, on pourrait considérer que ces dispositions permettent de protéger suffisamment les parties réputées faibles. Pour le reste, il faudrait être particulièrement attentif à la vérification de l'intégrité du consentement des parties à la clause attributive de juridiction.

La deuxième préoccupation est celle de la protection de l'impérativité du droit interne. Le choix par les parties d'un juge étranger ne nous apparaît en effet admissible qu'à la condition que le tribunal étranger fasse application de la loi interne au fond du litige, ou autrement dit que la saisine de ce tribunal ne permette pas d'éluder l'application du droit interne impératif. Le risque d'application d'un droit étranger est certes plutôt faible : pour ce faire, il faudrait admettre que la règle de conflit de lois du juge étranger ne conduise pas à l'application du droit interne, ce qui devrait être très rare¹¹⁴⁴, ou alors que le juge étranger accepte de faire produire effet à une convention de choix de loi applicable que les parties auraient conclu au profit d'un droit étranger, sans en limiter les effets par le jeu des règlements Rome I ou Rome II ou par un mécanisme analogue. Ce risque ne peut cependant être entièrement exclu, notamment si la règle de conflit de lois du juge étranger l'autorise à faire application de la *lex fori* pour trancher le litige.

1143. J. DAMMANN et H. HANSMANN, « Globalizing Commercial Litigation », *art. cit.*, p. 10.

1144. Pour les cas dans lesquels cela pourrait se produire, voir *supra*, p. 85 s.

Or, il n'existe à l'heure actuelle aucun moyen permettant de contraindre un juge étranger à faire application du droit d'un autre État s'il a à connaître d'une situation interne à ce dernier. La seule possibilité est de refuser *a posteriori* la reconnaissance ou l'exécution de la décision rendue par le juge étranger, ce qui n'est pas une solution satisfaisante au regard de l'investissement qu'aura demandé la conduite de la procédure à l'étranger. La solution pourrait en outre être difficile à mettre en œuvre *de lege lata*, dans la mesure où le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger ne constitue pas ou plus une cause de refus d'efficacité des décisions étrangères, que cela soit en droit international privé commun français, allemand ou européen. Reste donc le recours à l'exception d'ordre public international, à condition d'admettre que l'application du droit impératif interne aux situations internes est un principe suffisamment essentiel de l'ordre juridique interne pour pouvoir être intégré au contenu de l'ordre public international, ce qui n'est pas évident. Afin de garantir que l'État auquel la situation est entièrement rattachée puisse refuser la reconnaissance ou l'exécution de la décision étrangère, devrait exister de manière générale en droit international privé une disposition analogue à l'article 20 de la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, qui autorise les États à refuser de reconnaître ou d'exécuter un jugement rendu par le tribunal d'un autre État dans une situation qui lui est entièrement rattachée.

En l'état actuel du droit positif, il n'existe donc pas suffisamment de garanties que les litiges internes qui seraient portés devant un juge étranger se voient appliquer le droit interne, ni même de solution suffisamment certaine permettant à l'État auquel la situation est entièrement rattachée de s'opposer à l'efficacité de la décision qui serait rendue par le juge étranger sur le fondement du droit étranger.

En conclusion, la reconnaissance de la légitimité de l'intérêt des parties à une situation interne de conclure une convention attributive de juridiction dépendra tout d'abord du point de savoir si celles-ci ont convenu de la compétence du juge interne ou d'un juge étranger. Dans le premier cas de figure en effet, aucun obstacle ne nous semble faire obstacle à la reconnaissance de la faculté des parties de proroger la compétence de ce juge, dès lors qu'un intérêt concret a bien été caractérisé en l'espèce. Dans le second cas, au contraire, il subsistera toujours *de lege lata* un risque minime que le juge étranger ne fasse pas application du droit interne et que l'État auquel la situation est entièrement rattachée ne puisse s'opposer à la reconnaissance ou à l'exécution de ce jugement. L'acceptation de ce risque ne nous semblant pas opportune, il n'y a d'autre possibilité que de refuser à l'heure actuelle aux parties à une situation interne de convenir de la compétence d'un juge étranger, eussent-elles un intérêt certain à le faire.

Conclusion du chapitre I

Le traitement des situations internationales par rapport à celui des situations internes devrait être défini de manière à épouser au mieux les spécificités que l'internationalité leur confère. Ces situations ont en effet par principe une nature au moins partiellement différente de celle des situations internes en raison de leur plurilocalisation, ce qui justifie très régulièrement une différence de régime au moins partielle entre ces deux catégories de situations. L'instauration d'une différence de traitement entre situations internes et internationales ne nous semble donc légitime que pour peu qu'elle ait pour objectif de prendre en charge des spécificités ou besoins propres aux situations internationales.

Sous cet angle, apparaissent comme étant justifiées en droit positif : - la majorité des adaptations apportées à la règle de compétence juridictionnelle internationale ; - l'application d'un droit étranger aux situations internationales par le jeu de la règle de conflit de lois, à condition que la désignation du droit étranger se fasse sur la base d'un facteur de rattachement suffisamment pertinent ; - les règles de conflit de lois à coloration matérielle qui se restreignent à la stricte prise en charge des spécificités de l'internationalité et qui ne sont pas uniquement justifiées par l'extension à l'ordre international d'une politique législative interne ; - les différentes techniques d'adaptation du droit matériel à l'internationalité.

La légitimité du cantonnement aux situations internationales de la libre faculté de choix du juge compétent et de la loi applicable est partiellement remise en cause par le fait que certaines situations au moins *prima facie* purement internes à un État présentent un intérêt à se voir reconnaître cette prérogative. Une partie importante de ces cas peut toutefois être prise en charge sans renoncer à la condition d'internationalité, en faisant application de la faculté de « choix » de la loi applicable offerte par les règlements Rome I et Rome II, en élargissant l'acceptation de la notion d'internationalité ou en adaptant le moment de son appréciation. Pour les hypothèses restantes, il ne nous semble opportun de renoncer à la condition d'internationalité que pour permettre aux parties ayant un intérêt légitime à le faire de convenir de la compétence des juridictions internes.

Chapitre II

Le traitement des formes particulières d'internationalité

Les phénomènes de régionalisation et de mondialisation ont conduit à l'émergence ou à la multiplication de formes spécifiques d'internationalité, constituées d'une part par les situations européennes et d'autre part par les situations transnationales¹¹⁴⁵. Ces nouvelles formes de situations internationales représentent un défi pour le traitement adéquat de l'internationalité. S'agissant des situations européennes, le législateur européen œuvre en effet à la mise en place d'un régime spécifique pour cette catégorie de situations, ce qui conduit à les démarquer des situations purement internationales, tout en les rapprochant à certains égards du régime des situations purement internes à un État¹¹⁴⁶. Le bienfondé de ce traitement spécifique peut toutefois être questionné (section I). S'agissant des situations transnationales ou anationales, le législateur, la jurisprudence et la doctrine sont encore partiellement à la recherche de solutions adéquates pour la prise en charge des difficultés posées par cette catégorie particulière de situations¹¹⁴⁷. Se pose dès lors la question de la nécessité de l'instauration d'un traitement différencié pour les situations transnationales ou anationales et du contenu de ce régime spécifique (section II).

Section I. Le traitement des situations européennes

Les situations européennes présentent la caractéristique d'être des situations structurellement internationales mais qui s'inscrivent dans un espace intérieur. Cela explique que le traitement des situations européennes soit à la fois imprégné d'interne et d'international, la situation européenne apparaissant d'une certaine façon comme un échelon intermédiaire entre la situation interne et la situation internationale. Cette caractéristique amène à se questionner d'une part sur les rapports entre situations européennes et internationales, et plus particulièrement sur la légitimité d'une différence de traitement entre ces deux types de situations (§ 1), et d'autre part sur ceux entre situations européennes et internes, au regard du phénomène d'assimilation de l'interne et de l'europpéen¹¹⁴⁸ qui s'observe de plus en plus fréquemment en droit européen (§ 2).

1145. Voir *supra*, p. 153 s.

1146. Voir *supra*, p. 164 s.

1147. Voir *supra*, p. 181 s. et p. 187 s.

1148. Voir *supra*, p. 144 s.

§ 1. La distinction de l'européen et de l'international

Les caractéristiques des situations internationales précédemment dégagées¹¹⁴⁹ permettent de constater que les situations européennes présentent les mêmes caractéristiques que les situations internationales, ce qui ne saurait étonner, dans la mesure où les premières ne sont rien d'autre qu'une forme particulière des secondes. Tout comme les situations internationales, les situations européennes sont donc affectées par les difficultés résultant de leur plurilocalisation : elles doivent composer avec la même vocation concurrente éventuelle de plusieurs droits ou juridictions étatiques à se reconnaître compétents à leur rencontre, ce qui entraîne une relativité dans leur existence¹¹⁵⁰ et leur efficacité territoriale¹¹⁵¹ et un certain nombre de complications procédurales comparativement aux situations internes à un État¹¹⁵².

Or, le droit européen instaure dans de nombreux cas un régime spécifique au profit des situations européennes¹¹⁵³. La mise en place de ce régime particulier a donc pour conséquence d'instaurer une différence de traitement au sein même de la catégorie des situations internationales, considérée jusqu'à présent comme une catégorie juridique unitaire. C'est donc assez naturellement que se pose la question de la légitimité d'une telle différenciation. Après s'être interrogé sur les finalités des régimes spécifiques mis en place par le droit de l'Union européenne au profit des situations européennes (A.), seront analysées les justifications à même d'expliquer le cantonnement de ces régimes aux situations européennes (B.) avant que ne soient tirées des conclusions quant à l'opportunité de ces régimes spécifiques (C.).

A. Les finalités du régime propre aux situations européennes

Le traitement spécifique que le droit européen instaure pour les situations européennes trouve toujours initialement son fondement dans l'une des politiques poursuivies par l'Union européenne. Il s'agit, dans les cas qui nous intéressent, essentiellement de contribuer à la construction de l'espace judiciaire européen ou à l'achèvement du marché intérieur. Il n'est ainsi par rare de rencontrer certains régimes spécifiques de droit européen exclusivement dictés par un objectif de droit matériel (2.). Toutefois, dans un nombre non négligeable de cas, la poursuite de ces objectifs politiques a également pour objet ou pour effet de prendre en charge des difficultés propres à l'internationalité des situations européennes (1.).

1149. Voir *supra*, p. 205 s.

1150. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, p. 135, n° 124.

1151. W. WENGLER, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *art. cit.*, p. 230.

1152. Voir *supra*, p. 208 s.

1153. Voir *supra*, p. 164 s.

1. *La prise en charge des spécificités de l'internationalité*

Le droit de l'Union européenne a globalement mis en place deux types de régimes propres aux situations européennes et qui ont pour objet ou effet de prendre en charge les difficultés induites par l'internationalité de ces situations. Il s'agit, d'une part, des régimes qui ont pour objet de faciliter la reconnaissance dans un État membre des jugements ou documents publics émanant d'un autre État membre ou de certaines situations juridiques constituées dans ce dernier (a.) et, d'autre part, des régimes qui prennent en charge les difficultés procédurales induites par l'internationalité (b.).

a. La reconnaissance des jugements, documents publics et situations juridiques

Les règlements européens de droit international privé et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui ont pour objet de faciliter la reconnaissance dans un État membre des jugements et documents publics émanant d'un autre État membre et de certaines situations juridiques valablement constituées dans un autre État membre prennent en charge une difficulté propre à l'internationalité des situations européennes concernées.

S'agissant tout d'abord des jugements rendus par les juridictions d'un autre État membre, on peut observer que les dispositions de droit international privé européen visant à simplifier voire supprimer les formalités de reconnaissance et d'exécution et à limiter les recours pouvant être exercés pour s'opposer à la reconnaissance de plein droit de certains jugements européens¹¹⁵⁴ répondent à des difficultés induites de la provenance étrangère du jugement européen comparativement aux jugements internes à l'ordre juridique du juge requis.

Ensuite, l'adoption du règlement *documents publics* du 6 juillet 2016, qui facilite la reconnaissance dans un État membre de certains documents publics établis dans un autre État membre, en supprimant notamment certaines formalités administratives et en instituant un formulaire multilingue permettant d'éviter les formalités de traduction¹¹⁵⁵, a pour objectif de répondre aux difficultés auxquelles sont confrontés les citoyens et les entreprises du fait de l'origine étrangère de l'acte public qu'elles souhaitent produire. La Commission européenne relevait ainsi dans sa proposition de règlement que les personnes souhaitant se prévaloir d'un tel acte sont soumises à des « formalités administratives disproportionnées et fastidieuses pour en prouver l'authenticité », qu'elles souffrent d'un cadre réglementaire n'offrant pas suffisamment de sécurité juridique en raison de la pluralité de sources régissant la légalisation et l'apostille et que les formalités imposées par ces procédures imposent des démarches administratives entraînant des

1154. Voir *supra*, p. 174 s.

1155. Voir *supra*, p. 165 s.

difficultés linguistiques ainsi qu'une perte de temps et d'argent¹¹⁵⁶. Il s'agit bien là de difficultés propres à l'internationalité des configurations de reconnaissance des actes publics européens.

Les solutions en matière de reconnaissance des noms de famille et des sociétés¹¹⁵⁷ dégagées par la Cour de justice sur le fondement des libertés européennes de circulation appellent enfin les mêmes remarques. Bien que cette jurisprudence soit profondément justifiée par la construction du marché intérieur et par la volonté de donner leur plein effet aux libertés de circulation, elle a aussi pour conséquence d'apporter une solution à un problème spécifique de l'internationalité. Les difficultés de reconnaissance des noms de famille acquis et des sociétés constituées à l'étranger résultent en effet de la différence de contenu des droits internes et des règles de conflit de lois de l'État d'origine et de l'État requis.

b. La prise en charge des difficultés procédurales

La deuxième catégorie de règles ayant pour objet ou effet de prendre en charge certaines spécificités de l'internationalité des situations européennes est relative à la gestion des difficultés procédurales que peuvent rencontrer ces situations du fait de leur caractère international. Hormis les règles en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements, peut être cité le régime spécifique de litispendance et de connexité instauré par le règlement Bruxelles I bis et qui, notamment par son emploi d'un strict critère chronologique en matière de litispendance¹¹⁵⁸, conduit à une gestion plus rigoureuse des conflits de procédure, éliminant ainsi plus efficacement les difficultés qu'induit l'internationalité sur ce point.

Doivent également être mentionnés, plus essentiellement, les règlements procéduraux adoptés par l'Union européenne¹¹⁵⁹. S'agissant tout d'abord du règlement *injonction de payer*, la Commission européenne constatait dans sa proposition de règlement que « la durée et le coût d'une procédure civile ordinaire, qui ne convient pas aux créances ne faisant l'objet d'aucune contestation juridique, tendent à devenir encore plus disproportionnés dans les affaires ayant des implications transfrontalières. Le manque de familiarisation avec les systèmes juridiques d'autres États membres et la nécessité qui en résulte de consulter un avocat, la longueur du temps nécessaire pour signifier des documents judiciaires aux parties dans un État membre autre que celui où la procédure se déroule, ainsi que les dépenses liées à la traduction, ne sont que les plus flagrants des éléments qui compliquent l'action des titulaires de créances transfrontalières »¹¹⁶⁰.

1156. COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil visant à favoriser la libre circulation des citoyens et des entreprises en simplifiant l'acceptation de certains documents publics dans l'Union Européenne, et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012*, COM(2013) 228 final, 2013, p. 4-5.

1157. Voir *supra*, p. 168 s.

1158. L. USUNIER, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 6.

1159. Voir *supra*, p. 164 s.

1160. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne d'injonction de payer (présentée par la Commission)*, *op. cit.*, p. 6-7.

S'agissant ensuite du règlement *petits litiges*, la Commission justifiait l'élaboration de cette procédure spécifique par le fait que « les obstacles à l'obtention d'une décision rapide et peu coûteuse augmentent de toute évidence dans un contexte transfrontalier. Un litige transfrontalier nécessitera souvent de recourir aux services de deux avocats, de supporter des frais de traduction et d'interprétation supplémentaires, ainsi que divers autres coûts, comme des frais de déplacement additionnels pour les parties, les témoins, les avocats, etc. [...] En l'absence d'une procédure « proportionnelle » à la valeur de la demande litigieuse, rien ne garantit, vu les obstacles auxquels le créancier est susceptible d'être confronté, qu'il soit raisonnable sur le plan économique de saisir la justice »¹¹⁶¹.

S'agissant enfin du règlement *saisie conservatoire des comptes bancaires*, la Commission écrivait que la « procédure permettant [au créancier] d'obtenir des mesures provisoires pour faire saisir les avoirs de son débiteur situés à l'étranger est lourde, longue et onéreuse. Cette situation est problématique parce que l'accès rapide et aisé à ces mesures provisoires est souvent crucial pour s'assurer que le débiteur n'aura pas déplacé ou dilapidé ses avoirs »¹¹⁶². Elle identifiait plus particulièrement quatre complications liées au caractère international du contentieux : la plus grande difficulté à obtenir une ordonnance de saisie conservatoire dans certains États membres par rapport à d'autres ; la difficulté ou l'impossibilité d'obtenir des informations sur la localisation du compte bancaire ; la supériorité des coûts exposés comparativement aux litiges purement internes et les disparités entre les procédures nationales d'exécution¹¹⁶³.

Comme vu précédemment, prennent enfin également en charge des difficultés propres à l'internationalité du litige les règlements *obtention des preuves* et *signification et notification* et la directive *aide judiciaire*¹¹⁶⁴.

2. La seule poursuite d'une politique européenne

Le traitement spécifique instauré par le droit européen pour les situations européennes comparativement aux situations internationales s'explique dans certaines hypothèses uniquement par une volonté de promouvoir ou de mettre en œuvre une politique de l'Union dans les relations entre États membres.

Il en est ainsi tout d'abord de l'interdiction par le règlement Bruxelles I bis de l'emploi des chefs de compétence exorbitante issus du droit international privé commun des États membres

1161. COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges et le règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer*, COM(2013) 794 final, 2013, p. 4.

1162. COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale*, COM(2011) 445 final, 2011, p. 2-3.

1163. *Ibid.*, p. 3.

1164. Voir *supra*, p. 229 s.

dans les litiges intégrés à l'Union européenne et de leur extension au-delà de leur champ d'application originel pour les litiges non intégrés, ainsi que de la protection instaurée par le règlement Bruxelles II bis pour les litiges contre les chefs de compétence de droit commun des États membres¹¹⁶⁵. Ces règles s'expliquent en effet non pas par un besoin particulier résultant de la configuration internationale du litige, mais par la volonté de « mettre en place une discrimination procédurale à l'égard des défendeurs domiciliés dans un État tiers » et donc d'instaurer un régime de faveur à l'égard des résidents ou ressortissants ou des litiges européens¹¹⁶⁶.

Les lois de police européennes issues de la jurisprudence *Ingmar*¹¹⁶⁷ n'ont pas davantage pour vocation de prendre en charge les difficultés propres à l'internationalité des situations européennes. Elles ont pour objectif de protéger l'application des dispositions de droit dérivé les plus impératives, afin d'éviter que celles-ci ne soient éludées par les parties par un choix de loi applicable exercé au profit du droit d'un État tiers. La limitation des effets du choix de la loi applicable opérée par les articles 3 § 4 et 14 § 3 des règlements Rome I et Rome II¹¹⁶⁸ pour les situations exclusivement rattachées au territoire européen s'explique par cette même volonté de protéger l'application de certaines dispositions de droit dérivé considérées comme impératives dans les relations intra-européennes. Dans le même ordre d'idées, on a fait remarquer que l'objectif des différents régimes matériels mis en place par le droit dérivé et uniquement applicables aux situations européennes « n'est pas de régler le conflit de lois mais de garantir un minimum de protection » à une certaine catégorie de personnes¹¹⁶⁹. Les règles de conflit de lois présentes dans ces instruments ont pour objet de « verrouiller » la protection mise en place par l'instrument, garantissant ainsi l'efficacité du droit européen pour les situations européennes¹¹⁷⁰.

Finalement, la jurisprudence *Arblade*¹¹⁷¹, qui peut conduire à l'exclusion de l'application d'une loi de police d'un État membre à une situation européenne¹¹⁷², est au service exclusif de la construction du marché intérieur, en assurant que l'exercice des libertés de circulation des citoyens et opérateurs économiques européens ne soit pas entravé par les lois de police des États membres.

1165. Voir *supra*, p. 171 s.

1166. La citation est de E. PATAUT, « Qu'est-ce qu'un litige "intra-communautaire"? Réflexions autour de l'article 4 du Règlement Bruxelles I », *op. cit.*, p. 380-381 ; dans le même sens, B. ANCEL et H. MUIR WATT, « La désunion européenne : le Règlement dit "Bruxelles II" », *art. cit.*, n° 14.

1167. CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, aff. C-381/98, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 107, note L. IDOT ; *JDI* 2001, p. 511, note J-M. JACQUET ; *JCP G* 2001, II, 1159, note L. BERNARDEAU ; *JCP E* 2001, 12, note J. RAYNARD ; *Europe* 2011, comm. 24 par L. IDOT ; *DMF* 2001, p. 491, note P. PESTEL-DEBORD. Voir *supra*, p. 167 s.

1168. Voir *supra*, p. 167 s.

1169. À propos des travailleurs détachés, L. IDOT, « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », *op. cit.*, n° 14 ; dans le même sens, D. LEFRANC, « La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé », *art. cit.*, p. 426-427.

1170. *Idem*, « La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé », *art. cit.*, p. 427.

1171. CJCE, 23 nov. 1999, *Arblade*, aff. C-369/96 et C-376/96, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 710, note M. FALLON ; *JDI* 2000, p. 493, obs. M. LUBY.

1172. Voir *supra*, p. 166 s.

B. Les justifications du cantonnement du régime spécifique de droit européen aux situations européennes

Le cantonnement aux situations européennes du régime spécifique mis en place par le droit européen peut être expliqué par au moins trois types de considérations, tenant aux termes de la compétence de l'Union européenne en matière de droit international privé (1.), à son mandat politique (2.) et à la nature particulière des relations unissant les États membres (3.).

1. La compétence de l'Union européenne

L'étude des termes de la compétence de l'Union, lorsqu'elle reposait encore sur l'article 65 du Traité instituant la Communauté européenne, avait conduit un certain nombre d'auteurs à affirmer que les instruments européens de droit international privé ne devaient s'appliquer qu'aux situations « intracommunautaires » impliquant au moins deux États membres¹¹⁷³. L'article 65 TCE fondait en effet une compétence de la Communauté européenne pour « les mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles et ayant une incidence transfrontière, qui doivent être prises conformément à l'article 67 et dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur »¹¹⁷⁴. La référence au bon fonctionnement du marché intérieur avait en effet été largement interprétée comme limitant en principe la compétence de la Communauté aux rapports « intracommunautaires »¹¹⁷⁵. Cette lecture n'était toutefois pas contestée¹¹⁷⁶. En particulier, avait été fait remarquer que le bon fonctionnement du marché intérieur pouvait nécessiter des règles qui ne soient pas limitées aux seuls rapports intra-européens¹¹⁷⁷.

La rédaction de l'article 65 TCE a été sensiblement modifiée lors de l'adoption du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dont l'article 81 se lit désormais : « l'Union développe une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière [...] Le Parlement européen et le Conseil [...] adoptent, *notamment* lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, des mesures [...] ». Ainsi, on a fait remarquer que l'article 81 TFUE entraîne désormais une « déconnexion de [la compétence de l'Union en ma-

1173. A. BORRÁS, « Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir », *op. cit.*, p. 339, n° 17; V. HEUZÉ, « D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflits de lois », *art. cit.*, n° 3; Y. LEQUETTE, « De Bruxelles à La Haye (Acte II) », *op. cit.*, p. 510 n° 7; H. GAUDEMET-TALLON, « Droit international privé et Code civil », *op. cit.*, p. 769, n° 28.

1174. C'est nous qui soulignons.

1175. I. BARRIÈRE BROUSSE, « Le Traité de Lisbonne et le droit international privé », *art. cit.*, n° 5; V. HEUZÉ, « D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflits de lois », *art. cit.*, n° 3; Y. LEQUETTE, « De Bruxelles à La Haye (Acte II) », *op. cit.*, p. 510, n° 7; H. GAUDEMET-TALLON, « Droit international privé et Code civil », *op. cit.*, p. 769, n° 28.

1176. E. PATAUT, « De Bruxelles à La Haye. Droit international privé communautaire et droit international privé conventionnel », *op. cit.*, p. 668; A. V. M. STRUYCKEN, « Le droit international privé d'origine communautaire et les États tiers », *Rev. aff. eur.* 2001-2002, p. 470, n° 2.

1177. J.-S. BERGÉ, « La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », *art. cit.*, p. 38; dans le même sens, M. FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré », *op. cit.*, p. 318, qui souligne que « le règlement de l'aspect externe d'une question juridique [peut être] indissociable du règlement de l'aspect interne de celle-ci ».

tière de droit international privé] de ce qui est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, qui résulte de l'adverbe "notamment" », de sorte que l'action de l'Union n'aurait pas ou plus à se limiter aux seuls rapports intra-européens¹¹⁷⁸.

Il en résulte que les termes de la compétence de l'Union européenne en matière de droit international privé, s'ils ont pu autrefois justifier une restriction de l'action de l'Union aux seuls rapports intra-européens et donc le cantonnement aux situations européennes des régimes spécifiques mis en place par le droit européen, ne constituent plus, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, un obstacle dirimant pour le législateur européen qui souhaiterait réglementer des situations internationales extérieures à l'Union¹¹⁷⁹. Si les termes de la compétence de l'Union en matière de droit international privé ne restreignent donc plus formellement l'action du législateur européen aux seules situations européennes, il en va en revanche autrement du mandat politique qui a été confié à l'Union européenne par les États membres.

2. *Le mandat politique de l'Union européenne*

Que les termes de la compétence de l'Union européenne en matière de droit international privé aient été étendus par le traité de Lisbonne ne signifie pas nécessairement que l'Union européenne ait une volonté et un intérêt à réglementer les situations internationales extérieures à l'espace européen. L'action de l'Union est en effet commandée par son propre agenda politique, auquel figure notamment la réalisation de différents espaces européens intégrés, dont sont particulièrement d'importance pour nous l'espace de liberté, de sécurité et de justice et, dans une moindre mesure, le marché intérieur.

Le traité d'Amsterdam, venu modifier en 1997 le traité instituant la Communauté européenne, y a inscrit pour la première fois à l'article 61 l'objectif d'une mise en place progressive d'un espace de liberté, de sécurité et de justice dans l'Union. Le Conseil européen, en charge d'élaborer tous les cinq ans un programme d'action permettant la mise en œuvre de cet espace, a déclaré lors de sa réunion de Tampere qui s'est tenue les 15 et 16 octobre 1999 « placer cet objectif en tête de l'agenda politique »¹¹⁸⁰. Par la mise en place de cet espace, il s'agissait de veiller « à ce qu'il soit possible de jouir de la liberté, qui comprend le droit de circuler librement dans toute l'Union, dans des conditions de sécurité et de justice accessibles à tous »¹¹⁸¹.

1178. I. BARRIÈRE BROUSSE, « Le Traité de Lisbonne et le droit international privé », *art. cit.*, n° 5.

1179. Il reste toutefois que le législateur européen ne saurait prendre n'importe quelle disposition intéressant les situations purement internationales, car il reste contraint par certains principes, tels que le principe de souveraineté ou le principe d'effectivité, qui excluent par exemple que l'Union adopte des règles de conflit de juridictions réglementant la compétence juridictionnelle des États tiers. Il en résulte que les règles de compétence prévues par le droit européen ne pourront s'appliquer qu'à des situations européennes, qui présenteront au moins un lien de rattachement déterminé avec le territoire européen, ce lien correspondant à minima au chef de compétence de la règle de conflit de juridictions. Voir ainsi, M. FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré », *op. cit.*, p. 191, n° 108.

1180. CONSEIL EUROPÉEN DE TAMPERE, *Conclusions de la Présidence*, 15 et 16 oct. 1999, p. 1.

1181. *Ibid.*, n° 2.

S'agissant plus particulièrement de la composante « justice » de cet espace, ou autrement dit de l'espace judiciaire européen, le Conseil déclara également en 1999 que « le citoyen ne peut jouir de la liberté que dans un véritable espace de justice, où chacun peut s'adresser aux tribunaux et aux autorités de tous les États membres aussi facilement qu'il le ferait dans son propre pays »¹¹⁸². La création de l'espace judiciaire européen devait ainsi, pour le Conseil, reposer sur trois axes : l'amélioration de l'accès à la justice dans l'Union, la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et une convergence accrue dans le domaine du droit civil¹¹⁸³.

Le Conseil européen de Bruxelles qui s'est tenu les 4 et 5 novembre 2004 souligna dans son programme de La Haye pour la période 2005-2009 « la nécessité d'intensifier encore les travaux portant sur la création d'une Europe pour les citoyens, ainsi que le rôle essentiel que jouera la mise en place d'un espace européen de justice » et estima que des progrès supplémentaires devaient être accomplis afin que « les frontières entre les pays européens ne constituent plus un obstacle au règlement des litiges civils ni à l'engagement de procédures judiciaires ou à l'exécution des décisions en matière civile »¹¹⁸⁴.

Le programme de Stockholm pour la période 2010-2014 exprima le souci du Conseil européen de faire de la « prise en compte des intérêts et des besoins des citoyens » une priorité et indiqua que « toutes les actions futures devraient être centrées sur le citoyen de l'Union et les autres personnes à l'égard desquelles l'Union a une responsabilité » et que « la réalisation d'un espace européen de la justice doit être approfondie afin de dépasser la fragmentation actuelle. La priorité devrait être donnée à la mise en place de mécanismes destinés à faciliter l'accès à la justice afin que les citoyens puissent faire valoir leurs droits partout dans l'Union »¹¹⁸⁵.

Le dernier programme en date, couvrant la période 2015-2019 et adopté par le Conseil européen de Bruxelles les 26 et 27 juin 2014, consacre moins de place au développement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice mais rappelle toutefois qu'il est nécessaire de renforcer encore la confiance mutuelle entre les États membres et qu'« une politique européenne bien conçue en matière de justice contribuera à la croissance économique en permettant aux entreprises et aux consommateurs de bénéficier d'un environnement fiable au sein du marché intérieur »¹¹⁸⁶.

Les différents extraits qui viennent d'être cités mettent en lumière à quel point l'action de l'Union européenne en matière d'espace judiciaire européen est entièrement tournée vers les États membres, leurs systèmes juridiques, leurs tribunaux, leurs opérateurs économiques et leurs citoyens. Dès lors, la réalisation de l'espace judiciaire européen induit en elle-même une différenciation des rapports internationaux internes et externes à l'Union. Dans la mesure où un nombre

1182. *Ibid.*, n° 5.

1183. *Ibid.*, nos 28 s.

1184. CONSEIL EUROPÉEN DE BRUXELLES, *Conclusions de la Présidence*, 4 et 5 nov. 2004, p. 35.

1185. COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil. Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre*, COM(2004) 651 final, 2004, p. 4.

1186. COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport de la Commission. Deuxième rapport sur l'état d'avancement du Cadre commun de référence*, COM(2007) 447 final, 2007, p. 5.

important de régimes spéciaux mis en place par le droit international privé européen trouvent directement leur ancrage dans le programme de Tampere ou dans les programmes subséquents, s'inscrivant ainsi dans l'objectif de réalisation de l'espace européen de justice¹¹⁸⁷, il n'est donc pas étonnant de constater que ces différents régimes n'ont vocation à s'appliquer qu'aux situations européennes.

Un dernier argument pouvant venir expliquer le cantonnement aux situations européennes de certains régimes spécifiques mis en place par le droit de l'Union est la nature particulière des relations entre les États membres de l'Union.

3. *La nature particulière des rapports entre États membres*

Bien que les situations européennes soient intrinsèquement des situations internationales et qu'elles présentent les mêmes difficultés et besoins de réglementation que celles-ci du fait de leur plurilocalisation¹¹⁸⁸, elles possèdent une caractéristique qui leur est propre : elles sont étroitement rattachées à une organisation régionale intégrée et naissent des rapports entre les États membres de cette Union, qui présentent eux-mêmes des caractéristiques spécifiques comparativement aux rapports internationaux s'établissant entre deux États quelconques.

Les relations des États membres de l'Union s'inscrivent en effet dans un contexte de « communauté juridique »¹¹⁸⁹ et de « communauté culturelle »¹¹⁹⁰, bien que les élargissements successifs de l'Union aient rendu celles-ci quelque peu plus théoriques qu'aux débuts de la construction européenne¹¹⁹¹. Elles sont gouvernées par les principes fondamentaux de confiance et de reconnaissance mutuelles¹¹⁹². Le principe de reconnaissance mutuelle se définit, selon les termes de la Commission, comme « reposant sur l'idée que, même si un autre État peut ne pas traiter une

1187. Il suffit de lire les travaux préparatoires des différents règlements européens de droit international privé, et plus particulièrement les propositions de règlement de la Commission, ou les considérants desdits règlements pour voir expressément mentionné l'objectif de création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. Voir ainsi les cons. 1 à 4 du règlement titre exécutoire européen ; les cons. 1 à 3 du règlement *injonction de payer* et la proposition de règlement, p. 2 ; les cons. 1 à 5 du règlement *petits litiges* et la proposition de règlement, p. 2 ; les cons. 1 à 4 du règlement *saisie conservatoire des comptes bancaires* et la proposition de règlement, p. 2 ; les cons. 1 à 5 du règlement *Rome I* ; les cons. 1 à 5 du règlement *Rome II* et la proposition de règlement, p. 2 ; les cons. 1 à 3 du règlement *obtention des preuves* ; le cons. 1 du règlement *signification et notification* et la proposition de règlement, p. 2-3 ; le cons. 1 du règlement *documents publics* et la proposition de règlement, p. 2-3.

1188. Voir *supra*, p. 270 s.

1189. H. MUIR WATT, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », *art. cit.*, p. 283.

1190. B. ANCEL et H. MUIR WATT, « La désunion européenne : le Règlement dit "Bruxelles II" », *art. cit.*, n° 24.

1191. Il suffit pour s'en convaincre de se reporter aux différents travaux préparatoires des derniers règlements européens de droit international privé en matière familiale et patrimoniale, qui laissent entreapercevoir un certain nombre de discordances insolubles entre les États membres, ayant conduit à l'adoption de ces instruments par le biais de la procédure de coopération renforcée.

1192. Mettant l'accent sur cette particularité, E. PATAUT, « Qu'est-ce qu'un litige "intracommunautaire" ? Réflexions autour de l'article 4 du Règlement Bruxelles I », *op. cit.*, p. 380 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen : quelques repères », *op. cit.*, p. 93 ; I. BARRIÈRE BROUSSE, « Le Traité de Lisbonne et le droit international privé », *art. cit.*, n° 8.

affaire donnée de façon identique, voire analogue à son propre État, les résultats sont tels qu'ils sont considérés comme équivalant aux décisions de ce dernier. [...] Sur la base de cette notion d'équivalence et de la confiance sur laquelle elle repose, les résultats obtenus par l'autre État peuvent prendre effet dans la sphère d'influence juridique de l'État concerné »¹¹⁹³.

Les situations européennes sont donc plus que de simples situations internationales en raison de l'identité particulière des États auxquels elles se rattachent. Cette spécificité est à même d'expliquer au moins partiellement, à côté des raisons déjà évoquées, le cantonnement de bon nombre de régimes spécifiques de droit européen aux situations européennes. On peut en effet penser que la neutralisation des privilèges de juridiction, l'instauration d'un régime strict de litispendance et de connexité dans le règlement Bruxelles I bis, la simplification des formalités de reconnaissance des jugements, documents publics et situations juridiques, le mécanisme de renvoi d'affaires à une juridiction mieux placée du règlement Bruxelles II bis, ou encore les différentes procédures spécifiques instaurées en matière de petits litiges, injonction de payer, saisie conservatoires des comptes bancaires, signification et notification des actes et obtention des preuves ne peuvent s'envisager que dans les relations entre États qui ont une particulière confiance dans le fonctionnement du système judiciaire et des administrations des autres.

En conclusion, le cantonnement aux situations européennes des différents régimes spéciaux mis en place par le droit européen s'explique moins aujourd'hui par la base juridique sur laquelle se fonde l'action de l'Union en matière de droit international privé et qui, dans sa version issue du Traité de Lisbonne, laisse plus de marge au législateur européen pour réglementer des situations extra-européennes, que par les objectifs politiques qu'elle poursuit et la nature particulière des relations de ses États membres. Il reste désormais à se prononcer sur l'opportunité de ce cantonnement au regard des différentes justifications relevées.

C. L'opportunité du cantonnement du régime spécifique de droit européen aux situations européennes

Reprenant la distinction opérée au moment de présenter la finalité des régimes spécifiques aux situations européennes, seront envisagés d'une part le cas dans lequel le régime mis en place par le droit européen a pour objet au moins partiel de prendre en charge certaines difficultés présentées par les situations européennes du fait de leur caractère international (1.) et d'autre part celui dans lequel il poursuit seulement un objectif de droit matériel dicté par une politique européenne (2.).

1193. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen : Reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale*, COM(2000) 495 final, 2000, p. 4.

1. *La prise en charge des spécificités de l'internationalité*

Le droit européen conduit indéniablement à instaurer une différence de traitement entre situations européennes et situations internationales lorsqu'il met en place au profit des situations européennes un régime spécifique qui a pour objet ou effet de prendre en charge certaines difficultés résultant de l'internationalité de ces situations. En raison de la nature commune des situations européennes et internationales, ces deux catégories de situations profiteraient pareillement de ce régime spécifique, alors que la seconde en est pourtant exclue.

Les personnes ou les entreprises se trouvant dans une situation purement internationale ne sont en effet pas moins concernées que celles se trouvant dans une situation européenne par les difficultés relevées précédemment¹¹⁹⁴. Elles peuvent rencontrer les mêmes obstacles à faire reconnaître un jugement étranger, un document public étranger ou une situation juridique constituée à l'étranger. Elles subiront les mêmes désagréments liés aux situations de litispendance et connexité internationales ou lorsqu'elles souhaiteront engager une procédure à l'étranger dans le cadre d'un litige de faible importance, pour obtenir une injonction de payer d'une créance incontestée à l'encontre d'un débiteur établi à l'étranger ou la saisie conservatoire d'un compte bancaire tenu à l'étranger. L'identité des États avec lesquels le litige est rattaché est indifférente¹¹⁹⁵ à la naissance de ces difficultés, qui sont propres à l'internationalité.

Si l'on accepte de fonder l'analyse uniquement sur les caractéristiques intrinsèques et sur les besoins des situations européennes et internationales, le fait que le droit européen induise, en matière de prise en charge des difficultés propres à l'internationalité, une différence de traitement entre situations européennes et internationales nous semble donc regrettable. D'un point de vue individuel, il peut en effet être difficile de comprendre la raison pour laquelle un créancier situé en France pourrait par exemple profiter d'une procédure simplifiée de règlement des petits litiges lorsqu'il cherche à faire reconnaître une créance qui lui est due par l'un de ses clients allemands, mais pas par l'un de ses clients suisses. Si l'on fait abstraction de la nature des États avec lesquels ces deux situations internationales sont rattachées, il n'y a en effet rien qui justifie cette différence de traitement.

Pour autant, il faut sûrement admettre que le législateur européen ne pouvait qu'instaurer cette différence de traitement et que l'inclusion des situations purement internationales dans le champ d'application des régimes spécifiques mis en place par le droit européen n'aurait pas été possible pour les différentes raisons précédemment étudiées. Si cette différence de traitement devait un jour être ressentie comme problématique par les États membres de l'Union dans leurs rapports avec les États tiers, la solution devrait alors certainement être trouvée ailleurs que dans l'action de l'Union, comme par exemple dans la modification du droit international privé commun ou

1194. Voir *supra*, p. 272 s.

1195. Si l'on exclut de l'analyse la teneur des droits internes de ces États, car il est possible que certains États aient pris des mesures facilitatrices ou conclu des accords internationaux pour prendre en charge une partie de ces difficultés.

dans la coopération internationale par la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux, qui permettraient d'offrir aux situations internationales un régime plus favorable, se rapprochant de ou égalant celui des situations européennes. Encore faudrait-il bien sûr que la nature des rapports qu'entretiennent les États membres avec les États tiers permettent l'adoption de tels régimes plus favorables pour les relations internationales.

2. *La poursuite exclusive d'une politique européenne*

Tout comme le cas dans lequel le droit européen conduit à la prise en charge de difficultés propres à l'internationalité pour les seules situations européennes, la poursuite de certains objectifs de politique européenne conduit nécessairement à l'instauration d'une différence de traitement entre situations européennes et internationales. À la différence du premier cas de figure, ne peut toutefois être regretté le cantonnement de ces régimes spécifiques de droit de l'Union aux situations européennes, parce que l'extension des objectifs de politique législative poursuivis par l'Union européenne aux situations purement internationales n'aurait pas de sens.

Selon les termes du Traité sur l'Union européenne, l'objectif de l'Union est en effet de créer « une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe »¹¹⁹⁶. Elle « a pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples [;] offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes [et] établit un marché intérieur »¹¹⁹⁷. L'Union européenne n'a donc pas pour objet de régler les situations internationales qui ne présentent aucun lien de rattachement avec son territoire, et n'a donc *a priori* également aucun intérêt et aucune légitimité politique pour le faire. Il ne pourrait certainement en être autrement au risque de subir la critique d'un « expansionnisme à l'égard des pays tiers »¹¹⁹⁸. La teneur des politiques qu'elle poursuit est en outre très dépendante du contexte européen et de la nature des relations entre États membres et il n'y aurait donc pas nécessairement de sens à les étendre aux situations purement internationales.

En allant plus loin, pourrait même être affirmé que les objectifs de l'Union européenne ne s'opposent pas seulement à une extension aux situations internationales des régimes spécifiques de droit européen poursuivant uniquement un objectif de politique européenne, mais qu'ils sont également en premier lieu la raison de l'instauration de cette différence de traitement. Dans la mesure où il relève du rôle du législateur européen de prendre les mesures nécessaires à la mise en place des différentes politiques européennes sous l'impulsion du Conseil européen, la création d'une différence de traitement entre l'europpéen et l'international est inévitable et est une conséquence inhérente à l'existence même de l'Union européenne. Ainsi, le projet européen

1196. TUE, article 1^{er}.

1197. TUE, article 3.

1198. L'expression est de B. ANCEL et H. MUIR WATT, « Aliments sans frontières. Le règlement CE n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires », *art. cit.*, n° 24.

ne peut se réaliser sans effectuer de différenciation entre l'europpéen et l'international. Cette différenciation est consubstantielle à la construction européenne.

En conclusion, le traitement spécifique que le droit européen instaure à l'égard des situations européennes et l'exclusion corrélatrice des situations purement internationales de ce traitement induisent une différence de traitement entre ces deux catégories de situations qui nous semble partiellement regrettable, d'un point de vue individuel, mais qui est pourtant inévitable. La compétence de l'Union européenne – au moins avant le traité de Lisbonne –, les objectifs politiques poursuivis par cette dernière et la nature particulière des relations entre États membres sont autant de justifications du cantonnement aux situations européennes des régimes spéciaux instaurés par le droit européen. Si la différence de traitement entre situations européennes et internationales trouve donc sa justification, il convient désormais de voir s'il peut en être affirmé de même à propos du rapprochement du traitement des situations internes et européennes.

§ 2. La distinction de l'europpéen et de l'interne

L'Union européenne présente la caractéristique de disposer à la fois d'un territoire propre constitué de la somme des territoires des États membres, délimité du reste du monde par une frontière extérieure unique et dans lequel les frontières intérieures ont disparu, et d'une citoyenneté propre, qui se superpose à la nationalité conférée aux personnes physiques par les différents États membres. En raison de ces caractéristiques, les situations internationales qui s'inscrivent dans l'espace européen peuvent être rapprochées, dans leur configuration, de situations internes à un État, à la différence près que leur caractère « interne » s'apprécie par rapport à un espace différent. Il n'est donc guère étonnant de constater que différents régimes spécifiques mis en place pour le droit européen pour les situations européennes témoignent d'un rapprochement entre l'europpéen et l'interne, allant dans le sens d'une certaine assimilation des situations européennes aux situations internes à un État (A.). En sens contraire, a également été relevé qu'« au fur et à mesure que l'intégration du marché s'accélère, et que les frontières nationales perdent leur signification économique, la logique de la situation purement interne diminue »¹¹⁹⁹. Autrement dit, les situations internes aux États membres se retrouvent, dans un mouvement contraire, également peu à peu assimilées aux situations européennes de caractère international (B.). L'opportunité de ce mouvement de double assimilation peut être questionné.

1199. S. WEATHERILL et P. BEAUMONT, *EU Law*, 3^e éd., Penguin Books, London, 1999, p. 714, cités et traduits par 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) » in *Rec. cours La Haye*, vol. 307, 2004, p. 113, NBP 230.

A. *L'assimilation de l'europpéen à l'interne*

Un certain nombre de manifestations du traitement spécifique des situations europpéennes laisse apparaître une assimilation, au moins partielle, de l'europpéen à l'interne¹²⁰⁰. Cette assimilation peut poursuivre deux buts différents : il peut s'agir, d'une part, de protéger et d'imposer l'application de certaines dispositions de droit europpéen aux situations europpéennes, comme le ferait un État avec son droit interne pour ses situations internes (1.). L'assimilation de l'espace europpéen à un espace interne peut, d'autre part et au contraire, faciliter l'adoption de mesures de coopération entre les États membres sur la base du principe de confiance mutuelle (2.). Alors que la première hypothèse est caractérisée par un esprit de *fermeture* à l'égard de l'extérieur, la seconde correspond à une idée d'*ouverture* à l'intérieur de l'espace europpéen.

1. *La protection de l'application du droit europpéen*

La manifestation textuelle la plus évidente de l'assimilation de l'europpéen à l'interne est celle des articles 3 § 4 et 14 § 3 des règlements Rome I et Rome II, en raison du parallélisme rédactionnel existant entre ceux-ci et les articles 3 § 3 et 14 § 2. De la même façon que les parties à une situation interne à un État ne sauraient effectuer un choix de loi applicable qui priverait d'effet les dispositions impératives du droit interne, les parties à une situation dont tous les éléments sont rattachés aux territoires des États membres ne peuvent s'affranchir de l'application des dispositions impératives du droit dérivé par le choix de la loi d'un État tiers. Dans les deux cas sont visées des situations purement internes, seuls « les ordres juridiques par rapport auxquels se définit le caractère interne de la situation varient »¹²⁰¹. L'article 3 § 4 a donc été décrit comme « redessin[ant] la frontière qui départage l'international de l'interne »¹²⁰², donnant « l'image d'une Union europpéenne dont la nature serait assimilable à celle d'un État »¹²⁰³.

L'assimilation de l'europpéen à l'interne entraînée par les articles 3 § 4 et 14 § 3 a été tantôt approuvée, tantôt critiquée. Pour certains, il apparaît « légitime, dans un contrat intra[europpéen], d'imposer aux parties l'application des règles impératives du droit [europpéen] car un contrat [europpéen] est un contrat interne au regard du droit matériel [europpéen] »¹²⁰⁴. Le respect des dispositions impératives du droit dérivé serait justifié « dans la mesure où on peut considérer que le territoire de l'Union europpéenne forme une unité dans laquelle le droit [europpéen] s'applique » et qu'il permet d'éviter une fraude au droit europpéen¹²⁰⁵. Le « recul relatif de l'internationalité »

1200. Voir *supra*, p. 144 s.

1201. S. FRANCO, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 70.

1202. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome II. Partie spéciale, op. cit.*, p. 411, n° 916.

1203. S. FRANCO, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 71 ; dans le même sens, J. von HEIN, « Art 3 Rom I-VO », *op. cit.*, n° 126.

1204. A. BUCHER, « Sur les règles de rattachement à caractère substantiel », *op. cit.*, n° 10.

1205. H. GAUDEMET-TALLON, *J.-Cl. dr. int. Fasc. 552-15 : Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement Rome I du 17 juin 2008. – Détermination de la loi applicable. – Domaine de la loi applicable, 2020*, n° 21.

entraîné par l'article 3 § 4 resterait acceptable en ce qu'il s'inscrit « dans la logique d'un espace [européen] unifié »¹²⁰⁶.

D'autres considèrent toutefois que l'article 3 § 4 « [sonne] pratiquement le glas de la notion d'internationalité pour les rapports juridiques entièrement localisés dans l'espace européen »¹²⁰⁷. L'internationalité est effectivement privée, à travers l'application de ces articles, d'une partie de ses conséquences, puisqu'elle permet en temps normal de choisir librement la loi applicable en matière contractuelle et délictuelle. A également été fait remarquer que l'« [Union] européenne n'est pas une fédération, et ne devrait pas être traitée comme telle »¹²⁰⁸.

La question que soulève incidemment cette dernière remarque est celle de l'adéquation de l'emploi d'un tel mécanisme de limitation des effets du choix de la loi applicable avec l'état actuel de la construction européenne. Si l'on peut penser que « le degré d'intégration législative que les États membres ont aujourd'hui atteint justifie l'extension de cette approche conflictuelle originellement développée pour les situations purement internes »¹²⁰⁹, on peut en effet aussi considérer que les articles 3 § 4 et 14 § 3 des règlements Rome I et Rome II procèdent, d'un point de vue conflictuel, à une assimilation de l'Union européenne à un État unique qui n'est pas en phase avec le niveau actuel atteint par l'intégration européenne. L'Union européenne n'est qu'une organisation d'États souverains qui, si elle tend indéniablement vers un modèle fédéraliste¹²¹⁰, ne justifie pas – encore – ce type de solutions, que l'on s'attendrait à rencontrer uniquement dans un système juridique étatique.

L'assimilation de l'européen à l'interne entraînée par les articles 3 § 4 et 14 § 3 nous semble en outre d'autant plus gênante qu'elle témoigne d'un certain réflexe protectionniste envers les législations des États tiers et qu'elle conduit à une restriction de la liberté des parties se trouvant dans des situations purement européennes de se soumettre à la loi d'un État tiers, alors qu'il s'agit de situations internationales dans lesquelles un libre choix de la loi applicable est pleinement légitime. Cela est d'autant plus malvenu que l'application du droit international privé commun des États membres continue à offrir une pleine liberté de choix de la loi applicable aux parties à un contrat international, fût-il entièrement rattaché au territoire européen.

1206. P. LAGARDE et A. TENENBAUM, « De la convention de Rome au règlement Rome I », *Rev. crit. DIP* 2008, p. 727, n° 10.

1207. J.-M. JACQUET, « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution » in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, p. 745.

1208. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, p. 93, n° 76.

1209. MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, « Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization », *RabelsZ* 2004, p. 17.

1210. Voir sur l'ensemble de la question, J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Economica, Paris, 2010 ; voir p. ex. sur cette affirmation, P. COLLAS, « Les institutions européennes : essai d'identification », *LPA* 25 mai 1994, p. 19 s. ; A. GRUBER, « Les perspectives d'avenir de l'Union européenne : analyses et réflexions », *LPA* 11 oct. 2000, p. 6 s. ; S. TORCOL, Chr. MAUBERNARD et Q. HANAN, « Le fédéralisme (quel fédéralisme) pour sauver l'Europe? (Première partie) », *RUE* 2019, p. 256 s.

Le même type de constat peut être effectué à propos de la figure de la loi de police européenne née de la jurisprudence *Ingmar*¹²¹¹. En identifiant dans le droit dérivé de l'Union certaines dispositions d'application immédiate s'appliquant dès lors que la situation des parties entretient un certain lien de rattachement avec le territoire européen, la Cour de justice procède également à une assimilation du territoire européen à un territoire étatique unique du point de vue conflictuel. On peut y ajouter le mécanisme contenu dans certains instruments de droit dérivé instaurant un régime de protection à l'égard d'une catégorie de personnes et qui n'autorise le choix de la loi d'un État tiers qu'à la condition qu'elle offre un niveau de protection au moins équivalent à celui de l'instrument¹²¹². L'assimilation de l'européen à l'interne opérée par ces deux mécanismes ne nous semble pas mieux venue que celle entraînée par les articles 3 § 4 et 14 § 3 des règlements Rome I et Rome II, pour les raisons citées.

2. La coopération entre États membres

Procèdent d'un autre type d'assimilation de l'européen à l'interne les régimes européens contribuant à l'instauration d'une libre circulation des jugements, documents publics et situations juridiques dans l'Union européenne, le régime européen de litispendance et de connexité issu du règlement Bruxelles I bis et les mesures de coopération judiciaire témoignant de l'affaiblissement des frontières entre les États membres (1^o). Parce que cette assimilation de l'européen à l'interne trouve sa source dans la coopération civile entre États membres rendue possible par les principes de confiance et de reconnaissance mutuelles, et qu'elle permet la mise en place de régimes facilitateurs pour les entreprises et citoyens européens, elle apparaît mieux fondée (2^o).

1^o La libre circulation des jugements, des documents publics et des situations juridiques dans l'Union européenne est fondamentalement rattachée à l'idée de la création d'un espace judiciaire européen et d'un marché unique dans lesquels toute frontière étatique interne a disparu. L'évolution des modalités de reconnaissance et d'exécution des jugements européens au cours des vingt dernières années montre tout d'abord que l'Union est passée par une première phase de simplification des formalités de reconnaissance et d'exécution des jugements, ne faisant pas encore disparaître les frontières internes de l'Union, à certains projets et instruments dans lesquels ces frontières étaient presque supprimées, jusqu'à aboutir à des instruments tels que le règlement *titre exécutoire européen*, le règlement Bruxelles I bis et bientôt le règlement Bruxelles II ter ayant effectivement « abol[i] toute distinction entre contentieux interne et international »¹²¹³. L'assimilation de l'européen à l'interne est en effet flagrante : les jugements européens ont à terme vocation à circuler aussi librement au sein de l'espace européen que les jugements internes au sein de l'ordre juridique interne.

1211. CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, aff. C-381/98, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 107, note L. IDOT; *JDI* 2001, p. 511, note J.-M. JACQUET; *JCP G* 2001, II, 1159, note L. BERNARDEAU; *JCP E* 2001, 12, note J. RAYNARD; *Europe* 2011, comm. 24 par L. IDOT; *DMF* 2001, p. 491, note P. PESTEL-DEBORD. Voir *supra*, p. 167 s.

1212. Voir *supra*, p. 168 s.

1213. Pour cette évolution, citant partiellement d'autres instruments et projets, E. PATAUT, « L'espace judiciaire européen : un espace cohérent? », *op. cit.*, p. 47-48.

Le règlement *documents publics* procède de la même idée, sans aller toutefois aussi loin que la liberté de circulation des jugements. Si un certain nombre d'actes publics établis par les États membres peuvent désormais être présentés sans formalités et sans exigence de traduction aux autorités d'un autre État membre, cette reconnaissance ne concerne toutefois que l'acte en lui-même et non son contenu ¹²¹⁴.

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de noms de famille et de sociétés témoigne également d'une assimilation, au moins dans l'idée, des situations européennes aux situations purement internes à un État ¹²¹⁵. Les États membres se trouvent en effet contraints de reconnaître certaines situations juridiques valablement constituées dans un autre État membre, car ne pouvant, sauf exception, faire valoir d'obstacle tiré de leur droit matériel ou de leur droit international privé pour s'opposer à leur reconnaissance. Ces situations européennes sont donc reconnues presque aussi librement au sein de l'espace européen que les situations internes au sein de l'ordre juridique interne.

Le régime de litispendance et de connexité européennes instauré par le règlement Bruxelles I bis, qui a distingué pour la première fois entre les configurations européennes et internationales de litispendance, se rapproche pareillement de plus en plus d'un régime interne, notamment par l'emploi d'un strict principe chronologique en matière de litispendance ¹²¹⁶. Il en résulte que les concurrences d'instance européennes ne revêtent plus à l'heure actuelle de véritable caractère international ¹²¹⁷.

Finalement, différents mécanismes de coopération judiciaire témoignent d'une certaine assimilation de l'europpéen à l'interne. C'est ainsi par exemple que le règlement Bruxelles II bis contient à son article 15 un mécanisme de coopération inédit entre juridictions européennes, permettant à un tribunal d'un État membre de renvoyer une affaire à un tribunal d'un autre État membre qu'il estime le mieux à même de conduire la procédure. Il s'agit d'une technique que l'on s'attendrait bien plus à rencontrer au sein d'un ordre judiciaire étatique. Il en est de même en matière d'obtention des preuves, le règlement (CE) n° 1206/2001 prévoyant qu'une juridiction d'un État membre peut être autorisée à procéder directement à des actes d'instruction sur le territoire d'un autre État membre. Cette faculté témoigne d'une appréhension du territoire européen comme un territoire unique dans lequel les frontières délimitant les différentes souverainetés étatiques finissent par s'effacer ¹²¹⁸.

1214. E. PATAUT, « Chronique Citoyenneté de l'Union européenne - Reconnaissance des documents publics : vers un état civil européen ? (Proposition de règlement visant à favoriser la libre circulation des citoyens et des entreprises en simplifiant l'acceptation de certains documents publics dans l'UE du 24 avril 2013, COM (2013) 228 final) », *RTD eur.* 2013, p. 923.

1215. Voir *supra*, p. 147 s.

1216. Voir *supra*, p. 172 s.

1217. V. MOISSINAC-MASSENAT, *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 2007, p. 127, n° 186.

1218. En ce sens, E. PATAUT, « L'espace judiciaire européen : un espace cohérent ? », *op. cit.*, p. 40.

2° L'assimilation de l'européen à l'interne dans les différents cas qui viennent d'être cités se justifie à la fois par la suppression des frontières intérieures à l'Union européenne, qui crée un espace unique dans lequel peuvent se déployer libertés de circulation et mesures de coopération judiciaire, ainsi que par les principes de confiance et de reconnaissance mutuelles, qui rendent le déploiement de ces libertés et l'instauration de ces mesures tolérables. Ce sont en effet essentiellement ces principes qui permettent de mettre sur un plan d'égalité les jugements, documents publics et situations juridiques européens et internes, puisque les États membres sont réputés avoir la même confiance en la qualité des jugements et des documents publics délivrés par les autres États membres qu'en les leurs propres. De même, à partir du moment où il est admis que les États membres fournissent une justice de qualité équivalente, il n'est guère surprenant de voir le régime de litispendance et de connexité européennes tendre vers un régime de droit interne ou encore d'admettre que les juridictions d'un État membre puissent renvoyer une affaire devant les juridictions d'un autre État membre. Enfin, si la possibilité pour un État membre d'être autorisé à procéder directement à certaines mesures d'instruction sur le territoire d'un autre État membre peut surprendre de prime abord, c'est encore une fois la confiance particulière caractérisant leurs rapports qui rend cette solution acceptable.

Cette forme d'assimilation de l'européen à l'interne nous semble donc moins gênante que celle visant à protéger l'application du droit européen, parce qu'elle apparaît davantage comme une assimilation de coopération et d'ouverture, positive en soi. Doit également être remarqué que les conséquences tirées des principes de confiance et de reconnaissance mutuelles sur le plan du droit international privé ont été progressives, de sorte que les solutions désormais atteintes ne sont pas en contradiction avec l'état d'avancement de la construction européenne. Pour conclure, c'est donc la morphologie même de l'espace européen, ainsi que les principes sur lesquels il se fonde, qui permettent et justifient cette forme d'assimilation de l'européen à l'interne.

Si l'assimilation de l'européen à l'interne n'apparaît pas toujours justifiée, il reste à voir si le mouvement inverse d'assimilation de l'interne à l'européen peut emporter une plus large approbation.

B. L'assimilation de l'interne à l'européen

La construction européenne ne tend pas uniquement à estomper la frontière entre l'interne et l'européen dans le sens d'une assimilation des situations européennes à des situations internes, mais également dans le sens d'une assimilation de l'interne à l'européen. D'une part, le législateur européen a témoigné à plusieurs reprises de sa volonté d'étendre aux situations internes certains régimes destinés initialement aux situations européennes et, malgré l'opposition des États membres rencontrée jusqu'à présent, n'en a pas abandonné l'idée¹²¹⁹. Cela interroge sur l'opportunité d'un alignement des régimes matériels des situations européennes et internes au sein de l'espace européen (1.). D'autre part, peut également être posée la question de savoir si

1219. Voir *supra*, p. 133 s.

les conclusions tirées précédemment¹²²⁰ à propos de la pertinence de la reconnaissance d'une faculté de choix de la loi applicable et du juge compétent dans les situations internes pourraient être différentes lorsqu'elle est uniquement envisagée dans le cadre restreint de l'Union européenne, les relations entre États membres présentant potentiellement certaines spécificités à même de faciliter la reconnaissance de ces prérogatives (2.).

1. *L'alignement du régime des situations européennes et internes*

La Commission européenne a tenté à plusieurs reprises d'unifier le traitement matériel des situations européennes et internes, que cela soit sur un plan procédural, avec les règlements *injonction de payer et petits litiges*, ou sur un plan substantiel, comme l'a récemment montré le projet de droit européen des contrats¹²²¹. Aucune de ces tentatives n'a pu aboutir, en raison de l'opposition des États membres à voir entrer les situations juridiques qui leur sont purement internes dans le champ d'application de ces instruments, quand bien même ces derniers n'auraient pas eu pour effet de remplacer leur droit interne. Bien que ces instruments aient désormais été adoptés, la question de l'opportunité d'un alignement du traitement matériel des situations européennes et internes mérite d'être posée de manière prospective. Cette uniformisation s'inscrirait en effet dans le sens de la construction européenne, le législateur européen ayant toujours à son agenda l'unification de la procédure civile internationale et interne¹²²².

Le projet ayant fait couler le plus d'encre relativement à la question de l'alignement du traitement matériel des situations européennes et internes est le projet de droit européen commun des contrats. Les différents débats et prises de position intervenus dans le cadre de l'élaboration de cet instrument sont à même de nourrir une réflexion plus globale sur la question. Les prémisses de ce projet remontent au début des années 1990. Le Parlement européen avait demandé dans deux résolutions¹²²³ à ce que soient conduits des travaux sur la possibilité d'élaborer un code européen commun de droit privé, parce qu'il envisageait l'unification des principales branches du droit privé comme le moyen le plus efficace de « répondre aux exigences juridiques de la Communauté pour réaliser un marché unique sans frontières »¹²²⁴.

Si la Commission européenne, dont les travaux sur un droit européen commun des contrats ont commencé dès 2001¹²²⁵, s'est écartée très tôt de cette idée en affirmant à plusieurs reprises ne pas chercher à instaurer un code civil européen remplaçant le droit interne des contrats des

1220. Voir *supra*, p. 232 s.

1221. Voir *supra*, p. 135 s.

1222. Voir *supra*, p. 135 s.

1223. Résolution A2-157/89, JO C 158 du 26.6.1989, p. 400; résolution A3-0329/94, JO C 205 du 25.7.1994, p. 518.

1224. COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 11 juillet 2001 concernant le droit européen des contrats*, *op. cit.*, p. 2.

1225. *Ibid.*

États membres¹²²⁶, elle n'a pas moins soutenu l'idée dans son livre vert de 2010 de l'adoption d'un instrument optionnel qui serait, au moins pour les contrats entre professionnels, ouvert aux parties à un contrat européen comme à celles à un contrat interne, dans la croyance que cette possibilité pourrait « davantage inciter les entreprises à se développer au-delà des frontières, puisqu'elles pourraient faire usage d'un seul ensemble de conditions contractuelles et mener une seule et même politique économique »¹²²⁷.

Selon la Commission européenne, les caractéristiques de l'espace judiciaire européen et du marché intérieur commandaient en effet l'instauration d'un traitement matériel identique de l'interne et de l'européen, parce que la coexistence de régimes matériels différents pour ces deux catégories de situations entraverait, d'une part, l'accès à la justice dans l'Union et serait en cela contraire à l'objectif d'un espace judiciaire européen unique et cohérent¹²²⁸ et créerait, d'autre part, des distorsions de concurrence au sein du marché intérieur¹²²⁹. Autrement dit, à l'unicité du marché intérieur et de l'espace judiciaire européen devait répondre une unicité du traitement matériel des situations internes et européennes, car la première ne saurait être pleinement atteinte sans la seconde¹²³⁰.

L'instauration d'un régime de droit matériel unique pour les situations internes et européennes avait reçu les faveurs du Comité économique et social européen, au motif qu'il permettrait de « réduire les coûts [des] transactions [nationales comme internationales] » pour les entreprises européennes¹²³¹. La doctrine a ajouté que le maintien de deux régimes matériels différents affecterait la compétitivité des entreprises nationales en raison des coûts supplémentaires que celles-ci subiraient comparativement à l'hypothèse de l'application d'un régime unitaire¹²³². L'offre

1226. Voir p. ex. *idem*, *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil. Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre*, op. cit., p. 9.

1227. COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*, COM(2010) 348 final, 2010, p. 12.

1228. *Idem*, *Proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil instituant une procédure européenne pour les demandes de faible importance*, op. cit., p. 7.

1229. *Ibid.*, p. 7.

1230. En ce sens, I. VARGA, « Einl BagatellVO » in *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/ EuIPR, Band II : EG-VollstrTitelVO, EG-MahnVO, EG-BagatellVO, EU-KPfvVO, HProrogÜbk 2005, EG-ZustVO 2007, EG-BewVO, EG-InsVO*, sous la dir. de Th. RAUSCHER, 4^e éd., Otto Schmidt, sellier european law publishers, Köln, 2015, n° 17; J. BASEDOW, « Der Versicherungsbinnenmarkt und ein optionales europäisches Vertragsgesetz » in *Kontinuität und Wandel des Versicherungsrechts. Festschrift für Egon Lorenz zum 70. Geburtstag*, sous la dir. de M. WANDT et al., Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2004, p. 109.

1231. COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN, *Avis du Comité économique et social européen sur le thème « Le 28^e régime – une option pour moins légiférer au niveau communautaire » (avis d'initiative)*, CESE 758/2010, 27 mai 2010, p. 6; du même avis, C. HERRESTAHL, « Ein europäisches Vertragsrecht als Optionales Instrument », *EuZW* 2011, p. 10.

1232. M. BEHAR-TOUCHAIS, B. FAUVARQUE-COSSON et Z. JACQUEMIN, « Droit commun européen de la vente : l'unité sans l'uniformisation », *RDC* 2012, p. 211.

d'un régime unique pour les situations internes et européennes permettrait ainsi d'inciter les entreprises européennes à étendre leur activité dans les autres États membres ¹²³³.

A également été fait valoir que le marché unique, étant un espace sans frontières intérieures, ne devrait pas permettre d'opérer une séparation entre le régime applicable aux situations européennes et celui applicable aux situations internes ¹²³⁴. La distinction même entre situations internes et européennes serait donc contraire à l'idée d'un marché intérieur ¹²³⁵. L'alignement du traitement des situations européennes et internes aurait en outre l'avantage de vaincre la fragmentation juridique ¹²³⁶ ainsi que celle des marchés en Europe qui en découle, en passant d'une situation de cohabitation de différents marchés pour les transactions internes et d'un marché pour les transactions européennes, à un marché unique pour l'ensemble de ces transactions ¹²³⁷. La pleine réalisation du marché intérieur passerait donc nécessairement par une unification de la législation applicable aux contrats internes et européens ¹²³⁸.

L'absence d'extension du régime de droit européen aux entreprises agissant sur le seul marché national des États membres aurait enfin pour effet de désavantager celles-ci ¹²³⁹. On a dès lors pu y voir un potentiel problème d'égalité de traitement entre situations internes et européennes : « soumettre [...] les contrats purement internes à des règles différentes, obligatoirement et sans raison objective, constitue un traitement inégalitaire qui devra être justifié » ¹²⁴⁰.

Peut ainsi être observé que ce sont essentiellement des raisons d'ordre économique qui ont poussé les institutions européennes et un certain nombre d'auteurs, essentiellement allemands, à prôner l'uniformisation du régime matériel applicable aux situations internes et européennes en matière contractuelle. Il en irait de la mise en œuvre de l'un des objectifs fondamentaux de l'Union européenne, à savoir de la mise en place d'un marché unique entre les États membres. On peut bien sûr entendre l'argument, mais il ne nous semble pas certain que la construction du marché intérieur doive nécessairement passer par l'uniformisation des droits matériels des États membres, ou à tout le moins qu'il s'agisse de l'obstacle au développement du commerce intra-

1233. W. DORALT, « De quelques conditions de succès d'un instrument optionnel en droit européen des contrats », *RDC* 2011, p. 1330; M. GEBAUER, « Europäisches Vertragsrecht als Option – der Anwendungsbereich, die Wahl und die Lücken des Optionalen Instruments », *GPR* 2011, p. 229.

1234. À propos du projet de droit européen du contrat d'assurance, J. BASEDOW, « Der Versicherungsbinnenmarkt und ein optionales europäisches Vertragsgesetz », *op. cit.*, p. 109.

1235. MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, « Policy Options for Progress Towards a European Contract Law. Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final », *RebelsZ* 2011, p. 420, n° 121.

1236. W. DORALT, « Rote Karte oder grünes Licht für den Blue Button? Zur Frage eines optionalen europäischen Vertragsrechts », *AcP* 2011, p. 18.

1237. *Idem*, « De quelques conditions de succès d'un instrument optionnel en droit européen des contrats », *art. cit.*, p. 1330.

1238. En ce sens, *idem*, « Rote Karte oder grünes Licht für den Blue Button? Zur Frage eines optionalen europäischen Vertragsrechts », *art. cit.*, p. 19.

1239. C. HERRESTAHL, « Ein europäisches Vertragsrecht als Optionales Instrument », *art. cit.*, p. 9.

1240. W. DORALT, « De quelques conditions de succès d'un instrument optionnel en droit européen des contrats », *art. cit.*, p. 1328.

européen sur lequel le législateur européen devrait fonder en priorité son attention. Comme l'ont montré certaines études menées auprès d'entreprises implantées dans différents États membres, les barrières au commerce intra-européen sont diverses et variées : « impôts, différences entre systèmes juridiques, coût de l'obtention de conseils juridiques sur un droit étranger, transposition différentielle des directives européennes [...] bureaucratie ou corruption [...] différences culturelles et [...] langue »¹²⁴¹. En ce sens, l'étude d'impact commandée par la Commission européenne dans le cadre du projet de droit européen commun de la vente a montré que seuls 2 % des entreprises étaient entièrement dissuadés de participer au commerce intra-européen du fait des divergences existant entre les droits internes des États membres¹²⁴².

Il est également possible d'émettre des doutes sur la compétence juridique de l'Union européenne pour adopter un instrument dont le champ d'application s'étendrait aux situations purement internes à un État membre. La base juridique de l'article 81 TFUE n'est en effet pas utilisable en raison de la référence qu'elle contient aux matières « ayant une incidence transfrontière »¹²⁴³, malgré les tentatives de la Commission européenne lors de l'élaboration des règlements *injonction de payer et petits litiges* pour faire admettre, sans grand succès, que les situations internes pourraient relever de cette matière¹²⁴⁴. L'article 114 TFUE, relatif au « rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur » n'est pas davantage employable, malgré le fait qu'il avait été choisi par la Commission européenne comme base de compétence pour le projet européen de droit des contrats, et validé par son service juridique¹²⁴⁵. On peut en effet douter qu'il comprenne les mesures d'*uniformisation* du droit matériel applicable aux situations européennes et internes¹²⁴⁶, à moins d'adopter une conception déformante de la notion de « rapprochement » des législations.

Reste l'article 352 TFUE, qui permet une action de l'Union « dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci

1241. S. VOGENAUER et S. WEATHERILL, « La compétence de la Communauté européenne pour harmoniser le droit des contrats - une analyse empirique », *RDC* 2005, p. 1230.

1242. Y. BALENSI et F. BAUMGARTNER, « Opportunité et légitimité du projet de règlement relatif à un droit commun européen de la vente », *RDC* 2012, p. 1406.

1243. MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, « Policy Options for Progress Towards a European Contract Law. Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final », *art. cit.*, p. 387, n° 38.

1244. Voir *supra*, p. 133 s.

1245. Y. BALENSI et F. BAUMGARTNER, « Opportunité et légitimité du projet de règlement relatif à un droit commun européen de la vente », *art. cit.*, p. 1413.

1246. S. LEIBLE, « Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht? - Plädoyer für ein optionales Instrument », *BB* 2008, p. 1474; en ce sens également, Y. BALENSI et F. BAUMGARTNER, « Opportunité et légitimité du projet de règlement relatif à un droit commun européen de la vente », *art. cit.*, p. 1413; C. HERRESTAHL, « Ein europäisches Vertragsrecht als Optionales Instrument », *art. cit.*, p. 9; MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, « Policy Options for Progress Towards a European Contract Law. Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final », *art. cit.*, p. 388, n° 41.

n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet »¹²⁴⁷. En admettant que l'uniformisation du droit applicable aux situations européennes et internes soit nécessaire pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités – ce qui renvoie à la question de la nécessité d'un alignement du traitement matériel des situations européennes et internes pour la réalisation du marché intérieur –, il reste que la procédure législative prévue par l'article 352 TFUE est particulièrement contraignante, puisque le Conseil doit statuer à l'unanimité après approbation du Parlement européen. Cela signifie donc la possibilité pour l'un quelconque des États membres d'y faire obstacle¹²⁴⁸ et rend plus qu'improbable l'adoption de telles mesures en l'état actuel de la construction européenne, les États membres étant soucieux de conserver une pleine compétence législative pour les situations appartenant entièrement à leurs ordres juridiques.

Peut enfin être regretté qu'il n'y ait pas eu de place dans le débat pour un questionnement sur l'opportunité d'appliquer les mêmes règles matérielles aux situations internes et européennes au regard des éventuelles différences de nature entre ces deux catégories de situations. Les tentatives d'uniformisation du régime applicable aux situations internes et européennes peuvent en effet, à certains égards, donner l'impression d'emprunter un chemin inverse à celui pris par le droit international privé à travers l'adoption de règles matérielles propres aux situations internationales en considération de leurs spécificités. Alors qu'a régulièrement été critiqué le phénomène de nationalisation du traitement de l'internationalité entraîné par la soumission des situations internationales au droit interne par application de la règle de conflit de lois¹²⁴⁹, on chercherait désormais à (ré)unifier le régime matériel applicable aux situations internes et internationales, ce qui peut apparaître contradictoire.

Il nous semble donc que si l'état de la construction européenne devait un jour demander et permettre l'uniformisation du droit matériel des États membres dans certains domaines, il faudrait se garder la possibilité, dans ce corpus unique, d'instaurer ponctuellement des règles différentes pour les situations internes et internationales, là où les spécificités de l'internationalité le commanderaient. Un tel projet ne conduirait donc *de facto* jamais à une unification totale du régime matériel des situations internes et européennes, mais il aurait le mérite d'amenuiser considérablement les différences entre ces deux régimes par la création d'un corps unique de règles.

1247. C. HERRESTAHL, « Ein europäisches Vertragsrecht als Optionales Instrument », *art. cit.*, p. 9 ; S. LEIBLE, « Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht ? - Plädoyer für ein optionales Instrument », *art. cit.*, p. 1474 ; MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, « Policy Options for Progress Towards a European Contract Law. Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final », *art. cit.*, p. 395, n° 60 ; Y. BALENSI et F. BAUMGARTNER, « Opportunité et légitimité du projet de règlement relatif à un droit commun européen de la vente », *art. cit.*, p. 1413-1414.

1248. *Idem*, « Opportunité et légitimité du projet de règlement relatif à un droit commun européen de la vente », *art. cit.*, p. 1414.

1249. Voir *supra*, p. 58 s.

Il convient désormais de voir si la reconnaissance d'une faculté de choix du juge compétent et de la loi applicable aux situations internes dans le cadre restreint de l'Union européenne pourrait recueillir une plus grande approbation.

2. *Le cas particulier du choix du juge compétent et de la loi applicable*

A été précédemment conclu à la difficulté à admettre le choix d'une loi ou d'un juge étranger dans les situations internes, principalement en raison des risques que cela ferait courir à l'impérativité des dispositions d'ordre public interne¹²⁵⁰. L'hypothèse plus particulièrement envisagée était celle dans laquelle les parties à une situation interne souhaiteraient choisir une loi ou un juge considéré(e) comme étant plus adapté(e) à leur situation particulière¹²⁵¹. La réflexion mérite d'être brièvement reprise, car il n'est pas exclu que la nature particulière des rapports européens puisse changer les termes du débat. Il conviendra donc de se demander si les conventions de choix de la loi applicable (a.) et du juge compétent (b.) pourraient être plus facilement admises dans un contexte strictement européen, c'est-à-dire dans les cas dans lesquels les parties à une situation interne à un État membre souhaiteraient désigner le juge ou la loi d'un autre État membre.

a. Le choix de la loi applicable

Il a été soutenu par M. Witz que la spécificité de l'espace européen et des relations entre États membres pourrait justifier l'admission du choix de la loi applicable dans les contrats internes à un État membre, pour peu qu'il se fasse au profit de la loi d'un autre État membre¹²⁵². A été répliqué que cette solution conduirait notoirement à priver les règles d'ordre public interne du droit des États membres de leur caractère impératif, y compris à l'encontre des situations internes¹²⁵³. On peut toutefois se demander si la configuration particulière des rapports européens ne pourrait pas être de nature à rendre pour l'État membre avec lequel la situation entretient tous ses liens la perte d'impérativité de son droit interne plus acceptable.

Ce qui distingue en effet les rapports européens et les rapports internationaux sur ce point, est le fait que les différences entre les droits étatiques internes sont *a priori* moins marquées dans l'Union européenne que dans les rapports entre États membres et États tiers, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, on peut admettre l'existence d'une certaine communauté juridique et culturelle entre les États membres¹²⁵⁴, de nature à réduire les différences entre le contenu de leurs droits internes et à rendre ceux-ci plus proches et donc plus acceptables pour les autres. S'ajoute le fait que dans les domaines dans lesquels le choix illimité de la loi applicable est

1250. Voir *supra*, p. 232 s.

1251. Voir *supra*, p. 238 s.

1252. C. WITZ, « L'internationalité et le contrat », *op. cit.*, p. 61-62.

1253. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, p. 94, n° 77.

1254. H. MUIR WATT, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », *art. cit.*, p. 283.

actuellement admis en droit international privé européen, à savoir les matières contractuelle et délictuelle, le législateur européen conduit une politique d'harmonisation à l'échelon européen, de sorte que les différences de contenu entre les droits matériels des États membres s'amenuisent progressivement¹²⁵⁵. Peut enfin être rappelé que les relations entre États membres sont gouvernées par un principe de confiance mutuelle¹²⁵⁶, qui porte en germe l'idée d'une égalité de qualité des droits internes des États membres et pourrait appeler à une plus grande tolérance à l'égard de leurs différences de contenu.

Si l'ensemble de ces circonstances pourrait donc être de nature à diminuer les réticences des États membres à admettre le choix d'une loi d'un autre État membre pour leurs situations internes, il nous semble toutefois qu'à l'heure actuelle, elles ne sont pas suffisantes pour rendre la solution pleinement acceptable.

D'une part en effet, l'idée de communauté juridique et culturelle entre États membres trouve parfois ses limites, comme cela a pu s'observer récemment lors de l'élaboration des règlements européens de droit international privé en matière de divorce, de régimes matrimoniaux et de partenariats enregistrés, que le législateur européen a échoué à faire adopter par la voie législative ordinaire. Même si le droit des obligations est certainement moins clivant que la matière familiale, il peut également donner lieu à des divergences importantes entre les droits internes des États membres, qui ne consisteraient pas seulement en des différences dans les dispositions techniques permettant de mettre en œuvre un même objectif législatif, mais également en des oppositions de politique législative.

D'autre part, le phénomène d'harmonisation du droit matériel des États membres reste limité dans son étendu et laisse encore une place importante aux particularismes nationaux, y compris en matière contractuelle et délictuelle. De plus, lorsque l'harmonisation a lieu par voie de directive, elle peut parfois n'être effectuée qu'*a minima*, laissant par exemple les États membres libres de prévoir un standard de protection plus élevé que celui requis par le texte, ce qui est à même de faire ressortir des différences de conceptions entre ces États. Dans le cadre du projet de droit européen des contrats, les consultations menées auprès des entreprises européennes avaient justement mis en lumière ces divergences de législations malgré les harmonisations entreprises par l'Union européenne¹²⁵⁷.

Ainsi, même au sein de l'Union européenne, ne peut être exclu que l'ouverture du choix de la loi applicable aux situations internes conduise à soumettre régulièrement celles-ci à un droit matériel étranger qui diverge foncièrement, par les objectifs poursuivis, du contenu du droit matériel interne. Les principes de confiance et de reconnaissance mutuelles ne permettraient en

1255. Mentionnant le rapprochement des législations européennes, C. WITZ, « L'internationalité et le contrat », *op. cit.*, p. 62.

1256. *Ibid.*, p. 62.

1257. S. VOGENAUER et S. WEATHERILL, « La compétence de la Communauté européenne pour harmoniser le droit des contrats - une analyse empirique », *art. cit.*, p. 1230.

outre certainement pas de surmonter l'obstacle, quelle que soit la nature de liens privilégiés unissant les États membres de l'Union. Les difficultés rencontrées par la Commission européenne dans le cadre du projet de droit européen des contrats peuvent être prises comme indicateur de la réticence des États membres à renoncer à l'application de leur droit interne à leurs situations internes. L'opposition des États membres, qui a conduit la Commission européenne à passer d'un projet d'unification du droit interne des contrats à un instrument optionnel dont l'application aux situations internes n'était qu'une faculté laissée à la libre appréciation de chaque État ¹²⁵⁸, montre qu'il faudra certainement attendre d'atteindre un degré bien plus poussé d'intégration européenne avant que l'application d'un autre droit que le droit interne aux situations internes, et donc également l'ouverture d'une faculté de choix de la loi applicable aux situations internes, ne deviennent admissibles.

Il est toutefois certain que si un tel tournant libéral devait un jour être pris par les États, la solution pourrait plus aisément être mise en œuvre dans les rapports européens, avant son extension éventuelle à l'ensemble des rapports internationaux. L'Union européenne constitue, de ce point de vue, un cadre privilégié pour la mise en place de solutions novatrices en matière de droit international privé.

b. Le choix du juge compétent

La reconnaissance d'une faculté de choix d'un juge d'un État membre dans les rapports internes à un autre État membre mérite une réponse plus ouverte que celle donnée pour le choix de la loi applicable. Les États membres étant réputés rendre une justice d'égale qualité et proposer des garanties procédurales satisfaisantes, les obstacles au choix du juge d'un autre État membre par les parties à une situation interne semblent moins dirimants que dans les rapports internationaux.

Les jugements européens bénéficiant en effet déjà d'une liberté quasi-totale de circulation dans le cadre du règlement Bruxelles I bis et bientôt du règlement Bruxelles II ter, la confiance mutuelle entre États membres qui en est le fondement pourrait servir d'argument à la reconnaissance d'une faculté de choix du juge compétent dans les situations internes aux États membres. Dans la mesure où les dispositions du règlement Bruxelles I bis relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers s'appliquent dès lors que le jugement provient d'un État membre, sans considération du caractère interne ou international du litige ayant donné lieu au jugement et de la source de la règle ayant fondé la compétence du juge, il n'est pas exclu que le règlement Bruxelles I bis conduise déjà parfois à l'heure actuelle les États membres à reconnaître des décisions rendues par un autre État membre dans des litiges qui leur sont internes, d'autant que le règlement ne contient aucune réserve de refus de reconnaissance pour cette hypothèse, au contraire de la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for.

1258. M. LATINA, *Rép. civ. Dalloz*, V° Contrats : généralités, 2017 (actual. 2020), n° 21.

L'argument principal qui nous avait conduite à nous prononcer contre la reconnaissance d'une faculté de choix du juge compétent dans les situations internes lorsque la question était envisagée dans le cadre général des relations internationales, était l'existence d'un risque, certes faible, que le juge étranger ne fasse pas application du droit interne de l'ordre juridique interne, car cela nous semblait être l'une des conditions essentielles de l'acceptabilité de la solution¹²⁵⁹. L'uniformisation des règles de conflit de lois entreprise par l'Union européenne change la donne lorsque la question n'est envisagée que dans un contexte européen. Dans la mesure où les règles de conflit de lois en matière contractuelle et délictuelle sont les mêmes dans tous les États membres¹²⁶⁰, et que les articles 3 § 3 et 14 § 2 des règlements Rome I et Rome II prévoient en outre une protection de l'application des règles d'ordre public interne en cas de choix d'un droit étranger dans une situation purement interne, la probabilité d'application d'une loi étrangère par le juge étranger à une situation purement interne est grandement amenuisée.

Il est certes vrai que la convention de Rome et les règlements Rome I et Rome II ont un champ d'application temporel, matériel et territorial limité, et qu'il reste donc la place dans ces exclusions pour une application du droit international privé commun, qui, s'il n'est pas tant à craindre qu'il prévienne l'application de la *lex fori* en matière contractuelle ou délictuelle, pourrait potentiellement admettre un choix de loi applicable dans les situations internes. Il n'est pas non plus exclu que dans un ou plusieurs des États membres, l'application de la règle de conflit de lois, y compris lorsqu'elle est de source européenne, soit facultative pour le juge si les parties ne la demandent pas.

Dans la mesure toutefois où l'ouverture de la faculté de choix du juge compétent n'est envisagée que dans le cadre restreint de l'Union européenne, le nombre de systèmes judiciaires que les parties pourraient désigner dans leur convention attributive de juridiction est suffisamment limité pour permettre la conduite en amont d'une étude sur la teneur des règles de conflit de lois et du statut procédural de cette dernière dans les différents États membres, si était sérieusement envisagé d'ouvrir cette prérogative aux situations internes. Une telle étude permettrait de quantifier précisément le risque de non-application des règles d'ordre public interne devant le juge d'un autre État membre. Il n'est pas exclu que ce risque soit virtuellement nul, de sorte à rendre la reconnaissance d'une faculté de choix du juge compétent acceptable dans un cadre purement européen.

En conclusion, si la construction européenne va dans le sens d'une assimilation des situations internes et européennes, il n'est pas certain que cette assimilation soit toujours bienvenue. Le rapprochement du régime de ces situations est, dans certains cas, pleinement justifié par les spécificités de l'espace européen et des relations qui unissent les États membres. Dans d'autres, au contraire, il excède le stade actuel de l'intégration européenne. Si la construction européenne a

1259. Voir *supra*, p. 264 s.

1260. À l'exclusion du Danemark, qui ne participe ni au règlement Bruxelles I bis, ni aux règlements Rome I et Rome II.

donc pour effet de requestionner le traitement des situations internationales, en raison des changements majeurs qu'elle a introduits dans le régime de certaines d'entre elles, il en va de même pour la mondialisation, qui a accru l'importance d'une autre forme particulière de situations internationales.

Section II. Le traitement des situations transnationales

La mondialisation a permis l'émergence et accru le nombre et l'importance d'une catégorie spécifique de situations internationales, que l'on peut qualifier de transnationales et qui, malgré les différentes formes qu'elles peuvent prendre, se caractérisent toutes par leur détachement des territoires étatiques¹²⁶¹. En raison de cette caractéristique, ces situations remettent partiellement en cause les règles classiques de droit international privé, qui apparaissant régulièrement inaptes à leur fournir des solutions de réglementation proprement satisfaisantes¹²⁶². Malgré la nature diverse des phénomènes transnationaux, les propositions doctrinales pour prendre en charge les difficultés de réglementation qu'ils induisent reposent essentiellement sur les mêmes solutions. La plupart du temps, c'est une simple adaptation des règles classiques du droit international privé qui est proposée (§ 1). Plus rarement, il est appelé à un véritable renouvellement de méthode (§ 2).

§ 1. L'adaptation des règles de droit international privé

Les phénomènes transnationaux de la fin du xx^e et du début du xxi^e siècles n'ont pas nécessairement pour effet de remettre pleinement en cause les méthodes de droit international privé héritées des xix^e et xx^e siècles. L'internationalité a certes partiellement changé de forme au travers des siècles, en passant d'une conception initialement purement interétatique, à une manifestation plus détachée des États, qu'elle soit simplement transétatique ou pleinement a-étatique. Pour autant, le droit international privé classique continue de fournir des outils pour régler ces situations internationales d'un genre nouveau, même s'il convient pour cela d'y apporter certaines adaptations. L'étude du cas des espaces sans souveraineté (A.), de l'internet (B.) et des contrats et groupes transnationaux de sociétés (C.) permettra de s'en convaincre. Il est précisé que l'objectif des développements à venir sera simplement de montrer que le droit international privé est capable de fournir des solutions de réglementation pour les situations transnationales, voire anationales, et non d'étudier de manière détaillée la pertinence ou la désirabilité desdites solutions, car une telle étude serait d'une ampleur telle qu'elle dépasserait le cadre de notre travail.

1261. Voir *supra*, p. 176 s.

1262. Voir *supra*, p. 181 s. et p. 187 s.

A. *Les espaces sans souveraineté*

On pourrait penser que les phénomènes transnationaux, voire anationaux, condamnent l'emploi de la méthode conflictuelle en raison des difficultés de localisation spatiale étatique qu'ils entraînent¹²⁶³. En réalité, il n'en est rien. Si ces difficultés ont certes pour effet de rendre parfois impossible l'application de certaines règles classiques de conflit de lois ou de juridictions, en ce que les rattachements qu'elles prévoient ne permettent pas de désigner une loi étatique ou un juge étatique, ce n'est pas du fait de l'inadéquation de la méthode conflictuelle, mais de celle de la nature des facteurs de rattachement ou chefs de compétence retenus. La prise en charge de ces situations transnationales par le droit international privé peut donc simplement passer par la modification de la règle de conflit de lois ou de juridictions à travers la sélection de facteurs de rattachement plus adaptés.

L'adaptation des facteurs de rattachement de la règle de conflit de lois ou de juridictions est premièrement à même de fournir une réglementation praticable pour les situations juridiques s'inscrivant dans un espace sans souveraineté. Il existe ainsi une jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière maritime, définissant des facteurs de rattachement permettant de déterminer la loi applicable à certains dommages intervenant notamment dans les espaces maritimes sans souveraineté¹²⁶⁴. Il s'agit par exemple de retenir la loi de la nationalité du navire pour les dommages subis uniquement à bord de celui-ci, ou encore la loi de l'État côtier le plus proche pour les dommages survenant sur une plateforme située en haute mer¹²⁶⁵. Lorsque le dommage survient en haute mer et ne se restreint pas à un navire ou à une plateforme, en ce qu'il résulte par exemple d'une collision entre deux navires, il devient certes plus compliqué de déterminer la loi à appliquer pour peu que ces navires ne battent pas même pavillon, et l'on peut hésiter par exemple entre l'application de *lex fori*, de la loi de la résidence habituelle du défendeur ou de la loi la plus favorable à la victime¹²⁶⁶. Ce qu'il importe toutefois de noter est que les solutions existent, la difficulté résidant davantage dans le choix de celle qui apparaît la plus pertinente.

Si l'on devait considérer que l'adaptation des règles de conflit de lois et de juridictions ne permettent pas de fournir une réglementation satisfaisante à ces situations internationales, il serait également possible de se tourner, au moins pour la loi applicable, vers la méthode de la réglementation directe¹²⁶⁷. Cette méthode a le double avantage de ne demander aucune localisation territoriale étatique pour s'appliquer et d'éviter l'application du droit étatique interne, si

1263. Voir *supra*, p. 181 s.

1264. J. BASEDOW, « Rome II at Sea – General Aspects of Maritime Torts – », *RabelsZ* 2010, p. 118, p. 129 s.

1265. *Ibid.*, p. 132-133.

1266. *Ibid.*, p. 134-135.

1267. H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général », *op. cit.*, p. 225, n° 214 ; J. BASEDOW, « Rome II at Sea – General Aspects of Maritime Torts – », *art. cit.*, p. 122 s.

son contenu ne devait pas apparaître adapté au contexte particulier dans lequel s'inscrivent ces situations.

On peut ainsi observer qu'en droit maritime, un certain nombre de conventions de droit matériel ont d'ores et déjà été adoptées et prévoient notamment des dispositions applicables à certains événements susceptibles de se produire dans un espace maritime libre de toute souveraineté étatique, en prenant par exemple en charge les cas d'abordage, de marée noire ou de dommages résultant d'un transport maritime de matières nucléaires¹²⁶⁸. Il en est de même pour le transport aérien, qui a fait l'objet de conventions internationales de droit matériel dès la première moitié du xx^e siècle, la convention de Varsovie du 12 octobre 1929 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international et la convention de Montréal du 28 mai 1999 du même nom édictant un certain nombre de règles matérielles relatives aux accidents pouvant notamment se produire dans l'espace aérien international.

À l'aune de ces quelques considérations, il convient donc de remarquer que le cas particulier des situations juridiques prenant place dans un espace sans souveraineté ne pose guère de difficultés pour les outils classiques du droit international privé. Il en est de même pour les situations se constituant et/ou s'exécutant sur internet.

B. L'internet

Malgré l'aterritorialité qui caractérise les situations juridiques se constituant sur internet, les règles classiques de droit international privé « fournissent un cadre de référence éprouvé et, pour une large part, des solutions satisfaisantes »¹²⁶⁹. Malgré ce qui a pu en être dit, l'internet n'est pas un espace déconnecté de toute territorialité et il reste en effet toujours possible de localiser les personnes et les événements sur le territoire le plus affecté¹²⁷⁰.

Peut ainsi tout d'abord être remarqué qu'internet ne remet pas en cause l'emploi de certains rattachements classiques, tels que celui de la volonté des parties, pour déterminer le juge compétent ou la loi applicable¹²⁷¹. Les situations juridiques se constituant sur internet font par ailleurs toujours intervenir des personnes physiques ou morales disposant d'une nationalité, d'une résidence habituelle ou d'un établissement¹²⁷², de sorte que les règles de conflit de lois ou de juridictions employant ces facteurs de rattachement restent praticables. A ainsi été souligné que l'emploi du critère du domicile du défendeur ne pose guère de difficultés, en ce qu'il peut être

1268. *Idem*, « Rome II at Sea – General Aspects of Maritime Torts – », *art. cit.*, p. 124-127.

1269. J. HUET, « Le droit applicable dans les réseaux numériques », *op. cit.*, p. 72.

1270. R. MICHAELS, « Territorial jurisdiction after territoriality » in *Globalisation and Jurisdiction*, sous la dir. de P. J. SLOT et M. BULTERMAN, Kluwer Law International, Leiden, 2004, p. 115 ; F. C. MAYER, « Recht und Cyberspace », *art. cit.*, p. 1790.

1271. M.-E. ANCEL, « La compétence législative à la croisée de deux logiques », *op. cit.*, p. 182.

1272. En ce sens, à propos des contrats, P. MAYER, « La délocalisation du contrat », *op. cit.*, p. 131, n° 9.

identifié de la même façon qu'en dehors d'internet, pour peu que ce domicile soit connu¹²⁷³. Enfin, le lieu d'exécution du contrat ne pose en principe également aucune difficulté lorsque le contrat requiert une exécution matérielle, et plus particulièrement lorsqu'il porte sur la livraison de biens matériels¹²⁷⁴.

Au demeurant, la solution à la problématique spécifique des situations constituées par le biais d'internet peut passer par le développement de nouveaux facteurs ou techniques de rattachement aux fins de détermination de la compétence internationale et de la loi applicable, ainsi que le montrent la jurisprudence et la réflexion doctrinale en matière contractuelle et délictuelle. Les tribunaux ont ainsi largement commencé à adapter à l'internet les solutions classiques du droit international privé par le biais d'une « re-territorialisation du réseau »¹²⁷⁵.

1° S'agissant tout d'abord de la compétence juridictionnelle en matière délictuelle, on a fait remarquer que les délits commis par le biais d'internet ne posent, s'agissant du lieu de réalisation du fait générateur du dommage, en principe guère de difficulté si on considère internet comme un simple instrument de réalisation du délit, de sorte à ne pas localiser le lieu de commission sur internet, mais à chercher sa localisation dans le monde réel¹²⁷⁶. Cela permet par exemple de considérer que le lieu du fait générateur du dommage est le lieu de chargement du contenu dommageable sur internet – ce lieu coïncidant en principe avec le lieu de la résidence habituelle de l'auteur du dommage – ou le lieu de préparation intellectuelle du délit, qui pourrait ne pas correspondre à celui où le contenu dommageable a été mis en ligne¹²⁷⁷. Il est bien sûr possible que le lieu de réalisation du fait générateur du dommage soit difficile voire impossible à identifier en l'espèce, parce que l'auteur du dommage aura cherché voire réussi à effacer ses traces sur internet¹²⁷⁸. Cela n'est toutefois pas une difficulté qui relève du droit international privé, mais aux moyens techniques permettant le sourçage des données sur internet.

Plus de difficultés présente le second grand chef de compétence propre à la matière délictuelle, qui est le lieu de réalisation du dommage. Adapté à l'internet, le lieu de réalisation du dommage correspond au lieu d'accès du contenu litigieux générateur du dommage¹²⁷⁹, ce qui signifie potentiellement tous les pays du monde disposant d'un accès (libre) à l'internet. C'est donc à

1273. E. CAPRIOLI, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique : tribunal compétent, loi applicable, droit pénal international, arbitrage en ligne*, op. cit., p. 19.

1274. *Idem*, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique : tribunal compétent, loi applicable, droit pénal international, arbitrage en ligne*, op. cit., p. 20 ; dans le même sens, U. DRAETTA, *Internet et commerce électronique : en droit international des affaires*, op. cit., p. 220.

1275. E. TREPPOZ, « L'extraterritorialité des injonctions portant sur un site internet » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, sous la dir. de L. D'AVOUT, D. BUREAU et H. MUIR WATT, L.G.D.J Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2014, p. 657.

1276. E. CAPRIOLI, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique : tribunal compétent, loi applicable, droit pénal international, arbitrage en ligne*, op. cit., p. 33.

1277. P. MANKOWSKI, « Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht », art. cit., p. 262.

1278. *Ibid.*, p. 258.

1279. *Idem*, « Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht », art. cit., p. 269 ; T. LUTZI, « Internet Cases in EU Private International Law - Developing a coherent approach », art. cit., p. 689.

l'égard de ce rattachement que se manifestent pleinement les caractéristiques d'internet, et plus particulièrement son caractère ubiquitaire. Afin de rendre la compétence reposant sur le lieu de réalisation du dommage prévisible pour l'émetteur de contenu sur internet, potentiel auteur d'un dommage, la jurisprudence nationale a ainsi pu faire emploi de la théorie de la focalisation, permettant de retenir non pas la compétence juridictionnelle de tous les ordres juridiques dans lesquels le contenu est accessible, mais uniquement celle de ceux visés par l'émetteur¹²⁸⁰.

Dans la matière particulière des atteintes aux droits de la personnalité, les jurisprudences française et européenne ont développé un chef de compétence reposant sur l'accessibilité du site¹²⁸¹, dont la manifestation la plus connue résulte de l'arrêt *eDate Advertising* rendu le 25 octobre 2011 par la CJUE¹²⁸². Les complications liées à la pluralité de juridictions compétentes résultant de l'emploi de ce critère ont été résolues par la création du for additionnel du centre des intérêts principaux de la victime, compétent pour connaître de l'intégralité du dommage subi par la victime¹²⁸³, et dont on a fait remarquer qu'il pourrait être étendu à d'autres atteintes sur internet, telles que celles au droit d'auteur¹²⁸⁴. Concrètement, la victime dispose donc d'une option entre les juridictions du pays d'établissement du diffuseur du contenu, celles du pays du centre de ses intérêts et celles du ou des pays de survenance du dommage¹²⁸⁵. Le caractère ubiquitaire d'internet est également pris en compte par une limitation de la compétence des tribunaux des lieux de survenance du dommage à la fraction du dommage subi sur leurs territoires.

Les différentes solutions jurisprudentielles dégagées relativement à la compétence internationale en matière délictuelle montrent ainsi que les délits commis par le biais d'internet ne posent pas nécessairement plus de difficultés que les délits complexes se réalisant par un autre biais¹²⁸⁶.

1280. F. JAULT-SESEKE, « Internet, vecteur d'affinement des règles de compétence juridictionnelle », *op. cit.*, p. 170 ; G. FLORIMOND, *Droit et Internet : de la logique internationaliste à la logique réaliste*, Mare & Martin, Paris, 2016, p. 88 s.

1281. F. JAULT-SESEKE, « Internet, vecteur d'affinement des règles de compétence juridictionnelle », *op. cit.*, p. 175 ; G. FLORIMOND, *Droit et Internet : de la logique internationaliste à la logique réaliste*, *op. cit.*, p. 80 s. et p. 102 s.

1282. CJUE, 25 oct. 2011, *eDate Advertising* et *Martinez*, aff. C-509/09 et C-161/10, D. 2012, p. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *ibid.*, p. 2331, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; *Rev. crit. DIP* 2012, p. 389, note H. MUIR WATT ; *JDI* 2012, p. 197, note G. GUIZIOU ; *JCP G* 2012, 28, note S. FRANCO ; *RTD eur.* 2011, p. 847, obs. É. TREPPOZ ; *RTD com.* 2012, p. 423, obs. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST ; *ibid.* p. 554, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *Europe* 2011, comm. 499 par L. IDOT.

1283. T. LUTZI, « Internet Cases in EU Private International Law - Developing a coherent approach », *art. cit.*, p. 689.

1284. F. JAULT-SESEKE, « Internet, vecteur d'affinement des règles de compétence juridictionnelle », *op. cit.*, p. 177.

1285. Voir en dernier lieu l'arrêt CJUE, 17 octobre 2017, *Bolagsupplysningen*, aff. C-194/16, C.C.C. 2018, n° 1, chron. 1 par M.-E. ANCEL ; *Europe* 2017, n° 12, comm. 494 par L. IDOT ; D. 2018, p. 276, note textscF. Jault-Seseke ; *JCP G* 2017.II.1293, note M. LAZOUZI ; *Bulletin Joly Sociétés* 2018, p. 13, note M. MENJUCQ ; *Procédures* 2017, n° 12, comm. 306 par C. NOURISSAT, et avant cela CJUE, 125 oct. 2011, *eDate Advertising* et *Martinez*, aff. C-509/09 et C-161/10, D. 2012, p. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *ibid.*, p. 2331, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; *Rev. crit. DIP* 2012, p. 389, note H. MUIR WATT ; *JDI* 2012, p. 197, note G. GUIZIOU ; *JCP G* 2012, 28, note S. FRANCO ; *RTD eur.* 2011, p. 847, obs. É. TREPPOZ ; *RTD com.* 2012, p. 423, obs. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST ; *ibid.* p. 554, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *Europe* 2011, comm. 499 par L. IDOT.

1286. F. JAULT-SESEKE, « Internet, vecteur d'affinement des règles de compétence juridictionnelle », *op. cit.*, p. 177 ; E. CAPRIOLI, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique : tribunal compétent, loi applicable, droit pénal international, arbitrage en ligne*, *op. cit.*, p. 20.

Du point de vue de la loi applicable, la même difficulté de multiplication des facteurs de rattachement peut survenir dans l'application de l'article 4 § 1 du règlement Rome II, de son article 6 § 3 relatif à la concurrence déloyale et aux actes restreignant la libre concurrence et de son article 8 § 1 relatif aux atteintes aux droits de propriété intellectuelle, puisque la potentielle pluralité de lois applicables ne permettra pas au diffuseur de contenu sur internet de déterminer la loi selon laquelle il devra orienter son comportement et de respecter l'intégralité des lois qui pourraient lui être appliquées en cas de survenance d'un dommage¹²⁸⁷. Il a dès lors pu être proposé, afin de contrer ces incertitudes, de recourir à une application combinée du principe du pays d'origine et de la théorie de la focalisation afin de procéder à une identification plus fine des lois susceptibles de s'appliquer¹²⁸⁸.

2° S'agissant de la matière contractuelle, il existe tout d'abord une réflexion doctrinale abondante relative à la détermination de nouveaux facteurs de rattachement propres aux contrats internationaux conclus et/ou exécutés sur internet. Il a ainsi par exemple été proposé d'exclure comme facteurs de rattachement le lieu de situation du serveur et le lieu de situation du fournisseur d'accès, pour ne retenir que le lieu de situation des parties¹²⁸⁹. D'autres auteurs se prononcent pour un rattachement au lieu d'établissement du fournisseur du service, bien qu'il s'agisse d'un tiers à la transaction, en ce qu'il peut être déterminé à l'avance par les parties et qu'il présente l'avantage d'être neutre par rapport à elles¹²⁹⁰. Il a également été proposé de recourir à des facteurs de rattachement plus sophistiqués, comme le critère de la direction ou de la focalisation d'une activité¹²⁹¹ ou celui de l'accessibilité du contenu¹²⁹².

En tout état de cause, il convient de remarquer, s'agissant plus particulièrement de la loi applicable au contrat en vertu du règlement Rome I, que le fait que le contrat ait été conclu ou exécuté par le biais d'internet ne remet pas en cause l'employabilité de l'article 4 § 1, spécialement s'agissant des a) et b) qui retiennent l'application de la loi de l'établissement du vendeur ou du prestataire de service¹²⁹³. De même, dans le cadre du § 2, la détermination de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique ne devrait pas poser de difficulté particulière, car même si la prestation caractéristique devait être une prestation purement numérique, cela n'empêche pas de déterminer la résidence de la partie devant la fournir¹²⁹⁴. Le fait que le contrat doive po-

1287. T. LUTZI, « Internet Cases in EU Private International Law - Developing a coherent approach », *art. cit.*, p. 698-699.

1288. *Ibid.*, p. 709 s.

1289. C. KESSEDJIAN, « Le principe de proximité vingt ans après », *op. cit.*, p. 512.

1290. S. L. GÖSSL, *Internetspezifisches Kollisionsrecht? Anwendbares Recht bei der Veräußerung virtueller Gegenstände*, *op. cit.*, p. 279.

1291. M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 137, n° 169.

1292. R. MICHAELS, « Re-placements. Jurisdiction for contracts and torts under the Brussels I Regulation when Arts. 5 (1) and 5 (3) do not designate a place in a Member State » in *International civil litigation in Europe and relations with third States*, sous la dir. d'A. NUYTS et N. WATTÉ, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 145; B. FAUVARQUE-COSSON, « Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux », *op. cit.*, p. 58.

1293. P. MANKOWSKI, « Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht », *art. cit.*, p. 220.

1294. *Ibid.*, p. 220, 228.

tentiellement être exécuté entièrement sur internet ne remet donc pas en cause les rattachements de l'article 4 § 1 et 2 ¹²⁹⁵.

En matière de compétence juridictionnelle, la prise en compte des spécificités de l'internet en matière contractuelle dans le cadre du règlement Bruxelles I bis s'est essentiellement manifestée à propos de la compétence propre aux contrats de consommation issue des actuels articles 17 et 18. La difficulté a plus particulièrement été de déterminer dans quelle mesure un professionnel peut être réputé avoir dirigé ses activités vers l'État membre du domicile du consommateur, critère employé par l'article 17 § 1 c). La solution donnée par la Cour de justice dans les arrêts *Pammer et Hotel Alpenhof* du 7 décembre 2010 ¹²⁹⁶ repose sur la théorie de la focalisation ¹²⁹⁷. Ces arrêts sont venus indiquer que la simple accessibilité du site ne suffit pas à entraîner l'application des règles de compétence contenues à l'article 18 et préciser de manière non limitative les critères qui permettent, dans le contexte particulier d'internet, de considérer qu'un professionnel a dirigé son activité vers le pays du domicile du consommateur.

Si ces quelques développements montrent donc tout le potentiel de la méthode conflictuelle pour prendre en charge les situations se constituant et/ou se déroulant sur internet, il n'en a pas moins été soutenu que face aux lacunes de cette méthode, il conviendrait de se tourner vers celle de la réglementation directe ¹²⁹⁸. Certains auteurs voient en effet dans l'émergence et la généralisation de l'emploi de l'internet une place pour un renouveau de la *lex mercatoria* ¹²⁹⁹, qui pourrait prendre la forme d'une *lex informatica* de source supranationale ¹³⁰⁰. Cette *lex informatica* « regrouperait "l'ensemble des règles juridiques informelles applicables dans le cadre du commerce électronique" » ¹³⁰¹. Son application pourrait être accompagnée, selon les cas, de la soumission des litiges concernés à des juges non étatiques spécialisés dans le contentieux de l'internet ¹³⁰², de manière à déterritorialiser entièrement le traitement des situations se constituant sur internet. Force est toutefois de constater que l'élaboration d'une *lex informatica* n'est en qu'à un stade « très embryonnaire, et [est], de toute façon, limité à quelques questions ou à

1295. *Ibid.*, p. 228.

1296. CJCE, 7 déc. 2010, *Pammer et Hotel Alpenhof*, aff. C-585/08 et C-144/09, *D.* 2011, p. 990, note M.-É. PANCAZI; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 414, note O. CACHARD; *JDI* 2011, p. 915, note V. PIRONON; *JCP G* 2011, 129, note L. D'AVOUT; *RDC* 2011, p. 511, note É. TREPOZ et C. AUBERT DE VINCELLES; *RJ com.* 2011, p. 274, obs. M.-É. ANCEL; *Europe* 2011, comm. 96 par L. IDOT; *RLDA* 2011, p. 57, note M. COMBET.

1297. F. JAULT-SESEKE, « Internet, vecteur d'affinement des règles de compétence juridictionnelle », *op. cit.*, p. 171; G. FLORIMOND, *Droit et Internet : de la logique internationaliste à la logique réaliste*, *op. cit.*, p. 98 s.

1298. P. S. BERMAN, « The Globalization of Jurisdiction », *art. cit.*, p. 371; S. POILLOT-PERUZZETTO, « La loi applicable au contrat électronique », *op. cit.*, p. 51; H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général », *op. cit.*, p. 225, n° 213; voir également, critique à ce sujet, B. FAUVARQUE-COSSON, « Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux », *op. cit.*, p. 56.

1299. P. S. BERMAN, « The Globalization of Jurisdiction », *art. cit.*, p. 533; dans le même sens, M. VIVANT, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 10.

1300. S. L. GÖSSL, *Internetspezifisches Kollisionsrecht? Anwendbares Recht bei der Veräußerung virtueller Gegenstände*, *op. cit.*, p. 247-248.

1301. B. FAUVARQUE-COSSON, « Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux », *op. cit.*, p. 61.

1302. *Idem*, « Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux », *op. cit.*, p. 56; J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 255, n° 545.

quelques secteurs »¹³⁰³, ce à quoi s'ajoute que la méthode conflictuelle – pour peu qu'elle fasse l'objet de certaines adaptations – reste une solution pleinement convaincante pour la prise en charge des difficultés résultant de l'internet.

C. *Les contrats et groupes de sociétés transnationaux*

Les phénomènes transnationaux propres à la matière économique – affectant les contrats ainsi que les groupes de sociétés – ont posé la question de l'adéquation du droit étatique à les appréhender, en ce que ce dernier a été jugé inapproprié à les régler convenablement en raison de leur caractéristique principale tenant au détachement qu'ils manifestent à l'égard des États¹³⁰⁴. L'emploi de la méthode de la réglementation directe a ainsi été présentée comme une solution permettant de fournir une réglementation des contrats transnationaux et de l'activité des sociétés transnationales plus adéquate que la méthode conflictuelle. Diverses propositions en ce sens ont vu très tôt le jour et elles ont pour point commun de chercher à se passer de tout recours au droit étatique et aux juridictions étatiques.

H. Batiffol écrivait ainsi que face à l'existence de contrats de société « qu'il ne serait pas sérieusement possible de soumettre à une loi [étatique] déterminée », une solution consisterait à créer des sociétés qui seraient régies par un statut indépendant, dont l'interprétation et l'application pourraient être confiées à une juridiction internationale¹³⁰⁵. Le droit positif donnerait en ce sens des exemples de sociétés transnationales ayant conclu « des accords affectant la gestion de l'ensemble de l'entreprise sans être rattachés aux normes d'un État déterminé, [...] se référant cependant aux sources internationales disponibles »¹³⁰⁶.

Il existe également en droit positif un ensemble de règles de source non étatique spécifiquement adaptées aux contrats commerciaux transnationaux, réunissables sous le vocable de « droit transnational »¹³⁰⁷. Ces règles sont élaborées de manière spontanée par l'ensemble de la pratique des acteurs de ce commerce ou par différentes organisations internationales ayant proposé des instruments optionnels de règles spécialement adaptées à la transnationalité de ces contrats¹³⁰⁸. Les parties à un contrat international peuvent valablement convenir de l'application de ce droit non étatique, pour peu qu'elles couplent ce choix avec une clause d'arbitrage, puisque l'arbitre international, au contraire du juge étatique, accepte de faire produire pleinement effet à ce type de clause¹³⁰⁹.

1303. M.-E. ANCEL, « La compétence législative à la croisée de deux logiques », *op. cit.*, p. 182.

1304. Voir *supra*, p. 187 s.

1305. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 96, n° 43 pour la citation, p. 98-99, n°s 44-45 pour le reste ; voir également, L. PEYREFITTE, « Le problème du contrat dit "sans loi" », *art. cit.*, p. 114.

1306. A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », *op. cit.*, p. 87, n° 45.

1307. *Ibid.*, p. 91-92, n° 47.

1308. Voir sur la typologie de ces règles, E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 83 s., n°s 170 s.

1309. Voir *supra*, p. 96 s.

On peut conclure de ces quelques considérations que la méthode de la réglementation directe offre la possibilité d'élaborer un régime matériel tenant compte des spécificités des situations transnationales, et que cette méthode est déjà largement empruntée par le droit positif à cette fin.

La question n'est donc aujourd'hui plus tant celle de l'adéquation du régime offert aux situations transnationales – qui trouvent dans le droit non étatique et l'arbitrage de quoi satisfaire leurs besoins particuliers – que celle de l'encadrement des possibles dérives de la transnationalité, résultant de ce que certains acteurs transnationaux – et en première ligne les groupes internationaux de sociétés – sont parvenus à se détacher des ordres juridiques étatiques, signifiant une perte de contrôle de ces derniers sur les agissements de ces acteurs¹³¹⁰. La réflexion doctrinale menée sur les groupes internationaux de sociétés montre toutefois que ce constat est loin d'être inéluctable, car le droit international privé offre les outils nécessaires à l'encadrement de ce phénomène transnational. Le récent cours de La Haye professé par M. d'Avout sur *l'entreprise et les conflits internationaux de lois* en particulier permet de s'en convaincre¹³¹¹.

Ainsi, sur le plan de la compétence internationale, peut tout d'abord être contestée l'idée d'une « impunité juridictionnelle » des groupes transnationaux de sociétés en raison de leurs agissements répréhensibles¹³¹². Même en cas d'inemployabilité des chefs classiques de compétence en matière de responsabilité délictuelle, le droit international privé offre en effet suffisamment de bases de compétence, allant de la compétence dérivée en présence de codéfendeurs¹³¹³ à un recours en dernier lieu au for de nécessité¹³¹⁴, afin de trouver un tribunal qui acceptera de connaître de ce contentieux, quand bien même le fait générateur du dommage se serait réalisé à l'étranger.

En matière de loi applicable, l'encadrement de l'activité des groupes transnationaux de sociétés peut premièrement s'effectuer sur un plan préventif et notamment passer à cet égard par la reconnaissance ou le renforcement d'un devoir de vigilance de certaines entités du groupe¹³¹⁵. La récente loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre en est un exemple. S'y adjoignent certains mécanismes de « discipline interne » de l'entreprise, reposant notamment sur la mise en place de procédures in-

1310. Voir *supra*, p. 187 s.

1311. L. D'AVOUT, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, p. 9.

1312. *Ibid.*, p. 452, n° 245.

1313. *Ibid.*, p. 450, n° 243.

1314. *Idem*, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, p. 456, n° 246; voir p. ex. en matière de contentieux du droit du travail, E. PATAUT, « Les rattachements de l'entreprise multinationale : le point de vue du droit international privé » in *L'entreprise multinationale et le droit international : actes du 50^e colloque de la Société française pour le droit international, 19-21 mai 2016, Université Paris 8 Vincennes - Saint-Denis*, sous la dir. de L. DUBIN et al., Pedone, Paris, 2017, p. 79; K. TRILHA SCHAPPO, *Les angles morts d'un monde juridiquement hétérogène. Essai sur l'exercice stratégique de la volonté en droit international privé contemporain*, thèse IEP Paris, 2016, p. 210 s.

1315. C. KESSEDIAN, « Le droit tendre (soft law) est-il apte à encadrer la responsabilité des entreprises pour leurs violations des droits de l'homme? » in *Réciprocité et universalité : sources et régimes du droit international des droits de l'homme : mélanges en l'honneur du professeur Emmanuel Decaux*, Pedone, Paris, 2017, p. 1333.

ternes de *compliance*¹³¹⁶. Sur un plan répressif, le constat est également celui d'une suffisance de normes juridiques, de source nationale ou internationale, pour engager la responsabilité des sociétés transnationales qui se rendraient coupables en particulier de violations des droits de l'homme dans un pays étranger¹³¹⁷. Le droit positif offre en effet la possibilité d'engager la responsabilité civile de la société transnationale à travers l'une de ses entités, sans que les règles de conflit de lois actuelles ne constituent plus d'obstacles à cet égard que les règles de conflit de juridictions en matière de compétence internationale¹³¹⁸.

S'ajoute enfin une prise d'importance des instruments de « droit souple » (*soft law*) qui viennent notamment prévoir des obligations de plus en plus importantes pour les sociétés transnationales sur le plan de la responsabilité sociale des entreprises¹³¹⁹ et qui sont susceptibles de participer à l'encadrement de la responsabilité desdites sociétés, pour peu que les États fassent une place à ces normes dans leur ordre juridique¹³²⁰. En effet, quand bien même de tels instruments n'ont par définition rien de contraignant, leur non-respect par une société transnationale qui y aurait adhéré pourrait faire l'objet de sanctions, notamment par le biais d'une « juridicisation » du droit souple¹³²¹.

En conclusion, le droit international privé a fait la démonstration de ce qu'il dispose aujourd'hui des outils nécessaires pour faire face et prendre en charge les différents phénomènes transnationaux voire anationaux auxquels le confronte la mondialisation. Cette constatation n'empêche toutefois pas certains auteurs d'appeler au renouvellement des méthodes du droit international privé.

§ 2. Le renouvellement des méthodes du droit international privé

Les auteurs ayant proposé un renouvellement au moins partiel des méthodes du droit international privé pour la réglementation des situations transnationales ont tous en commun de chercher des alternatives à la méthode de la localisation spatiale étatique sur laquelle repose classiquement la méthode conflictuelle. L'idée est en effet que si cette localisation demeure possible, elle n'en est plus nécessairement souhaitable. Autrement dit, le problème que posent les situations transnationales ne serait pas tant de savoir s'il est encore possible d'établir certains liens de rattachement avec les États, que de déterminer si ces rattachements étatiques ont encore un sens

1316. L. D'AVOUT, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, p. 556 s., n^{os} 278 s.

1317. C. KESSEDIAN, « Le droit tendre (*soft law*) est-il apte à encadrer la responsabilité des entreprises pour leurs violations des droits de l'homme ? », *op. cit.*, p. 1332.

1318. L. D'AVOUT, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, p. 456 s., n^{os} 247 s.

1319. E. PATAUT, « Les rattachements de l'entreprise multinationale : le point de vue du droit international privé », *op. cit.*, p. 85.

1320. C. KESSEDIAN, « Le droit tendre (*soft law*) est-il apte à encadrer la responsabilité des entreprises pour leurs violations des droits de l'homme ? », *op. cit.*, p. 1332.

1321. L. D'AVOUT, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, p. 59, n^o 18, et plus précisément p. 488 s., n^{os} 265 s.

au regard de la nature de ces situations¹³²². Il y a en effet possiblement une certaine contradiction à vouloir établir des rattachements étatiques avec des situations dont la caractéristique est justement de transcender les États. Il est ainsi possible que la reterritorialisation des situations transnationales fasse perdre une partie de l'intérêt à l'existence même de ces situations¹³²³. Il s'agirait alors de repenser la localisation pour se défaire de sa nature territoriale, en recherchant d'autres types d'espaces auxquels les situations transnationales pourraient être rattachées. La méthode de la localisation n'est donc pas abandonnée, elle change simplement de nature.

L'idée, qui se retrouve sous la plume de différents auteurs, varie dans sa concrétisation. A ainsi tout d'abord été avancé que la localisation pourrait devenir « immatérielle » et reposer sur des critères traduisant « tantôt un lien d'allégeance entre une personne et un système étatique, tantôt des liens intellectuels qui rapprocheront tel ou tel rapport juridique d'un droit donné »¹³²⁴. Peut être cité en ce sens l'emploi du critère de l'intention en matière de diffamation, qu'on a proposé d'employer pour déterminer la compétence juridictionnelle en dehors de toute considération territoriale¹³²⁵.

Face à la constatation que l'espace géographique n'est qu'un type d'espace parmi d'autres, et que certains espaces non géographiques encadreraient souvent davantage les interactions humaines que les espaces géographiques, il a également été proposé par M. Michaels de donner à la localisation une tournure plus sociale¹³²⁶. Le droit international privé pourrait ainsi recourir à une autre conception de l'espace, afin de ne plus baser la détermination de la compétence juridictionnelle – ou législative – sur des rattachements uniquement territoriaux¹³²⁷. Cela permettrait par exemple de reconnaître le cyberspace comme un espace propre, avec ses propres juridictions et sa propre loi¹³²⁸. Si cette « reconceptualisation du territoire »¹³²⁹ pourrait donc apporter une solution au manque de pertinence de la localisation spatiale étatique pour certaines situations transnationales, elle n'est en revanche pas exempte de certaines difficultés, comme le reconnaît M. Michaels, puisqu'elle ne résout pas les problèmes dans lesquels une situation s'inscrirait dans deux de ces espaces¹³³⁰.

Une autre approche, proposée par Mme Guillaumé, est de repenser la localisation de manière à prendre en compte le pluralisme des sources de droit privé. Il s'agirait de « procéder à une localisation qui ne soit plus seulement horizontale, mais verticale. C'est ainsi l'ordre juridique

1322. R. MICHAELS, « Globalizing Savigny? The State in Savigny's Private International Law and the Challenge of Europeanization and Globalization », *Duke Law School Legal Studies Paper No. 74* 2005, p. 139 ; *idem*, « Territorial jurisdiction after territoriality », *op. cit.*, p. 127.

1323. *Idem*, « Territorial jurisdiction after territoriality », *op. cit.*, p. 128.

1324. H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général », *op. cit.*, p. 194, n° 179.

1325. R. MICHAELS, « Territorial jurisdiction after territoriality », *op. cit.*, p. 129.

1326. *Ibid.*, p. 128.

1327. *Ibid.*, p. 128.

1328. *Ibid.*, p. 128.

1329. *Ibid.*, p. 128.

1330. *Ibid.*, p. 129.

le plus concerné qui verrait son droit appliqué, et non l'ordre juridique le mieux placé au regard de la pyramide des normes »¹³³¹. La situation juridique serait inscrite dans le niveau « au sein duquel les intérêts soulevés par le litige sont les plus importants »¹³³². Pour ce faire, serait élaborée « une règle de conflit première, dont la fonction est de déterminer le niveau d'internationalité de la situation et d'inscrire le rapport de droit dans l'ordre juridique approprié »¹³³³. De l'aveu même de son auteur, cette méthode présente toutefois deux défauts majeurs : le premier est de ne pas toujours respecter la hiérarchie des normes, car la méthode peut conduire à désigner un niveau de normes qui n'est pas le plus élevé dans cette hiérarchie¹³³⁴ ; le second est de ne pas offrir de continuité de traitement si le degré d'internationalité de la situation était amené à évoluer, puisque la situation serait soumise à deux niveaux successifs de normes¹³³⁵.

La dernière alternative à la localisation territoriale étatique que nous citerons est celle proposée par MM. Teubner et Fischer-Lescano, qui prônent « l'adoption d'une méthodologie de conflit de lois qui ne soit pas fondée sur la recherche de la loi territoriale qui a les liens les plus étroits avec le litige, mais qui cherche, à la place, à identifier le régime fonctionnel auquel appartient le différend en question. [...] Cela a[urait] pour effet d'engendrer la création de nouvelles formes de règles de collision : la loi applicable dépend[rait] non pas d'un choix effectué entre les différentes lois nationales, mais entre les différents régimes fonctionnels [...] [Les règles de conflit] fonctionneraient toujours selon les méthodes classiques de conflits de lois, et, en tant que telles, il leur serait demandé de décider entre plusieurs ordres juridiques et d'assigner le litige donné à l'un des ordres en cause, qu'il s'agisse d'ordres juridiques étatiques ou de régimes »¹³³⁶.

À l'aune des différentes méthodes envisagées, peut être observé qu'aucune ne remet en cause le procédé même de la localisation des situations internationales ; elles essayent simplement de redéfinir l'objet de cette localisation, en cherchant une alternative aux territoires étatiques. L'adoption de l'une de ces nouvelles méthodes, même si elles restent de nature conflictuelle, conduirait toutefois à un profond changement des solutions actuelles du droit international privé. Or, il n'est pas acquis que les difficultés entraînées par les situations transnationales justifient une solution aussi radicale. Il ne faut en effet peut-être pas surestimer la particularité des situations transnationales par rapport aux situations interétatiques classiques. Ces situations restent avant tout des situations internationales, qui posent certes certains problèmes originaux en raison du détachement qu'elles arrivent à obtenir vis-à-vis des États. Leurs spécificités ne suffisent toutefois pas à rendre les méthodes classiques du droit international privé complètement inopérantes à leur égard.

1331. J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, op. cit., p. 277, n° 700.

1332. *Ibid.*, p. 277, n° 703.

1333. *Ibid.*, p. 278, n° 705.

1334. *Ibid.*, p. 282-283, n° 719.

1335. *Ibid.*, p. 285, n° 728.

1336. A. FISCHER-LESCANO et G. TEUBNER, « Collisions de régimes : la recherche vaine de l'unité juridique face à la fragmentation du droit mondial », *RIDE* 2013/1, p. 207.

Dès lors, il ne nous semble pas nécessaire de procéder à un renouvellement des méthodes du droit international privé, et plus particulièrement de la méthode conflictuelle, lorsqu'une simple adaptation de celle-ci peut permettre de fournir un régime adéquat aux situations transnationales. Il n'est certes pas contesté que de l'imagination soit parfois nécessaire afin d'adapter des règles de conflit de lois ou de juridictions reposant sur un paradigme territorial à des situations dont la nature tend justement à s'opposer à toute idée de territorialité, ou que les solutions alternatives mises en place ne soient pas toujours pleinement satisfaisantes. Il nous semble toutefois que les pistes d'amélioration ne seraient pas prioritairement à chercher dans un renouvellement de la méthode conflictuelle, mais davantage dans une sophistication des facteurs de rattachement des règles de conflit de lois ou de juridictions et dans un emploi accru de la méthode de la réglementation directe lorsque le contenu du droit matériel interne ne tient pas suffisamment compte des spécificités de la transnationalité.

Conclusion du chapitre II

Les phénomènes de mondialisation et de régionalisation européenne constituent un nouveau défi pour la réglementation des situations internationales, en ce qu'ils ont conduit à l'émergence de nouvelles formes d'internationalité possédant des caractéristiques spécifiques par rapport aux situations internationales classiques et demandant de ce fait à être soumises à un régime particulier.

S'agissant d'une part des *situations transnationales*, les difficultés et la perte de pertinence de la localisation spatiale étatique qu'elles entraînent devraient conduire à une adaptation des facteurs de rattachement retenus par les règles de conflit de lois et de juridictions, ainsi qu'à un développement ponctuel de l'emploi de la méthode de la réglementation directe, chaque fois que le contenu des droits matériels internes n'apparaît pas adapté aux spécificités des situations transnationales. La prise en charge de ces situations ne nécessite pas de renouvellement en profondeur des méthodes du droit international privé.

S'agissant d'autre part des *situations européennes*, l'exclusion des situations purement internationales du bénéfice des régimes spécifiques instaurés par le droit de l'Union pour certaines situations européennes n'apparaît pas toujours heureuse sur un plan individuel, car un certain nombre de ces régimes prend en charge des difficultés qui sont propres à l'intégralité des situations internationales. Il existe toutefois de solides arguments justifiant leur cantonnement aux situations européennes, qui résident dans les termes de la compétence de l'Union en matière de droit international privé, au moins jusqu'au traité de Lisbonne, dans les objectifs politiques poursuivis par l'Union et dans la nature particulière des relations unissant les États membres.

Les caractéristiques propres à l'espace européen posent également la question de la légitimité du rapprochement voire de l'uniformisation des régimes applicables aux situations européennes et internes. Si certaines manifestations de cette assimilation peuvent être accueillies positivement, en ce qu'elles sont en phase avec l'état actuel de la construction européenne et œuvrent à une plus grande coopération au sein de l'espace européen, d'autres apparaissent au contraire moins opportunes, car elles excèdent le niveau d'intégration des rapports entre États membres et témoignent d'un protectionnisme de l'espace européen vis-à-vis des États tiers. De manière prospective, le rapprochement de l'eurospécifique et de l'interne pourrait toutefois conduire à la reconnaissance, au profit des situations internes aux États membres, d'une faculté de choix du juge compétent dans un cadre intra-européen.

Chapitre III

La protection de la distinction entre l'interne et l'international

Le premier chapitre du présent titre a été l'occasion de questionner le traitement des situations internationales par rapport aux situations internes¹³³⁷. Nous avons considéré un certain nombre de manifestations du régime spécifique instauré au profit des situations internationales comme étant justifiées par des considérations propres à cette catégorie de situations. Dans la mesure où ce régime s'avère régulièrement plus favorable ou libéral que celui qui s'applique aux situations internes, certaines convoitises sont susceptibles de naître chez les personnes se trouvant dans une situation purement interne. La protection du passage de l'interne à l'international doit donc faire l'objet d'un soin particulier afin d'éviter que les parties à une situation interne ne puissent bénéficier indûment du régime souvent plus favorable que le droit international privé réserve aux situations internationales. Pour ce faire, il est nécessaire à la fois de poser une condition d'internationalité à l'application d'un certain nombre de règles de droit international privé entraînant un traitement spécifique des situations internationales (section I) et de sanctionner les tentatives d'internationalisation menées dans le seul but de profiter du traitement réservé aux situations internationales (section II).

Section I. L'exigence d'une condition d'internationalité

Les situations internationales ne font pas systématiquement l'objet d'un traitement spécifique par rapport aux situations internes¹³³⁸. Dès lors, l'exigence d'une condition d'internationalité n'a de sens que dans la mesure où le traitement de l'interne et de l'international diverge. Cela ne signifie toutefois pas que l'accès à tout régime spécifique aux situations internationales doive nécessairement être protégé par une condition d'internationalité : il existe en effet des règles de droit international privé qui peuvent être appliquées aux situations internes sans aboutir à un résultat indésirable en matière de juge compétent ou de loi applicable. Il y a un intérêt pratique évident à ne poser de condition d'internationalité que dans les cas dans lesquels elle est réellement nécessaire, car l'exigence d'une telle condition devra nécessairement être suivie de la concrétisation de la notion d'internationalité dans l'hypothèse envisagée. Or, il s'agit de limiter,

1337. Voir *supra*, p. 201 s.

1338. Voir *supra*, p. 57 s. et p. 201 s.

de manière pragmatique, les efforts de concrétisation de la notion d'internationalité aux seules hypothèses indispensables¹³³⁹.

La réflexion sur la nécessité d'une condition d'internationalité sera tout d'abord menée pour chaque type de règle de droit international privé (§ 1), avant que le cas particulier des instruments supranationaux contenant plusieurs types de règles de droit international privé ne soit envisagé (§ 2).

§ 1. La prise en compte du type de règle de droit international privé

Seront tout d'abord identifiées les règles de droit international privé pouvant être appliquées sans vérification préalable de l'internationalité (A.) avant d'étudier celles qui ne peuvent au contraire se passer d'une condition d'internationalité (B.).

A. *L'inutilité d'une condition autonome d'internationalité*

Il est régulièrement possible de faire l'économie de la vérification de l'internationalité de la situation à laquelle on entend appliquer une règle de droit international privé, sans que cela ne conduise pour autant à étendre aux situations internes le bénéfice d'un régime que l'on souhaitait initialement réserver aux situations internationales. Cette absence de nécessité d'une condition d'internationalité peut tenir, d'une part, à la *formulation* de la règle de droit international privé. Il est en effet bien inutile de poser une condition d'internationalité autonome lorsque l'internationalité peut directement être déduite du présumé de la règle applicable (1.). Cette absence d'utilité peut résulter, d'autre part, du *fonctionnement* de la règle de droit international privé, qui peut être tel à ne pouvoir conduire à un résultat indésirable sur le terrain du juge compétent ou de la loi applicable en cas d'application de la règle à une situation interne (2.).

1. *La formulation de la règle de droit international privé*

L'internationalité peut être parfois directement déduite du présumé de la règle de droit international privé : elle peut alors être dite « auto-produite »¹³⁴⁰. Dans un tel cas, la règle a le double avantage de limiter d'elle-même son application aux situations internationales et de concrétiser la notion d'internationalité pour les besoins de son application. Cette particularité ne concerne toutefois que certains types de règles de droit international privé. Elle se rencontre premièrement en matière de litispendance et de connexité internationales et de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers (a.). Elle s'observe deuxièmement pour certaines règles

1339. Voir *infra*, p. 377 s.

1340. Cette expression est utilisée par M.-E. ANCEL, « L'internationalité à la lumière de la convention d'*electio foris* », *op. cit.*, p. 47, n° 29, s'agissant des conventions attributives de juridiction conclues en vertu du règlement Bruxelles I.

matérielles, de fond ou de procédure, forgées spécialement pour les situations internationales (b.).

- a. Les règles de litispendance et connexité internationales et de reconnaissance et exécution des jugements étrangers

Les règles de litispendance et de connexité internationales et de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers peuvent faire l'économie d'une condition autonome d'internationalité. Celle-ci se déduit en effet directement de la formulation de la règle concernée. Ainsi, les règles de litispendance et de connexité internationales exigent pour s'appliquer que les tribunaux de deux États différents soient saisis. L'internationalité est caractérisée par l'origine étrangère du tribunal saisi de la procédure parallèle à celle ouverte devant les tribunaux internes. De la même manière, le régime international de reconnaissance et d'exécution des jugements ne s'appliquera que lorsque le jugement dont la reconnaissance ou l'exécution est recherchée a été rendu par un tribunal étranger. L'internationalité est donc constituée par la provenance étrangère du jugement, ou autrement dit par l'origine étrangère du tribunal qui l'a rendu¹³⁴¹. La convention de La Haye du 30 juin 2005 l'énonce expressément à son article 1^{er}, alinéa 3, qui prévoit qu'aux fins d'application des dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers, « une situation est internationale lorsque la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement étranger est requise ».

Que ce soit en matière de litispendance et de connexité internationales ou de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers, il n'est donc nul besoin de poser une condition d'internationalité autonome s'appréciant au regard du *litige* faisant l'objet des procédures parallèles ou dans le cadre duquel a été rendu le jugement dont on recherche l'efficacité. Une telle condition est d'ailleurs expressément écartée par certains instruments internationaux, tels que les conventions de La Haye du 15 mai 1958 et du 2 octobre 1973 en matière d'obligations alimentaires¹³⁴². Ce n'est qu'exceptionnellement qu'elle fait sa réapparition dans la convention de La Haye du 30 juin 2005, dont l'article 20 permet à un État de déclarer qu'il refusera de reconnaître et d'exécuter les jugements rendus par un État étranger dans un litige qui lui était purement interne. Cette réserve n'a toutefois pas pour effet de remettre en cause le principe de l'absence d'une condition d'internationalité autonome à défaut de réserve formulée par un État contractant sur le fondement de l'article 20, et *a fortiori* en dehors du champ d'application de la convention.

1341. W. A. STOFFEL, « Le rapport juridique international », *op. cit.*, p. 447.

1342. La précision est contenue à l'article 1^{er} de la convention de La Haye du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants et à l'article 2, alinéa 3, de la convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires.

b. Les règles matérielles de fond et de procédure

Le phénomène d'internationalité autoproduite s'observe également pour certaines règles matérielles de droit international privé et pour la grande majorité des règles procédurales spécifiques à la matière internationale, dispensant de l'exigence d'une condition d'internationalité autonome pour leur application.

Au regard du nombre et de la variété des règles matérielles de droit international privé, il ne sera donné que deux illustrations de règles dont la formulation est telle que les situations internationales auxquelles elles entendent s'appliquer peuvent être déduites de leur énoncé. Peut premièrement être cité l'article 171-2 du code civil, qui énonce à son alinéa 1 que « *lorsqu'il est célébré par une autorité étrangère, le mariage d'un Français doit être précédé de la délivrance d'un certificat de capacité à mariage établi après l'accomplissement, auprès de l'autorité diplomatique ou consulaire compétente au regard du lieu de célébration du mariage, des prescriptions prévues à l'article 63 [du code civil]* »¹³⁴³. Par sa formulation, la règle vise nécessairement les seules situations internationales dans lesquelles un Français se marie à l'étranger : elle ne pourrait être appliquée à un mariage interne. La référence au lieu étranger de célébration du mariage vaut à la fois condition d'internationalité et identification du seul élément d'extranéité pertinent pour l'application de la règle, rendant toute réflexion complémentaire sur la caractérisation de l'internationalité superflue.

Un autre exemple plus original est donné par M. Loquin dans son cours sur les règles matérielles professé à l'Académie de La Haye¹³⁴⁴ : l'article R. 1245-2 du code de la santé publique impose à l'*importateur* d'éléments ou produits du corps humain de s'assurer qu'ils ont été prélevés ou collectés avec le consentement préalable du donneur et à titre gratuit. Par sa formulation, cet article ne concerne que les cas dans lesquels des éléments ou produits du corps humain provenant de l'étranger sont introduits sur le territoire national. La règle contient donc ici aussi à la fois la condition d'internationalité et le critère permettant de caractériser l'internationalité des situations entrant dans son champ d'application, à savoir la provenance étrangère des éléments ou produits du corps humain.

La question de l'exigence d'une condition d'internationalité ne pose pas davantage de difficultés pour l'application des règles procédurales spécialement forgées pour la matière internationale et dérogeant donc au régime procédural interne. L'internationalité découlera une fois de plus du présupposé de la règle, à quoi s'ajoute le fait que ce n'est que dans les litiges internationaux tels que définis par la règle que se fera ressentir le besoin d'un régime spécifique, de sorte que son utilisation dans un litige purement interne ou dans une configuration internationale différente ne serait d'aucun intérêt, comme l'illustreront les exemples suivants.

1343. C'est nous qui soulignons.

1344. E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 157, n° 372.

Un premier régime procédural spécifique à la matière internationale est celui de la signification et de la notification des actes. Des règles particulières ont été adoptées en droit national, en droit européen et en droit conventionnel lorsque des actes doivent être signifiés ou notifiés à l'étranger. L'internationalité résulte alors simplement de ce que l'acte doit être transmis dans un État étranger : plus précisément, elle est constituée par le fait que le domicile ou la résidence habituelle du destinataire de l'acte – ou de son représentant – se trouve dans un autre État que celui de la juridiction saisie. C'est conformément à cette idée que le règlement *signification et notification des actes* indique être applicable à son article 1^{er} § 1 « lorsqu'un acte judiciaire ou extrajudiciaire doit être transmis d'un État membre à un autre pour y être signifié ou notifié ». La convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale contient une disposition analogue¹³⁴⁵. De même, les articles 683 et suivants du code de procédure civile visent les actes en provenance ou à destination de l'étranger et le § 183 de la *Zivilprozessordnung* est expressément intitulé « notification à l'étranger »¹³⁴⁶.

Un deuxième régime procédural particulier à la matière internationale est celui de l'obtention des preuves. L'internationalité résultera de ce que les éléments de preuve sont situés dans un autre pays que celui du juge saisi. Ainsi, le règlement *obtention des preuves* est applicable, aux termes de son article 1^{er} § 1, dès lors qu'une juridiction d'un État membre demande à la juridiction d'un autre État membre de procéder à un acte d'instruction ou à procéder directement elle-même à un tel acte sur le territoire de cet État. Il en est de même pour la convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale¹³⁴⁷, des articles 733 et suivants du code de procédure civile, applicables aux commissions rogatoires en provenance et à destination de l'étranger et du § 363 de la *Zivilprozessordnung* intitulé « obtention de preuves à l'étranger »¹³⁴⁸.

Nous terminerons en citant deux règles procédurales de droit national relatives à l'allongement de certains délais de procédure en matière internationale. L'article 643, alinéa 3, du code de procédure civile prévoit ainsi l'allongement de certains délais judiciaires à partir du moment où la personne concernée par le délai demeure à l'étranger. De même, en matière successorale, le § 1944, alinéa 2, et le § 1954, alinéa 3, du BGB prévoient un allongement des délais pour la renonciation à succession et pour les recours exercés contre une telle renonciation, lorsque le défunt ou l'héritier sont domiciliés à l'étranger¹³⁴⁹. Ces dispositions ne sauraient donc être appliquées à des litiges internes, étant précisé que le seul élément d'extranéité pertinent est le domicile du bénéficiaire de la disposition.

1345. Convention, article 1^{er}.

1346. « Zustellung im Ausland ».

1347. Convention, article 1^{er}.

1348. « Beweisaufnahme im Ausland ».

1349. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, op. cit., p. 101.

En conclusion, la formulation de la règle de droit international privé est, dans un nombre non négligeable de cas, de nature à rendre superflues la vérification d'une condition autonome d'internationalité, et par voie de conséquence, la définition de l'internationalité. À ces hypothèses non problématiques, il faut ajouter celles dans lesquelles le fonctionnement de la règle de droit international privé dispense de toute vérification préalable de l'internationalité.

2. Le fonctionnement de la règle de droit international privé

Le fonctionnement de certains types de règles de droit international privé rend la vérification d'une condition d'internationalité inutile en pratique et résout par là-même également toute difficulté de définition de la notion. L'application de la règle peut se faire indifféremment à une situation interne ou à une situation internationale sans que cela ne fausse le résultat final attendu en matière de détermination du juge compétent ou de la loi applicable. Sont concernées la grande majorité des règles de conflit de lois (a.), la majorité des règles de compétence internationale directe (b.), ainsi que certaines méthodes plus ponctuelles de droit international privé (c.).

a. La règle de conflit de lois

La question de savoir si la règle de conflit de lois ne doit être appliquée qu'aux situations internationales a fait l'objet de longues discussions théoriques, qui révèlent une différence profonde de conception du conflit de lois entre le droit français et le droit allemand (i.). Ces discussions peuvent toutefois être dépassées par l'observation que la vérification d'une condition d'internationalité préalable au jeu de la règle de conflit de lois est en grande partie inutile d'un point de vue pratique (ii.).

i. Le débat théorique sur l'existence d'une condition d'internationalité

Pour une partie non négligeable de la doctrine française et certains auteurs allemands, la mise en œuvre de la règle de conflit de lois est subordonnée à la vérification préalable de la présence d'un élément d'extranéité¹³⁵⁰. Il faudrait sinon admettre que la règle de conflit de lois doive être systématiquement appliquée par le juge, sans égard au caractère interne ou international de la situation dont il a à connaître¹³⁵¹. Or, au moins deux arguments militeraient contre une application de la règle de conflit de lois à tout type de situation.

1350. D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé, op. cit.*, p. 178, n° 276; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé, op. cit.*, p. 73, n° 90; P. MAYER, V. HEUZÉ et B. RÉMY, *Droit international privé, op. cit.*, p. 81, n° 90; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome I. Partie générale, op. cit.*, p. 379, n° 326; O. CACHARD et P. KLÖTGEN, *Droit international privé, op. cit.*, p. 145, n° 275; E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 73, n° 141; G. HOHLOCH, « Art. 3 EGBGB », *op. cit.*, n° 4; E. LORENZ, « Zum neuen internationalen Vertragsrecht aus versicherungsvertraglicher Sicht », *op. cit.*, p. 311; H. KOCH, « Internationale Zuständigkeit und Auslandsbezug », *RRa* 2013, p. 173.

1351. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome I. Partie générale, op. cit.*, p. 379, n° 326.

Tout d'abord, la thèse de l'applicabilité des règles de conflit de lois à l'ensemble des situations juridiques ne tiendrait pas compte de l'apparition historique de ces règles, qui ont été développées après les premières règles de droit destinées aux situations internes, en réaction aux difficultés particulières entraînées par la diversité des lois¹³⁵². Les règles de conflit de lois ont donc été adoptées pour régler le problème spécifique de la concurrence des lois à régir des situations comportant des liens de rattachement avec plusieurs ordres juridiques étatiques. S'ajoute le fait qu'un détour par la règle de conflit de lois pour justifier l'application du droit interne aux situations internes serait méthodologiquement inutile, en raison du principe de vocation universelle de la loi interne à régir les situations internes¹³⁵³.

En sens contraire, la doctrine allemande majoritaire soutient l'absence d'existence d'une condition d'internationalité préalable à la mise en œuvre de la règle de conflit de lois, cette dernière s'appliquant donc, pour ces auteurs, tant aux situations internes qu'internationales¹³⁵⁴. Cette absence de condition d'internationalité ne signifie pas pour autant que la règle de conflit de lois soit systématiquement appliquée en pratique, car l'application de la loi interne à une situation purement interne serait suffisamment évidente pour ne pas imposer un détour exprès par la règle de conflit de lois¹³⁵⁵. Le fait que le juge ou le praticien n'ait pas toujours conscience d'appliquer une règle de conflit de lois lorsqu'il soumet une situation interne au droit interne ne remettrait pas en cause le principe de l'applicabilité de cette règle aux situations internes¹³⁵⁶.

1352. Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, op. cit., p. 12, n° 8.

1353. W. GOLDSCHMIDT, « Zur ontologisch-logischen Erfassung des Internationalen Privatrechts », *ÖZöR* 1951, p. 121, n° 6; E. LORENZ, « Zur Zweistufentheorie des IPR und zu ihrer Bedeutung für das neue internationale Versorgungsausgleichsrecht », art. cit., p. 647; G. HOHLOCH, « Art. 3 EGBGB », op. cit., n° 4; D. LOOSCHELDERS, *Die Anpassung im Internationalen Privatrecht. Zur Methodik der Rechtsanwendung in Fällen mit wesentlicher Verbindung zu mehreren nicht miteinander harmonisierenden Rechtsordnungen*, C.F. Müller, Heidelberg, 1995, p. 97.

1354. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, op. cit., p. 7; Th. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht : mit internationalem Verfahrensrecht*, op. cit., p. 2, n° 4; B. v. HOFFMANN et K. THORN, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundzüge des internationalen Zivilverfahrensrechts*, op. cit., p. 5, nos 24-25; G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht : ein Studienbuch*, op. cit., p. 6; J. von HEIN, « Art. 3 EGBGB », op. cit., n° 12; P. H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, op. cit., p. 104; W. GOLDSCHMIDT, « Zur ontologisch-logischen Erfassung des Internationalen Privatrechts », art. cit., n° 6; H. STOLL, « Bemerkungen zu den Vorschriften über den "Allgemeinen Teil" im Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des IPR (Art. 3-9, 11-12) », *IPRax* 1984, p. 1, n° 1; E. LORENZ, « Art. 3 EGBGB » in *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. Band 5 : §§ 1922-2385, CISG, IPR, EGBGB*, sous la dir. de H. G. BAMBERGER et al., 4^e éd., C.H. Beck, München, 2020, n° 2; G. JAHR, « Internationale Geltung nationalen Rechts : Zur Relevanz internationalrechtlicher Fragestellungen für Praxis und Theorie des Rechts », *RabelsZ* 1999, p. 502; G. BEITZKE, « Betrachtungen zur Methodik im Internationalprivatrecht » in *Rechtsprobleme in Staat und Kirche. Festschrift für Rudolf Smend zum 70. Geburtstag; 15. Januar 1952; dargebracht von Freunden, Schülern und Kollegen*, Schwartz, Göttingen, 1952, p. 3; A. JUNKER, *Internationales Privatrecht*, op. cit., p. 6, n° 13.

1355. J. von HEIN, « Art. 3 EGBGB », op. cit., n° 12.

1356. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, op. cit., p. 7; G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht : ein Studienbuch*, op. cit., p. 6-7; P. H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, op. cit., p. 104; F. STURM et G. STURM, « Einl zum IPR », op. cit., n° 1.

Plusieurs raisons ont été avancées en doctrine allemande pour justifier l'application générale de la règle de conflit de lois à tout type de situation. Un premier argument tiendrait à l'absence de vocation universelle du droit interne à régir les situations internes : le détour par la règle de conflit de lois serait nécessaire pour justifier l'application du droit interne aux situations internes¹³⁵⁷. Par ailleurs, l'application indifférenciée de la règle de conflit de lois aux situations internes et internationales aurait l'avantage, d'un point de vue pratique, de supprimer tout questionnement relatif à l'identification des éléments d'extranéité pertinents¹³⁵⁸. Elle réglerait aussi le problème d'inversion logique du raisonnement pour les auteurs qui considèrent que la pertinence d'un élément d'extranéité ne peut être déterminée qu'une fois que la règle de conflit de lois applicable en l'espèce a été identifiée¹³⁵⁹.

Quant au fait que l'article 3 EGBGB prévoit une définition légale du droit international privé qui limite le champ d'application de ce dernier aux situations présentant un lien avec un État étranger, certains auteurs contournent la difficulté en soutenant que cette norme ne poserait pas, en tant que telle, une condition à l'application des règles de conflit de lois, mais aurait plutôt une valeur déclarative relative à l'objet du droit international privé au sens strict¹³⁶⁰. Cette norme fixerait simplement une limite de bon sens, indiquant les cas dans lesquels il est pertinent de mettre en œuvre la règle de conflit de lois¹³⁶¹.

En droit français également, l'idée a été émise par M. Elhoueiss, qui a été suivi par un certain nombre d'auteurs¹³⁶², de supprimer l'étape préalable de la recherche de l'internationalité dans la mise en œuvre de la règle de conflit de lois¹³⁶³. Pour cet auteur, l'exigence d'une extranéité préalable au jeu de la règle de conflit de lois ne s'expliquerait plus aujourd'hui que pour des raisons historiques : elle serait liée, d'une part, à une vision statutaire du droit international

1357. B. v. HOFFMANN et K. THORN, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundzüge des internationalen Zivilverfahrensrechts*, op. cit., p. 2, n^{os} 15-16 ; G. JAHR, « Internationale Geltung nationalen Rechts : Zur Relevanz internationalrechtlicher Fragestellungen für Praxis und Theorie des Rechts », art. cit., p. 501.

1358. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, op. cit., p. 7 ; B. v. HOFFMANN et K. THORN, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundzüge des internationalen Zivilverfahrensrechts*, op. cit., p. 5, n^o 23 ; P. H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, op. cit., p. 104 ; W. GOLDSCHMIDT, « Zur ontologisch-logischen Erfassung des Internationalen Privatrechts », art. cit., n^o 7 ; H. STOLL, « Bemerkungen zu den Vorschriften über den "Allgemeinen Teil" im Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des IPR (Art. 3-9, 11-12) », art. cit., p. 1, n^o 1 ; A. JUNKER, *Internationales Privatrecht*, op. cit., p. 6, n^o 12.

1359. B. v. HOFFMANN et K. THORN, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundzüge des internationalen Zivilverfahrensrechts*, op. cit., p. 5, n^{os} 21-22 ; J. von HEIN, « Art. 3 EGBGB », op. cit., n^o 12 ; W. GOLDSCHMIDT, « Zur ontologisch-logischen Erfassung des Internationalen Privatrechts », art. cit., n^o 7 ; E. LORENZ, « Art. 3 EGBGB », op. cit., n^o 2.

1360. Th. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht : mit internationalem Verfahrensrecht*, op. cit., p. 2, n^o 4.

1361. H. KOCH, « Internationale Zuständigkeit und Auslandsbezug », art. cit., p. 173 ; A. JUNKER, *Internationales Privatrecht*, op. cit., p. 6-7, n^o 13.

1362. M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, op. cit., p. 7, n^o 12 ; V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, op. cit., p. 133, n^o 257 ; J.-M. JACQUET, « Rapport introductif », op. cit., p. 10 ; D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, op. cit., p. 109.

1363. J.-L. ELHOUËISS, « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », art. cit., p. 39 s.

privé selon laquelle l'internationalité résulte de l'appartenance de la situation litigieuse à une communauté de droit composée de l'ensemble des États, théorie qui n'aurait plus de raison d'être aujourd'hui en raison de la dissociation du droit international public et du droit international privé¹³⁶⁴. D'autre part, l'extranéité était originellement la condition préalable à l'étude de la condition des étrangers, qui était elle-même le préalable à l'application de la règle de conflit de lois. Or, la condition des étrangers n'étant aujourd'hui plus un préalable au conflit de lois, l'exigence d'extranéité aurait dû également disparaître¹³⁶⁵.

Le débat théorique sur l'exigence d'une condition d'internationalité pour la mise en œuvre de la règle de conflit de lois peut toutefois être opportunément dépassé par la constatation de l'inutilité pratique d'une telle condition pour l'application de la majorité des règles de conflit de lois.

ii. L'inutilité pratique d'une condition d'internationalité

La soumission de la règle de conflit de lois à une condition d'internationalité a pour seule utilité pratique d'éviter qu'une situation interne ne se retrouve régie par un droit étranger en application de cette règle. Or, ce risque n'existe que très ponctuellement dans les faits, en raison de la structure même de la règle de conflit de lois. L'application de la règle de conflit de lois à une situation interne ne peut en principe conduire qu'à la désignation de la loi interne¹³⁶⁶. En effet, dans la mesure où l'intégralité des éléments intrinsèques d'une situation interne sont rattachés à l'ordre juridique interne, le facteur de rattachement retenu par la règle de conflit désignera nécessairement le droit interne. L'internationalité n'est donc en principe pas nécessaire au bon fonctionnement de la règle de conflit de lois¹³⁶⁷; elle ne « joue qu'un rôle déclencheur dans la perception par les parties et par le juge de la nécessité de s'interroger sur la loi applicable »¹³⁶⁸. L'habitude, en matière de conflit de lois, serait donc plutôt de retenir tout élément d'extranéité¹³⁶⁹ devant le manque d'enjeu pratique de procéder à une recherche de la pertinence de ces éléments.

Cette constatation vaut que la règle de conflit de lois soit bilatérale, unilatérale ou à coloration matérielle, à la condition primordiale que le facteur de rattachement corresponde à un élément intrinsèque de la situation. S'agissant des rares règles de conflit de lois unilatérales qui subsistent encore en droit international privé commun, le fait qu'elles prescrivent l'application du droit

1364. *Ibid.*, p. 49 s.

1365. *Ibid.*, p. 65.

1366. M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 6, n° 12; Th. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht : mit internationalem Verfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 2, n° 4; B. v. HOFFMANN et K. THORN, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundzüge des internationalen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 2, n°s 3-4; dans le même sens, W. A. STOFFEL, « Le rapport juridique international », *op. cit.*, p. 433.

1367. *Idem.*, « Le rapport juridique international », *op. cit.*, p. 432.

1368. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, p. 87, n° 69.

1369. *Ibid.*, p. 86, n° 69.

interne lorsqu'un critère de rattachement particulier se concrétise dans l'ordre juridique interne aura toujours pour effet d'entraîner l'application de la loi interne, puisque ledit rattachement ne pourra se réaliser que dans l'ordre juridique interne. De même, les parties à une situation interne ne pourront en principe pas être soumises à un droit étranger par l'application d'une règle de conflit de lois à coloration matérielle. En présence d'un rattachement alternatif, toutes les alternatives renverront à la loi interne. En présence d'un rattachement subsidiaire, le premier critère désignera nécessairement la loi interne. En présence d'un rattachement cumulatif, la règle prescrira l'application du droit interne avec lui-même.

Il faut néanmoins réserver deux cas particuliers : celui dans lequel la règle de conflit de lois désigne la *lex fori* comme loi applicable et celui dans lequel elle recourt à un facteur de rattachement exorbitant qui ne correspond pas à l'un des éléments intrinsèques de la situation. En droits positifs français et allemand, seule la première de ces hypothèses devrait être d'importance¹³⁷⁰. Dans la mesure où l'on ne peut exclure que les parties à une situation interne à un État puissent parfois porter leur litige devant les tribunaux d'un autre État¹³⁷¹, le risque pour elles de se voir appliquer une loi étrangère conformément à la règle de conflit de lois retenant la compétence de la *lex fori* existe bien, même s'il devrait rester très rare. Il faut en effet que le juge se reconnaisse compétent pour connaître d'une situation n'ayant aucun lien de rattachement avec son ordre juridique, et que la *lex fori* soit prévue comme rattachement unique, principal, alternatif ou combiné de la règle de conflit de lois, ou dit plus simplement, qu'il ne s'agisse pas d'un rattachement purement subsidiaire.

En conclusion, la règle de conflit de lois peut, sauf exceptions marginales, être appliquée sans qu'il ne soit nécessaire de vérifier au préalable l'internationalité de la situation. Il s'agit donc, à côté des cas d'internationalité autoproduite, d'une nouvelle hypothèse importante dans laquelle il est possible de faire l'économie d'une réflexion sur la définition de la notion d'internationalité. À ces hypothèses peut encore être ajoutée celle des règles de compétence internationale directe.

b. La règle de compétence juridictionnelle

La matière du conflit de juridictions n'a pas donné lieu à un débat aussi développé que la matière de conflit de lois sur l'existence d'une condition d'internationalité préalable à l'application des règles de compétence internationale directe. Elle ne peut pourtant pas davantage faire l'impasse de la réflexion visant à déterminer si la règle de compétence internationale directe peut être indifféremment appliquée aux litiges internes et internationaux ou si elle doit être réservée à cette dernière catégorie.

1370. Le *for* est par exemple employé comme facteur de rattachement par les articles 8 et 10 du règlement Rome III, par la jurisprudence *Rivière* s'agissant des effets du mariage ou par l'article 370-4 c. civ. s'agissant des effets de l'adoption prononcée en France.

1371. Voir *supra*, p. 85 s.

Une brève consultation des manuels consacrés à la matière semble faire pencher la balance en faveur de la seconde branche de l'alternative : s'y trouve en effet l'indication quasi-systématique de ce que la question de la compétence internationale ne se pose qu'en présence d'une situation ou d'un litige international, présentant des éléments d'extranéité ou des liens avec plusieurs ordres juridiques¹³⁷². Certains auteurs allemands écrivent toutefois que la question de la compétence internationale se pose également pour les litiges internes¹³⁷³. La reconnaissance de la compétence du juge interne pour connaître d'un litige interne passerait donc nécessairement par l'affirmation préalable – même si elle n'est pas expressément vérifiée dans les faits – de la compétence internationale de l'ordre juridique interne. On retrouve donc un raisonnement analogue à celui adopté par une partie de la doctrine allemande en matière de conflit de lois.

L'opposition entre ces deux points de vue peut une fois de plus être dépassée par le constat de l'inutilité pratique de la soumission de la majorité des règles de compétence internationale directe à une condition d'internationalité, si ce n'est que les exceptions sont plus nombreuses qu'en matière de conflit de lois. Il s'agit tout d'abord de distinguer selon que la règle de compétence internationale prévoit un chef de compétence générale ou un chef de compétence spéciale. Dans le premier cas, la règle de compétence internationale ne faussera pas la détermination de la compétence juridictionnelle en cas d'application dans un litige interne, pour peu que le chef de compétence retenu ne soit pas exorbitant. En effet, dès lors que la règle de compétence générale se contente de désigner le *pays* dont les tribunaux sont compétents, il importe peu qu'elle soit appliquée dans un litige interne, car elle déclare l'ordre juridique interne compétent dans sa globalité et n'aura pas d'incidence sur la compétence territoriale interne¹³⁷⁴.

L'hypothèse est toutefois différente lorsque la règle de conflit de juridictions prévoit un chef de compétence spéciale, désignant à la fois le tribunal internationalement et territorialement compétent. Ce chef de compétence spéciale peut en effet différer du chef de compétence territoriale interne, auquel cas il ne saurait naturellement être appliqué aux litiges internes¹³⁷⁵. Son application aurait pour effet de fonder la compétence territoriale d'un juge qui serait territoriale-

1372. B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., p. 354, n° 407 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome I. Partie générale*, op. cit., p. 82, n° 59 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, op. cit., p. 689, n° 681 ; M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, op. cit., p. 307, n° 411 ; C. N. FRAGISTAS, « La compétence internationale en droit privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 104, 1961, p. 167 ; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, op. cit., p. 587 ; Th. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht : mit internationalem Verfahrensrecht*, op. cit., p. 419, n° 1610 ; A. JUNKER, *Internationales Privatrecht*, op. cit., p. 29, n° 12.

1373. Th. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht : mit internationalem Verfahrensrecht*, op. cit., p. 463, n° 1777 ; R. GEIMER, « Art. 2 EuGVVO », op. cit., n° 101 ; R. GEIMER, « Art. 4 EuGVVO » in *Zöller. Zivilprozessordnung mit FamFG (§§ 1-185, 200-270, 433-484) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen. Kommentar*, 33^e éd., Otto Schmidt, Köln, 2020, n° 9.

1374. P. LAGARDE, « L'internationalité du point de vue de l'ordre international » in *L'internationalité : bilan et perspectives*, sous la dir. de S. POILLOT-PERUZZETTO, suppl. Lamy Droit des affaires, 2002, p. 18.

1375. W. A. STOFFEL, « Le rapport juridique international », op. cit., p. 448.

ment incompétent en application des règles de procédure civile interne, qui ont seules vocation à déterminer la compétence juridictionnelle dans les litiges internes.

L'absence d'identité entre règles de compétence internationale spéciale et règles de compétence territoriale interne a notamment été attestée par W. A. Stoffel dans les rapports du droit interne suisse avec la loi fédérale sur le droit international privé et certaines conventions internationales¹³⁷⁶. L'analyse des dispositions des droits français et allemand montre que ce risque bien que limité, existe également dans nos deux pays. En droit international privé commun français, il existe effectivement des règles de compétence spéciale spécifiques aux litiges internationaux, mais qui se contentent majoritairement d'ajouter un chef de compétence pour le cas où le premier chef – correspondant à celui retenu pour la compétence territoriale interne – ne se réaliserait pas en France, de sorte que le chef de compétence spéciale pour la matière internationale ne remplace pas le chef de compétence territoriale interne¹³⁷⁷. De même, en droit international privé commun allemand, le principe d'extension des règles de compétence territoriale interne à l'ordre international ne semble souffrir d'aucune exception instaurant un chef de compétence internationale spéciale différant de la compétence territoriale interne.

Enfin, les chefs de compétence spéciale employés dans les règlements européens et conventions internationales sont en principe suffisamment communs pour correspondre en principe aux chefs de compétence territoriale interne des droits français et allemand. Nous avons toutefois déjà mentionné un exemple qui montre que tel pourrait ne pas être exceptionnellement le cas¹³⁷⁸ : l'article 7, 2) du règlement Bruxelles I bis retient en matière délictuelle la compétence la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. Or, si cette compétence correspond à la compétence territoriale interne prévue par l'article 46, tiret 2, du code de procédure civile, qui offre une option entre la juridiction du lieu du fait dommageable et celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi, il n'en est pas de même, en cas de délit complexe, au regard du § 32 de la *Zivilprozessordnung* qui ne retient que le lieu du fait générateur du dommage.

Il convient toutefois de préciser que certaines des règles de compétence internationales envisagées précisent indirectement la configuration internationale dans laquelle le chef de compétence différant du chef retenu en matière de compétence territoriale interne doit s'appliquer. C'est notamment le cas des règles de compétence territoriale interne qui sont adaptées à l'ordre international par l'*adjonction* d'un chef de compétence qui ne s'appliquera que si le chef de compétence initial ne fonde pas la compétence du juge interne. L'internationalité résulte nécessairement, pour les besoins de l'application de ces règles, de l'extranéité de l'élément employé en tant que chef de compétence initial. À titre d'exemple, l'article R. 600-1 du code de commerce

1376. *Ibid.*, p. 448.

1377. F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. La compétence face à la mondialisation économique*, op. cit., p. 203 s., n^{os} 305-306.

1378. Voir *supra*, p. 58 s.

prévoit que « le tribunal territorialement compétent pour connaître des procédures [d'insolvabilité] est celui dans le ressort duquel le débiteur, personne morale, a son siège ou le débiteur, personne physique, a déclaré l'adresse de son entreprise ou de son activité. À défaut de siège en territoire français, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur a le centre principal de ses intérêts en France ». Par là-même est identifié le seul élément d'extranéité pertinent – le siège de la société – pour l'application du chef de compétence spécifique aux litiges internationaux. Il est inutile de poser une condition autonome d'internationalité, car l'internationalité est induite par la formulation de la règle de compétence internationale.

Doit finalement être réservé le cas d'une règle de compétence internationale particulière, qui permet de fonder, par la comparution volontaire du défendeur, la compétence d'un tribunal en principe internationalement incompétent. L'exemple-type est celui de l'article 26 § 1 du règlement Bruxelles I bis. Si cette règle était appliquée aux litiges purement internes, elle permettrait de fonder la compétence de n'importe quel tribunal étranger lorsque telle est la volonté commune des parties. Pour éviter un tel cas de figure, il est indispensable de soumettre à une condition d'internationalité le jeu de cette règle de compétence internationale.

C'est donc uniquement sous ces différentes réserves qu'il est possible d'affirmer que la règle de compétence internationale directe ne nécessite pas, en pratique, la vérification expresse d'une condition d'internationalité.

c. Les autres méthodes de droit international privé

Deux derniers types de règles de droit international privé ne nécessitant pas l'exigence d'une condition autonome d'internationalité peuvent être nommés.

Il s'agit d'une part des règles reconnaissant aux parties une faculté de choix de la loi applicable ou du juge compétent limitée à un nombre prédéterminé d'ordres juridiques. L'utilisation de cette faculté de choix dans une situation purement interne ne saurait en principe conduire à un résultat indésirable : les parties n'auront que le choix de la loi ou du juge interne. Cela ne vaut toutefois, s'agissant du choix de la loi applicable, que tant que les rattachements retenus correspondent à des éléments intrinsèques de la situation et que la règle n'offre pas le choix de la *lex fori*, et, s'agissant du choix du juge compétent, que tant que le choix n'existe pas au profit d'une compétence exorbitante ou d'une compétence spéciale différant de la compétence territoriale interne. On retrouve donc les mêmes réserves que pour les règles de conflit de lois ou de juridictions à rattachement objectif.

Il faut d'autre part également reconnaître l'inutilité pratique d'imposer une condition d'internationalité pour l'application des lois de police. Celles-ci étant des dispositions de *droit interne* dont l'application est imposée à certaines situations internationales indépendamment de la loi applicable pour des raisons de protection de l'organisation sociale, politique ou économique du pays, aucun résultat indésirable ne pourrait être entraîné par le fait qu'elles seraient immédiate-

ment appliquées à des situations internes. L'application normale du droit interne aux situations internes aboutit en effet au même résultat. En outre, dans la mesure où l'application des lois de police est subordonnée à la présence d'un lien de rattachement substantiel avec le for, une loi de police ne devrait jamais pouvoir être appliquée à une situation purement interne à un État étranger se présentant au for, dans la mesure où cette dernière ne présente, par définition, aucun lien de rattachement substantiel avec le for.

En conclusion, il existe un nombre important d'hypothèses dans lesquelles la vérification expresse d'une condition d'internationalité n'est pas nécessaire à la bonne application de la règle de droit international privé. Sont concernées la grande majorité des règles de conflit de lois à rattachement objectif et des options de législation, les lois de police, certaines règles matérielles de fond propres à la matière internationale, la majorité des règles de compétence internationale directe et de choix limité du juge compétent, les règles de litispendance et de connexité internationales et de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers et les règles procédurales propres à la matière internationale. Ce sont autant de cas dans lesquels il est assuré que les parties à une situation interne ne pourront indûment accéder au régime spécifique réservé aux situations internationales et qui dispensent des difficultés liées à l'appréciation de l'internationalité. Il subsiste toutefois d'importantes hypothèses dans lesquelles on ne saurait faire l'économie d'une condition autonome d'internationalité.

B. La nécessité d'une condition autonome d'internationalité

Il existe deux hypothèses importantes dans lesquelles la règle de droit international privé ne saurait être appliquée à une situation interne sous peine de faire profiter indûment cette dernière du régime spécifique réservé aux situations internationales et où l'internationalité devra par conséquent être spécialement vérifiée avant l'application de la règle de droit international privé. Il s'agit, d'une part, du cas dans lequel le droit international privé reconnaît un rôle plus étendu que le droit interne à la volonté des parties en permettant à celles-ci de choisir librement le juge compétent ou la loi applicable (1.) et, d'autre part, de celui dans lequel des règles matérielles spécifiques sont prévues pour les situations internationales, sans que l'internationalité ne puisse être déduite de leur présumé¹³⁷⁹ (2.).

1. Les règles fondées sur l'autonomie de la volonté

Le droit international privé réserve en principe la faculté de choisir librement le juge compétent ou la loi applicable aux situations internationales¹³⁸⁰, solution que nous avons considérée comme étant à l'heure actuelle toujours justifiée, sous réserve d'une éventuelle reconnaissance prospective de la faculté de choix du juge compétent dans les situations internes aux États

1379. Voir *supra*, p. 316 s.

1380. Voir *supra*, p. 84 s.

membres dans un cadre intra-européen¹³⁸¹. En conséquence, la licéité des conventions attributives de juridiction (a.) et de choix la loi applicable (b.) doit être subordonnée à une condition d'internationalité.

a. Les conventions attributives de juridiction

La subordination de la licéité des conventions attributives de juridiction à une condition d'internationalité ne fait aucun doute en droit international privé commun français, en droit européen et en droit conventionnel. Elle est plus incertaine en droit international privé commun allemand, en raison du silence de la loi donnant lieu à interprétation divergente en doctrine. En droit français, l'arrêt *Compagnie de Signaux* du 17 décembre 1985 a posé le principe selon lequel « les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites, lorsqu'il s'agit d'un litige international »¹³⁸². En droit allemand, cette condition ne figure pas textuellement au § 38 de la *Zivilprozessordnung* relatif aux conventions attributives de juridiction. Certains auteurs l'exigent¹³⁸³, d'autres non¹³⁸⁴.

S'agissant des instruments de source supranationale, la convention de la Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for prévoit expressément à son article 1^{er} § 1 ne s'appliquer que dans des situations internationales. La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale et ses deux successeurs, les règlements Bruxelles I et Bruxelles I bis, ne contiennent quant à eux aucune condition expresse d'internationalité dans leurs dispositions consacrées à la prorogation volontaire de compétence¹³⁸⁵. La Cour de cassation a toutefois affirmé à plusieurs reprises que la faculté de conclure une clause attributive de juridiction dans le cadre de la convention de Bruxelles et du règlement Bruxelles I est réservée aux situations internationales. Elle a ainsi jugé pour la première fois dans l'arrêt *Keller* du 4 octobre 2005 que « l'application de l'article 17 de la convention de Bruxelles est subordonnée à la reconnaissance du caractère international de la situation »¹³⁸⁶, solution confirmée dans un arrêt du 23 janvier 2008¹³⁸⁷ rendu au visa de l'article 23 du règlement Bruxelles I, alors même que ce point n'était pas litigieux en l'espèce¹³⁸⁸. Le Tribunal fédéral du travail (*Bundesarbeitsgericht*) et certaines juridictions allemandes du fond ont

1381. Voir *supra*, p. 254 s.

1382. Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1985, *Compagnie de signaux*, D. 1986, I.R. p. 265, obs. B. AUDIT; *Rev. crit. DIP* 1986, p. 537, note H. GAUDEMET-TALLON; GADIP n° 72. Voir *supra*, p. 87 s.

1383. J. SAMTLEBEN, « Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem EWG-Übereinkommen und nach der Gerichtsstandsnovelle », *art. cit.*, p. 1596; R. TRINKNER, « note sous Landesarbeitsgericht Düsseldorf/Köln, Urteil vom 16.5.1972 — A Sa 126/72 », *art. cit.*, p. 32.

1384. R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 624, n° 1760; B. v. HOFFMANN et K. THORN, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundzüge des internationalen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 92, n° 87.

1385. Voir *supra*, p. 87 s.

1386. Cass. 1^{re} civ., 4 oct. 2005, *Keller*, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 413, note B. AUDIT; *JDI* 2006, p. 169, note J.-M. JACQUET; *Gaz. Pal.* 25 févr. 2006, p. 24, obs. M.-L. NIBOYET; *RTD com.* 2006, p. 252, note Ph. DELEBECQUE; *Proc.* 2006, comm. 79 par C. NOURISSAT.

1387. Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2008, *JCP G* 2008, II, 10092, note C. BOISMAIN; *RDC* 2008, p. 900, note P. DEUMIER.

1388. P. DEUMIER, « Conditions de validité d'une clause attributive de juridiction », *RDC* 2008, p. 902.

également retenu l'existence d'une condition d'internationalité en matière de licéité des conventions attributives de juridiction conclues en vert de ces instruments¹³⁸⁹. Dans la lignée de cette jurisprudence binationale, la doctrine majoritaire française et une partie de la doctrine allemande considèrent que les conventions attributives de juridiction régies par le règlement Bruxelles I bis doivent être soumises à une condition d'internationalité¹³⁹⁰.

Aucun mécanisme ne venant rendre la vérification de cette condition d'internationalité superflète en pratique, il faut en conclure que l'internationalité doit être spécialement vérifiée s'agissant des conventions attributives de juridiction portant sur la compétence internationale. La notion d'internationalité devra donc impérativement être définie dans ce cas particulier. Il en sera de même pour les conventions de choix de loi applicable.

b. Les conventions de choix de loi applicable

L'opinion doctrinale largement prédominante est que le choix de la loi applicable doit être réservé aux situations internationales et qu'il doit donc être soumis à une condition d'internationalité¹³⁹¹. C'est dès lors sans surprise que la majorité des instruments de droit international privé

1389. Voir p. ex. BAG, 20 oct. 2015, aff. 9 AZR 525/14, NZA 2016, 254 = BB 2016, 308, points 13 s.; OLG Brandenburg, 26 juil. 2007, aff. 12 W 17/07; OLG Hamm, 18 sept. 1997, aff. 5 U 89/97; OLG Karlsruhe, 9 oct. 1992, aff. 15 U 67/92; LAG Düsseldorf, 10 janv. 2017, aff. 3 Sa 736/15, points 31 s.; *contra* OLG Frankfurt-am-Main, 30 mars 2015, aff. 23 U 11/14, point 4.

1390. M. ATTAL et A. RAYNOUARD, *Droit international privé. Tome I : Principes généraux*, *op. cit.*, p. 192, n° 439; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome II. Partie spéciale*, *op. cit.*, p. 335, n° 863; D. ALEXANDRE et A. HUET, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 239; P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, *op. cit.*, p. 98, n° 167; F. SCHOCKWEILER, « Clauses attributives de juridiction. Rapport de Fernand Schockweiler », *op. cit.*, p. 122; H. GAUDEMET-TALLON et M.-E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Matière civile et commerciale. Règlements 44/2001 et 1215/2012. Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, *op. cit.*, p. 190, n° 142; C. KLEINER, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 32; A. HUET, « note sous CA Paris, 27 mars 1987, Ollo c/ Caisse de Crédit mutuel de Brest Recouvrance », *art. cit.*, p. 141; V. HEUZÉ, *Dictionnaire Joly. Pratique des contrats internationaux*, Livre IX. Conflit de juridictions et contrats internationaux, 2010, n° 39; Th. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht : mit internationalem Verfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 506, n° 1936; J. KROPHOLLER et J. von HEIN, « Art. 23 Brüssel I-VO », *op. cit.*, n° 9; U. MAGNUS, « Article 25 », *op. cit.*, n° 40; J. M. AULL, « Zur isolierten Prorogation nach Art. 17 Abs. 1 LugÜ (zur OLG Hamm, 18.9.1997 - 5 U 89/97) », *art. cit.*, p. 228; J. MARK et O. GÄRTNER, « Gerichtsstandsvereinbarungen zwischen Kaufleuten im internationalen Rechtsverkehr », *art. cit.*, p. 838; A. BURGSTALLER et M. NEUMAYR, « Beobachtungen zu Grenzfragen der internationalen Zuständigkeit : Von forum non conveniens bis Notzuständigkeit », *op. cit.*, p. 125; H. LINKE et W. HAU, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, *op. cit.*, n° 6.7.

1391. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome II. Partie spéciale*, *op. cit.*, p. 418, n° 917; S. CLAVEL, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 531, n° 910; M.-L. NIBOYET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 29; H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *op. cit.*, p. 108; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé. Tome II*, *op. cit.*, p. 275, n° 575; J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, *op. cit.*, n° 372; V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, *op. cit.*, p. 132, n° 256; M. FONTAINE, « Introduction », *op. cit.*, p. 22, n° 17; Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 503, n° 111; M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 7, n° 12; P. H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, *op. cit.*, p. 259; P. KINDLER, « Zur Anknüpfung von Handelsvertreter- und Vertragshändlerverträgen im neuen bundesdeutschen IPR », *art. cit.*, p. 661; F. GAMILLSCHEG, « Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmaßlicher Parteiwille im internationalen Vertragsrecht », *AcP* 1958/1959, p. 313; S. SIMITIS, « Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie

offrant aux parties la possibilité d'un choix illimité de la loi applicable en matière contractuelle réservent leur application aux contrats internationaux. Pour ne citer que les instruments adoptés dans le cadre de la conférence de La Haye, la convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels précise à son article 1^{er} ne s'appliquer qu'aux « ventes à caractère international ». La convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation s'applique quant à elle, aux termes de son article 1^{er}, alinéa 1, « aux relations à caractère international ». Les principes de La Haye du 19 mars 2015 sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux limitent enfin, en vertu de leur article 1^{er}, alinéa 1, leur champ d'application aux « contrats internationaux ».

Le cas de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles et de son successeur est moins évident¹³⁹². À l'origine du doute sur la soumission du choix de la loi applicable à une condition d'internationalité se trouvent l'article 1^{er} § 1 et l'article 3 § 1 et 3, qui prévoient que l'instrument s'applique aux situations « comportant un conflit de lois », que le contrat est en principe régi par la loi choisie par les parties, mais que « lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions [impératives de ce pays] ». La combinaison des articles 1^{er} § 1 et 3 § 1 permettrait donc d'affirmer que le règlement autorise le choix de la loi applicable dans les contrats purement internes¹³⁹³.

Conclure à l'absence de condition d'internationalité serait toutefois, à notre sens, trop hâtif : si l'internationalité de la situation ne doit pas être vérifiée au moment de se prononcer sur la licéité de la clause de choix de loi applicable, elle doit en revanche l'être au moment de se prononcer sur les effets de ce choix. En effet, il résulte de l'article 3 § 3 que c'est uniquement dans une situation internationale que le choix de la loi applicable peut avoir pour effet d'écarter l'application des règles impératives de droit interne, ou autrement dit de produire pleinement les effets d'un choix

im internationalen Vertragsrecht », *art. cit.*, p. 211 ; M. SCHWIMANN, *Internationales Privatrecht : einschließlich Europarecht*, 2^e éd., Manz, Wien, 1999, p. 93 ; K. FIRSCHING, *Einführung in das internationale Privatrecht*, *op. cit.*, p. 243 ; K. NEUMANN, *Vertragsgültigkeit und Parteiwille in Lehre und Rechtsprechung des internationalen Schuldrechts*, *op. cit.*, p. 4 ; U. STOLL, *Die Rechtswahlvoraussetzungen und die Bestimmung des auf internationale Schuldverträge anwendbaren Rechts nach den allgemeinen Kollisionsregeln des US-amerikanischen UCC und des deutschen Rechts*, *op. cit.*, p. 70 ; O. SANDROCK, *Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung. Band I*, *op. cit.*, n° 103 ; I. SCHWANDER, « Zur Rechtswahl im IPR des Schuldvertragsrechts », *op. cit.*, p. 476 ; M. AMSTUTZ, N. P. VOGT et M. WANG, « Art. 116 », *op. cit.*, n° 7.

1392. Voir *supra*, p. 243 s.

1393. J.-M. JACQUET, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 96 ; S. FRANCO, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 21 ; C. WITZ, « L'internationalité et le contrat », *op. cit.*, p. 60 ; P. MAYER, « La délocalisation du contrat », *op. cit.*, p. 127, n° 6 ; E. LORENZ, « Zum neuen internationalen Vertragsrecht aus versicherungsvertraglicher Sicht », *op. cit.*, p. 309 ; U. MAGNUS, « Art 3 Rom I-VO », *op. cit.*, n° 131 ; A. SPICKHOFF, « Art. 3 Rom I-VO », *op. cit.*, n° 35 ; F. MAULTZSCH, « Parteiautonomie bei reinen Inlandsfällen im Internationalen Privat-, Prozess- und Schiedsverfahrensrecht », *op. cit.*, p. 308 ; J. PÜLS, *Parteiautonomie. Die Bedeutung des Parteiwillens und die Entwicklung seiner Schranken bei Schuldverträgen im deutschen Rechtsanwendungsrecht des 19. und 20. Jahrhunderts*, *op. cit.*, p. 173.

de loi applicable de droit international privé. Le fait que la portée du choix soit limitée dans l'hypothèse des situations internes entraîne donc un retour de la notion d'internationalité¹³⁹⁴.

Que cela soit dans le champ d'application du règlement Rome I ou en dehors, il est donc nécessaire de procéder à une recherche préalable de l'internationalité afin de pouvoir reconnaître la licéité du choix de la loi applicable ou la pleine portée du choix effectué par les parties. Aucun mécanisme ne venant rendre la vérification de cette condition d'internationalité superflue en pratique, il s'agit d'une hypothèse supplémentaire dans laquelle l'internationalité devrait être spécialement définie.

2. Les règles matérielles

La subordination de l'application des règles matérielles spécialement forgées pour les situations internationales à une condition d'internationalité paraît évidente : dans la mesure où ces règles ont été développées pour les situations internationales, il va de soi qu'elles ne doivent être appliquées qu'à cette catégorie de situations. Pour la doctrine, il est en effet incontesté que l'internationalité de la situation est une condition *sine qua non* à l'application de ces règles matérielles¹³⁹⁵. On trouve ainsi en jurisprudence française certains arrêts de la Cour de cassation ou de cours d'appel censurant les décisions de juridictions inférieures qui avaient procédé à l'application de règles matérielles internationales à des situations internes¹³⁹⁶. Doit également être observé que les instruments internationaux de droit matériel, à la différence de ceux contenant de simples règles de conflit de lois, réservent tous non seulement expressément leur application aux situations internationales, mais contiennent également une définition précise de l'internationalité des situations auxquelles ils entendent s'appliquer¹³⁹⁷.

En dehors des cas dans lesquels l'internationalité résulte du présupposé de la règle¹³⁹⁸ et des instruments internationaux restreignant expressément leur champ d'application à certaines situations internationales, il est donc nécessaire de poser une condition d'internationalité autonome à l'application des règles matérielles et de préciser la définition de la notion d'internationalité aux fins de leur application.

1394. J.-M. JACQUET, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 97.

1395. Voir entre autres, *idem*, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 85 ; E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 82, n° 168 ; J.-L. ELHOUEISS, *Personnalité et territorialité en droit international privé*, *op. cit.*, p. 535 ; P. MAYER, V. HEUZÉ et B. RÉMY, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 34, n° 19 ; M.-L. NIBOYET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 29 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé. Tome II*, *op. cit.*, p. 276, n° 575 ; B. OPPETIT, « Le développement des règles matérielles », *art. cit.*, n° 127 ; C. KESSEDJIAN, « Codification du droit commercial international et droit international privé : de la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales », *op. cit.*, p. 119 ; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 96 ; F. STURM et G. STURM, « Einl zum IPR », *op. cit.*, n° 97.

1396. J.-M. JACQUET, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 90, citant les arrêts CA Paris, 30 nov. 1972, *JDI* 1973, p. 390, note B. OPPETIT et Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1980, *Tardieu, Rev. crit. DIP* 1981, p. 313, note J. MESTRE, *JCP G* 1980, II, 19480, concl. R. GULPHE.

1397. Voir *supra*, p. 36 s.

1398. Voir *supra*, p. 316 s.

Il reste désormais à envisager la manière dont les constats qui viennent d'être dressés relativement à la nécessité d'une condition d'internationalité au regard de chaque type de règle de droit international privé peuvent être mis en œuvre dans le cas des instruments supranationaux de droit international privé.

§ 2. Le cas particulier des instruments supranationaux de droit international privé

Les conclusions qui viennent d'être tirées relativement à chaque type de règle de droit international privé peuvent être délicates à mettre en œuvre dans le cas d'instruments supranationaux de droit international privé contenant plusieurs types de règles de droit international privé. D'une part, certaines d'entre elles sont en effet susceptibles de nécessiter une vérification expresse de l'internationalité alors que d'autres peuvent s'en passer. D'autre part, certains instruments peuvent d'emblée soumettre leur champ d'application général à une condition d'internationalité lorsque d'autres n'en contiendront aucune, sans que la concordance entre l'existence ou l'absence de cette condition et l'existence ou l'absence de sa nécessité pratique ne soit garantie. La question se pose dès lors de savoir comment doit être appréhendée, de manière générale, la condition d'internationalité dans les instruments supranationaux de droit international privé.

Après avoir fait le point sur l'existence ou l'absence textuelle de condition d'internationalité dans les instruments européens et conventionnels les plus courants (A.), nous expliciterons la manière dont les conclusions que nous venons de tirer relativement à l'utilité pratique de la vérification d'une condition d'internationalité pour chaque type de règle de droit international privé peuvent être mises en œuvre en prenant en considération le caractère unitaire de l'instrument contenant lesdites règles (B).

A. *La soumission de l'instrument à une condition d'internationalité*

L'observation des principaux instruments conventionnels et européens de droit international privé applicables en droits français et/ou allemand, qu'ils portent sur le conflit de juridictions, le conflit de lois ou contiennent des règles de droit matériel, laisse apparaître qu'une condition textuelle d'internationalité n'est prévue que dans la moitié environ d'entre eux. Il ne faudra nommer que brièvement les instruments réservant expressément leur champ d'application aux situations internationales ou à certaines d'entre elles (1.) et s'attarder un peu plus longuement sur les instruments qui ne le font pas (2).

1. *L'existence d'une condition textuelle d'internationalité*

Un certain nombre de règlements européens et de conventions internationales de droit international privé ne posent guère de difficultés quant à l'existence et à la définition de la condition d'internationalité nécessaire à leur application, qui est explicitée dès leurs premières dispositions. Le point commun de ces différents instruments est de contenir essentiellement ou exclusivement

des règles de droit matériel propres aux situations internationales. Peut ainsi être citée la plupart des instruments européens adoptés en matière procédurale, à savoir les règlements *injonction de payer*, *petits litiges*, *saisie conservatoire des comptes bancaires* et la directive *aide judiciaire*, qui réservent expressément leur application aux « litiges transfrontaliers » dont ils précisent les éléments d'extranéité¹³⁹⁹. Définissent également les situations internationales entrant dans leur champ d'application les conventions de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises, la convention d'Ottawa du 28 mai 1988 sur l'affacturage international, la convention d'Ottawa du 28 mai 1988 sur le crédit-bail international, la convention de Montréal du 28 mai 1999 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, la convention de Genève du 19 mai 1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR) et la convention d'Athènes du 13 décembre 1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages¹⁴⁰⁰.

D'autres instruments, s'ils ne contiennent pas expressément de condition d'internationalité, définissent toutefois leur champ d'application de sorte à ne s'appliquer *de facto* qu'à des situations internationales. Ils contiennent donc une condition et une définition tacites de l'internationalité. Ainsi en est-il des règlements européens procéduraux qui n'ont pas encore été mentionnés. Les règlements *titre exécutoire européen*, *obtention des preuves*, *signification et notification des actes et documents publics* ne s'appliquent en effet que dans les rapports entre deux États membres, lorsqu'une décision de justice doit être reconnue ou exécutée, qu'une mesure d'instruction doit être ordonnée, qu'un acte doit être signifié ou notifié ou qu'un document public doit être présenté dans un autre État membre. Contiennent également une condition d'internationalité implicite certaines conventions de La Haye adoptées en matière procédurale, telles que la convention de La Haye du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice, la convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale et la convention de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers, ou en matière de conflit de lois, telles que la convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale et la convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants¹⁴⁰¹. Leur champ d'application est défini de sorte à ne pouvoir s'appliquer que lorsque la situation ou le litige est rattaché à au moins deux États contractants.

Certaines conventions de La Haye déclarent enfin être applicables aux situations internationales, sans donner toutefois de définition de celles-ci. Procèdent ainsi la convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille, la convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protec-

1399. Voir *supra*, p. 44 s.

1400. Voir *supra*, p. 36 s.

1401. Sur ces deux dernières, voir *supra*, p. 40 s.

tion internationale des adultes ou encore la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation.

2. *L'absence de condition textuelle d'internationalité*

Si un nombre non négligeable de règlements européens et de conventions internationales de droit international privé contiennent une condition d'internationalité, près de la moitié des règlements européens de droit international privé et des conventions de La Haye en vigueur en France et/ou en Allemagne n'en contiennent toutefois aucune dans le corps de l'instrument.

Parmi les conventions de La Haye, peuvent être cités, d'une part, la convention de La Haye du 19 octobre 1996 en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants et la convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits – qui contiennent seulement une référence à l'internationalité dans leur préambule – et, d'autre part, le protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, la convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière et la convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires – qui ne contiennent aucune référence à l'internationalité.

En droit européen, hormis les règlements Rome I, Rome II et Rome III qui limitent leur champ d'application aux situations comportant ou impliquant un conflit de lois¹⁴⁰², sont concernés par l'absence de condition textuelle d'internationalité les règlements Bruxelles I bis, Bruxelles II bis, *insolvabilité* refondu, *obligations alimentaires*, *successions*, *régimes matrimoniaux* et *partenariats enregistrés*. Parmi ces instruments, la jurisprudence et la doctrine se sont surtout intéressées au règlement Bruxelles I bis (a.) et au règlement *insolvabilité* refondu (b.).

a. Le règlement Bruxelles I bis

La soumission du champ d'application de la convention de Bruxelles et de ses successeurs à une condition d'internationalité a fait l'objet d'une grande attention de la part de la doctrine. Deux courants se sont affrontés, le premier considérant que l'application de l'instrument ne saurait se faire qu'au profit des situations internationales (ii.) alors que le second niait l'existence de toute condition d'internationalité (i.). La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne permet aujourd'hui de trancher en faveur de ce premier.

1402. Voir *supra*, p. 45 s.

i. L'absence de condition d'internationalité

Certains auteurs ont réfuté l'idée d'une soumission du champ d'application de la convention de Bruxelles et de ses successeurs à une condition autonome d'internationalité¹⁴⁰³. Les raisons avancées sont multiples. Elles tiennent premièrement à ce que le règlement ne prévoit expressément aucune condition d'internationalité¹⁴⁰⁴. Dans ce contexte, admettre que l'application de la convention et des règlements doit être limitée aux litiges internationaux au seul motif qu'il pose des règles de compétence internationale constituerait une « pétition de principe »¹⁴⁰⁵, car la compétence internationale doit également être vérifiée dans les litiges internes¹⁴⁰⁶. Est encore invoqué le manque de praticité de la solution qui consisterait à poser une condition d'internationalité, en raison de l'absence de définition de la notion¹⁴⁰⁷ qui est susceptible de mener à des divergences d'interprétation entre les États membres¹⁴⁰⁸.

En jurisprudence française, l'arrêt *Mantel* rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 30 janvier 2001¹⁴⁰⁹ a pu être interprété comme une affirmation de l'absence de soumission de la convention de Bruxelles à une condition autonome d'internationalité¹⁴¹⁰. Dans cette affaire, une société néerlandaise avait remis à son banquier néerlandais une lettre de confort relative à l'une de ses filiales, française, à laquelle l'une des succursales, française, de la banque avait consenti des prêts. Estimant que la société néerlandaise n'avait pas rempli ses obligations, la banque néerlandaise l'a assignée en France en dommages et intérêts par le biais de sa succursale française. La cour d'appel, constatant que le litige opposait deux sociétés néerlandaises, avait déclaré la convention de Bruxelles inapplicable. La Cour de cassation a toutefois considéré que la cour d'appel avait exclu l'application de l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles « par des motifs inopérants », dans la mesure où le demandeur faisait valoir que l'obligation

1403. S. POILLOT-PERUZZETTO, « Application de la Convention de Bruxelles à une lettre de confort. Cour de cassation (Ch. com.). - 30 janvier 2001, ING Bank NV Paris c. Soc. Mantel Holland Beheer BV », *art. cit.*, p. 546; Th. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht : mit internationalem Verfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 463, n° 1775, qui a néanmoins changé d'avis dans l'édition ultérieure de son ouvrage; P. MANKOWSKI, « Vorbem zu Art 4 Brüssel Ia-VO », *op. cit.*, n° 29; R. GEIMER, « Art. 2 EuGVVO », *op. cit.*, n° 101; J. M. AULL, « Zur isolierten Prorogation nach Art. 17 Abs. 1 LugÜ (zur OLG Hamm, 18.9.1997 - 5 U 89/97) », *art. cit.*, p. 227; W. A. STOFFEL, « Le rapport juridique international », *op. cit.*, p. 441.

1404. S. POILLOT-PERUZZETTO, « Application de la Convention de Bruxelles à une lettre de confort. Cour de cassation (Ch. com.). - 30 janvier 2001, ING Bank NV Paris c. Soc. Mantel Holland Beheer BV », *art. cit.*, p. 546; R. GEIMER, « Art. 2 EuGVVO », *op. cit.*, n° 103; J. M. AULL, « Zur isolierten Prorogation nach Art. 17 Abs. 1 LugÜ (zur OLG Hamm, 18.9.1997 - 5 U 89/97) », *art. cit.*, p. 227.

1405. *Idem*, « Zur isolierten Prorogation nach Art. 17 Abs. 1 LugÜ (zur OLG Hamm, 18.9.1997 - 5 U 89/97) », *art. cit.*, p. 227.

1406. R. GEIMER, « Art. 2 EuGVVO », *op. cit.*, n° 105.

1407. *Idem*, « Art. 2 EuGVVO », *op. cit.*, n° 104; J. M. AULL, « Zur isolierten Prorogation nach Art. 17 Abs. 1 LugÜ (zur OLG Hamm, 18.9.1997 - 5 U 89/97) », *art. cit.*, p. 227.

1408. S. POILLOT-PERUZZETTO, « Application de la Convention de Bruxelles à une lettre de confort. Cour de cassation (Ch. com.). - 30 janvier 2001, ING Bank NV Paris c. Soc. Mantel Holland Beheer BV », *art. cit.*, p. 546.

1409. Cass. com., 30 janv. 2001, *Mantel*, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 539, note S. POILLOT-PERUZZETTO; *JCP G* 2001, I, 356, obs. P. SIMLER; *Dr. et patr.* 2001, p. 111, obs. D. MAINGUY; *BJS* 2001, p. 516, note M. MENJUCQ.

1410. S. POILLOT-PERUZZETTO, « Application de la Convention de Bruxelles à une lettre de confort. Cour de cassation (Ch. com.). - 30 janvier 2001, ING Bank NV Paris c. Soc. Mantel Holland Beheer BV », *art. cit.*, p. 546.

servant de base à la demande devait être exécutée en France et que le défendeur se retrouvait de la sorte attiré devant les juridictions d'un autre État contractant. Il a été déduit du raisonnement suivi par la Cour de cassation que l'internationalité serait une « simple conséquence qui se déduit de l'application des règles de la convention », en ce sens que l'inapplicabilité des règles de la convention démontrerait l'absence d'internationalité du litige¹⁴¹¹. Si la portée de cet arrêt pouvait être sujette à questionnement du fait de son absence de publication, elle est aujourd'hui indéniablement remise en cause par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

ii. L'existence d'une condition d'internationalité

La doctrine majoritaire considère aujourd'hui que la convention de Bruxelles et ses successeurs ne s'appliquent qu'aux litiges internationaux¹⁴¹². Plusieurs arguments importants soutiennent en effet la thèse de la soumission de la convention de Bruxelles et de ses successeurs à une condition d'internationalité. Le premier est celui de l'absence de vocation de la convention de Bruxelles à remplacer les règles de compétence interne des États membres, en raison de sa nature d'instrument de coopération judiciaire¹⁴¹³. Le préambule de la convention indique à cet égard que la convention a pour objet de « déterminer la compétence [...] dans l'ordre international »¹⁴¹⁴. L'existence d'une condition d'internationalité est également corroborée par

1411. J.-M. JACQUET, « Conflit de juridictions. Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. – Article 17. – Clause attributive de juridiction. – Exigence d'internationalité du litige international. », *art. cit.*, p. 174.

1412. D. ALEXANDRE et A. HUET, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 19; J.-P. BERAUDO et M.-J. BERAUDO, *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 631-10 : Convention de Bruxelles ; conventions de Lugano ; règlement (CE) n° 44/2001, (UE) n° 1215/2012. – Généralités et champs d'application, 2013, n° 37; D. SINDRES, *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 584-125 : Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale. – Compétence. – Règles ordinaires de compétence. – Dispositions générales. – Article 4 du règlement (UE) n° 1215/2012, 2014 (actual. 2018), n° 25; M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux, op. cit.*, p. 71, n° 84; H. GAUDEMET-TALLON, « Le professionnel, cessionnaire des droits d'un particulier, n'est pas un consommateur au sens de l'art. 13 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. - Cour de justice des Communautés européennes. - 19 janvier 1993, Shearson Lehmann Hutton Inc. c. TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH », *Rev. crit. DIP* 1993, p. 330; B. GOLDMAN, « Un traité fédérateur : La Convention entre les États membres de la C.E.E. sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *RTD eur.* 1971, p. 5, n° 5; P. MANKOWSKI, « Vorbem zu Art 4 Brüssel Ia-VO », *op. cit.*, n° 29; J. KROPHOLLER et J. von HEIN, « vor Art. 2 Brüssel I-VO », *op. cit.*, n° 6; P. ROGERSON, « Article 1 » in *Brussels Ibis Regulation*, sous la dir. d'U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, *seller european law publishers, Otto Schmidt, München, Köln*, 2016, n° 4; A. STAUDINGER, « Anwendbarkeit des Verbraucherschutzgerichtsstandes der Brüssel I-VO bei Pauschalreisen im "unechten Inlandsfall" – zugleich Anmerkung zum Vorlagebeschluss des LG Feldkirch vom 20.9.2012, 3 R 233/12f », *RRa* 2013, p. 3; A. BÜLOW, « Vereinheitlichtes internationales Zivilprozessrecht in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Der Entwurf eines Abkommens über die internationale Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen », *RabelsZ* 1965, p. 476; H. ARNOLD, « Das EWG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen vom 27.9.1968 », *art. cit.*, p. 89; H. LINKE et W. HAU, *Internationales Zivilverfahrensrecht, op. cit.*, nos 4.43 s. D. CZERNICH, « Art. 1 Brüssel Ia-VO » in *Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht : Brüssel Ia-Verordnung (EuGVVO 2012) und Übereinkommen von Lugano 2007*, sous la dir. de D. CZERNICH, G. E. KODEK et P. G. MAYR, 4^e éd., LexisNexis ARD Orac, Wien, 2015, n° 3.

1413. J.-P. BERAUDO et M.-J. BERAUDO, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 37.

1414. P. JÉNARD, *Rapport sur la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, op. cit.*, p. 9; D. EVRIGENIS et K. D. KERAMEUS, *Rapport relatif à l'adhésion de la République hellénique à la convention concernant la compétence judiciaire et*

les rapports explicatifs de la convention de Bruxelles et de la convention de Lugano. Le rapport Jénard indique que les règles de compétence de la convention de Bruxelles ne s'appliquent qu'en présence d'un élément d'extranéité¹⁴¹⁵. L'indication figure également dans les rapports explicatifs rédigés à l'occasion de l'adhésion de nouveaux États contractants à la convention de Bruxelles¹⁴¹⁶ et dans le rapport explicatif de la convention de Lugano¹⁴¹⁷. Depuis la transformation de la convention en règlement, s'y ajoute enfin un argument relatif aux termes de la compétence de l'Union européenne en matière de droit international privé. Les règlements Bruxelles I et Bruxelles I bis ayant été adoptés sur la base de l'ancien article 65 TCE et de l'article 81 TFUE, qui limitent la compétence de l'Union aux « matières civiles ayant une incidence transfrontière », a été fait remarquer que le législateur européen n'aurait pas été compétent pour adopter des règles de compétence juridictionnelle interne¹⁴¹⁸.

Le débat entre les partisans et les opposants à la soumission de la convention de Bruxelles et de ses successeurs à une condition d'internationalité a été définitivement clos par l'arrêt *Owusu*¹⁴¹⁹ rendu le 1^{er} mars 2005 par la Cour de justice des Communautés européennes, dans lequel elle affirme que « l'application même des règles de compétence de la convention de Bruxelles [...] requiert l'existence d'un élément d'extranéité »¹⁴²⁰. La solution vaut également pour les règlements Bruxelles I et Bruxelles I bis, la Cour de justice ayant jugé que son interprétation de la convention de Bruxelles vaut pour les règlements successeurs lorsque leurs

l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, 1986, n° 24; D. ALEXANDRE et A. HUET, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 19; G. A. L. DROZ, *Pratique de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Le nouveau régime de la compétence judiciaire et des effets des jugements dans l'Europe des six. op. cit.*, p. 9, n° 3; D. SINDRES, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 24; M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux, op. cit.*, p. 71, n° 84.

1415. P. JÉNARD, *Rapport sur la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, op. cit.*, p. 9.

1416. Voir dans ce cadre, 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, ainsi qu'au protocole concernant son interprétation par la Cour de justice (signée à Luxembourg le 9 octobre 1978), op. cit.*, n° 21; D. EVRIGENIS et K. D. KERAMEUS, *Rapport relatif à l'adhésion de la République hellénique à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, op. cit.*, n° 24.

1417. F. POCAR, *Rapport explicatif sur la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée à Lugano le 30 octobre 2007, op. cit.*, n° 14.

1418. D. SINDRES, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 28; M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux, op. cit.*, p. 71, n° 84; P. MANKOWSKI, « Vorbem zu Art 4 Brüssel Ia-VO », *op. cit.*, n° 29; J. KROPHOLLER et J. von HEIN, « vor Art. 2 Brüssel I-VO », *op. cit.*, n° 6; A. STAUDINGER, « Anwendbarkeit des Verbraucherschutzgerichtsstandes der Brüssel I-VO bei Pauschalreisen im "unechten Inlandsfall" – zugleich Anmerkung zum Vorlagebeschluss des LG Feldkirch vom 20.9.2012, 3 R 233/12f », *art. cit.*, p. 3; H. LINKE et W. HAU, *Internationales Zivilverfahrensrecht, op. cit.*, n° 4.43.

1419. CJCE, 1^{er} mars 2005, *Owusu*, aff. C-281/02, *D.* 2006, p. 1259, obs. C. NOURISSAT; *ibid.* p. 1495, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE; *Rev. crit. DIP* 2005, p. 698, note C. CHALAS; *JDI* 2005, p. 1177, note G. CUNIBERTI et M. WINKLER; *Gaz. Pal.* 28 mai 2005, p. 31, note M.-L. NIBOYET; *Procédures* 2006, comm. 74 par C. NOURISSAT; *Europe* 2005, comm. 189 par L. IDOT; *Cah. dr. eur.* 2006, p. 175, note G. P. ROMANO; *ibid.* 2006, p. 507, note H. TAGARAS; *Rev. aff. eur.* 2005, p. 307, note A. KOSTOVA-BOURGEIX; *RJ com.* 2005, p. 337, note A. RAYNOUARD; *ibid.* 2006, p. 220, note M. NADAUD.

1420. Arrêt, point 25.

dispositions « peuvent être qualifiées d'équivalentes »¹⁴²¹. Cette exigence d'internationalité a effectivement été rappelée dans des arrêts ultérieurs. Ainsi, dans l'arrêt *Hypoteční banka* du 17 novembre 2011, la Cour affirme ainsi qu'« à l'instar de la convention [de Bruxelles], l'application des règles de compétence [du règlement Bruxelles I] requiert l'existence d'un élément d'extranéité »¹⁴²². Dans l'arrêt *Maletic* du 14 novembre 2013, la Cour rappelle avoir « déjà dit pour droit que l'application des règles de compétence de [la convention de Bruxelles] requiert l'existence d'un élément d'extranéité »¹⁴²³. Dans l'arrêt *Corman-Collins* du 19 décembre 2013, elle juge encore que « dès lors qu'un litige présentant un élément d'extranéité entre dans le champ d'application matériel du règlement [...] et que le défendeur a son domicile sur le territoire d'un État membre [...], les règles de compétence prévues par le règlement doivent, en principe, recevoir application et prévaloir sur les règles nationales de compétence »¹⁴²⁴.

Doit donc être conclu à la soumission de la convention de Bruxelles et de ses successeurs à une condition générale d'internationalité.

b. Le règlement *insolvabilité* refondu

Bien que le règlement *insolvabilité* refondu ne soit pas, en soi, plus propice que les autres règlements européens de droit international privé à faire naître un questionnement sur sa subordination à une condition d'internationalité, le hasard des affaires judiciaires a conduit au rendu de plusieurs jugements et arrêts intéressant la question. La jurisprudence de certains juges du fond français et de la Cour de justice de l'Union européenne a en effet fait naître des doutes sur l'applicabilité du règlement aux litiges purement internes. L'idée peut sembler surprenante, dans la mesure où le règlement indique expressément dans son considérant 1^{er} viser les seules « procédures d'insolvabilité transfrontières », cette référence ayant été interprétée comme réservant la mise en œuvre du règlement aux procédures d'insolvabilité présentant un élément d'extranéité¹⁴²⁵.

C'est en effet que les juges du fond français n'ont pas toujours été respectueux de cette référence à l'internationalité figurant implicitement dans le préambule du règlement. Peuvent être

1421. CJCE, 14 mai 2009, *Ilsinger*, aff. C-180/06, D. 2010, p. 1585, obs. F. JAULT-SESEKE; *RTD com.* 2009, p. 825, note A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST; *Europe* 2009, comm. 290 par L. IDOT; *RLDA* 2009, n° 42, p. 63, note J.-S. QUEGUINER, point 18.

1422. CJUE, 17 nov. 2011, *Hypoteční banka*, aff. C-327/10, D. 2012, p. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE; *Rev. crit. DIP* 2012, p. 411, note M. REQUEJO et G. CUNIBERTI; *Europe* 2012, comm. 53 par L. IDOT.

1423. CJUE, 14 nov. 2013, *Maletic*, aff. C-478/12, D. 2014, p. 1068, obs. F. JAULT-SESEKE; *Europe* 2014, comm. 49 par L. IDOT; *Procédures* 2014, comm. 8 par C. NOURISSAT.

1424. CJUE, 19 déc. 2013, *Corman-Collins*, aff. C-9/12, D. 2014, p. 1068, obs. F. JAULT-SESEKE; *JCP G* 2014, 180, obs. P. BERLIOZ; *Europe* 2014, comm. 109 par L. IDOT.

1425. P. NABET, « Étude sur le champ d'application spatial du règlement européen sur l'insolvabilité », *BJE* 2014, p. 273; L.-C. HENRY, « Le champ d'application territorial du Règlement », *op. cit.*, p. 8, n° 5; J. HAUBOLD, « EuInsVO » in *Zivilrecht unter europäischem Einfluss : die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze. Kommentierung der wichtigsten EU-Verordnungen*, sous la dir. de M. GEBAUER et Th. WIEDMANN, 2^e éd., Boorberg, Stuttgart, 2010, n° 30.

cités au moins deux décisions, commentées en doctrine, rendues par le tribunal de commerce de Beaune et la cour d'appel de Versailles¹⁴²⁶ qui, dans un contexte d'ouverture d'une pluralité de procédures d'insolvabilité, tant à l'encontre de sociétés étrangères que de sociétés françaises appartenant à un même groupe de sociétés, ont fait application du règlement aux procédures internes dans le but de regrouper devant un même juge les procédures ouvertes à l'encontre des différentes filiales du groupe¹⁴²⁷. Les procédures internes se sont donc vu appliquer les règles de compétence internationale du règlement, conduisant ainsi à une dérogation à l'article R. 600-1 du code de commerce fixant la compétence territoriale interne en matière d'insolvabilité, puisque cet article ne permet pas « la centralisation par un même tribunal des procédures affectant des sociétés d'un groupe ayant leur siège dans différents ressorts »¹⁴²⁸. La lecture des décisions laisse apparaître à quel point la problématique de droit international privé a été mésestimée, aucun motif ne faisant apparaître un quelconque questionnement relatif au champ d'application international du règlement *insolvabilité*.

Si l'on peut se permettre de passer outre l'hétérodoxie de certaines solutions des juridictions du fond, plus problématique est toutefois la jurisprudence de la Cour de justice en raison de son incidence sur les juridictions nationales. La Cour n'a jamais été directement saisie de la question de savoir si le règlement *insolvabilité* est soumis à une condition d'internationalité, mais deux arrêts rendus ces dernières années vont dans le sens de la possibilité de son application à des procédures d'insolvabilité internes.

Le premier d'entre eux est l'arrêt *Schmid* rendu le 16 janvier 2014¹⁴²⁹, dans lequel la Cour a dû répondre à la question de savoir si le règlement est applicable lorsque le seul élément d'extranéité de la procédure résulte d'un lien de rattachement à un État tiers de l'Union. Si elle y apporte une réponse affirmative, l'un des considérants de sa décision fait toutefois naître un doute sur la nécessité même de vérifier la présence d'un élément d'extranéité avant toute application du règlement. La Cour a en effet jugé qu'« à la date de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, l'existence d'un éventuel élément d'extranéité peut ne pas être connue. Toutefois, la détermination de la juridiction compétente ne peut être différée jusqu'à ce que soient localisés les différents aspects de la procédure en complément du centre des intérêts principaux du débiteur, comme le domicile d'un défendeur potentiel à une action accessoire »¹⁴³⁰.

1426. CA Versailles, 11 janv. 2007, *SA Augros*, *JCP E* 2007, 2309, note P. NABET ; T. com. Beaune, 16 juil. 2008, *SAS Marie Brizard et Roger International*, *Rev. sociétés* 2009, p. 891, note M. MENJUCQ.

1427. L.-C. HENRY, « Le champ d'application territorial du Règlement », *op. cit.*, p. 10, n° 8.

1428. M. MENJUCQ, « Une jurisprudence en forme de tâche d'huile... frelatée. Note sous Tribunal de commerce de Beaune, 16 juillet 2008, 8 jugements », *Rev. sociétés* 2008, p. 891, n° 9.

1429. CJUE, 16 janv. 2014, *Schmid*, aff. C-328/12, *D.* 2014, p. 915, note F. JAULT-SESEKE et D. ROBINE ; *ibid.* p. 1708, note R. DAMMANN et V. BLEICHER ; *Rev. crit. DIP* 2014, p. 670, note D. BUREAU ; *JCP G* 2014, 264, note F. MÉLIN ; *Gaz. Pal.* 1^{er} juil. 2014, p. 19, note L.-C. HENRY ; *Europe* 2014, comm. 143 par L. IDOT ; *BJE* 2014, p. 273, note P. NABET ; *RJ com.* 2014, p. 204, note J.-P. SORTAIS ; *Rev. proc. coll.* 2014, étude 16 par J.-L. VALLENS ; *ibid.* 2015, comm. 141 par M. MENJUCQ.

1430. Arrêt, point 28.

Ce passage est directement repris des conclusions de l'avocate générale Sharpston, qui témoignent d'un flottement sur la question de la nécessité d'un élément d'extranéité pour l'application du règlement. Sont tour à tour soutenues l'absence de nécessité d'un « élément d'extranéité », puis de celle d'un « élément d'extranéité impliquant au moins deux États membres de l'Union », sans que ces deux questions, pourtant foncièrement différentes, ne semblent séparées et sans que l'on sache si l'emploi de l'expression « élément d'extranéité » est un raccourci rédactionnel devant être compris au sens d'« élément d'extranéité impliquant au moins deux États membres de l'Union »¹⁴³¹.

Dans ce contexte, il n'est pas surprenant que l'arrêt *Schmid* ait pu être interprété comme impliquant la nécessité d'appliquer le règlement *insolvabilité*, et plus particulièrement la règle de compétence de l'article 3 § 1, aux litiges purement internes en anticipation de leur potentielle internationalisation¹⁴³². Cette interprétation est corroborée par les faits de l'affaire, qui laissaient apparaître que la procédure d'insolvabilité avait semblé interne aux juges allemands du fond au moment de son ouverture, dans la mesure où le lien de rattachement qu'elle présentait avec la Suisse n'avait pas encore été révélé¹⁴³³. En considération du fait que toute procédure d'insolvabilité apparemment interne est susceptible de cacher un élément d'extranéité inconnu au moment de l'ouverture de la procédure, suivre la Cour de justice reviendrait à appliquer systématiquement, par précaution, le règlement *insolvabilité* et ses règles de compétence internationale, ce qui peut se révéler problématique chaque fois que la règle de compétence territoriale interne n'aurait pas conduit à la compétence des tribunaux du centre des intérêts principaux du débiteur, particulièrement dans le cas précité des groupes de sociétés.

Si la jurisprudence de la Cour de justice devrait donc conduire à appliquer les règles de compétence du règlement aux procédures apparaissant comme purement internes au moment de leur ouverture, il semble depuis l'arrêt *Vinylys Italia* du 8 juin 2017¹⁴³⁴ que ses dispositions relatives à la loi applicable ne doivent plus non plus être réservées aux seules situations internatio-

1431. Voir ainsi p. ex. le point 27 des conclusions, selon lequel « comme l'a fait valoir le gouvernement allemand, le législateur européen a voulu, en adoptant le règlement en cause, assurer le bon fonctionnement du marché intérieur (voir considérants 2 à 4 et 8 du règlement). Pour autant, cela ne signifie pas qu'il soit nécessaire de prouver que telle ou telle procédure d'insolvabilité présente un *élément d'extranéité* pour que le règlement s'applique. Interpréter le règlement comme s'appliquant seulement lorsqu'il existe un *élément d'extranéité impliquant au moins deux États membres de l'Union* entraînerait une forte insécurité juridique et porterait atteinte à l'efficacité et à l'effectivité des procédures d'insolvabilité ». C'est nous qui soulignons.

1432. L.-C. HENRY, « Domaine d'application du règlement européen d'insolvabilité et action révocatoire », *art. cit.*, p. 19 s. ; L. IDOT, « Champ d'application territorial du règlement », *Europe* 2014, comm. 143, p. 1 s. Voir toutefois, faisant une lecture selon laquelle la Cour affirme seulement l'inutilité d'un élément d'extranéité impliquant un autre État Membre, mais reconnaissant que la solution conduit malgré tout à une application du règlement à des situations internes, F. JAULT-SESEKE et D. ROBINE, « L'application du règlement "insolvabilité" dans les relations avec un État tiers », *art. cit.*, p. 917.

1433. L.-C. HENRY, « Le champ d'application territorial du Règlement », *op. cit.*, n° 10 ; R. DAMMANN et V. BLEICHER, « Interrogations sur les effets extraterritoriaux du règlement d'insolvabilité n° 1346/2000/CE », *art. cit.*, n° 4.

1434. CJUE, 8 juin 2017, *Vinylys Italia*, aff. C-54/16, D. 2017, p. 2073, note R. DAMMANN et A. HUCHOT ; *Rev. crit. DIP* 2017, p. 594, note F. JAULT-SESEKE ; *JCP G* 2017, 947, note L. D'AVOUT ; *Gaz. Pal.* 9 oct. 2018, p. 62, note G.-C. GIORGINI ; *RDC* 2017, p. 59, note M. LAZOUZI ; *Europe* 2017, comm. 337 par L. IDOT ; *Procédures* 2017,

nales. Dans cette affaire, une procédure d'insolvabilité avait été ouverte à l'égard d'une société italienne liée par un contrat d'affrètement maritime à une autre société italienne, ledit contrat comportant une clause de choix de loi applicable au profit du droit anglais et une clause compromissoire au profit d'un arbitre anglais. Alors que l'avocat général Szpunar avait considéré que le contrat était purement interne et ne saurait être subjectivement internationalisé par les clauses qu'il contient¹⁴³⁵, la Cour jugea que « l'article 13 [du] règlement peut être valablement invoqué, même lorsque les parties à un contrat, qui ont leur siège dans un seul et même État membre, et sur le territoire duquel sont également localisés tous les autres éléments pertinents de la situation, ont désigné comme loi applicable à ce contrat celle d'un autre État membre »¹⁴³⁶.

Elle en déduit qu'en vertu de cet article, le contrat interne des parties est valablement soumis à la loi anglaise, qui s'oppose à la remise en cause du contrat en tant qu'acte préjudiciable à l'ensemble des créanciers, alors qu'une telle remise en cause aurait été permise par la loi italienne¹⁴³⁷. La Cour, sans prise en considération de l'article 3 § 3 du règlement Rome I, qui n'aurait pas permis d'aboutir à un tel résultat en ce qu'il aurait maintenu l'application des dispositions impératives de la loi italienne, au nombre desquelles figurent les règles du droit de l'insolvabilité¹⁴³⁸, reconnaît donc pleinement effet au choix de loi applicable effectué dans le cadre d'un contrat interne.

Bien que l'on ait fait remarquer que l'internationalité aurait potentiellement pu être qualifiée en l'espèce en retenant que le contrat portait sur une opération de transport maritime international¹⁴³⁹, l'important est de constater que la Cour admet pleinement l'applicabilité de l'article 13, devenu 16 du règlement *insolvabilité* refondu à un contrat qu'elle considère comme interne. La solution a été jugée « particulièrement malvenue »¹⁴⁴⁰, d'autant qu'elle s'inscrit, plus encore que l'arrêt *Schmid*, en porte-à-faux avec les références aux « procédures d'insolvabilité transfrontières » contenues dans le préambule des deux versions du règlement, ainsi qu'avec le considérant 35 du règlement refondu qui ne vise que les « actions révocatoires engagées contre des défendeurs établis dans d'autres États Membres »¹⁴⁴¹.

Les arrêts *Schmid* et *Vinyls Italia* montrent ainsi le peu de cas que la Cour de justice fait de l'existence d'une condition d'internationalité pour l'application du règlement *insolvabilité* et du

comm. 194 par C. NOURISSAT; *Rev. proc. coll* 2018, comm. 106 par Th. MASTRULLO; *ibid.* 2019, comm. 16 par G. BLANC; *BJE* 2017, p. 354, note J.-L. VALLENS.

1435. Conclusions, points 147-148.

1436. Arrêt, point 50.

1437. M. LAAZOUZI, « Protéger les paiements de la période suspecte dans un contrat interne par le recours au droit étranger choisi par les parties ? L'inquiétant anti-guide-âne de la Cour de justice », *RDC* 2017, p. 638-639.

1438. F. JAULT-SESEKE, « Mise en œuvre de l'article 13 du règlement Insolvabilité. CJUE 8 juin 2017, aff. C-54/16 », *Rev. crit. DIP* 2017, p. 600-601.

1439. L. D'AVOUT, « Le contrat artificiellement internationalisé devant la Cour de justice (un naufrage juridique) », *JCP G* 2017, p. 1658.

1440. F. JAULT-SESEKE, « Mise en œuvre de l'article 13 du règlement Insolvabilité. CJUE 8 juin 2017, aff. C-54/16 », *art. cit.*, p. 597.

1441. *Ibid.*, p. 597.

règlement refondu, alors même qu'elle n'a, paradoxalement, eu de cesse de répéter l'existence de cette condition dans le cadre de la convention de Bruxelles et de ses successeurs. On comprend mal ce qui justifierait aujourd'hui que les règlements Bruxelles I bis et *insolvabilité* refondu, fondés sur la même base de compétence, soient soumis à une telle divergence d'appréciation relativement à la catégorie de situations entrant dans leur champ d'application. Le règlement *insolvabilité* refondu devrait donc être, à notre sens, soumis à une condition d'internationalité, sous réserve d'une prise en compte des conséquences ponctuelles de la jurisprudence de la Cour de justice sur l'article 3 § 1 et l'article 13, devenu 16 du règlement.

B. Les modalités de vérification de la condition d'internationalité

Ayant été rappelées la place variable de la condition d'internationalité dans les instruments supranationaux de droit international privé et les fluctuations jurisprudentielles et doctrinales relatives à son existence, il convient désormais de préciser les modalités selon lesquelles la condition d'internationalité devrait être vérifiée. Après avoir proposé quelques directives générales (1.), nous les illustrerons en prenant l'exemple du règlement Bruxelles I bis (2.).

1. Directives générales

Il nous semble possible de poser des directives simples et uniformes en matière de vérification de la condition d'internationalité pour les instruments supranationaux de droit international privé, reposant sur la dissociation entre la soumission de principe du champ d'application de l'instrument à une condition d'internationalité et la vérification plus ou moins attentive de cette condition selon la règle de l'instrument devant être appliquée, en fonction de son intérêt pratique.

Il nous apparaît en effet tout d'abord inutile de distinguer entre les instruments qui subordonnent textuellement leur champ d'application à une condition d'internationalité et ceux qui ne le font pas. En effet, d'une part, lorsqu'un instrument supranational de droit international privé contient une condition d'internationalité, il ne saurait être question de se soustraire à une vérification préalable de cette condition au motif qu'elle ne présente pas d'utilité pratique au regard de la règle de l'instrument qui doit être appliquée en l'espèce, puisque cela reviendrait à méconnaître la disposition contenant ladite condition. D'autre part, même pour les conventions internationales ou règlements européens ne contenant aucune condition d'internationalité, il nous semble que leur nature d'instrument de droit international privé devrait entraîner leur soumission de principe à une telle condition préalable, parce qu'ils ont vocation, en tant que tel, à ne régir que les situations internationales. Cette solution est également la seule qui permette d'offrir une cohérence relativement à l'exigence d'internationalité au sein d'un même instrument, car il nous semblerait malvenu, au regard de la nature unitaire de l'instrument, de reconnaître l'existence d'une condition autonome d'internationalité pour certaines de ses dispositions seulement.

Toutefois, afin d'intégrer les considérations relatives à l'absence partielle d'utilité pratique de la condition d'internationalité, il nous semble possible et même recommandé d'adapter l'in-

tensité de la vérification de l'internationalité selon la règle de l'instrument devant être appliquée. Cela permettra de se contenter d'une qualification de pure forme, ou autrement dit très sommaire, de l'internationalité lorsque l'application de la règle à une situation interne n'est pas susceptible de conduire à un résultat indésirable. Tout questionnement laborieux sur la définition de l'internationalité sera ainsi opportunément écarté lorsque la question ne présente aucun enjeu. Il conviendra en revanche de se montrer plus précautionneux pour les types de règles identifiés comme nécessitant la vérification expresse d'une condition d'internationalité. Pour rappel, il s'agit : des règles de compétence internationale spéciale, à moins qu'elles ne soient identiques à la règle de compétence territoriale interne ; des règles de compétence internationale reposant sur un chef de compétence exorbitante ; des règles de compétence internationale fondées sur la comparution volontaire du défendeur ; des règles de conflit de lois retenant comme critère de rattachement la *lex fori*, à moins que ce rattachement ne soit purement subsidiaire ; du choix illimité de juge compétent ou de la loi applicable ; des options de législation offrant le choix de la *lex fori* ; des règles matérielles spécifiques à la matière internationale, lorsque l'internationalité ne résulte pas de leur présupposé.

2. L'exemple du règlement Bruxelles I bis

Comme le soutenait G. A. L. Droz au moment de l'adoption de la convention de Bruxelles, le jeu de la convention ne devrait être réservé aux rapports internationaux que lorsqu'il y a un risque d'application d'une des règles de la convention à une situation interne¹⁴⁴². Nous modifierons légèrement l'affirmation en disant que c'est la vérification de l'internationalité qui ne devrait être effectuée avec soin qu'en présence d'un tel risque. En effet, que la Cour de justice ait soumis de manière générale le jeu de la convention de Bruxelles et de ses successeurs à une condition d'internationalité, ne signifie pas que les mêmes précautions doivent toujours être prises dans la qualification de cette dernière. Il existe dans ces instruments un certain nombre de dispositions qui peuvent être appliquées aux litiges internes sans conduire à un résultat indésirable, et pour lesquelles la vérification de l'internationalité pourra donc être très sommaire.

Parmi les dispositions concernées, figurent tout d'abord toutes les règles de compétence générale de la convention et de ses successeurs. Il a ainsi été souligné que l'article 4 du règlement Bruxelles I bis prévoyant la compétence *des tribunaux* de l'État du domicile du défendeur peut être appliqué aux litiges internes sans conduire à une mauvaise détermination de la compétence juridictionnelle¹⁴⁴³. La même remarque vaut pour les chefs de compétence exclusive de l'article 24¹⁴⁴⁴ et pour les règles de compétence générale applicables aux contrats d'assurance, de

1442. G. A. L. DROZ, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté Economique Européenne selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, op. cit., p. 24, n° 29.

1443. *Idem*, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté Economique Européenne selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, op. cit., p. 54, n° 58 ; F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. La compétence face à la mondialisation économique*, op. cit., p. 189, n° 286 ; D. SINDRES, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 26.

1444. G. A. L. DROZ, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté Economique Européenne selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, op. cit., p. 25, n° 31.

travail et de consommation, figurant à l'article 11 § 1 a), à l'article 18 § 1 et 2, à l'article 21 § 1 a) et § 2 et à l'article 22 § 1. S'y ajoutent les chefs de compétence optionnelle de l'article 7 qui, bien que prévoyant une compétence spéciale, ne s'appliquent que lorsque le défendeur est domicilié dans un État membre autre que celui de la juridiction saisie, ce qui garantit leur application aux seuls litiges internationaux¹⁴⁴⁵. Peuvent enfin être citées les règles de litispendance et de connexité internationales des articles 29 et suivants et les règles de reconnaissance et d'exécution des jugements des articles 36 et suivants, qui ont pour caractéristique de ne pouvoir s'appliquer que dans des configurations internationales¹⁴⁴⁶.

Le caractère conséquent de cette énumération ne doit toutefois pas occulter le fait qu'il reste un nombre non négligeable de dispositions dans la convention et dans les deux règlements qui ne peuvent pas être appliquées aux litiges purement internes. Il s'agit en première ligne de tous les chefs de compétence spéciale contenus dans des dispositions qui n'assurent pas, par leur formulation, leur stricte applicabilité à des litiges internationaux. Sont ainsi tout d'abord concernés les chefs de compétence spéciale prévus en matière de contrats d'assurance aux articles 11 § 1 b) et c), 12 et 13 du règlement Bruxelles I bis, en matière de contrats de consommation à l'article 18 § 1 et 3 et en matière de contrats de travail aux articles 21 § 1 b) et 22 § 2¹⁴⁴⁷. Bien qu'il s'agisse de chefs de compétence tout à fait classiques, reposant sur le domicile de l'une des parties ou le lieu de survenance du fait dommageable, on ne peut exclure que leur application n'entre en contradiction avec certaines règles de compétence territoriale interne, raison pour laquelle il est préférable de procéder à une qualification rigoureuse de l'internationalité. Peuvent être citées, parmi les règles devant donner lieu à une vérification rigoureuse de l'internationalité, les compétences dérivées des articles 8 et 9¹⁴⁴⁸, l'*electio fori* de l'article 25¹⁴⁴⁹ et la compétence de l'article 26 fondée sur la comparution volontaire du défendeur¹⁴⁵⁰.

En conclusion, l'exigence d'une condition autonome d'internationalité est indispensable pour certains types de règles de droit international privé, afin d'empêcher que les parties à une situation interne se voient appliquer les règles propres aux situations internationales. Il ne s'agit toutefois que de la première mesure à mettre en œuvre pour protéger la frontière entre l'interne

1445. *Idem*, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté Economique Européenne selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, *op. cit.*, p. 24, n° 30; F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. La compétence face à la mondialisation économique*, *op. cit.*, p. 189, n° 286; D. SINDRES, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 26; Th. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht : mit internationalem Verfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 463, n° 1775.

1446. Voir *supra*, p. 315 s.

1447. D. SINDRES, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 28.

1448. *Ibid.*, n° 26, citant l'article 8 § 1.

1449. G. A. L. DROZ, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté Economique Européenne selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, *op. cit.*, p. 25, n° 32; F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. La compétence face à la mondialisation économique*, *op. cit.*, p. 191, n° 288; Th. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht : mit internationalem Verfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 463, n° 1776.

1450. P. LAGARDE, « L'internationalité du point de vue de l'ordre international », *op. cit.*, p. 17 s.; F. MAILHÉ, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. La compétence face à la mondialisation économique*, *op. cit.*, p. 191, n° 288.

et l'international. Doit en effet également être assuré que les parties ne contourneront pas cette condition d'internationalité par une internationalisation de complaisance de leur situation, destinée à leur permettre d'accéder au régime applicable aux situations internationales.

Section II. La gestion de l'internationalisation de complaisance

Nous avons précédemment décrit les ressorts permettant aux parties à une situation purement interne de procéder à une internationalisation de complaisance afin d'accéder au régime réservé aux situations internationales et évoqué les problèmes auxquels sont confrontés les États, notamment européens, dans la régulation de ces comportements¹⁴⁵¹. Par internationalisation de complaisance, nous entendons les cas dans lesquels les parties ont internationalisé leur situation à l'origine purement interne par l'adjonction d'un élément d'extranéité, dans le seul but de profiter de certains aspects du régime réservé aux situations internationales, et en premier lieu de la possibilité de se voir appliquer une loi étrangère. Il s'agira d'étudier plus précisément les moyens permettant de faire obstacle à ces comportements, ou à défaut de réguler au mieux les effets qu'ils pourront produire dans l'ordre juridique d'origine de la situation. Sera ainsi vu que le droit international privé offre en théorie une pluralité de moyens permettant de prendre en charge l'internationalisation de complaisance (§ 1) mais qu'en pratique, des obstacles entravent parfois irrémédiablement la mise en œuvre de certains d'entre eux (§ 2).

§ 1. Les outils de lutte offerts par le droit international privé

Une différenciation doit être opérée entre les cas de création objective de l'internationalité (B.) et ceux dans lesquels les parties ne feraient que *simuler* la présence d'un élément d'extranéité (A.), car ces deux hypothèses ne présentent pas le même degré de difficulté.

A. La simulation de l'internationalité

La simple simulation de l'internationalité, qui pourrait être décrite comme l'hypothèse dans laquelle l'internationalité n'existe que dans le mensonge des parties et n'a aucune factualité, ne pose guère de difficultés de prise en charge. Il est en effet constant que l'élément d'extranéité qui serait simplement simulé doit être considéré comme inexistant¹⁴⁵², entraînant en conséquence

1451. Voir *supra*, p. 140 s.

1452. P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Rép. int. Dalloz*, V° Fraude à la loi, 1998 (actual. 2019), n° 52 ; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 158 ; G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht : ein Studienbuch*, *op. cit.*, p. 491 ; M. BENECKE, *Gesetzesumgehung im Zivilrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, p. 239 ; J. von HEIN, « Einleitung zum Internationalen Privatrecht » in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch : BGB, Band 12 : Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-26)*, 8^e éd., C.H. Beck, München, 2020, n° 306 ; G. RÖMER, *Gesetzesumgehung im deutschen Internationalen Privatrecht*, de Gruyter, Berlin, 1955, p. 20.

l'impossibilité pour les parties de se prévaloir du régime applicable aux situations internationales. Il n'est pas nécessaire pour ce faire de recourir à un mécanisme particulier, tel celui de la fraude à la loi, car il suffit de procéder à la bonne qualification des faits pour écarter l'élément d'extranéité simulé¹⁴⁵³.

À titre d'illustration, la jurisprudence allemande a mis en évidence une forme assez courante de simulation, consistant, pour un particulier ou une entreprise allemand(e) en situation de surendettement ou d'insolvabilité, à simuler l'existence d'une résidence habituelle ou d'un centre des intérêts principaux à l'étranger, afin de se voir appliquer, sur le fondement du règlement *insolvabilité*, la réglementation étrangère jugée plus avantageuse que la législation allemande¹⁴⁵⁴. Malgré l'inventivité de certains débiteurs, aidés parfois dans leur entreprise par un conseiller spécialisé dans la création de fausses preuves permettant d'étayer la prétendue factualité de la résidence habituelle étrangère¹⁴⁵⁵, le *Bundesgerichtshof* comme les juridictions du fond refusent de faire produire un quelconque effet à l'élément d'extranéité simulé, entraînant en conséquence l'application du droit allemand à la procédure de surendettement ou d'insolvabilité¹⁴⁵⁶.

Si la prise en charge de l'internationalité simplement simulée n'est donc guère problématique, il en va différemment de l'hypothèse dans laquelle les parties ont réellement internationalisé leur situation dans le seul but de profiter du régime spécifique réservé aux situations internationales.

B. La création objective de l'internationalité

Les cas d'internationalisation de complaisance passant par la création objective d'un élément d'extranéité sont ceux qui posent le plus de difficultés. Le droit international privé offre différents outils permettant soit d'empêcher, par refus de reconnaissance, de telles situations internationalisées de produire effet dans leur ordre juridique d'origine, soit à défaut de les régler par application du droit interne. Le mécanisme historique permettant la sanction de l'internationalisation de complaisance est celui de la fraude (1.), mais il existe également un certain nombre d'« équivalents fonctionnels »¹⁴⁵⁷ permettant soit d'aboutir à un résultat comparable, soit à tout le moins d'encadrer les effets que la situation internationalisée pourra produire dans l'ordre juridique interne (2.).

1. La fraude

Le plus important des outils de sanction de l'internationalisation de complaisance est le mécanisme de la fraude, dans lequel nous engloberons la fraude à la loi *stricto sensu* et la fraude au

1453. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, op. cit., p. 158 ; dans le même sens, G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht : ein Studienbuch*, op. cit., p. 491 ; M. BENECKE, *Gesetzesumgehung im Zivilrecht*, op. cit., p. 239.

1454. M.-Ph. WELLER, N. BENZ et C. THOMALE, « Rechtsgeschäftsähnliche Parteiautonomie », art. cit., p. 273-274.

1455. C'est ce que mettent p. ex. en évidence les faits du jugement AG Köln, 6 nov. 2008, aff. 71 IN 487/08.

1456. BGH, 13 déc. 2007, aff. IX ZB 238/06, point 7 ; voir également le jugement précité.

1457. S. CLAVEL, « La fraude », op. cit., p. 153, n° 5.

jugement. Après avoir rappelé quelques généralités sur cette institution (1^o), il s'agira d'étudier plus précisément les cas d'internationalisation de complaisance qu'elle permet de prendre en charge (2^o).

1^o La fraude à la loi au sens strict sanctionne, selon la formulation de la Cour de cassation issue de l'arrêt *Lafarge* du 17 mai 1983¹⁴⁵⁸, les situations dans lesquelles les parties ont « volontairement modifié le rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente ». Une définition similaire se retrouve sous la plume des auteurs allemands¹⁴⁵⁹, étant précisé que ni la loi ni le *Bundesgerichtshof* n'ont jamais défini la notion. La fraude à la loi peut notamment être réalisée – et il s'agit de la seule hypothèse d'intérêt pour nous – par la modification ou manipulation du facteur de rattachement de la règle de conflit de lois¹⁴⁶⁰. Cette manipulation doit avoir en principe eu lieu dans le seul but d'éluder l'application de la loi normalement applicable, dans la continuité, en France, des arrêts *Princesse de Bauffremont*¹⁴⁶¹ et *Lafarge*¹⁴⁶². La sanction de la fraude est l'inopposabilité de l'acte frauduleux, rétablissant ainsi la compétence de la loi fraudée¹⁴⁶³.

Le mécanisme de la fraude à la loi peut intervenir soit au stade de l'application de la règle de conflit de lois, afin de corriger la désignation opérée par le facteur de rattachement si l'élément sur lequel il repose a été frauduleusement constitué ou déplacé à l'étranger, soit au stade de la reconnaissance d'un jugement obtenu à l'étranger, cas dans lequel se présente toutefois plus fréquemment une fraude au jugement. S'agissant de l'instance indirecte, doit être précisé que ni le droit européen¹⁴⁶⁴, ni le droit international privé commun allemand¹⁴⁶⁵ ne font expressément de la fraude à la loi *stricto sensu* un obstacle à la reconnaissance des jugements étrangers. Ce silence ne porte cependant pas à conséquence, le droit européen laissant une place pour la sanction de la fraude à travers le contrôle de l'atteinte à l'ordre public de l'État requis¹⁴⁶⁶ et le droit allemand ne s'opposant pas sur le principe à la sanction d'une fraude à la loi, malgré la

1458. Cass. 1^{re} civ., 17 mai 1983, *Lafarge*, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 346, note B. ANCEL.

1459. M. BENECKE, *Gesetzesumgehung im Zivilrecht*, *op. cit.*, p. 223 s.; G. RÖMER, *Gesetzesumgehung im deutschen Internationalen Privatrecht*, *op. cit.*, p. 19; J. von HEIN, « Einleitung zum Internationalen Privatrecht », *op. cit.*, n° 303; A. DUTTA, « Vorbemerkung zu Art. 20 EuErbVO » in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch : BGB, Band 12 : Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 1-26)*, 8^e éd., C.H. Beck, München, 2020, n° 66; J. MÖRSDORF, « Art. 13 EGBGB » in *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. Band 5 : §§ 1922-2385, CISG, IPR, EGBGB*, sous la dir. de H. G. BAMBERGER et al., 4^e éd., C.H. Beck, München, 2020, n° 47.

1460. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 392, n° 413.

1461. Cass. civ., 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont*, *D.* 1878.I.201, concl. CHARRINS; *S.* 1878.I.193, note LABBÉ; *GADIP* n° 6.

1462. Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, *op. cit.*, p. 45, n° 42; W. WENGLER, « The general principles of private international law », *op. cit.*, p. 285, n° 349; Chr. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *op. cit.*, p. 323, n° 27.

1463. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 397, n° 416.

1464. Voir ainsi les articles 45 s. du règlement Bruxelles I bis et les articles 22 s. du règlement Bruxelles II bis qui ne contiennent aucune mention à la fraude.

1465. La même remarque vaut pour le § 328 ZPO.

1466. À propos de la convention de Bruxelles, B. AUDIT, *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 535 : Fraude à la loi, 2016, n° 92.

grande réticence qui existe en Allemagne à s'en servir¹⁴⁶⁷. En droit international privé commun français, en revanche, l'arrêt *Cornelissen* du 28 février 2007¹⁴⁶⁸ a supprimé le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger, ce dont on a pu déduire que la fraude à la loi *stricto sensu* ne peut plus être recherchée et sanctionnée au stade de l'instance indirecte¹⁴⁶⁹, malgré la lettre de l'arrêt *Cornelissen* qui faisait encore de l'absence de fraude à la loi une condition de régularité internationale des jugements étrangers. Dans sa jurisprudence la plus récente, la Cour de cassation se réfère désormais plus généralement à « l'absence de fraude »¹⁴⁷⁰.

En tout état de cause, il demeure au stade de l'instance indirecte la possibilité de sanctionner la fraude au jugement, que l'on peut définir comme le « procédé visant à obtenir d'une juridiction étrangère le prononcé d'une décision qui n'aurait pu être obtenue dans le for dont la situation aurait normalement dû dépendre, avec pour objectif principal de faire reconnaître cette décision dans le for naturellement compétent »¹⁴⁷¹. Le droit international privé commun français est le seul à conditionner expressément l'efficacité des jugements étrangers à l'absence de choix frauduleux de la juridiction étrangère, condition qui résulte de l'arrêt *Simitch* du 6 février 1985¹⁴⁷². Le silence du droit européen et du droit international privé commun allemand sur la possibilité d'une prise en compte de la fraude au jugement ne doivent pas, ici non plus, être compris comme l'interdiction de sanctionner ce type de fraude au stade de l'instance indirecte. La jurisprudence allemande témoigne de refus de reconnaissance de fraudes au jugement sur la base soit de la vérification de la compétence indirecte du juge étranger, soit de l'exception d'ordre public international¹⁴⁷³.

2° Il convient d'observer en pratique que le mécanisme de la fraude a une place plus importante en droit français qu'en droit allemand. La jurisprudence et la doctrine allemandes font appel à la fraude à la loi et à la fraude au jugement dans des cas plus restrictifs et circonstanciés que le droit français¹⁴⁷⁴ et admettent donc certains comportements opportunistes qui seraient

1467. Voir *infra*, p. 347 s.

1468. Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 2007, *Cornelissen*, D. 2007, p. 891, obs. P. CHAUVIN; *ibid.* p. 1115, note L. D'AVOUT et S. BOLLÉE; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 420, note B. ANCEL et H. MUIR WATT; *JDI* 2007, p. 1195, note F.-X. TRAIN; *Gaz. Pal.* 3 mai 2007, p. 2, note M.-L. NIBOYET; *LPA* 27 avril 2007, p. 13, note J.-G. MAHINGA; *Dr. fam.* 2007, comm. 97 par M. FARGE.

1469. S. CLAVEL, « La fraude », *op. cit.*, p. 153, n° 5; Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 602, n° 382; en ce sens également, B. AUDIT, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 57; J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 449, n° 1077; *contra*, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 879, n° 878.

1470. Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 2013, *Gazprombank*, D. 2013, p. 1503, note F. JAULT-SESEKE; *ibid.* p. 1574, obs. A. LEBORGNE; *ibid.* p. 1706, obs. P. CROCQ; *ibid.* p. 2293, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE; *JCP E* 2013, 1160, obs. D. AKCHOTI; *RTD com.* 2013, p. 389, obs. Ph. DELEBECQUE.

1471. S. CLAVEL, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *Trav. com. fr. DIP* 2010-2012, p. 256; dans le même sens, P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 20; B. AUDIT, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 3; M. BENECKE, *Gesetzesumgehung im Zivilrecht*, *op. cit.*, p. 315.

1472. Cass. 1^{re} civ., 6 févr. 1985, *Simitch*, D. 1985, p. 469, note J. MASSIP; *ibid.* I.R. p. 497, obs. B. AUDIT; *Rev. crit. DIP* 1985, p. 243, chr. Ph. FRANCESCAKIS; *JDI* 1985, p. 460, note A. HUET; *GADIP* n° 70.

1473. M. BENECKE, *Gesetzesumgehung im Zivilrecht*, *op. cit.*, p. 324.

1474. Soulignant la retenue dans l'emploi de la fraude à la loi par rapport à d'autres pays, *idem*, *Gesetzesumgehung im Zivilrecht*, *op. cit.*, p. 268; A. DUTTA, « Vorbemerkung zu Art. 20 EuErbVO », *op. cit.*, n° 64.

sanctionnés en droit français¹⁴⁷⁵. La jurisprudence allemande fait ainsi preuve d'une grande tolérance à l'égard des cas de contournement du droit allemand par modification du facteur de rattachement de la règle de conflit de lois : même les actes juridiques par le biais desquels des facteurs de rattachement ont été intentionnellement manipulés sont en principe valables¹⁴⁷⁶. Le *Bundesgerichtshof* a par exemple jugé, s'agissant d'un homme demandant le divorce sur le fondement du droit allemand en vertu de sa nationalité allemande nouvellement acquise, qu'il est « indifférent que le demandeur [...] ait obtenu le changement de nationalité *dans le seul but* d'obtenir la possibilité de divorcer »¹⁴⁷⁷, prenant ainsi l'exact contrepied de l'arrêt *Princesse de Bauffremont*¹⁴⁷⁸ dans lequel la Cour de cassation avait retenu une fraude à la loi dans la même hypothèse.

La doctrine allemande se montre également réticente à sanctionner les cas d'internationalisation de complaisance par le recours à la fraude. Un certain nombre d'auteurs considèrent qu'il est légal de créer un rattachement avec un ordre juridique étranger dans le seul but d'entraîner l'application d'un droit étranger¹⁴⁷⁹. Ainsi, le changement de nationalité ou de résidence habituelle, même s'il est réalisé dans le seul but de profiter de l'application d'une loi étrangère et donc de contourner l'application de la loi interne, est considéré comme valable : l'intention ayant conduit à la modification du facteur de rattachement est tenue pour indifférente¹⁴⁸⁰. De même, a été fait remarquer que la règle « *locus regit actum* » n'a jamais été remise en cause, quelles que soient la durée pendant laquelle et la raison pour laquelle les parties étaient présentes sur le territoire du lieu de conclusion de l'acte¹⁴⁸¹. Le droit allemand ne s'oppose pas en principe à ce que des parties se rendent spécialement à l'étranger pour conclure un acte afin de profiter de l'application de ce droit étranger aux conditions formelles de validité de l'acte¹⁴⁸².

En lien avec ces différentes considérations, M. Kropholler a pu écrire que la fraude à la loi est officiellement tolérée, voire ouvertement approuvée en Allemagne, en ce qu'elle est parfois

1475. Voir *infra*, p. 349 s.

1476. M. BENECKE, *Gesetzesumgehung im Zivilrecht*, *op. cit.*, p. 26.

1477. BGH, 4 avril 1971, aff. IV ZR 97/70, NJW 1971, 2124 = MDR 1971, 914 : « Unerheblich ist, ob der Kläger ... *nur deshalb* den Wechsel der Staatsangehörigkeit erwirkt hat, um die Möglichkeit der Scheidung herbeizuführen ». C'est nous qui soulignons.

1478. Cass. civ., 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont*, D. 1878.I.201, concl. CHARRINS ; S. 1878.I.193, note LABBÉ ; GADIP n° 6.

1479. K. SIEHR, *Internationales Privatrecht : deutsches und europäisches Kollisionsrecht für Studium und Praxis*, *op. cit.*, p. 478 ; dans le même sens, J. von HEIN, « Einleitung zum Internationalen Privatrecht », *op. cit.*, n° 305 ; A. DUTTA, « Vorbemerkung zu Art. 20 EuErbVO », *op. cit.*, n° 64 ; S. LORENZ, « Einl. EGBGB » in *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. Band 5 : §§ 1922-2385, CISG, IPR, EGBGB*, sous la dir. de H. G. BAMBERGER et al., 4^e éd., C.H. Beck, München, 2020, n° 74.

1480. K. SIEHR, *Internationales Privatrecht : deutsches und europäisches Kollisionsrecht für Studium und Praxis*, *op. cit.*, p. 482-483 ; dans le même sens, J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 161 ; G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht : ein Studienbuch*, *op. cit.*, p. 481 ; S. LORENZ, « Einl. EGBGB », *op. cit.*, n° 74.

1481. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 161 ; dans le même sens, J. von HEIN, « Einleitung zum Internationalen Privatrecht », *op. cit.*, n° 305.

1482. G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht : ein Studienbuch*, *op. cit.*, p. 484.

le seul remède pour se soustraire à l'application d'une loi collectivement ressentie comme injuste¹⁴⁸³. Ce n'est que de manière exceptionnelle que la fraude à la loi sera sanctionnée en raison du but poursuivi par les parties à travers la manipulation du facteur de rattachement¹⁴⁸⁴. MM. Kegel et Schurig ont ainsi soutenu que plus la manipulation du facteur de rattachement est marquée du sceau de la contrariété aux bonnes mœurs et du manque d'égard pour les droits d'autrui et plus la conscience du caractère inapproprié de la loi dont l'application a été recherchée est prégnante chez l'auteur de la fraude, plus grande sera la vocation du mécanisme de la fraude à la loi à jouer¹⁴⁸⁵.

La même réticence se constate en matière de fraude au jugement, la manipulation ayant pour objet de fonder la compétence d'un juge étranger étant en principe tenue pour valable¹⁴⁸⁶. La jurisprudence et la doctrine allemandes se montrent en effet très exigeantes lorsqu'il s'agit d'admettre une fraude au jugement¹⁴⁸⁷, la tolérance envers le comportement opportuniste des parties s'arrêtant seulement en présence d'un abus résultant du contournement de l'objectif de la loi ou de la violation de l'intérêt des tiers¹⁴⁸⁸.

En droit français, au contraire, il est largement admis que l'internationalisation d'une situation originellement interne peut être constitutive d'une fraude à la loi¹⁴⁸⁹. Selon les termes de Ph. Francescakis, le mécanisme de la fraude à la loi permet en effet le contrôle du « passage de l'interne à l'international » et offre en cela une protection contre « l'internationalisation artificielle des situations internes »¹⁴⁹⁰. Si le principe de la sanction est acquis, il faut toutefois préciser les hypothèses particulières d'internationalisation de complaisance tombant sous le coup de la fraude à la loi. Il semble tout d'abord certain que « la création du conflit [de lois] ne constitue pas à elle seule une fraude à la loi. Il n'y a rien de répréhensible *en soi* à internationaliser une situation pour bénéficier d'une législation plus favorable »¹⁴⁹¹. Le critère discriminant est celui de l'effectivité de l'internationalisation de la situation : « si l'internationalisation de la situation

1483. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 158.

1484. S. LORENZ, « Einl. EGBGB », *op. cit.*, n° 74.

1485. G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht : ein Studienbuch*, *op. cit.*, p. 481.

1486. M. BENECKE, *Gesetzesumgehung im Zivilrecht*, *op. cit.*, p. 333-334.

1487. *Ibid.*, p. 340.

1488. *Ibid.*, p. 334.

1489. B. AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, Paris, 1974, p. 95, n° 116; Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, *op. cit.*, p. 45, n° 42; S. CLAVEL, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *art. cit.*, p. 262; Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 603, n° 383; D. BUREAU, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », *op. cit.*, p. 289, n° 7; E. CORNUT, *Théorie critique de la fraude à la loi. Étude de droit international privé de la famille*, Defrénois, E.J.A., Paris, 2006, p. 237, n° 408; J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 451, n° 1081.

1490. Les deux citations sont de Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, *op. cit.*, p. 45, n° 42.

1491. La citation est de B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, p. 95, n° 117; de même, M. FALLON, « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes » in *La loyauté : mélanges offerts à Etienne Cerexhe*, sous la dir. de J. VERHOEVEN, Larcier, Bruxelles, 1997, p. 166; P. A. GLENN, « La conciliation des lois. Cours général de droit international privé », *op. cit.*, p. 304, n° 106.

est effective, c'est à tort que l'on parlerait d'une fraude à la loi »¹⁴⁹². Plus précisément, « si l'ensemble des conséquences de la manœuvre – y compris celles qui se produisent hors du champ des conflits de lois – sont pleinement assumées par son auteur », la fraude à la loi n'a pas vocation à intervenir¹⁴⁹³. Ainsi, à titre d'exemple, un couple allemand peut tout à fait s'installer en France, même si leur changement de résidence habituelle est justifié par la volonté de profiter d'une législation fiscale plus avantageuse, du moment qu'ils résident ensuite effectivement habituellement sur le territoire français.

A contrario, l'internationalisation tombe sous le coup de la fraude à la loi en cas d'artificialité du nouveau facteur de rattachement¹⁴⁹⁴. Bien que le terme artificiel, qui désigne dans le langage courant ce qui est fabriqué, factice, feint¹⁴⁹⁵, ne soit pas précisément défini par les auteurs qui l'emploient, il nous semble renvoyer à une réalité intermédiaire entre l'internationalité simulée, qui n'a aucune factualité et n'existe que dans les propos de celui qui l'invoque, et l'internationalité effective, pleinement vécue dans toutes ses conséquences. On pourrait dire que l'artifice « n'agit qu'en apparence, n'altérant aucunement la substance même du rapport juridique en cause »¹⁴⁹⁶. L'internationalisation artificielle peut par exemple être caractérisée par le fait que les parties ne se sont déplacées que temporairement à l'étranger dans le but de contourner la loi du for¹⁴⁹⁷. Le « facteur temps joue ainsi un rôle important dans l'examen de la fraude »¹⁴⁹⁸.

Au stade de l'instance indirecte, la fraude au jugement sanctionne les cas dans lesquels « les parties se sont placées artificiellement dans une situation permettant de recourir au libre choix d'une juridiction en transformant une situation objectivement interne en situation fictivement internationale »¹⁴⁹⁹. La saisine du juge étranger peut, à ce titre, être l'un des éléments d'une combine plus large visant à frauder la loi normalement compétente¹⁵⁰⁰. L'internationalisation de complaisance pourra donc être sanctionnée lorsqu'elle a pour objet d'éluder la compétence

1492. La citation est de B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, p. 95, n° 117; de même, K. TRILHA SCHAPPO, *Les angles morts d'un monde juridiquement hétérogène. Essai sur l'exercice stratégique de la volonté en droit international privé contemporain*, *op. cit.*, p. 144, n° 192; P. A. GLENN, « La conciliation des lois. Cours général de droit international privé », *op. cit.*, p. 281, n° 82.

1493. P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 54.

1494. B. AUDIT, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 2; Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, *op. cit.*, p. 45, n° 42; S. CLAVEL, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *art. cit.*, p. 256; Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme? », *op. cit.*, p. 597, n° 379; L. D'AVOUT, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, p. 243, n° 126; M. FALLON, « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes », *op. cit.*, p. 166.

1495. Trésor de la langue française informatisé, v° artificiel.

1496. M. FALLON, « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes », *op. cit.*, p. 189.

1497. J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 456, n° 1088.

1498. K. TRILHA SCHAPPO, *Les angles morts d'un monde juridiquement hétérogène. Essai sur l'exercice stratégique de la volonté en droit international privé contemporain*, *op. cit.*, p. 144, n° 192.

1499. Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme? », *op. cit.*, p. 603, n° 383.

1500. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 875, n° 874; dans le même sens, S. CLAVEL, « La fraude », *op. cit.*, p. 157, n° 12.

du juge interne et l'application du droit interne par l'obtention d'un jugement étranger offrant ce que le droit interne ne permet d'obtenir¹⁵⁰¹. À titre d'illustration, une telle fraude peut en principe¹⁵⁰² être reconnue en cas de recours à une gestation pour autrui à l'étranger, lorsque les parents d'intention obtiennent un jugement étranger validant la convention de gestation¹⁵⁰³.

Si le mécanisme de la fraude est donc, au moins en principe, en mesure de s'opposer pleinement à l'internationalisation de complaisance, tant au stade de l'instance directe que de l'instance indirecte, il présente toutefois l'inconvénient de devoir prouver que le contournement de la loi interne a été la seule raison de l'internationalisation de la situation, preuve particulièrement difficile à rapporter¹⁵⁰⁴. C'est pourquoi le recours à la fraude reste en réalité marginal, y compris en France, et que les juges lui préfèrent souvent des « équivalents fonctionnels » ayant notamment pour intérêt d'éviter la qualification de l'intention frauduleuse des parties¹⁵⁰⁵. Pour notre propos, ces équivalents fonctionnels sont autant d'outils permettant de sanctionner l'internationalisation de complaisance dans des cas dans lesquels le mécanisme de la fraude ne pourrait intervenir¹⁵⁰⁶, raison pour laquelle il convient de les présenter.

2. Les équivalents fonctionnels à la fraude

La fraude n'est pas le seul moyen de s'opposer à la reconnaissance des situations internationalisées artificiellement ou de réguler les effets qu'elles peuvent produire dans l'ordre juridique interne. Peuvent également servir à ces fins le contrôle de la compétence indirecte (a.), l'exception d'ordre public international (b.), les lois de police (c.), les règles de conflit mobile (d.) d'autres règles plus ponctuelles permettant d'imposer l'application du droit interne (e.).

a. Le contrôle de la compétence indirecte

Au stade de l'instance indirecte, la fraude à la loi ne serait que peu employée pour refuser de reconnaître les jugements obtenus à l'étranger dans le but de contourner le droit interne, parce que de tels jugements contreviendraient très souvent en pratique à l'une des autres conditions d'efficacité des jugements étrangers, qui est celle de la compétence du juge étranger¹⁵⁰⁷. Cela signifie que la vérification de la compétence du juge étranger, qui est toujours de rigueur en droit international privé commun français et allemand, est susceptible de constituer un obstacle à l'efficacité dans l'ordre juridique interne des comportements d'internationalisation de complaisance ayant donné lieu à un jugement étranger.

1501. D. SINDRES, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *JDI* 2015, p. 429, n° 48.

1502. Si n'était la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voir *infra*, p. 362 s.

1503. D. SINDRES, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *art. cit.*, n° 48.

1504. Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 598, n° 379 ; J. BASEDOW, « The Law of Open Societies : Private Ordering and Public Regulation of International Relations : General Course on Private International Law », *op. cit.*, p. 286, n° 350.

1505. S. CLAVEL, « La fraude », *op. cit.*, p. 153, n° 5.

1506. Voir *infra*, p. 357 s.

1507. B. AUDIT, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 77.

En droit allemand, la vérification de la compétence indirecte du juge étranger s'effectue sur la base d'une bilatéralisation des règles allemandes de compétence internationale, aux termes du § 328, alinéa 1, de la *Zivilprozessordnung* et du § 109, alinéa 1, FamFG. Cela a pour effet d'exclure de la reconnaissance tous les jugements étrangers qui ont été rendus par des juges s'étant contentés de rattachements très peu pertinents avec la situation des parties pour fonder leur compétence. Ainsi, ne pourront en principe produire aucun effet, par application des règles de droit international privé commun allemand, les jugements obtenus à l'étranger dans le cadre de déplacements de tourisme législatif, au cours desquels les parties n'auront pas eu le temps de nouer de lien suffisamment substantiel avec l'ordre juridique étranger.

Il en sera de même en droit international privé commun français, puisque l'on a fait remarquer qu'« il existe un lien à peu près nécessaire, en matière internationale, entre fraude à la loi évincée et exercice abusif de compétence de la part d'une souveraineté étrangère [...] l'intéressé se rend[ant] devant un for peu regardant quant à sa compétence » pour obtenir ce qu'il ne pourrait obtenir en France¹⁵⁰⁸. De telles hypothèses d'internationalisation de complaisance seront donc aisément sanctionnées pour défaut de lien caractérisé entre le litige et le juge étranger saisi, conformément à l'arrêt *Simitich* du 6 février 1985¹⁵⁰⁹.

Il reste toutefois, et il s'agit certainement des deux principales limites à cet outil de lutte contre l'internationalisation de complaisance, que le contrôle de la compétence indirecte n'est susceptible de constituer un rempart que lorsque le comportement d'internationalisation de complaisance a donné lieu à l'obtention d'un jugement à l'étranger, ce qui n'est pas nécessairement le cas, et que l'on se situe dans le champ d'application du droit international privé commun, c'est-à-dire concrètement lorsque le jugement qui doit être reconnu émane d'une juridiction d'un État tiers à l'Union européenne. Les règlements européens de droit international privé interdisent en effet pour leur part en principe la vérification de la compétence du juge étranger dans les rapports entre États membres¹⁵¹⁰.

b. L'exception d'ordre public international

L'exception d'ordre public international, en ce qu'elle s'oppose au résultat de l'application d'une loi étrangère contraire aux valeurs et principes fondamentaux de l'ordre juridique interne, peut également, dans certains cas, constituer un outil de lutte contre l'internationalisation de complaisance opérée dans le but d'obtenir l'application d'un droit étranger qui autorise ce que le droit interne interdit¹⁵¹¹. Preuve du lien entre ces deux institutions, la fraude à la loi était considérée en droit allemand, jusque dans les années 1970, comme une application particulière

1508. *Ibid.*, n° 81.

1509. Cass. 1^{re} civ., 6 févr. 1985, *Simitich*, D. 1985, p. 469, note J. Massip; *ibid.* I.R. p. 497, obs. B. AUDIT; *Rev. crit. DIP* 1985, p. 243, chr. Ph. FRANCESCAKIS; *JDI* 1985, p. 460, note A. HUET; *GADIP* n° 70.

1510. Voir ainsi l'article 45 § 3 du règlement Bruxelles I bis et l'article 24 du règlement Bruxelles II bis, qui contiennent expressément cette précision.

1511. G. RÖMER, *Gesetzesumgehung im deutschen Internationalen Privatrecht*, *op. cit.*, p. 16; dans le même sens, M. BENECKE, *Gesetzesumgehung im Zivilrecht*, *op. cit.*, p. 237.

de l'exception d'ordre public international¹⁵¹². Malgré l'abandon de cette conception, l'une des explications encore aujourd'hui avancée en Allemagne à la rareté de l'emploi du mécanisme de la fraude à la loi par les tribunaux allemands est celle de leur préférence pour l'exception d'ordre public international, en raison d'une certaine réserve à faire emploi d'un mécanisme non codifié¹⁵¹³.

L'exception d'ordre public international a cet intérêt de constituer à la fois un correctif à l'application de la règle de conflit de lois et un obstacle à la reconnaissance des jugements étrangers. Elle est donc susceptible de couvrir une grande variété de configurations d'internationalisation de complaisance. Pour que l'exception d'ordre public international puisse toutefois être d'une quelconque utilité, il faut que la situation internationalisée par les parties heurte les valeurs fondamentales de l'ordre juridique interne, ce qui a pour effet de ne cibler que les situations les plus choquantes pour le for et constitue par là-même la grande limite à son emploi.

Lorsque l'internationalisation de complaisance s'est réalisée par la constitution d'une situation à l'étranger, il n'est pas à craindre que l'effet atténué de l'ordre public international constitue un obstacle à sa sanction. En effet, la Cour de cassation a énoncé dans l'arrêt *Rivière* du 17 mai 1953¹⁵¹⁴ que « la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, *sans fraude*, à l'étranger et *en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français* »¹⁵¹⁵. Par cette réserve, elle laisse la possibilité de refuser le jeu de l'effet atténué en cas de « fraude à l'intensité de l'ordre public », qui consiste à se rendre à l'étranger pour constituer une situation contraire à l'ordre public plein dans le but de se prévaloir de l'effet atténué de ce dernier au retour en France¹⁵¹⁶. À titre d'exemple, le fait de se rendre à l'étranger pour conclure une convention de gestation pour autrui, dans la mesure où elle heurte l'ordre public plein français, pourrait ainsi en principe¹⁵¹⁷ être constitutif d'une telle fraude¹⁵¹⁸.

Le droit allemand ne connaît pas l'effet atténué de l'ordre public international mais aboutit en général à des résultats équivalents par le biais de l'exigence d'un lien de rattachement suffisant entre la situation et l'ordre juridique allemand (*Inlandsbeziehung*)¹⁵¹⁹, l'intensité du lien

1512. J. von HEIN, « Art. 6 EGBGB », *op. cit.*, n° 94 ; M. BENECKE, *Gesetzesumgehung im Zivilrecht*, *op. cit.*, p. 241.

1513. J. von HEIN, « Art. 6 EGBGB », *op. cit.*, n° 95.

1514. Cass. 1^{re} civ., 17 avril 1953, *Rivière*, *Rev. crit. DIP* 1953, p. 412, note H. BATIFFOL ; *JDI* 1954, p. 860, note M. PLAISANT ; *JCP* 1953, II, 7863, note J. BUCHET, *RabelsZ* 1955, p. 520, note Ph. FRANCESCAKIS ; *GADIP* n° 26.

1515. C'est nous qui soulignons.

1516. D. SINDRES, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *art. cit.*, n° 47.

1517. Si n'était la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voir *infra*, p. 362 s.

1518. D. SINDRES, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *art. cit.*, n° 47.

1519. G. HOHLOCH, « Art. 6 EGBGB » in *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch : Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VbVG, VersAusglG und WEG*, sous la dir. de H. P. WESTERMANN, B. GRUNEWALD et G. MAIER-REIMER, 16^e éd., Otto Schmidt, Köln, 2020, n° 16 ; voir sur cette notion en droit français, N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, LexisNexis Litec, Paris, 2008.

exigé pour le déclenchement de l'exception d'ordre public international étant fonction de la gravité de l'atteinte à l'ordre public¹⁵²⁰. Cette exigence a pour conséquence que l'atteinte à l'ordre public international est en principe plus difficile à caractériser lorsque se pose la question de la reconnaissance d'une situation constituée à l'étranger, en raison de l'éloignement de cette situation avec l'ordre juridique allemand. Toutefois, la configuration particulière de la fraude commise par un déplacement temporaire à l'étranger devrait malgré tout permettre de caractériser une *Inlandsbeziehung* suffisamment forte, puisque ce déplacement ne remet pas en cause le rattachement de la situation avec l'ordre juridique allemand.

Peut être observé pour conclure que malgré les restrictions entourant le jeu de l'exception d'ordre public international, les hypothèses de sanction de comportements d'internationalisation de complaisance par ce mécanisme existent bien en pratique : le droit positif en donne au moins deux exemples, qui sont les voyages de répudiation et de gestation pour autrui¹⁵²¹. La jurisprudence allemande a également censuré la manœuvre consistant en un transfert de domicile à l'étranger réalisé dans le seul but de profiter d'une législation plus favorable en matière de surendettement, en raison de sa contrariété à l'ordre public international¹⁵²².

Il est enfin intéressant de noter que certaines juridictions du fond françaises ont considéré la fraude en elle-même comme étant contraire à l'ordre public international¹⁵²³, ce qui, en cas de généralisation de cette solution, serait susceptible d'ouvrir plus largement la sanction de l'internationalisation de complaisance par la biais de l'exception d'ordre public international, dès lors que la constitution d'un élément d'extranéité ou le déplacement temporaire des parties à l'étranger aura eu pour but exclusif de frauder la compétence de l'ordre juridique interne.

c. Les lois de police

De manière plus ponctuelle, le mécanisme des lois de police, particulièrement si l'on admet la possibilité pour le juge interne de faire application de lois de police étrangères¹⁵²⁴, peut également constituer une aide dans la lutte contre l'internationalisation de complaisance, afin de restreindre les effets que la situation internationalisée pourra produire dans l'ordre juridique du for, en faisant primer le droit interne sur le droit étranger dont l'application a été recherchée par les parties¹⁵²⁵.

À titre d'illustration, le mécanisme des lois de police a été présenté en France comme une solution dans la lutte contre les gestations pour autrui pratiquées à l'étranger : si l'on accepte de qualifier l'interdiction des conventions de gestation pour autrui contenue à l'article 16-7 du

1520. G. HOHLOCH, « Art. 6 EGBGB », *op. cit.*, n° 17.

1521. D. SINDRES, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *art. cit.*, n° 47.

1522. J. von HEIN, « Art. 6 EGBGB », *op. cit.*, n° 94.

1523. B. AUDIT, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 88.

1524. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé. Tome II*, *op. cit.*, p. 277, n° 575.

1525. M.-Ph. WELLER, N. BENZ et C. THOMALE, « Rechtsgeschäftsähnliche Parteiautonomie », *art. cit.*, p. 276.

code civil de loi de police et si l'on considère que la nationalité française des parents d'intention constitue un rattachement suffisant avec l'ordre juridique français, l'application de cette loi de police permettrait en principe¹⁵²⁶ de refuser la reconnaissance en France de la gestation pour autrui pratiquée à l'étranger¹⁵²⁷.

d. Les règles de conflit mobile

La technique du conflit mobile est également en mesure d'apporter une solution à l'internationalisation de complaisance dans certaines hypothèses particulières. Lorsque cette internationalisation passe par la création d'un lien de rattachement avec l'ordre juridique étranger par déplacement de l'élément qui constitue le facteur de rattachement de la règle de conflit de lois du for, l'appréciation de cet élément à un moment antérieur à son déplacement permet en effet de cristalliser l'application de la loi interne, privant ainsi de tout effet la manœuvre des parties destinée à déclencher l'application d'une loi étrangère. Le mécanisme du conflit mobile ne peut toutefois appréhender qu'une partie des hypothèses d'internationalisation de complaisance, à savoir celles qui passent par la délocalisation à l'étranger du facteur de rattachement de la règle de conflit de lois du for¹⁵²⁸.

En droit positif, certaines règles de conflit de lois fixant expressément le moment d'appréciation du facteur de rattachement ont ainsi pour effet de prévenir les fraudes réalisées par le déplacement de ce dernier¹⁵²⁹. Un exemple original est donné par le règlement *insolvabilité* refondu, qui contient une nouvelle règle permettant de sanctionner plus facilement certaines pratiques d'internationalisation de complaisance par délocalisation à l'étranger du centre principal des intérêts du débiteur juste avant l'ouverture de la procédure afin de bénéficier d'un droit de l'insolvabilité plus favorable. L'article 3 § 1 prévoit en effet un délai minimal pour la constitution d'un nouveau centre des intérêts principaux à l'étranger¹⁵³⁰. Ainsi, la présomption selon laquelle le centre des intérêts principaux est le lieu du siège statutaire pour les personnes morales, le lieu d'activité principal pour les personnes physiques exerçant une activité indépendante et le lieu de la résidence habituelle pour toute autre personne physique, ne s'applique que si ces lieux n'ont pas été transférés dans un autre État membre au cours des trois mois, pour les deux premières, ou des six mois, pour les dernières, précédant la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

1526. Si n'était la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voir *infra*, p. 362 s.

1527. J.-M. JACQUET, « note sous CA Paris, 1^{ère} ch. suppl., 26 avril 1985 », *JDI* 1986, p. 175, n° 56.

1528. En ce sens, K. TRILHA SCHAPPO, *Les angles morts d'un monde juridiquement hétérogène. Essai sur l'exercice stratégique de la volonté en droit international privé contemporain*, *op. cit.*, p. 157, n° 213.

1529. En ce sens, J. von HEIN, « Einleitung zum Internationalen Privatrecht », *op. cit.*, n° 304.

1530. M.-Ph. WELLER, N. BENZ et C. THOMALE, « Rechtsgeschäftsähnliche Parteiautonomie », *art. cit.*, p. 275.

e. L'application du droit interne

D'autres règles ou mécanismes plus ponctuels permettent finalement de réguler au moins partiellement les effets de l'internationalisation de complaisance, en ce qu'ils ont pour point commun d'imposer l'application de certaines dispositions d'ordre public interne de l'ordre juridique interne.

Certains de ces mécanismes témoignent d'une prise en compte de l'objectif d'évitement des fraudes à la loi dès l'élaboration de la règle de conflit de lois¹⁵³¹. Les articles 3 § 3 et 14 § 2 des règlements Rome I et Rome II ont ainsi été présentés comme cherchant à « neutraliser de façon objective certaines tentatives d'internationalisation artificielle d'une situation interne »¹⁵³². Il faut toutefois préciser que ces dispositions ont un champ d'application restreint, car elles ne permettent de s'opposer qu'à la seule « internationalisation » résultant du choix d'une loi étrangère¹⁵³³.

Les dispositions du règlement Rome I relatives aux consommateurs et travailleurs qui garantissent à ces premiers l'application des dispositions d'ordre public interne du lieu de leur résidence habituelle, en vertu de l'article 6 § 2, et à ces seconds l'application des dispositions d'ordre public interne de la loi du lieu d'accomplissement habituel de leur travail, selon l'article 8 § 1, sont également en mesure de fournir une certaine protection contre une internationalisation de complaisance qui aurait pour but de soumettre entièrement le contrat à une loi étrangère. La jurisprudence allemande donne ainsi des exemples d'internationalisation de complaisance ayant pour seul but de soustraire certains contrats de consommation à l'application de la loi de la résidence habituelle du consommateur : dans les affaires dites de la « Grande Canarie », les tribunaux allemands ont été confrontés à la manœuvre de professionnels allemands établis en Allemagne consistant à profiter de séjours touristiques en Espagne de vacanciers résidant habituellement en Allemagne pour leur faire conclure des contrats de vente soumis au droit espagnol¹⁵³⁴. L'un des moyens employés par certains tribunaux pour rétablir l'application des dispositions impératives du droit allemand que le professionnel avait cherché à contourner a été l'application de l'article 6 § 2 du règlement Rome I, autrefois codifié à l'article 29 EGBGB¹⁵³⁵.

À l'ingéniosité des parties peut encore répondre celle du juge ou du législateur dans l'élaboration des catégories de rattachement. À titre d'exemple, en anticipant sur les développements

1531. J. von HEIN, « Einleitung zum Internationalen Privatrecht », *op. cit.*, n° 304.

1532. La citation est de Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 589, n° 379 ; envisageant également ces articles comme un mécanisme de lutte contre les fraudes, L. D'AVOUT, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *art. cit.*, n° 6 ; dans le même sens, S. CLAVEL, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *art. cit.*, p. 260 ; M. FALLON, « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes », *op. cit.*, p. 169 ; J. von HEIN, « Einleitung zum Internationalen Privatrecht », *op. cit.*, n° 304.

1533. Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 598, n° 379.

1534. M. BENECKE, *Gesetzesumgehung im Zivilrecht*, *op. cit.*, p. 233.

1535. *Ibid.*, p. 237.

à venir s'agissant des fraudes au droit interne par constitution d'une société boîte aux lettres à l'étranger¹⁵³⁶, il est possible de restreindre la portée de la *lex societatis* étrangère rendue applicable par fraude en étendant le champ d'application d'autres statuts, tels que la *lex concursus*¹⁵³⁷. Le droit allemand tend ainsi d'ores et déjà à prendre de plus en plus en charge la protection des créanciers et de la vie juridique interne par le biais de cette dernière loi¹⁵³⁸.

Il peut donc être conclu à l'issue de ces développements à l'existence d'un nombre important d'outils de droit international privé permettant, chacun dans des hypothèses particulières, de gérer au moins partiellement l'internationalisation de complaisance. La profusion de moyens de lutte disponibles ne signifie toutefois pas que l'internationalisation de complaisance puisse toujours être sanctionnée, car des obstacles, qu'il convient désormais de présenter, viennent entraver leur emploi.

§ 2. Les obstacles à l'emploi des outils de lutte du droit international privé

La pluralité d'outils qui viennent d'être abordés peut laisser penser que l'ordre juridique interne dispose de moyens suffisants pour s'opposer aux comportements d'internationalisation de complaisance. Plusieurs phénomènes viennent toutefois remettre en cause la légitimité ou la possibilité de leur emploi. La première difficulté est d'ordre technique et concerne plus particulièrement le mécanisme de la fraude. Elle résulte d'une évolution de la typologie des cas de fraude par internationalisation, qui requiert une adaptation de ce mécanisme (A.). Il se pose ensuite, de manière assez générale, la question de l'opportunité de la mise en œuvre des outils de lutte contre l'internationalisation de complaisance, en raison d'un encouragement croissant à la mobilité internationale (B.). Le troisième obstacle, de loin le plus important, en lien avec le précédent, procède de l'influence grandissante des droits fondamentaux et des libertés européennes de circulation sur le droit international privé, sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne (C.).

A. L'évolution de la fraude par internationalisation de complaisance

Certains auteurs ont souligné un changement de « physionomie » de la fraude à la loi¹⁵³⁹, allant jusqu'à la constatation du dépassement de la notion et à la nécessité de son renouvellement¹⁵⁴⁰. Dans l'hypothèse qui nous intéresse, la fraude à la loi était en effet autrefois réalisée

1536. Voir *infra*, p. 369 s.

1537. M.-Ph. WELLER, N. BENZ et C. THOMALE, « Rechtsgeschäftsähnliche Parteiautonomie », *art. cit.*, p. 280.

1538. *Ibid.*, p. 280.

1539. S. CLAVEL, « La fraude », *op. cit.*, p. 151, n° 3; la plus grande complexité des fraudes contemporaines se manifeste également dans d'autres domaines, tels que celui du droit de travail, avec la question particulière des salariés détachés, voir E. PATAUT, « Détachement et fraude à la loi. Retour sur le détachement de travailleurs salariés en Europe », *Rev. trav.* 2014, p. 23.

1540. Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme? », *op. cit.*, p. 604, n° 383.

par le biais d'une manipulation du facteur de rattachement dans le but de se prévaloir de l'application de la loi étrangère au moment de la saisine d'une autorité publique interne ou d'un juge interne, et donc sans changement de for¹⁵⁴¹. Or, il a été fait remarquer que ce type de fraude est devenu très marginal en droit positif¹⁵⁴². De nos jours, la fraude à la loi se réalise plus fréquemment par un autre biais, déjà largement abordé, consistant en un déplacement à l'étranger pour y constituer une situation qui ne pourrait normalement être constituée dans l'ordre juridique interne, avant d'en demander la reconnaissance de retour sur le territoire interne¹⁵⁴³. Il n'y a donc plus obligatoirement de modification du facteur de rattachement de la règle de conflit de lois, alors que comprise de façon rigoureuse, l'exception de fraude à la loi demande justement une certaine manipulation de la règle de conflit de lois¹⁵⁴⁴. Une telle conception restrictive de la fraude ne serait donc « plus adaptée au contexte nouveau créé par la mondialisation »¹⁵⁴⁵.

Si ce changement de physionomie de la fraude réalisée par le biais d'une internationalisation de complaisance est certain, il nous semble toutefois que le phénomène en soi n'est pas particulièrement récent. Les déplacements à l'étranger pour constituer une situation juridique – le cas échéant par la voie d'un jugement – qui ne peut être constituée dans l'ordre juridique interne ne sont pas nouveaux : ils avaient déjà lieu bien avant la fin du XX^e siècle, comme en témoigne un certain nombre de jugements et d'arrêts rendus en matière de mariage, de divorce, de répudiation ou encore de successions¹⁵⁴⁶. La caractéristique du XXI^e siècle réside peut-être davantage dans l'accroissement du nombre de déplacements à l'étranger ainsi que dans leur diversification, de nouvelles hypothèses comme celles de la procréation médicalement assistée ou de la gestation pour autrui ayant gagné en visibilité au détriment des hypothèses plus classiques qui viennent d'être citées.

En tout état de cause, plusieurs propositions de renouvellement de l'exception de fraude à la loi ont été formulées afin d'en adapter la définition traditionnelle. Elles ont pour point commun d'élargir l'élément matériel de la fraude, afin d'y faire entrer les hypothèses dans lesquelles les parties se sont déplacées à l'étranger pour aller chercher ce qu'elles ne pouvaient obtenir dans l'ordre juridique interne¹⁵⁴⁷. M. Audit proposait ainsi dans sa thèse de doctorat consacrée à la fraude à la loi de reconnaître une fraude dans les cas d'acquisition d'un titre à l'étranger

1541. B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, p. 4, n° 3 ; S. CLAVEL, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *art. cit.*, p. 255 ; Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 604, n° 384.

1542. S. CLAVEL, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *art. cit.*, p. 255.

1543. *Idem*, « La fraude », *op. cit.*, p. 153, n° 5.

1544. P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 31 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général », *op. cit.*, p. 275, nos 283-284 ; J.-S. BERGÉ, D. PORCHERON et G. VIERA DA COSTA CERQUEIRA, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 103 ; K. TRILHA SCHAPPO, *Les angles morts d'un monde juridiquement hétérogène. Essai sur l'exercice stratégique de la volonté en droit international privé contemporain*, *op. cit.*, p. 138, n° 183.

1545. Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 605, n° 384.

1546. B. AUDIT, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, nos 67 s.

1547. En faveur du détachement de la fraude à la loi de l'idée de manipulation du critère de rattachement, K. TRILHA SCHAPPO, *Les angles morts d'un monde juridiquement hétérogène. Essai sur l'exercice stratégique de la volonté en*

par le biais du recours à une autorité publique étrangère, titre dont il est cherché à se prévaloir dans le ressort de la loi évincée¹⁵⁴⁸. L'élément matériel de la fraude serait donc constitué par le « déplacement, en quelque sorte préalable, de la relation juridique en question du domaine d'une règle de conflit au domaine d'une autre règle de conflit [...] étrangère »¹⁵⁴⁹.

Plus récemment, Mme Clavel a proposé une conception élargie de la fraude en droit international privé, recouvrant « tout procédé licite mis en œuvre par une partie, ou par les parties d'un commun accord, afin d'échapper à une norme étatique, pourtant internationalement applicable à la situation dans le contexte considéré, ce avec la conscience que cette norme avait vocation à s'appliquer impérativement »¹⁵⁵⁰. L'intérêt de cette définition est que l'élément matériel de la fraude peut être réalisé par un *procédé quelconque*, à condition qu'il soit réel et licite, ce qui signifie qu'il peut recouvrir notamment toutes les fraudes par modification ou délocalisation d'un élément de rattachement, incluant les fraudes à la loi classiques par altération du facteur de rattachement sans changement de for, les fraudes par internationalisation réalisées par déplacement de l'un des éléments constitutifs de la situation et les fraudes à la compétence par création d'une compétence au profit d'une juridiction ou d'une autorité initialement non compétente¹⁵⁵¹. Cette conception de la fraude permettrait ainsi d'épouser plus justement les contours de deux pratiques récentes de contournement de la loi interne par déplacement physique à l'étranger, que sont les gestations pour autrui et les procréations médicalement assistées pratiquées à l'étranger¹⁵⁵².

Si la difficulté que constitue le changement de physionomie de la fraude peut donc être contournée par une redéfinition de l'exception de fraude, il se pose de manière plus générale la question de l'opportunité de la lutte contre l'internationalisation de complaisance, sur fond d'encouragement à la mobilité internationale, particulièrement au sein de l'Union européenne.

B. L'encouragement à la mobilité internationale

L'opportunité d'une lutte contre l'internationalisation de complaisance est peut-être moins évidente aujourd'hui qu'elle ne l'était à l'époque où la princesse de Bauffremont acquerrait la nationalité du duché de Saxe-Altenbourg dans le seul but d'éluder l'application des règles internes de droit français prohibant le divorce¹⁵⁵³. La reconnaissance croissante du rôle de la volonté des parties¹⁵⁵⁴, y compris dans des matières considérées autrefois comme indisponibles,

droit international privé contemporain, op. cit., p. 142, n° 190; J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, op. cit., p. 455, n° 1087.

1548. B. AUDIT, *La fraude à la loi*, op. cit., p. 98 s., n°s 121 s.

1549. P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Rép. int. Dalloz*, op. cit., n° 31.

1550. S. CLAVEL, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », art. cit., p. 262.

1551. *Ibid.*, p. 263-264.

1552. *Idem.*, « La fraude », op. cit., p. 161, n°s 19-20, p. 165, n°s 27-28.

1553. Cass. civ., 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont*, D. 1878.I.201, concl. CHARRINS; S. 1878.I.193, note LABBÉ; GADIP n° 6.

1554. P. KINSCH, « Quel droit international privé pour une époque néolibérale? » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Lextenso, Paris, 2015, p. 378; M.-Ph. WELLER, « Vom Staat zum Menschen : Die Methodentrias des Internationalen Privatrechts unserer Zeit », *RabelsZ* 2017, p. 761.

la participation à une Union européenne fondée sur les libertés de circulation et qui encourage très activement les entreprises et citoyens européens à faire usage de leur mobilité¹⁵⁵⁵, l'ouverture des frontières et des économies à l'échelle mondiale, l'émergence d'une compétition entre droits étatiques¹⁵⁵⁶ sont autant de facteurs qui questionnent au moins un instant de raison sur la légitimité du comportement consistant à internationaliser une situation originellement interne dans le but d'obtenir ce que le droit interne ne permet pas d'obtenir et, corrélativement, sur la légitimité d'une sanction de ce comportement.

La question est intimement liée à celle de l'émergence d'un « droit à la mobilité internationale », qui interroge sur la possibilité de considérer les déplacements à l'étranger des parties comme étant constitutifs de manœuvres frauduleuses en raison de la contradiction apparente entre ces deux phénomènes¹⁵⁵⁷. Dès lors que les règles de conflit de lois servent de plus en plus un objectif de mobilité, à l'image du remplacement progressif du critère de la nationalité par celui de la résidence habituelle, il devient certainement de plus en plus difficile de refuser à cette mobilité de produire des effets juridiques¹⁵⁵⁸. L'évolution des critères de rattachement et la libéralisation croissante des conditions de reconnaissance des situations et jugements, qui permet aux parties de se prévaloir des avantages qu'elles obtiennent dans un ordre juridique étranger sans avoir à abandonner le précédent centre de leurs activités, posent en effet de manière croissante la question de savoir si la création de liens avec un ordre juridique étranger leur offrant ce qu'elles ne peuvent obtenir dans l'ordre juridique interne doit être tolérée¹⁵⁵⁹. Pourrait être envisagé d'accepter une sorte d'« optimisation juridique » réalisée par la création d'une situation dans un pays pour échapper à l'application de la loi normalement compétente¹⁵⁶⁰.

Dans le cadre particulier de l'Union européenne, en lien notamment avec la jurisprudence de la Cour de justice qui paralyse le jeu de l'exception de fraude en matière d'établissement des sociétés¹⁵⁶¹, a été soulevée l'incohérence qu'il y aurait à faire jouer l'exception de fraude à la loi lorsque « la mobilité [est] encouragée par le système juridique lui-même »¹⁵⁶². La difficulté viendrait de ce que « le projet communautaire repose [...] sur un concept de délocalisation »

1555. *Idem*, « Vom Staat zum Menschen : Die Methodentrias des Internationalen Privatrechts unserer Zeit », *art. cit.*, p. 765 s.

1556. Sur le marché de produits normatifs, voir P. KINSCH, « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », *op. cit.*, p. 379 ; Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 342 s.

1557. J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 455, n° 1087 ; dans le même sens, sur les rapports entre fraude à la loi et valorisation de l'exercice par les parties de leur autonomie, P. KINSCH, « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », *op. cit.*, p. 387.

1558. J. BASEDOW, « The Law of Open Societies : Private Ordering and Public Regulation of International Relations : General Course on Private International Law », *op. cit.*, p. 285, n° 350 ; dans le même sens, S. LORENZ, « Einl. EGBGB », *op. cit.*, n° 74.

1559. J. BASEDOW, « The Law of Open Societies : Private Ordering and Public Regulation of International Relations : General Course on Private International Law », *op. cit.*, p. 283, n° 347.

1560. P. LAGARDE, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », *op. cit.*, p. 23.

1561. Voir *infra*, p. 364 s.

1562. J.-S. BERGÉ, D. PORCHERON et G. VIERA DA COSTA CERQUEIRA, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 103.

se réalisant à travers les libertés de circulation¹⁵⁶³ et que l'exploitation des diversités juridiques ferait partie de la logique de ces libertés¹⁵⁶⁴. Dans ces circonstances, il paraîtrait plus difficile de qualifier l'intention frauduleuse des associés constituant une société boîte aux lettres à l'étranger dès lors que l'on admet qu'un opérateur économique peut choisir librement l'État membre dans lequel il souhaite s'établir¹⁵⁶⁵.

En réaction à ces différentes interrogations et remarques, il nous semble incontestable que le contexte de mobilité dans lequel s'inscrit le droit international privé du XXI^e siècle doit être pris en considération dans la fixation des contours de la lutte contre l'internationalisation de complaisance. Pour autant, il serait excessif, au regard de l'importance que revêt – encore ? – le respect de l'autorité des lois étatiques, d'autoriser purement et simplement les comportements stratégiques d'internationalisation de complaisance. Comme d'autres avant nous, nous pensons que le « droit » ou peut-être davantage l'encouragement à la mobilité internationale ne devrait pas être compris comme permettant aux parties d'aller chercher à l'étranger ce qu'elles ne peuvent obtenir dans l'ordre juridique interne pour ensuite retourner dans ce dernier¹⁵⁶⁶. L'encouragement à la mobilité internationale ne devrait donc pas devenir un prétexte à la fin de la lutte contre l'internationalisation de complaisance. Il pourrait au contraire entraîner une focalisation de cette lutte sur les abus les plus graves réalisés par ce biais.

En tout état de cause, ce contexte général est certainement l'une des composantes expliquant la jurisprudence des cours suprêmes européennes qui constitue désormais un obstacle dirimant dans la lutte contre l'internationalisation de complaisance.

C. *La jurisprudence des cours suprêmes européennes*

La Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne ont fait des droits fondamentaux et des libertés européennes de circulation un obstacle majeur à la sanction des comportements d'internationalisation de complaisance consistant en un déplacement à l'étranger pour constituer une situation qui n'aurait normalement pu l'être dans l'ordre juridique interne. Après avoir présenté cet obstacle (1.), sera montré qu'il n'existe que peu de moyens de le surmonter (2.).

1563. M. FALLON, « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes », *op. cit.*, p. 166 ; cité également par J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 220, n° 467.

1564. M.-Ph. WELLER, N. BENZ et C. THOMALE, « Rechtsgeschäftsähnliche Parteiautonomie », *art. cit.*, p. 272 ; dans le même sens, en tant que moyen de réalisation du marché intérieur, J.-S. BERGÉ, D. PORCHERON et G. VIERA DA COSTA CERQUEIRA, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 103.

1565. H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général », *op. cit.*, p. 281, n° 292.

1566. Voir p. ex. J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 456, n° 1088.

1. La présentation de l'obstacle

Les droits fondamentaux et les libertés de circulation européennes tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne mettent en échec la lutte contre certains cas d'internationalisation de complaisance réalisés tant par les personnes physiques (1^o) que par les personnes morales (2^o).

1^o S'agissant tout d'abord des personnes physiques, a été relevé que les droits fondamentaux ont aujourd'hui pour effet de conférer aux individus « un droit à l'importation dans l'ordre juridique local du point de vue d'un ordre juridique tiers »¹⁵⁶⁷ ou, autrement dit, un « droit à la continuité internationale des situations »¹⁵⁶⁸. Il en résulte en principe l'obligation pour l'ordre juridique interne de reconnaître la situation personnelle ou familiale que les parties auront créée à l'étranger, fût-ce par le biais d'une internationalisation de complaisance. Cette reconnaissance est en effet indépendante de la bonne foi des parties et du caractère légitime de leurs prévisions¹⁵⁶⁹ et concerne même les situations naissant à l'étranger sans jugement¹⁵⁷⁰.

Sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, et plus particulièrement de l'arrêt *Wagner* du 28 juin 2007¹⁵⁷¹, c'est plus précisément le droit au respect de la vie privée et familiale issu de l'article 8 CEDH qui empêche désormais en principe les États du Conseil de l'Europe de refuser la reconnaissance d'un statut familial constitué à l'étranger, quand bien même leur règle de conflit de lois¹⁵⁷² ou leurs règles de régularité internationale s'y opposeraient normalement¹⁵⁷³. À cette jurisprudence s'ajoute, pour les États membres de l'Union européenne, celle de la Cour de justice relative à la reconnaissance des noms de famille dans l'Union, débutée avec les arrêts *Garcia Avello*¹⁵⁷⁴ et *Grunkin Paul*¹⁵⁷⁵, au terme de laquelle, au nom de la liberté de circulation et d'établissement des personnes physiques,

1567. L. D'AVOUT, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », *op. cit.*, p. 169.

1568. Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 387, n° 250.

1569. S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, *op. cit.*, p. 177-178, n° 168.

1570. H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé (Des formes juridiques de l'inter-altérité). Cours général de droit international privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 389, 2018, p. 294, n° 290.

1571. CEDH, 28 juin 2007, *Wagner*, aff. 76240/01, D. 2007, p. 2700, note F. MARCHADIER; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 807, note P. KINSCH; *JDI* 2008, p. 183, note L. D'AVOUT; *Gaz. Pal.* 22 mars 2008, p. 31, note M.-L. NIBOYET; *RTD civ.* 2007, p. 738, obs. J.-P. MARGUÉNAUD; *AJDA* 2007, p. 1920, obs. J.-F. FLAUS.

1572. Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 386, n° 248; N. JOUBERT, « Les règles matérielles en dehors du droit du commerce international », *op. cit.*, p. 753-754.

1573. H. MUIR WATT, « L'internationalité et droit de la famille » in *L'internationalité : bilan et perspectives*, sous la dir. de S. POILLOT-PERUZZETTO, suppl. Lamy Droit des affaires, 2002, p. 51, p. 51 s.

1574. CJCE, 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, D. 2004, p. 1476, note M. AUDIT; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 184, note P. LAGARDE; *JDI* 2004, p. 582, obs. M. LUBY; *RTD civ.* 2004, p. 62, obs. J. HAUSER; *RTD eur.* 2004, p. 559, note A. ILIOPOULOU.

1575. CJCE, 14 oct. 2008, *Grunkin-Paul*, aff. C-353/06, D. 2009, p. 845, note F. BOULANGER; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 80, note P. LAGARDE; *JDI* 2009, p. 577, note L. D'AVOUT; *JCP G* 2009, II, 10071, note A. DEVERS; *AJ fam.* 2008, p. 481, note A. BOICHÉ; *Dr. fam.* 2009, comm. 50 par F. VIANGALLI; *Europe* 2008, comm. 397 par F. KAUFF-GAZIN.

la Cour condamne l'application de la règle de conflit de lois qui empêcherait la reconnaissance du nom de famille acquis par un citoyen européen dans un autre État membre¹⁵⁷⁶. Pour les États membres de l'Union, le jeu des libertés de circulation et d'établissement vient donc se superposer et renforcer le « droit à la continuité de traitement des situations familiales » issu de l'article 8 CEDH¹⁵⁷⁷. La jurisprudence de la Cour de justice, limitée pour le moment aux noms de famille, laisse ainsi transparaître « une logique de permanence du statut personnel dans un espace européen unique »¹⁵⁷⁸, ce qui n'exclut pas sa possible extension future à d'autres domaines du statut personnel ou familial.

Hormis l'application de la règle de conflit de lois, se trouvent également en principe paralysés deux mécanismes de droit international privé qui étaient parmi les plus prometteurs dans l'encadrement de l'internationalisation de complaisance. La jurisprudence des cours suprêmes européennes a tout d'abord pour effet de restreindre le jeu de l'exception d'ordre public international¹⁵⁷⁹. Dans l'arrêt *Négrépontis* du 3 mai 2011¹⁵⁸⁰, la Cour européenne des droits de l'homme a ainsi jugé que le refus de reconnaissance par la Grèce d'un jugement américain d'adoption au motif de la contrariété de cette décision à son ordre public est constitutif d'une violation des articles 6 et 8 CEDH¹⁵⁸¹.

Alors que cette paralysie de l'exception d'ordre public international pourrait être de nature à inciter les États à se reporter sur le mécanisme de la fraude¹⁵⁸², il s'avère que ce dernier est lui-même également « pour l'essentiel vidé de sa portée par l'irruption des droits fondamentaux et des libertés [européennes] »¹⁵⁸³. Dans les affaires *Wagner, Mennesson et Labassée*¹⁵⁸⁴, dans lesquelles les requérants avaient pour point commun d'être allés chercher à l'étranger ce qu'ils ne pouvaient obtenir dans leur ordre juridique d'origine – tantôt une adoption, tantôt une ges-

1576. J.-S. BERGÉ, D. PORCHERON et G. VIERA DA COSTA CERQUEIRA, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 107.

1577. Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 404, n° 260.

1578. J.-S. BERGÉ, D. PORCHERON et G. VIERA DA COSTA CERQUEIRA, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 108.

1579. L. D'AVOUT, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », *op. cit.*, p. 194 ; S. CLAVEL, « La fraude », *op. cit.*, p. 154, n° 7 ; N. JOUBERT, « Les règles matérielles en dehors du droit du commerce international », *op. cit.*, p. 753-754.

1580. CEDH, 3 mai 2011, *Négrépontis*, aff. 56759/08, *D.* 2012, p. 1228, note H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 817, note P. KINSCH ; *JDI* 2012, p. 213, note A. DIONISI-PEYRUSSE ; *JCP G* 2011, 839, obs. A. GOUTTENOIRE.

1581. Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 386, n° 24.

1582. S. CLAVEL, « La fraude », *op. cit.*, p. 154, n° 7.

1583. Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 596, n° 375 ; sur la paralysie de la fraude, voir également L. D'AVOUT, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », *op. cit.*, p. 194.

1584. CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson*, aff. 65192/11 et *Labassée*, aff. 65941/11, *D.* 2014, p. 1787, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *ibid.* p. 1797, note F. CHÉNÉDÉ ; *ibid.* p. 1806, note L. D'AVOUT ; *ibid.* 2015, p. 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.* p. 755, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *ibid.* p. 1007, obs. REGINE, *ibid.* p. 1056, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2015, p. 1, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *RTD civ.* 2014, p. 616, obs. J. HAUSER ; *ibid.* p. 835, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJ fam.* 2014, p. 396, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *ibid.* p. 499, obs. B. HAFTEL ; *RDSS* 2014, p. 887, note C. BERGOIGNAN ESPER.

tation pour autrui –, la question de la fraude à la loi était pleinement posée, ne serait-ce que parce que ce mécanisme avait été employé par les juges nationaux pour refuser de reconnaître les jugements obtenus à l'étranger. Elle n'infléchit toutefois pas le raisonnement de la Cour, entièrement focalisé sur les effets sur l'article 8 CEDH du refus de reconnaissance des jugements dans l'ordre juridique interne.

2° Cette paralysie du mécanisme de la fraude est encore plus flagrante dans le cas des personnes morales. De même que les particuliers, les futurs associés établis dans un pays peuvent être tentés de profiter du cadre juridique d'un autre État leur semblant plus adapté à leurs intérêts et de constituer leur société dans ce dernier État pour exercer ensuite l'ensemble de l'activité de cette dernière dans leur pays d'origine, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une succursale. Il s'agit, autrement dit, de constituer une société boîte aux lettres à l'étranger, procédé dont il ne fait aucun doute qu'il tombe traditionnellement sous le coup de la fraude à la loi¹⁵⁸⁵.

Toutefois, depuis les arrêts *Centros*¹⁵⁸⁶, *Überseering*¹⁵⁸⁷ et *Inspire Art*¹⁵⁸⁸, la Cour de justice de l'Union européenne s'oppose très largement à la sanction par le biais de la fraude de ce type de comportement d'internationalisation de complaisance. La Cour a en effet jugé dans le premier de ces arrêts 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 »¹⁵⁸⁹. Le refus d'immatriculation d'une succursale dans l'État membre d'origine s'analyse dès lors en une entrave injustifiée à la liberté d'établissement¹⁵⁹⁰. Il est à cet égard indifférent que la constitution de la société à l'étranger ait eu pour *unique but* d'éluder l'application du droit des sociétés de l'État membre d'origine¹⁵⁹¹ ou encore que la société n'exerce aucune activité dans le pays de sa constitution¹⁵⁹², ce qui fait d'elle une simple « coquille vide »¹⁵⁹³. Cela signifie concrètement que la Cour de justice permet « aux fondateurs de société de transformer une situation purement interne

1585. L. D'AVOUT, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, p. 244, n° 126; S. VRELLIS, « “Abus” et “fraude” dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes » in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, p. 640; J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 220, n° 467.

1586. CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, D. 1999, p. 550, note M. MENJUCQ; *JDI* 2000, p. 484, obs. M. LUBY; *JCP E* 1999, 1285, obs. Y. REINHARD; *RTD com.* 2000, p. 224, obs. G. JAZOTTES; *Rev. sociétés* 1999, p. 386, obs. G. PARLÉANI; *BJS* 1999, p. 705, note J.-Ph. DOM.

1587. CJCE, 5 nov. 2002, *Überseering*, aff. C-208/00, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 508, note P. LAGARDE; *JCP G* 2003, II, 10032, note M. MENJUCQ; *Gaz. Pal.* 25-26 juin 2003, p. 27, obs. M.-L. NIBOYET; *BJS* 2003, p. 452, note M. LUBY; *Rev. sociétés* 2003, p. 315, note J.-Ph. DOM; *Europe* 2003, comm. 19 par L. IDOT.

1588. CJCE, 30 sept. 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01, D. 2004, p. 491, note É. PATAUT; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 151, note H. MUIR WATT; *JDI* 2004, p. 284, note M. MENJUCQ; *JCP G* 2004, II, 10002, note M. LUBY; *JCP E* 2004, 252, note V. MAGNIER; *Rev. sociétés* 2004, p. 135, note J.-Ph. DOM.

1589. L. D'AVOUT, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, p. 245-246, n° 127, citant l'arrêt *Centros*, point 27.

1590. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE, « Droit du commerce international. Juillet 2006 - août 2007 », *D.* 2007, p. 2564.

1591. J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 221, n° 468.

1592. H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général », *op. cit.*, p. 280, n° 292.

1593. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE, « Droit du commerce international. Juillet 2006 - août 2007 », *art. cit.*, p. 2564.

en situation intra[européenne], et d'invoquer ensuite la liberté d'établissement pour neutraliser les disparités de législation entre l'État d'incorporation (plus libéral) et l'État d'accueil »¹⁵⁹⁴.

Au terme de l'évolution jurisprudentielle constituée par les arrêts *Cartesio*¹⁵⁹⁵, *VALE Épitési*¹⁵⁹⁶ et *Polbud*¹⁵⁹⁷, la jurisprudence *Centros* vaut désormais également pour le transfert intra-européen du siège des sociétés constituées dans un État membre¹⁵⁹⁸. La Cour de justice a en effet jugé dans l'arrêt *Polbud* que la liberté d'établissement comprend le droit pour une société constituée selon le droit d'un État membre de se transformer en société relevant du droit d'un autre État membre dès lors qu'elle remplit les conditions fixées par l'État d'accueil, sans que le fait que la société *n'ait pas d'activité économique effective* dans l'État membre dans lequel elle souhaite se constituer puisse être pris en compte pour lui refuser le bénéfice de la liberté d'établissement¹⁵⁹⁹. Cela signifie donc la possibilité pour les associés de procéder à une internationalisation de complaisance au cours de la vie sociale, et non plus uniquement à son commencement, en transférant le siège social dans un autre État membre – avec changement de loi applicable – tout en continuant à exercer uniquement leur activité dans l'État membre d'origine.

2. Le contournement de l'obstacle

L'influence des droits de l'homme et des libertés de circulation européennes ne constitue toutefois pas un obstacle absolu à la sanction des cas d'internationalisation de complaisance. Il subsiste certains moyens de sanctionner ou à tout le moins de réglementer ces situations. Si les exceptions prévues par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de justice de l'Union européenne à la reconnaissance des situations internationalisées par complaisance sont bien souvent trop restrictives pour être d'une réelle utilité (a.), il reste la possibilité de réglementer au moins partiellement les effets que certaines de ces situations produiront dans l'ordre juridique interne (b.).

a. Les exceptions à la reconnaissance

Le jeu des droits fondamentaux et des libertés de circulation européennes n'est, au moins en principe, pas illimité. La convention européenne des droits de l'homme et les traités fondateurs

1594. 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) », *op. cit.*, p. 107, n° 63.

1595. CJCE, 16 déc. 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, *D.* 2009, p. 465, note R. KOVAR; *JCP G* 2009, II, 10027, note M. MENJUCQ; *JCP E* 2009, 1208, note F. MÉLIN; *Gaz. Pal.* 22-24 mars 2009, p. 12, note Th. MASTRULLO; *Europe* 2009, comm. 82 par L. IDOT.

1596. CJUE, 12 juil. 2012, *VALE Épitési*, aff. C-378/10, *D.* 2012, p. 2332, note L. D'AVOUT; *ibid.* p. 3009, note P.-H. CONAC; *JCP G* 2012, 1089, note M. MENJUCQ; *JCP E* 2012, 1547, note Th. Mastrullo; *Europe* 2012, comm. 386 par L. IDOT; *Rev. sociétés* 2012, p. 645, note G. PARLEANI; *RLDA* 2012, n° 76, p. 10, note C. CATHIARD et D. PORACCHIA; *Dr. sociétés* 2012, étude 18 par T. ALLAIN; *Rev. aff. eur.* 2012, p. 653, note M. HO-DAC.

1597. CJUE 25, oct. 2017, *Polbud*, aff. C-106/16, *D.* 2017, p. 2512, note L. D'AVOUT; *JCP G* 2017, 1352, note M. COMBET; *JCP E* 2018, 1014, note M. MENJUCQ; *Rev. sociétés* 2018, p. 47, note G. PARLÉANI; *BJS* 2018, p. 19, note Th. MASTRULLO.

1598. L. D'AVOUT, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, p. 246, n° 127.

1599. Arrêt, points 33 et 37.

de l'Union européenne prévoient eux-mêmes certaines justifications à une atteinte aux droits fondamentaux ou à une entrave aux libertés de circulation dont un État est susceptible de se rendre responsable par son refus de reconnaissance d'une situation constituée à l'étranger.

Ainsi, s'agissant des personnes physiques, l'atteinte portée à l'article 8 CEDH par le refus de reconnaissance d'une situation constituée à l'étranger est susceptible d'être « rattrapé[e] à l'occasion du contrôle de proportionnalité »¹⁶⁰⁰, même si dans les faits, ce contrôle n'a permis de justifier un refus de reconnaissance de la situation internationalisée ni dans l'arrêt *Wagner*, ni dans les arrêts *Mennesson* et *Labassée*. Il convient d'ailleurs de remarquer, sur le point particulier de la gestation pour autrui, que la jurisprudence de la Cour de cassation et celle du *Bundesgerichtshof* sont depuis paradoxalement allées au-delà de ce qui était exigé par les arrêts *Mennesson* et *Labassée*, dont on aurait pu faire une lecture impliquant *a minima* l'admission de l'enfant à faire établir sa filiation conformément aux règles de conflit de lois internes, tout en maintenant le refus de reconnaissance de l'acte de naissance ou du jugement étranger, et *a maxima* la nécessité d'une reconnaissance partielle du seul lien de filiation biologique tel que figurant dans l'acte de naissance ou le jugement étranger¹⁶⁰¹.

La jurisprudence de la Cour de cassation témoigne aujourd'hui au contraire, d'une part, d'une reconnaissance pleine et entière de la filiation biologique paternelle de l'enfant résultant de l'acte de naissance ou du jugement étranger¹⁶⁰². La Cour a en effet admis la transcription de cette filiation sur les registres d'état civil français dans deux arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015¹⁶⁰³. S'agissant du parent d'intention, elle a, d'autre part, ouvert dans un premier temps la possibilité d'une adoption pour la mère d'intention dans plusieurs arrêts du 5 juillet 2017¹⁶⁰⁴ avant de reconnaître, dans un second temps, pour un couple homosexuel masculin, la possibilité de transcription intégrale de l'acte de naissance étranger désignant le père d'intention comme père de l'enfant dans un arrêt du 18 décembre 2019¹⁶⁰⁵.

1600. H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé (Des formes juridiques de l'inter-altérité). Cours général de droit international privé », *op. cit.*, p. 293, n° 289.

1601. L. D'AVOUT, « La "reconnaissance" de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts *Mennesson* et *Labassée* », *D.* 2014, p. 1806, n° 7.

1602. L. BRUNET, « Le droit français face au défi des pratiques de gestation pour autrui : que reste-t-il de l'ordre public ? » in *La gestation pour autrui. Approches juridiques internationales*, sous la dir. de V. BOILLET, M. ROCA et E. de LUZE, Helbing & Lichtenhahn, Anthemis, Bâle, 2018, p. 83.

1603. Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, *D.* 2015, p. 1481, note S. BOLLÉE; *ibid.* p. 1819, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON; *JCP G* 2015, 1614, note A. GOUTTENNOIRE; *RTD civ.* 2015, p. 581, note J. HAUSER; *AJ fam.* 2015, p. 496, note F. CHÉNÉDÉ; *Dr. fam.* 2015, comm. 145 par C. NEIRINCK.

1604. Cass. 1^{re} civ., 5 juil. 2017, *D.* 2017, p. 1737, note H. FULCHIRON; *ibid.* p. 1727, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENNOIRE; *ibid.* 2018, p. 528, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS; *ibid.* p. 641, obs. M. DOUCHY-LOUDOT; *ibid.* p. 765, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT; *ibid.* p. 966, obs. S. CLAVEL et F. JAULT-SESEKE; *Rev. crit. DIP* 2018, p. 143, note S. BOLLÉE; *JDI* 2017, comm. 14 par J. GUILLAUMÉ; *AJ fam.* 2017, p. 482, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

1605. Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2019, *D.* 2020, p. 426, note S. PARICARD; *ibid.* p. 506, obs. M. DOUCHY-LOUDOT; *JDI* 2020, comm. 9 par D. SINDRES; *RTD civ.* 2020, p. 81, note A.-M. LEROYER; *AJ fam.* 2020, p. 9, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE; *Dr. fam.* 2020, comm. 39 par J.-R. BINET.

Le *Bundesgerichtshof*, distinguant pour sa part selon que la filiation des parents d'intention a été reconnue ou non par un jugement étranger, a jugé dans un arrêt du 10 décembre 2014¹⁶⁰⁶ que la reconnaissance du jugement étranger qui mentionne les parents d'intention comme parents juridiques de l'enfant en cas de gestation pour autrui n'est pas contraire à l'ordre public international allemand, dès lors que l'un des parents a un lien biologique avec l'enfant¹⁶⁰⁷. Cette solution, réaffirmée dans un arrêt du 5 septembre 2018¹⁶⁰⁸ permet donc de faire reconnaître la mère d'intention comme mère juridique de l'enfant. Lorsque les parents n'ont obtenu aucun jugement dans le pays de la gestation pour autrui, le *Bundesgerichtshof* a posé dans un arrêt du 20 mars 2019¹⁶⁰⁹ que la filiation de l'enfant doit être établie en vertu de la règle de conflit de lois de l'article 19 EGBGB. Lorsque cette règle conduit à l'application du droit allemand, la Cour a précisé que le droit interne permet l'établissement de la filiation juridique du père biologique de l'enfant, mais non celle de la mère d'intention, la mère juridique de l'enfant inscrite sur les registres d'état civil allemand devant être la mère biologique, soit la mère porteuse. La Cour a cependant conclu à la possibilité pour la mère d'intention de procéder à l'adoption de l'enfant.

Il en résulte donc une pleine reconnaissance dans l'ordre juridique interne des effets juridiques de la gestation pour autrui pratiquée à l'étranger.

En droit de l'Union, l'entrave à la liberté de circulation résultant du refus de reconnaissance par un État membre d'une situation constituée dans un autre État membre peut être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général, l'entrave devant par ailleurs être strictement nécessaire et proportionnée au but poursuivi. Le refus de reconnaissance est notamment susceptible d'être justifié par la protection de l'ordre public de l'État membre d'origine¹⁶¹⁰. La Cour de justice a ainsi admis dans les arrêts *Sayn-Wittgenstein* du 22 décembre 2010¹⁶¹¹ et *Bogendorff von Wolfersdorff* du 2 juin 2016¹⁶¹² l'existence de considérations d'ordre public propres à l'État de reconnaissance permettant à ce dernier de refuser la reconnaissance du nom de famille acquis dans un autre État membre. Il reste toutefois que ces espèces étaient très particulières, puisqu'elles portaient sur la reconnaissance de noms de famille comprenant un titre de noblesse ou ayant une apparence nobiliaire. La protection de l'ordre public était en effet tirée de l'abolition de la noblesse en Autriche et en Allemagne. Au demeurant, il est constant que la Cour de jus-

1606. BGH, 10 déc. 2014, aff. XII ZB 463/13, BGHZ 203, 350 = NJW 2015, 479 = MDR 2015, 93 = DNotZ 2015, 296 = FGPrax 2015, 69 (Ls.) = FamRZ 2015, 240 = Rpfleger 2015, 268 = JR 2016, 130.

1607. N. DETHLOFF, « Surrogacy in German Law » in *La gestation pour autrui. Approches juridiques internationales*, sous la dir. de V. BOILLET, M. ROCA et E. de LUZE, Helbing & Lichtenhahn, Anthemis, Bâle, 2018, p. 36.

1608. BGH, 5 sept. 2018, aff. XII ZB 224/17, NJW-RR 2018, 1473 = MDR 2018, 1316 = DNotZ 2019, 54 = FamRZ 2018, 1846 = JR 2019, 509.

1609. BGH, 20 mars 2019, aff. XII ZB 530/17, BGHZ 221, 300 = NJW 2019, 1605 = MDR 2019, 610 = FamRZ 2019, 892 = JR 2020, 241.

1610. J.-S. BERGÉ, D. PORCHERON et G. VIERA DA COSTA CERQUEIRA, *Rép. int. Dalloz*, op. cit., n° 107.

1611. CJUE, 22 déc. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, *RTD civ.* 2011, p. 98, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.* 2011, p. 571 ; obs. É. PATAUT ; *Constitutions* 2011, p. 332, obs. A. LEVADE.

1612. CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolfersdorff*, aff. C-438/14, *Rev. crit. DIP* 2017, p. 278, note L. RASS-MASSON ; *RTD civ.* 2016, p. 820, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.* 2016, p. 648, obs. É. PATAUT ; *Europe* 2016, comm. 261 par D. SIMON ; *JDE* 2016, p. 317, obs. É. CUSAS.

tice est réticente à admettre la nécessité et la proportionnalité des entraves portées par les États membres aux libertés de circulation, ainsi que le montrent les autres arrêts de la série jurisprudentielle relative au nom de famille des citoyens européens, dans lesquels l'État membre requis n'a réussi à faire utilement valoir aucune raison lui permettant de s'opposer à la reconnaissance du nom acquis dans un autre État membre ¹⁶¹³.

Enfin, la Cour de justice a toujours, au moins en principe, réservé la possibilité de sanctionner les cas d'abus et de fraude dans l'exercice des libertés de circulation. La Cour rappelait ainsi dans l'arrêt *Bogendorff von Wolfersdorff* qu'elle « a déjà jugé qu'un État membre est en droit de prendre des mesures destinées à empêcher que, à la faveur des facilités créées en vertu du traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se *soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale* et que les justiciables ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir des normes du droit de l'Union » ¹⁶¹⁴. La Cour se référait par ces termes à l'arrêt *Centros*, dans lequel elle avait expressément posé cette restriction en matière de liberté d'établissement des sociétés ¹⁶¹⁵. Elle s'inscrivait de manière plus générale dans une abondante jurisprudence antérieure débutée en matière de liberté de prestation de services par l'arrêt *Van Binsbergen* du 3 décembre 1974 ¹⁶¹⁶.

Si la Cour de justice a pu ponctuellement admettre l'existence d'une fraude dans l'exercice de la liberté de circulation des marchandises, de la liberté d'établissement des personnes physiques et de la liberté de prestation de services ¹⁶¹⁷, la possibilité pour un État membre de tirer les conséquences d'une fraude dans le domaine de la liberté d'établissement des sociétés doit être grandement nuancée, car la Cour de justice a, dans cette matière, une compréhension si restrictive de la fraude qu'elle ne permet pas, dans les faits, de sanctionner les cas d'internationalisation de complaisance ¹⁶¹⁸. La Cour a ainsi jugé dans l'arrêt *Centros* que « le fait qu'une société n'exerce aucune activité dans l'État membre où elle a son siège et exerce ses activités uniquement dans l'État membre de sa succursale ne suffit pas à démontrer l'existence d'un com-

1613. Voir ainsi CJCE, 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, *D.* 2004, p. 1476, note M. AUDIT; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 184, note P. LAGARDE; *JDI* 2004, p. 582, obs. M. LUBY; *RTD civ.* 2004, p. 62, obs. J. HAUSER; *RTD eur.* 2004, p. 559, note A. ILIOPOULOU; CJCE, 14 oct. 2008, *Grunkin-Paul*, aff. C-353/06, *D.* 2009, p. 845, note F. BOULANGER; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 80, note P. LAGARDE; *JDI* 2009, p. 577, note L. D'AVOUT; *JCP G* 2009, II, 10071, note A. DEVERS; *AJ fam.* 2008, p. 481, note A. BOICHÉ; *Dr. fam.* 2009, comm. 50 par F. VIANGALLI; *Europe* 2008, comm. 397 par F. KAUFF-GAZIN; CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn*, aff. C-391/09, *RTD civ.* 2011, p. 507, obs. J. HAUSER; *RTD eur.* 2011, p. 571, obs. É. PATAUT; *ibid.* 2012, p. 405, obs. F. BENOÎT-ROHMER; *AJ fam.* 2011, p. 332, obs. V. AVENA-ROBARDET; *Europe* 2011, comm. 238 par D. SIMON; *Constitutions* 2011, p. 332, obs. A. LEVADE.

1614. Arrêt, point 57. C'est nous qui soulignons.

1615. Arrêt *Centros*, point 24.

1616. CJCE, 3 déc. 1974, *Van Binsbergen*, aff. C-33/74, *Rec.* 1299.

1617. R. N. IONESCU, *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 31 s., p. 86 s.

1618. L. D'AVOUT, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, p. 245, n° 127; H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général », *op. cit.*, p. 280, n° 292; G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht : ein Studienbuch, op. cit.*, p. 486. Voir *supra*, p. 364 s.

portement abusif et frauduleux »¹⁶¹⁹. Autrement dit, le fait qu'une société boîte aux lettres ait été constituée à l'étranger pour l'exercice d'une activité sur le territoire interne n'est pas constitutif d'un abus¹⁶²⁰. Cela vaut même lorsque la constitution de la société à l'étranger a pour but avoué de contourner le droit des sociétés de l'État membre d'origine¹⁶²¹.

Peut donc être constaté que les moyens laissés par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de justice de l'Union européenne aux États européens pour s'opposer à la reconnaissance de situations constituées à l'étranger sont si restrictifs que ne peut guère être compté sur ces exceptions pour sanctionner efficacement les cas d'internationalisation de complaisance. La solution ne peut donc passer que par l'emploi de méthodes alternatives, plus ingénieuses, permettant au moins partiellement de contrôler les effets que ces situations pourront produire dans l'ordre juridique interne.

b. L'application du droit interne

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et celle de la Cour de justice de l'Union européenne ont largement pour conséquence de faire obstacle au refus de reconnaissance de certaines situations constituées à l'étranger. L'ordre juridique interne ne pouvant les sanctionner par leur inefficacité, il se trouve contraint de composer avec ces situations, et peut ainsi tout au plus tenter de les régler afin d'encadrer les effets qu'elles produiront. Il est intéressant, sur ce point, de se remémorer les différents outils de lutte contre l'internationalisation de complaisance présentés précédemment¹⁶²², car il en subsiste un certain nombre qui n'ont pas pour effet de s'opposer à la reconnaissance de la situation internationalisée par complaisance, mais d'en régler simplement les effets en imposant l'application de certaines dispositions de droit interne.

Il convient toutefois d'emblée de préciser qu'imposer l'application du droit interne n'est pas susceptible de constituer une sanction pour l'intégralité des cas d'internationalisation de complaisance. Particulièrement lorsqu'il s'agit pour les particuliers de constituer un statut personnel ou familial par le biais d'un déplacement à l'étranger, l'objectif recherché sera majoritairement atteint dès lors que ce statut pourra être reconnu dans l'ordre juridique interne, car il n'est guère recherché plus que l'admission de l'existence de ce statut, le fait que celui-ci soit ensuite soumis à la loi de l'ordre juridique interne étant sans conséquence. À titre d'exemple, les individus se livrant au tourisme de l'adoption ou de la gestation pour autrui auront largement atteint leur but dès lors que le lien de filiation sera reconnu dans l'ordre juridique interne, peu important par la suite que la loi interne s'applique aux effets de cette filiation. Il existe donc certaines si-

1619. Arrêt, point 29.

1620. M.-Ph. WELLER, « "Inspire Art" : Weitgehende Freiheiten beim Einsatz ausländischer Briefkastengesellschaften », *DStR* 2003, p. 1803.

1621. 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) », *op. cit.*, p. 105, n° 62.

1622. Voir *supra*, p. 345 s.

tuations d'internationalisation de complaisance qui ne peuvent structurellement être combattues autrement que par leur refus de reconnaissance. Dès lors que les cours suprêmes européennes interdisent ce refus de reconnaissance, l'État d'origine n'a plus guère d'autre possibilité que de composer avec le fait accompli.

Il en va autrement s'agissant des personnes morales. Pour reprendre le cas de la reconnaissance des sociétés dans l'Union européenne, plusieurs considérations viennent limiter la portée des jurisprudences *Centros* et *Polbud*¹⁶²³ et permettent globalement à l'État d'origine, contraint de reconnaître la société constituée ou transférée à l'étranger, de prescrire l'application de son droit interne. A en effet été fait remarquer que si la jurisprudence de la Cour interdit le refus de reconnaissance de la société en cas de fraude au droit interne, elle n'empêche pas l'application de certaines dispositions de cette loi à la société¹⁶²⁴. Hormis les lois de police, qui peuvent par exemple permettre d'imposer l'application de certains mécanismes de responsabilité des associés appartenant à la *lex societatis* et qui seraient en principe de ce fait soumis à la loi sociale étrangère¹⁶²⁵, il faut tenir compte de la « dissociation très forte entre le droit de la structure – le droit des sociétés – et le droit de l'activité – le droit de l'entreprise – qu'il s'agisse notamment du droit du travail, du droit de l'insolvabilité ou du droit fiscal »¹⁶²⁶. La jurisprudence de la Cour de justice se limite en effet aux questions purement sociétales, et plus particulièrement à celles relatives à la constitution et à la réorganisation de la société, ce dont il résulte qu'elle n'interdit pas l'application des dispositions de droit interne des sociétés relatives à l'exercice de l'*activité* de la société ainsi que des dispositions qui n'appartiennent pas au droit des sociétés¹⁶²⁷.

Cette dernière assertion est confirmée par l'arrêt *Kornhaas*¹⁶²⁸ rendu par la Cour de justice le 10 décembre 2015, qui témoigne d'une hypothèse d'application, au titre de la *lex concursus*, d'une disposition de droit allemand prévoyant la responsabilité du gérant de la société pour les paiements réalisés après la cessation de paiement¹⁶²⁹ à une société anglaise, constituée par une ressortissante allemande, qui exerçait l'essentiel de son activité en Allemagne. La Cour de justice a avalisé l'application de cette disposition, considérant qu'elle n'affecte pas la liberté d'établissement, dans la mesure où elle ne concerne pas la constitution de la société dans un État membre ni son établissement ultérieur dans un autre État membre¹⁶³⁰.

1623. F. DEBOISSY et G. WICKER, « Droit des sociétés. Chronique », *JCP E* 2018, 1174, n° 1.

1624. L. D'AVOUT, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, p. 246-247, n° 127.

1625. M.-Ph. WELLER, « "Inspire Art" : Weitgehende Freiheiten beim Einsatz ausländischer Briefkastengesellschaften », *art. cit.*, p. 1804.

1626. F. DEBOISSY et G. WICKER, « Droit des sociétés. Chronique », *art. cit.*, n° 1.

1627. M.-Ph. WELLER, « "Inspire Art" : Weitgehende Freiheiten beim Einsatz ausländischer Briefkastengesellschaften », *art. cit.*, p. 1803 ; L. D'AVOUT, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, p. 252, n° 129.

1628. CJUE 10 déc. 2015, *Kornhaas*, aff. C-594/14, *JCP G* 2016, 241, obs. M. MENJUCQ ; *JCP G* 2016, 304, note L. D'AVOUT ; *Rev. sociétés* 2016, p. 311, note G. PARLÉANI ; *Europe* 2016, comm. 84 par L. IDOT ; *Rev. proc. coll.* 2016, comm. 171 par Th. MASTRULLO.

1629. Article 64 GmbHG (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*).

1630. Arrêt, point 28.

S'ajoute enfin une limitation *de facto* du champ d'application de la jurisprudence de la Cour de justice, en ce que ne pourront profiter pleinement du *law shopping* autorisé par l'arrêt *Centros* et ses successeurs que certaines entreprises, à savoir celles de petite ou moyenne dimension¹⁶³¹. Les grandes entreprises restent en effet soumises à certaines formalités, notamment d'agrément administratif, qui font qu'elles ont « vocation – comme il se doit – à s'organiser sous l'empire des lois du pays où est effectivement fixé le lieu de la direction centrale des affaires sociales »¹⁶³². Cela ne signifie certes pas que ces grandes sociétés ne pourront pas se livrer à des jeux d'optimisation législative, notamment par la constitution de filiales à l'étranger, mais elles ne pourront pas, à tout le moins, se constituer elles-mêmes sous forme de société boîte aux lettres à l'étranger.

Peut donc être conclu que les obstacles à la lutte contre l'internationalisation de complaisance, et plus particulièrement ceux résultant des droits fondamentaux et des libertés de circulation européennes, peuvent pour partie être surmontés par des moyens détournés permettant d'imposer l'application du droit interne aux parties qui, par leur manœuvre, cherchaient l'application d'un droit étranger. Certaines hypothèses d'internationalisation de complaisance resteront toutefois impunies, dès lors que la seule possibilité de sanction passe techniquement par le refus de leur reconnaissance, refus interdit par la jurisprudence des cours suprêmes européennes.

1631. L. D'AVOUT, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, p. 236, n° 120.

1632. *Ibid.*, p. 235-236, n° 120.

Conclusion du chapitre III

La différence de régime entre les situations internes et internationales nécessite d'apporter une attention particulière à la protection de la frontière entre ces deux catégories de situations, afin d'éviter que les parties à une situation interne ne puissent bénéficier indûment du régime souvent plus favorable et libéral que le droit international privé réserve aux situations internationales.

Doit donc, d'une part, être exigée une condition d'internationalité pour l'application des règles de droit international privé, mais dans la stricte mesure où une telle condition est nécessaire. L'internationalité peut en effet s'induire du présupposé de la règle de droit international privé ou sa vérification peut être rendue inutile par le fonctionnement de certaines règles de droit international privé qui peuvent être appliquées à une situation interne sans conduire à un résultat indésirable. Ce n'est que lorsque le droit international privé prévoit : - la possibilité de choisir librement le juge compétent ou la loi applicable ; - une règle matérielle spécifique aux situations internationales sans que l'internationalité ne résulte du présupposé de cette règle ; - une règle de compétence internationale reposant sur un chef de compétence exorbitante ou sur un chef de compétence spéciale différant de la compétence territoriale interne ; - une règle de conflit de lois employant le rattachement à la *lex fori* à titre non purement subsidiaire ; - une option de législation offrant le choix de la *lex fori*, que l'internationalité devra spécialement être vérifiée.

Doivent, d'autre part, également être sanctionnées les pratiques d'internationalisation de complaisance, définies comme les cas dans lesquels les parties internationalisent leur situation dans le seul but de profiter du régime réservé aux situations internationales. Si le droit international privé dispose en principe de suffisamment d'outils pour s'opposer à la reconnaissance de ces situations ou à défaut pour régler leurs effets par l'application au moins partielle du droit interne, il est toutefois aujourd'hui certaines hypothèses qui ne peuvent *de facto* plus être sanctionnées en raison de l'incidence des droits fondamentaux et des libertés de circulation européennes, les États européens étant donc partiellement contraints d'admettre l'internationalisation de complaisance de leurs situations internes.

Titre II

La concrétisation de la notion d'internationalité

A été précédemment montré que l'appréhension de la notion d'internationalité est complexifiée par un certain nombre de facteurs qui ont bien souvent conduit la doctrine au constat de son insaisissabilité¹⁶³³. Parmi ces facteurs, ont été identifiés : l'existence d'une dualité d'approches – juridique et économique – de la notion¹⁶³⁴, ce qui pose le problème de leur articulation¹⁶³⁵ ; la caractérisation de la pertinence des éléments d'extranéité¹⁶³⁶ ; l'existence d'une pluralité de définitions concrètes de la notion¹⁶³⁷ ; l'identification de l'objet de l'internationalité¹⁶³⁸ ; la relativité temporelle de la notion¹⁶³⁹ et le statut procédural de l'élément d'extranéité¹⁶⁴⁰. Bien que nous adhérons à l'opinion des auteurs qui ont exprimé leurs doutes quant à la possibilité de définir la notion d'internationalité avec une grande précision, car une telle entreprise nous semble, comme pour d'autres grandes notions juridiques, vouée à l'échec, nous pensons qu'il est possible de faire un pas supplémentaire dans sa concrétisation.

Un certain nombre des problèmes d'appréhension de l'internationalité mentionnés peuvent en effet être résolus (chapitre I), de même que l'adoption d'une approche fonctionnelle de la notion est à même de faciliter sa caractérisation dans les cas où elle est requise en tant que condition d'application des règles de droit international privé (chapitre II).

1633. Voir *supra*, p. 106 s.

1634. Voir *supra*, p. 19 s.

1635. Voir *supra*, p. 108 s.

1636. Voir *supra*, p. 22 s.

1637. Voir *supra*, p. 36 s. et p. 108 s.

1638. Voir *supra*, p. 106 s.

1639. Voir *supra*, p. 113 s.

1640. Voir *supra*, p. 115 s.

Chapitre I

La résolution des problèmes d'appréhension de l'internationalité

La concrétisation de la notion d'internationalité passe premièrement par la résolution des problèmes d'appréhension de la notion identifiés dans la première partie de ce travail et qui conduisent à brouiller la frontière entre l'interne et l'international¹⁶⁴¹. Certaines lignes directrices d'ordre général peuvent ainsi être dégagées afin de faciliter la détermination de l'internationalité. Elles permettent d'apporter une réponse à certaines questions qui se posent quelle que soit la définition de l'internationalité retenue, et qui ont trait à son objet (section I), à son moment d'appréciation (section II) et à son statut procédural (section III).

Section I. L'objet de l'internationalité

La détermination de l'objet de l'internationalité est d'une importance primordiale au regard de l'existence de configurations factuelles dans lesquelles l'internationalité pourrait être appréciée par rapport à plusieurs objets qui conduiraient à des résultats différents en matière de qualification de l'internationalité¹⁶⁴². Ont été dégagés deux cas dans lesquels l'identification de l'objet de l'internationalité présente un véritable enjeu¹⁶⁴³. Il s'agit, d'une part, de la matière du conflit de juridictions comparativement à la matière du conflit de lois (§ 1) et, d'autre part, de l'hypothèse de la conclusion d'une convention attributive de juridiction ou de choix de loi applicable (§ 2).

§ 1. Conflit de lois et conflit de juridictions

La première distinction à opérer au regard de l'objet de l'internationalité est celle correspondant à la *summa divisio* entre conflit de lois et conflit de juridictions. De nombreux auteurs font la distinction entre l'internationalité du *litige* ou du *contentieux* en matière de conflit de juridictions et l'internationalité de la *situation* ou de la *relation* en matière de conflit de lois¹⁶⁴⁴. Il

1641. Voir *supra*, p. 106 s.

1642. Voir *supra*, p. 106 s.

1643. Voir *supra*, p. 106 s.

1644. Voir *supra*, p. 106 s.

nous semble que cette différenciation trouve sa justification et qu'il faudrait lui reconnaître une véritable portée dans la caractérisation de l'internationalité.

En matière de conflit de lois, c'est en effet la situation des parties de manière abstraite et générale, comprise comme l'« état dans lequel se trouve une personne sous un rapport déterminé »¹⁶⁴⁵, qui est de nature à faire naître un questionnement relatif à la loi applicable ou à la nécessité d'appliquer une règle matérielle propre aux situations internationales. Ces questions se posent de manière indépendante du litige qui pourrait opposer par la suite les parties sur un aspect quelconque de leur relation. Dans la mesure où la relation des parties est préexistante à tout contentieux judiciaire et qu'il n'est d'ailleurs pas certain qu'un tel contentieux voie le jour, c'est un argument logique qui commande que l'internationalité en matière de conflit de lois soit appréciée par rapport à la situation des parties et non par rapport à leur litige¹⁶⁴⁶.

En matière de conflit de juridictions, au contraire, ce n'est pas la situation des parties prise de manière abstraite qui est susceptible d'entraîner un problème de compétence internationale ou d'inadéquation des règles procédurales de droit interne, mais la configuration procédurale dans laquelle cette situation se présente au juge¹⁶⁴⁷. Il s'agit donc de la situation observée sous le seul angle du litige auquel elle a donné naissance qui est pertinente. Autrement dit, seuls comptent l'aspect précis de la situation soumis au juge et la forme particulière que le litige revêtira, notamment s'agissant des parties impliquées.

La différence d'objet entre le conflit de lois et le conflit de juridictions ne conduira certes pas toujours à des résultats différents dans l'appréciation de l'internationalité. C'est même le contraire. Dans les hypothèses les plus simples, qui sont également les plus fréquentes, à l'internationalité de la situation juridique répondra l'internationalité du litige. Que l'on prenne l'exemple d'un couple constitué d'un Français et d'une Allemande souhaitant divorcer, dont l'ancienne résidence habituelle commune était située en France et dont l'épouse est retournée vivre en Allemagne à la séparation du couple. Du point de vue du conflit de lois, le divorce est sans aucun doute international, étant rattaché à deux ordres juridiques différents et créant donc un doute sur la loi applicable. De même, du point de vue du conflit de juridictions, l'éparpillement des éléments du litige entre deux pays posera la question de la compétence internationale des juridictions françaises ou allemandes, selon celles qui seront saisies.

Dans des hypothèses plus complexes, en revanche, il n'est pas exclu que l'internationalité diverge en matière de conflit de lois et de conflit de juridictions. Peut tout d'abord être envisagé qu'une situation soit internationale sur le plan du conflit de lois alors que le litige qui en découle ne le serait pas sur le plan du conflit de juridictions. Cela résulterait du fait que « la conception judiciaire [de l'internationalité] ne prend en considération que la partie du litige [on

1645. ASSOCIATION HENRI CAPITANT et al., *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 971.

1646. Pour cette conclusion, voir déjà C. A. ARRUE MONTENEGRO, *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, op. cit., p. 195.

1647. *Ibid.*, p. 195.

devrait plutôt dire : de la relation] qui a été soumise au tribunal, tandis que la représentation substantielle prend en considération la relation juridique dans son ensemble »¹⁶⁴⁸. Ainsi en irait-il par exemple d'une succession dont l'internationalité résulterait du fait que le défunt possède plusieurs biens immobiliers à l'étranger, les autres éléments de la situation étant tous rattachés à l'ordre juridique interne. Un litige qui opposerait les héritiers sur la seule attribution d'un bien immobilier situé sur le territoire interne apparaîtrait comme étant purement interne, en l'absence d'élément d'extranéité affectant la procédure, de sorte qu'aucun doute ne naîtrait pour le juge sur sa compétence internationale. La situation pourrait toutefois apparaître internationale sous l'angle du conflit de lois si elle était appréciée dans sa globalité, en raison notamment de l'incidence que l'existence de ces immeubles situés à l'étranger pourrait avoir sur le règlement de la succession.

En sens inverse, il se peut également qu'une situation interne sur le plan du conflit de lois donne naissance à un litige international sur le plan du conflit de juridictions, en raison de certains éléments d'extranéité propres à cette dernière matière. Pour qualifier l'internationalité du litige, il faudrait en effet également prendre en compte, selon certains auteurs : les parties au procès, qui ne sont pas nécessairement celles de la situation juridique ayant donné lieu au litige¹⁶⁴⁹, les actes de procédure et les moyens de preuve¹⁶⁵⁰, l'applicabilité d'un droit étranger au fond du litige¹⁶⁵¹ et la désignation par les parties d'un juge étranger¹⁶⁵².

La pertinence de certains de ces éléments d'extranéité doit toutefois d'emblée être remise en cause. Il convient tout d'abord d'exclure la désignation d'un juge étranger, dans la mesure où la qualification de l'internationalité ne doit pas dépendre de la volonté des parties¹⁶⁵³. Retenir l'applicabilité d'un droit étranger au fond du litige comme élément d'extranéité ne nous semble pas plus pertinent, parce que la loi applicable ne dit rien de la compétence juridictionnelle. En outre, nous n'adhérons que partiellement à l'idée de prendre en compte les actes de procédure et les moyens de preuve : si ces éléments peuvent être pertinents pour qualifier l'internationalité du litige lorsqu'il s'agit de faire application de certaines règles procédurales relatives à la matière internationale, ils ne sont en revanche pas suffisants lorsqu'il s'agit d'appliquer la règle de compétence internationale ou plus encore de se prononcer sur la licéité d'une convention attributive de juridiction.

1648. *Ibid.*, p. 196.

1649. *Ibid.*, p. 195.

1650. *Idem*, *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, *op. cit.*, p. 195 ; H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht : mit internationalem Insolvenz- und Schiedsverfahrensrecht ; ein Studienbuch*, *op. cit.*, p. 3, n° 8 ; A.-K. KOBERG, *Zivilprozessuale Besonderheiten bei Sachverhalten mit Auslandsberührung*, Dike, St. Gallen, 1992, p. 54.

1651. H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht : mit internationalem Insolvenz- und Schiedsverfahrensrecht ; ein Studienbuch*, *op. cit.*, p. 3, n° 8 ; R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 4, n° 10.

1652. *Idem*, *Internationales Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 4, n° 10.

1653. Voir *supra*, p. 25 s.

Il reste le cas de la divergence d'identité des parties à la relation juridique et des parties au litige, qui est susceptible de constituer l'hypothèse la plus fréquente dans laquelle une situation interne donne lieu à un litige international. L'exemple topique est celui-ci d'une partie disposant d'une créance qu'elle céderait à un tiers qu'elle charge de faire valoir ses intérêts en justice. Il n'est en effet pas exclu, dans une situation purement interne, que le tiers choisi soit de nationalité étrangère ou établi à l'étranger. Dès lors que ce tiers agira devant les juridictions internes, le litige apparaîtra comme international en raison du caractère étranger de sa nationalité ou de son établissement qui crée un doute sur la compétence internationale.

En conclusion, il résulte de ces considérations que l'internationalité du litige ne correspond pas nécessairement à l'internationalité de la situation juridique des parties. Les hypothèses sont certes rares, mais afin d'assurer une bonne qualification de l'internationalité, il convient de veiller à apprécier celle-ci par rapport à la situation des parties en matière de conflit de lois et par rapport à leur litige en matière de conflit de juridictions. Une exception à ce principe devra toutefois être reconnue pour l'appréciation de la licéité des conventions attributives de juridiction.

§ 2. Conventions de choix du juge compétent et de la loi applicable

La détermination de l'objet de l'internationalité peut également donner lieu à hésitation lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la licéité d'une convention attributive de juridiction ou de choix de loi applicable. Il existe en effet jusqu'à quatre objets différents pouvant servir à la qualification de l'internationalité : le litige des parties, leur situation, leur contrat et la convention/clause en elle-même¹⁶⁵⁴. Différentes opinions doctrinales ont été soutenues sur ce point.

Clause. La position la plus libérale consiste à exiger que la clause attributive de juridiction ou de choix de loi applicable présente un caractère international¹⁶⁵⁵. L'internationalité de la clause serait donc caractérisée dès lors que celle-ci désignerait une juridiction ou une loi étrangère¹⁶⁵⁶. Ce résultat est la raison même pour laquelle l'idée de retenir la clause comme objet de l'internationalité ne peut à notre sens être retenue. L'internationalité de la clause ne légitime en effet en

1654. Voir *supra*, p. 107 s.

1655. Soutenant cette position, P. LAGARDE, « La convention de La Haye du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for », *Trav. com. fr. DIP* 1964-1966, p. 156, à propos de la convention de La Haye du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for ; G. A. L. DROZ, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté Economique Européenne selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, *op. cit.*, p. 129, n° 207, à propos de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

1656. Dans le cadre de la convention de Bruxelles, *idem*, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté Economique Européenne selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, *op. cit.*, p. 129, n° 207 ; A. BURGSTALLER et M. NEUMAYR, « Beobachtungen zu Grenzfragen der internationalen Zuständigkeit : Von forum non conveniens bis Notzuständigkeit », *op. cit.*, p. 122 ; néanmoins critiques, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, *op. cit.*, p. 653, n° 7 ; P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, *op. cit.*, p. 99, n° 167.

rien l'accès des parties à la faculté de choix du juge compétent ou de la loi applicable, puisque cette internationalité résulte de leur seule volonté. Cela reviendrait à n'exiger en réalité aucune condition d'internationalité pour l'admission des conventions attributives de juridiction et de choix de loi applicable en matière internationale.

Situation. Une deuxième solution consiste à retenir la situation juridique des parties ayant effectué le choix de juge compétent ou de loi applicable pour apprécier l'internationalité. Il s'agit de la solution la plus couramment admise en matière de choix de la loi applicable¹⁶⁵⁷. En matière contractuelle, certains auteurs effectuent toutefois une distinction entre le contrat et la situation des parties, qu'ils considèrent comme étant deux objets différents : la situation des parties aurait des contours plus larges que leur contrat et permettrait donc d'apprécier plus largement l'internationalité¹⁶⁵⁸. Cette distinction, mentionnée dans les travaux préparatoires de la convention de Rome¹⁶⁵⁹, est ainsi la raison de l'emploi du terme de *situation* à l'article 3 § 3¹⁶⁶⁰.

En dehors du champ d'application de la convention de Rome et du règlement Rome I, il ne nous semble toutefois pas opportun de distinguer entre ces deux objets. Cela introduirait un élément de complexité supplémentaire dans la qualification de l'internationalité, puisqu'il n'est pas aisé de distinguer les éléments d'extranéité qui relèvent du contrat, soit de la relation contractuelle des parties *stricto sensu*, de ceux qui relèveraient plus généralement de la situation juridique dans laquelle elles se trouvent. La distinction nous semble en outre inutile au regard de sa seule fonction, qui est de permettre une appréciation plus ou moins large de l'internationalité. Rien ne s'oppose en effet à une appréciation large de l'internationalité par référence au contrat des parties. Ce qui, dans la convention de Rome et son successeur, invite à une appréciation large de l'internationalité aux fins d'application de l'article 3 § 3 est moins l'emploi en tant que tel du terme de situation, qu'il n'est pas certain que le praticien distingue spontanément du contrat, que la connaissance de la valeur que les rédacteurs de la convention souhaitaient conférer à ce terme.

Nous ne distinguerons donc pas pour notre part entre le contrat et la situation des parties, que nous considérons comme renvoyant au même objet de l'internationalité en dehors du cas particulier de la convention de Rome et du règlement Rome I. Nous admettons donc que l'internationalité nécessaire à la licéité de la convention de choix de loi applicable peut être appréciée tant au regard de la situation que du contrat des parties, sans donner de sens différent à ces deux termes.

1657. Voir p. ex., parmi d'autres, les références qui sont systématiquement faites à l'internationalité de la *situation* ou du *contrat* chez des auteurs comme : D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome II. Partie spéciale, op. cit.*, p. 418, n° 917; M.-L. NIBOYET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 29; J.-M. JACQUET, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 84; H. BATIFFOL, « note sous Tribunal civil de la Seine, 7 juin 1956, Eddie Constantine et Tercinet c/ Buck et Dolivet », *art. cit.*, p. 687.

1658. J. BÖHLE, « Die Abwahl zwingenden Rechts vor staatlichen Gerichten in Inlandsfällen », *art. cit.*, p. 80.

1659. Voir *supra*, p. 246 s.

1660. J. BÖHLE, « Die Abwahl zwingenden Rechts vor staatlichen Gerichten in Inlandsfällen », *art. cit.*, p. 81.

Litige. La référence à la situation des parties pour caractériser l'internationalité est moins évidente lorsqu'il s'agit d'apprécier la licéité d'une convention attributive de juridiction. La doctrine a plutôt tendance en ce domaine à se référer à l'internationalité du *litige*¹⁶⁶¹, sans qu'il ne soit toutefois certain que ce terme soit employé avec la volonté de lui attribuer un contenu différent de la *situation*. C'est également dans « les litiges internationaux » que l'arrêt *Compagnie de signaux*¹⁶⁶² a reconnu la licéité des conventions attributives de juridiction. Dans la mesure où la convention attributive de juridiction ne trouve d'utilité que si la relation des parties prend une tournure contentieuse et qu'elle a pour effet de faciliter le règlement du conflit de juridictions, on pourrait en effet légitimement penser à apprécier l'internationalité par rapport au litige.

Au moins deux raisons militent toutefois à notre sens pour la solution contraire. D'une part, il nous semble que c'est l'internationalité de la situation et non du litige qui permet de s'affranchir des contraintes du droit interne en matière de conventions attributives de juridiction : « c'est parce que le contrat est international que la disponibilité des droits est plus grande et que la forme est plus libre »¹⁶⁶³. D'autre part, il s'agit surtout de la seule solution permettant d'apprécier la licéité de la convention attributive de juridiction avant la naissance de tout différend. Si l'on choisissait d'apprécier l'internationalité par rapport au litige des parties, il faudrait en effet attendre la survenance d'un contentieux pour vérifier si la configuration procédurale que prend la relation des parties est dotée d'un élément d'extranéité. Or, la convention attributive de juridiction étant un instrument de prévision, il est important que les parties sachent dès sa conclusion si elle a valablement été formée. Dans l'arrêt *Keller* du 4 octobre 2005, la Cour de cassation a jugé à propos de la convention de Bruxelles que « l'application de l'article 17 [...] est subordonnée à la reconnaissance du caractère international de la *situation* »¹⁶⁶⁴. Il nous semble que cette terminologie, plus adéquate que celle employée dans l'arrêt *Compagnie de signaux*, devrait être conservée.

En conclusion, la licéité des conventions attributives de juridiction et de choix de loi applicable devrait être appréciée par rapport à la situation juridique des parties, constituant ainsi une

1661. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome I. Partie générale, op. cit.*, p. 79, n° 56 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé, op. cit.*, p. 689, n° 681 ; P. MAYER, V. HEUZÉ et B. RÉMY, *Droit international privé, op. cit.*, p. 197, n° 285 ; M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé, op. cit.*, p. 307, n° 411 ; C. A. ARRUE MONTENEGRO, *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions, op. cit.*, p. 195 ; H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 1 ; H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht : mit internationalem Insolvenz- und Schiedsverfahrensrecht ; ein Studienbuch, op. cit.*, p. 3, n° 8 ; A.-K. KOBERG, *Zivilprozessuale Besonderheiten bei Sachverhalten mit Auslandsberührung, op. cit.*, p. 51 ; A. R. MARKUS, *Internationales Zivilprozessrecht, op. cit.*, p. 11, n° 41.

1662. Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1985, *Compagnie de signaux*, D. 1986, I.R. p. 265, obs. B. AUDIT ; *Rev. crit. DIP* 1986, p. 537, note H. GAUDEMET-TALLON ; GADIP n° 72. L'arrêt a été confirmé par l'arrêt Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1986, *Siaci*, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 396, note H. GAUDEMET-TALLON ; *DMF* 1987, p. 706, note P.-Y. NICOLAS ; *ibid.* 1988, p. 156, obs. P. BONASSIES.

1663. M.-E. ANCEL, « L'internationalité à la lumière de la convention d'*electio foris* », *op. cit.*, p. 26, n° 6.

1664. Cass. 1^{re} civ., 4 octobre 2005, n° 02-12.959, *Keller*, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 413, note B. AUDIT ; *JDI* 2006, p. 169, note J.-M. JACQUET ; *Gaz. Pal.*, 25 févr. 2006, n° 56, p. 24, obs. M.-L. NIBOYET ; *RTD Com.* 2006, p. 252, note Ph. DELEBECQUE ; *Proc.* 2006, comm. 79 par C. NOURISSAT.

exception à la règle selon laquelle l'internationalité devrait être caractérisée par rapport au litige en matière de conflit de juridictions.

Section II. Le moment d'appréciation de l'internationalité

Le caractère interne ou international des situations juridiques n'est pas figé dans le temps : un élément d'extranéité peut en effet apparaître (§ 1) ou disparaître (§ 2) au cours de leur existence. Du moment retenu pour apprécier l'internationalité dépend donc la qualification interne ou internationale de la situation, ce qui peut entraîner des conséquences importantes sur son régime dans les domaines dans lesquels les situations internationales jouissent d'un traitement spécifique par rapport aux situations internes. La détermination du moment d'appréciation de l'internationalité est ainsi primordiale.

§ 1. L'apparition postérieure de l'internationalité

Après avoir décrit les risques liés à l'internationalisation d'une situation originellement interne et mesuré la probabilité qu'ils se produisent en l'état actuel du droit positif (A.), seront étudiés les moyens permettant d'anticiper leur survenance (B.).

A. La mesure des risques liés à l'internationalisation

L'internationalisation d'une situation à l'origine purement interne peut avoir deux conséquences majeures pour les parties : d'une part, contraindre le demandeur et/ou le défendeur à plaider devant une juridiction étrangère et, d'autre part, entraîner l'application d'une loi étrangère. Toutes les parties ne seront certes pas surprises par ces éventuels changements, car certaines d'entre elles, ayant appréhendé l'importance de l'internationalisation de leur situation, pourraient savoir précisément ses conséquences sur la détermination du juge compétent et de la loi applicable. Il reste toutefois que pour la majorité des individus, que l'on peut penser non familiarisés aux problèmes et solutions du droit international privé, les changements induits par l'internationalisation de leur situation seront inattendus. Les deux risques qui viennent d'être mentionnés ne sont susceptibles de se réaliser qu'à la condition que le juge apprécie le chef de compétence de la règle de conflit de juridictions (1.) et le facteur de rattachement de la règle de conflit de lois (2.) en se plaçant à un moment postérieur à l'internationalisation de la situation. Dans le cas contraire, ils renverront nécessairement au juge interne et au droit interne.

1. *Le moment d'appréciation du chef de compétence*

L'internationalisation de la situation¹⁶⁶⁵ des parties peut conduire à un résultat imprévisible à la fois pour le défendeur (1°), si elle a pour effet de fonder la compétence d'un juge étranger que le demandeur s'empressera de saisir, mais également pour ce dernier (2°), si l'apparition de ce chef de compétence se double de la disparition de la compétence des tribunaux internes. Pour que ce premier cas de figure puisse se réaliser, deux conditions doivent être réunies : il faut que l'élément d'extranéité nouvellement acquis corresponde à un chef de compétence prévu par le droit étranger et que le moment d'appréciation de ce chef de compétence soit postérieur à l'apparition de l'élément d'extranéité. S'agissant du second cas de figure, il faut en outre que l'internationalisation ait affecté le seul élément qui fondait la compétence des juridictions internes ou que l'élément d'extranéité fonde une compétence exclusive du juge étranger que le juge interne serait tenu de respecter.

Ces conditions étant posées, peut être d'emblée affirmé que la probabilité que les parties se retrouvent, au regard de l'état actuel des droits positifs français et allemand, dans l'une des deux situations décrites est réelle.

1° S'agissant premièrement de la possibilité que le défendeur soit attiré par surprise devant une juridiction étrangère, la condition déterminante est donc que le chef de compétence soit apprécié postérieurement à l'internationalisation de la situation. À cet égard, il faut distinguer, de manière analogue aux règles de conflit mobile en matière de conflit de lois¹⁶⁶⁶, selon que le moment d'appréciation du chef de compétence est figé dans le temps ou au contraire susceptible d'évoluer. Cette fixation dans le temps peut résulter soit de la nature du chef de compétence retenu, soit de la formulation de la règle de conflit de juridictions.

Le cas de figure du chef de compétence figé par nature dans le temps renvoie à l'hypothèse dans laquelle la règle de compétence internationale se réfère à la localisation d'un immeuble ou à un événement qui s'est produit à un moment précis¹⁶⁶⁷. Pour qu'un tel rattachement fixe puisse entraîner la compétence d'un juge étranger à la suite de l'internationalisation de la situation, il faut nécessairement qu'il se réfère à un événement s'étant produit après cette internationalisation. Or, il n'y a pas, à notre connaissance, de règle de compétence internationale en droit français ou allemand qui retienne un rattachement par nature fixe dans le temps et qui ne soit pas concomitant à la constitution de la situation.

Dans le deuxième cas de figure du chef de compétence susceptible d'évolution dans le temps mais dont le moment d'appréciation est fixé par la règle de conflit de juridictions, doit en revanche être constaté que la règle de compétence internationale, particulièrement de source euro-

1665. Tout au long de ces développements, nous partirons du fait que l'internationalisation de la situation a pour conséquence d'entraîner l'internationalité du litige, afin de ne pas complexifier inutilement le propos.

1666. Voir *infra*, p. 389 s.

1667. Voir B. ANCEL, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 55, dans le cadre du conflit mobile.

péenne, emploie fréquemment un chef de compétence dont le moment d'appréciation pourrait être postérieur à l'internationalisation de la situation. Peut être cité à titre d'exemple le règlement Bruxelles II bis qui donne notamment compétence, en matière matrimoniale, aux juridictions de la « résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins une année *immédiatement avant* l'introduction de la demande » ou en matière de responsabilité parentale, aux juridictions de la résidence habituelle de l'enfant « au moment où la juridiction est saisie »¹⁶⁶⁸.

Reste le cas des chefs de compétence susceptibles d'évoluer dans le temps et pour lesquels la règle de conflit de juridictions n'indique aucun moment d'appréciation. Le droit commun de la procédure civile conduira, en France comme en Allemagne, à se référer aux faits tels qu'ils existent au moment de la saisine du juge, car la compétence du juge s'apprécie au moment de l'introduction de l'instance. Ce faisant, le chef de compétence sera nécessairement apprécié à un moment postérieur à l'internationalisation de la situation. L'internationalisation de la situation des parties permettra donc la saisine d'un juge étranger si l'élément d'extranéité apparu correspond à un chef de compétence retenu par le droit étranger.

2° Doit être envisagé, deuxièmement, le cas dans lequel l'apparition postérieure d'un élément d'extranéité a pour effet de priver le demandeur d'accès aux tribunaux de l'ordre juridique de constitution de la situation. Cela est tout d'abord susceptible de se produire si le nouvel élément d'extranéité fonde la compétence exclusive d'une juridiction étrangère que le juge interne serait tenu de respecter. C'est essentiellement par application des règlements européens de droit international privé qu'un tel risque pourrait se concrétiser. Un certain nombre d'entre eux considèrent en effet certaines voire l'ensemble des règles de compétence qu'ils posent comme exclusives¹⁶⁶⁹. Dès lors, si la situation des parties acquiert un élément d'extranéité qui permet de fonder la compétence d'un juge étranger sur la base de l'un de ces chefs de compétence, elles n'auront plus accès à la compétence alternative des juridictions internes.

Il est enfin possible que l'apparition de l'élément d'extranéité retire toute base de compétence aux tribunaux de l'ordre juridique d'origine de la situation parce que les éléments qui fondaient la compétence de ces derniers sont justement ceux qui se sont internationalisés. Le risque devrait rester ponctuel en raison de l'existence dans la plupart des matières de compétences alternatives, de sorte que tous les éléments de la situation susceptibles de fonder la compétence des juridictions internes devraient s'internationaliser pour faire disparaître la compétence des juridictions internes. Le cas dans lequel les parties risquent le plus de se faire surprendre par la disparition de la compétence internationale des tribunaux internes est donc peut-être celui dans lequel leur compétence était uniquement fondée sur la résidence habituelle du défendeur, qui a été transférée à l'étranger, si la saisine a lieu peu de temps après la constitution de cette nouvelle résidence habituelle. Tel est par exemple susceptible d'être le cas s'agissant de la compétence en matière

1668. Règlement, articles 3 § 1 a) et 8 § 1.

1669. Voir les articles 24 et 27 du règlement Bruxelles I bis, l'article 17 du règlement Bruxelles II bis, l'article 15 du règlement *successions*, du règlement *régimes matrimoniaux* et du règlement *partenariats enregistrés*.

de responsabilité familiale fondée sur l'article 8 du règlement Bruxelles II bis, si l'on excède la durée du maintien temporaire de la compétence de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant en vertu de l'article 9.

En conclusion, il existe donc bien, en matière de compétence juridictionnelle, un risque que l'internationalisation de la situation des parties surprenne le demandeur par une impossibilité d'accès aux tribunaux de l'ordre juridique d'origine de la situation et le défendeur par une assignation devant les juridictions d'un État étranger.

2. *Le moment d'appréciation du facteur de rattachement*

L'internationalisation d'une situation juridique originellement interne peut également surprendre les parties sur le terrain de la loi applicable, si la règle de conflit de lois entraîne l'application d'une loi étrangère alors que les parties continuaient à se fonder sur l'application de la loi de l'ordre juridique de constitution de la situation. Le risque d'application d'une loi étrangère en cas d'internationalisation d'une situation originellement interne existe aussi bien en cas de saisine du juge interne que d'un juge étranger. Dans l'un et l'autre cas de figure, l'étendue de ce risque dépend du point de savoir si le facteur de rattachement de la règle de conflit de lois est apprécié avant ou après l'internationalisation de la situation. S'il est apprécié avant, c'est nécessairement la loi de l'ordre juridique de constitution de la situation qui sera appliquée, puisque tous les éléments de la situation étaient rattachés à ce moment-là à cet ordre juridique. En revanche, si le facteur de rattachement est apprécié après, la situation sera soumise à une loi étrangère si le facteur de rattachement correspond au nouvel élément d'extranéité acquis par la situation.

Dans ce dernier cas, se retrouvera la même distinction que celle effectuée pour le conflit de juridictions¹⁶⁷⁰. Le risque d'application d'une loi étrangère dépendra de la nature du facteur de rattachement retenu par la règle de conflit de lois. S'il s'agit d'un rattachement fixe par nature, il devra renvoyer à un événement s'étant produit après l'internationalisation de la situation. S'il s'agit d'un rattachement susceptible d'évolution dans le temps, il faudra que la règle de conflit de lois ou que les règles gouvernant le conflit mobile conduisent à retenir un moment d'appréciation postérieur à l'apparition de l'élément d'extranéité.

Comme en matière de conflit de juridictions, se retrouvent donc tout d'abord des facteurs de rattachement insusceptibles de déplacement dans le temps, qu'il s'agisse du cas topique du lieu de situation d'un immeuble ou d'un événement se réalisant à un moment précis dans le temps¹⁶⁷¹. L'étude des règles de conflit de lois des droits français et allemand recourant à de tels critères montre toutefois qu'elles n'entraînent *a priori* aucun risque de surprise des parties par l'application d'un droit étranger, car lorsque le facteur de rattachement renvoie à un tel événement, celui-ci se réalise en principe au moment de la constitution de la situation, ce dont il

1670. Voir *supra*, p. 386 s.

1671. B. ANCEL, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n° 55.

résulte l'application de la loi interne. N'existe, à notre connaissance, aucun facteur de rattachement renvoyant à un évènement se produisant au cours de la relation des parties, et qui est donc susceptible de renvoyer à un moment postérieur à l'internationalisation de la situation.

S'agissant ensuite des facteurs de rattachement susceptibles d'évolution dans le temps, l'observation des droits internationaux privés français et allemand montre que seules certaines règles de conflit de lois prennent le soin de fixer expressément le moment d'appréciation du facteur de rattachement, particulièrement lorsqu'elles sont de source européenne ou conventionnelle. Parmi elles, il n'existe à notre connaissance aucune règle qui se réfère expressément à un moment d'appréciation postérieur à la constitution de la situation. Ici également, il ne devrait donc exister *a priori* aucun risque d'application d'une loi étrangère, même si le facteur de rattachement retenu par la règle de conflit de lois s'est internationalisé.

Enfin, lorsque la règle de conflit de lois ne contient aucune indication relative au moment d'appréciation du facteur de rattachement, ce sont les règles de conflit mobile qui permettront de déterminer dans quelle mesure les parties risquent de se voir appliquer une loi étrangère. Concrètement, les parties qui n'avaient pas ou mal appréhendé le fait que l'internationalisation de leur situation puisse avoir des conséquences sur la loi applicable se feront surprendre si l'élément d'extranéité nouvellement apparu correspond au facteur de rattachement et si les règles de conflit mobile entraînent une applicabilité immédiate voire une rétroactivité de la loi étrangère désignée par le nouveau facteur de rattachement.

Or, peut être observé que les règles françaises et allemandes de conflit mobile, qui consacrent des solutions comparables dans leurs principes, conduisent assurément à un tel résultat dans un nombre non négligeable de cas. La doctrine allemande, très imprégnée des solutions internes de droit transitoire, distingue entre trois catégories de situations juridiques. Pour les situations anciennes (*abgeschlossene Sachverhalte*), qui ont déjà produit tous leurs effets de droit, le principe est celui du maintien de l'applicabilité du droit de l'ordre juridique d'origine de la situation¹⁶⁷². Pour les situations « ouvertes » (*offene Sachverhalte*), qui ne remplissent pas encore toutes les conditions matérielles ou formelles nécessaires à leur constitution¹⁶⁷³, le droit nouveau régit les conditions qui ne se sont pas encore réalisées et décide de la mesure dans laquelle il reconnaît les conditions déjà réalisées sous l'ancien droit¹⁶⁷⁴. Si la situation qui a commencé à se former est une institution étrangère qui n'a pas de correspondance dans le droit nouveau, le droit ancien continue toutefois à s'appliquer¹⁶⁷⁵. Enfin, pour les situations « mixtes » (*gemischte Sachve-*

1672. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, op. cit., p. 189; B. v. HOFFMANN et K. THORN, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundzüge des internationalen Zivilverfahrensrechts*, op. cit., p. 215, n° 103; Chr. von BAR et P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht. Band I. Allgemeine Lehren*, op. cit., p. 332, n° 174.

1673. B. v. HOFFMANN et K. THORN, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundzüge des internationalen Zivilverfahrensrechts*, op. cit., p. 215, n° 104.

1674. *Ibid.*, p. 215, n° 104.

1675. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, op. cit., p. 190.

rhalte), entièrement constituées sous l'empire d'un droit mais qui produisent ou continuent de produire leurs effets sous un autre droit¹⁶⁷⁶, le principe est celui de l'application immédiate du droit nouveau aux effets – futurs – de la situation¹⁶⁷⁷, à l'exception de certains rapports d'obligations, qui continuent d'être intégralement régis par le droit ancien¹⁶⁷⁸.

La résolution du conflit mobile en droit français est marquée par un désaccord entre les auteurs qui souhaitent étendre les solutions du droit transitoire interne et ceux qui se prononcent pour une élaboration plus sophistiquée des règles de conflit mobile par interprétation au cas par cas des différentes règles de conflit de lois¹⁶⁷⁹. Dans ce dernier cas, il conviendrait de s'attacher aux objectifs de la règle de conflit de lois pour déterminer le moment d'appréciation de son facteur de rattachement¹⁶⁸⁰. Sans qu'il ne nous appartienne de trancher ce débat, il suffit de constater que l'un comme l'autre de ces courants conduit parfois à l'application d'une loi étrangère à certaines situations originellement internes s'étant internationalisées.

S'agissant tout d'abord des situations qui se sont entièrement réalisées sous l'empire d'un seul droit, la cour d'appel de Rabat et la cour d'appel de Paris ont respectivement rendu les arrêts *Machet* du 24 octobre 1950¹⁶⁸¹ et *Banque ottomane* du 19 mars 1965¹⁶⁸², dans lesquels elles ont jugé que « le système de conflit du for n'a pas à intervenir à l'égard de situations qui se sont établies à l'étranger, s'y sont développées et y ont épuisé leurs effets alors qu'elles ne présentaient aucune attache avec le for ». Même si la solution n'a jamais été reprise par la Cour de cassation¹⁶⁸³, il est admis que les situations passées doivent rester régies par la loi de leur ordre juridique de constitution¹⁶⁸⁴. S'agissant ensuite des situations en cours, qui se sont constituées sous l'empire d'une loi et produisent ou continuent de produire leurs effets sous l'empire d'une autre loi, est appliqué le principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle

1676. *Idem*, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 191 ; B. v. HOFFMANN et K. THORN, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundzüge des internationalen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 215, n° 105.

1677. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 191 ; B. v. HOFFMANN et K. THORN, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundzüge des internationalen Zivilverfahrensrechts*, *op. cit.*, p. 216, n°s 106-107.

1678. Voir pour les détails, Chr. von BAR et P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht. Band I. Allgemeine Lehren*, *op. cit.*, p. 334, n° 177.

1679. B. BOURDELOIS, *Rép. int. Dalloz*, V° Mariage, 2019, n° 137 ; M. FARGE, « Chapitre 512. Détermination du droit applicable » in *Dalloz action Droit de la famille*, Dalloz, Paris, 2016, n°s 512.314-512.315.

1680. J. FOYER et P. COURBE, *J.-Cl. dr. int. Fasc. 533-2 : Conflits mobiles*, 2015, n° 95.

1681. CA Rabat, 24 oct. 1950, *Machet*, *Rev. crit. DIP* 1952, p. 89, note Ph. FRANCESCAKIS ; *JDI* 1951, p. 898, note B. GOLDMAN.

1682. CA Paris, 19 mars 1965, *Banque ottomane*, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 85, note P. LAGARDE ; *JDI* 1966, p. 118, note B. GOLDMAN.

1683. B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, *op. cit.*, p. 215, n° 4.

1684. *Idem*, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, *op. cit.*, p. 215, n° 4 ; Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 213, n° 133 ; S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, *op. cit.*, p. 285-286, n° 284.

pour les situations légales en cours¹⁶⁸⁵, si l'on se réfère au courant doctrinal raisonnant par analogie avec le droit transitoire interne, qui serait majoritaire aujourd'hui¹⁶⁸⁶. Pour les rapports d'obligations, en revanche, subsiste en principe la loi applicable au moment de la constitution de la situation¹⁶⁸⁷.

Dans la mesure où les règles françaises et allemandes de conflit mobile conduisent donc fréquemment à l'application immédiate de la loi nouvelle, le risque que les parties à une situation originellement interne se fassent surprendre par l'application d'une loi étrangère en cas d'internationalisation de leur situation est bien réel. Cela amène désormais à s'interroger sur les moyens de remédier à ce risque.

B. La prise en charge des risques liés à l'internationalisation

Il n'existe pas de solution permettant de s'affranchir en toutes circonstances des risques que l'internationalisation de situations à l'origine purement internes pourrait entraîner relativement à la prévisibilité de la loi applicable et du juge compétent. Une neutralisation, par le législateur, de tout risque de compétence d'un juge étranger ou d'une loi étrangère en cas d'internationalisation ne pourrait en effet passer que par la cristallisation systématique des compétences juridictionnelle et législative de l'ordre juridique de constitution de la situation. Or, ce modèle, qui fut notamment proposé par Bartin en matière de loi applicable¹⁶⁸⁸, n'est pas viable car la compétence de l'ordre juridique de constitution de la situation finit par perdre de sa pertinence lorsque la situation s'est partiellement voire majoritairement relocalisée dans un autre ordre juridique¹⁶⁸⁹.

Il est toutefois possible de prendre un certain nombre de mesures permettant de réduire les risques liés à l'internationalisation. La première d'entre elles, et qui relève davantage de la pédagogie que du droit, passe par une sensibilisation à la matière du droit international privé et à ses enjeux sur le juge compétent et la loi applicable. Dans cette optique, un second pas pourrait être réalisé en précisant systématiquement le moment d'appréciation du chef de compétence ou du facteur de rattachement. Cela permettrait, en évitant notamment un détour par la consultation des règles de conflit mobile, une meilleure appréciation des risques liés à une éventuelle internationalisation. Enfin, une troisième solution consiste à fournir les instruments nécessaires aux parties qui souhaiteraient s'emparer de cette problématique. Les risques liés à l'internationalisation peuvent en effet être entièrement prévenus par les parties si on les autorise à désigner le juge compétent (1.) et la loi applicable (2.) en anticipation de l'internationalisation de leur situation.

1685. B. ANCEL, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n^{os} 63-64.

1686. J. FOYER et P. COURBE, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n^o 42.

1687. B. ANCEL, *Rép. int. Dalloz, op. cit.*, n^o 75.

1688. J. FOYER et P. COURBE, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n^o 65.

1689. M. FARGE, « Chapitre 512. Détermination du droit applicable », *op. cit.*, n^o 512.313.

1. *L'anticipation par une convention attributive de juridiction*

Les risques liés à l'internationalisation d'une situation à l'origine purement interne pourraient être neutralisés, sur le plan juridictionnel, par la conclusion d'une convention attributive de juridiction. Une telle convention permettrait aux parties de cristalliser la compétence des tribunaux internes, afin de se prémunir du risque de saisine d'un juge étranger. Pourrait même être envisagé de leur permettre de convenir d'emblée de la compétence d'un juge étranger, lorsqu'elles savent que leur situation sera amenée à développer un lien de rattachement avec le pays étranger concerné. La question se pose néanmoins de savoir dans quelle mesure le droit positif pourrait autoriser une telle solution, car l'on sait que la licéité des conventions attributives de juridiction est soumise en principe à une condition d'internationalité¹⁶⁹⁰. Or, notre hypothèse de réflexion est justement celle d'une situation interne au moment de la conclusion de la convention attributive de juridiction. Il est donc nécessaire de procéder à une certaine accommodation des solutions de droit positif. Plusieurs voies sont envisageables.

La première d'entre elles, la plus radicale, serait de procéder à la suppression de la condition d'internationalité en matière de conventions attributives de juridiction¹⁶⁹¹. Tout problème résultant de la relativité temporelle de l'internationalité serait conséquemment résolu. Comme nous l'avons écrit précédemment, il nous semble que les parties à une situation purement interne ont un intérêt légitime à convenir de la compétence des juridictions internes, particulièrement lorsque ce choix est dicté par la volonté de préserver la continuité et donc la prévisibilité du juge compétent¹⁶⁹². Même si la situation des parties ne devait pas s'internationaliser en fin de compte, il n'y aurait rien d'indésirable à l'existence de cette convention attributive de juridiction, puisque son application aboutirait au même résultat que l'application des règles objectives de compétence internationale. S'agissant du choix d'un juge étranger, nous avons toutefois écrit que l'extension de la faculté de choix du juge compétent aux situations internes ne nous apparaît pas acceptable à l'heure actuelle, sauf à la cantonner aux seuls rapports entre États membres de l'Union Européenne¹⁶⁹³. Or, dans la mesure où la suppression de la condition d'internationalité s'appliquerait à toutes les conventions attributives de juridiction, qu'elles soient conclues au profit d'un juge interne ou d'un juge étranger, la solution est trop radicale pour être envisageable.

Les instruments qui n'offrent qu'un choix limité de juge compétent aux parties constituent toutefois un cas particulier à cet égard. Peut être cité le règlement *aliments* à titre d'illustration. Son article 4 permet en effet aux parties de conclure une convention attributive de juridiction au profit des tribunaux de l'État de la résidence habituelle ou de la nationalité de l'une d'entre elles, et pour les (ex-)époux, des tribunaux compétents pour connaître de leurs différends en matière matrimoniale ou de ceux de leur dernière résidence habituelle commune. L'article précise que ces

1690. Avec le doute qui pèse sur le § 38 de la *Zivilprozessordnung*, voir *supra*, p. 87 s.

1691. F. MAULTZSCH, « Parteiautonomie bei reinen Inlandsfällen im Internationalen Privat-, Prozess- und Schiedsverfahrensrecht », *op. cit.*, p. 318.

1692. Voir *supra*, p. 266 s.

1693. Voir *supra*, p. 260 s. et p. 295 s.

différents critères peuvent être appréciés soit au moment de la conclusion de la convention, soit au moment de l'introduction de l'instance. Si l'on acceptait d'appliquer cet article aux situations internes, les parties pourraient donc convenir de la compétence d'un juge étranger si elles savent que leur situation présentera l'élément d'extranéité nécessaire au moment de la saisine de celui-ci.

Or, nous pensons que rien ne s'oppose en opportunité à un tel choix de juge compétent par anticipation de l'internationalisation de leur situation, car le fait que le choix soit limité à des juridictions avec lesquelles la situation entretient un lien aura pour conséquence de rendre la désignation d'un juge étranger inopérante si la situation devait ne pas s'internationaliser, et même plus, ne pas acquérir le bon élément d'extranéité. Ainsi, si deux personnes – non (ex-)épouses – se trouvant dans une situation purement interne devaient convenir de la compétence d'un juge étranger, ce choix ne serait valable en vertu de l'article 4 du règlement qu'à la condition qu'au moment de la saisine du juge, l'une d'entre elles ait acquis la nationalité de ce pays ou y ait fixé sa résidence habituelle. Lorsque la faculté de choix des parties est limitée à certains ordres juridiques présentant un lien de rattachement objectif avec leur situation, il n'est donc pas nécessaire d'interdire le choix d'un juge étranger dans les situations internes susceptibles de s'internationaliser, puisque ce choix sera nécessairement inopérant si une telle internationalisation n'intervient pas.

Une deuxième possibilité permettant de reconnaître une faculté de choix du juge compétent dans les situations internes amenées à s'internationaliser est de jouer sur l'appréciation de l'internationalité en menant un raisonnement par anticipation et en considérant la situation comme étant internationale en raison de son risque d'internationalisation. Cette solution nous semble toutefois malvenue pour au moins deux raisons. Elle repose d'une part sur une interprétation déformante de la notion d'internationalité, qui prive la distinction entre l'interne et l'international de son sens, dans la mesure où toute situation interne est dans l'absolu susceptible de s'internationaliser¹⁶⁹⁴. Elle laisse d'autre part en suspens la question du devenir de la convention attributive de juridiction si la situation devait ne pas s'internationaliser.

Une troisième proposition, qui se rapproche de la deuxième, est d'accepter de faire produire effet à la convention attributive de juridiction précisément passée « en prévision d'une internationalisation possible de la situation »¹⁶⁹⁵. Cette solution présente toutefois les mêmes défauts que la deuxième, auxquels s'ajoute la difficulté à caractériser l'intention des parties au moment de la conclusion de la convention, ce qui conduit paradoxalement à affaiblir la sécurité juridique originellement recherchée, en raison de cette incertitude pesant sur la licéité de la convention.

1694. Voir *supra*, p. 250 s.

1695. H. GAUDEMET-TALLON et M.-E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Matières civile et commerciale. Règlements 44/2001 et 1215/2012. Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, *op. cit.*, p. 191, n° 143.

Enfin, une dernière solution, de loin la plus satisfaisante, consiste à se placer au moment de la saisine du juge pour apprécier la licéité de la convention attributive de juridiction¹⁶⁹⁶, ce qui a *de facto* pour effet de valider la convention conclue par des parties se trouvant dans une situation originellement interne mais qui s'est internationalisée par la suite¹⁶⁹⁷. Si la situation devait effectivement acquérir un élément d'extranéité au cours de son existence, la licéité de la convention attributive de juridiction pourrait être reconnue, qu'elle ait désigné les juridictions internes ou les juridictions étrangères.

Il reste à déterminer si cette solution est compatible avec le droit positif. Les instruments internationaux de droit international privé prévoyant une faculté de choix du juge compétent ne précisent pas le moment d'appréciation de l'internationalité¹⁶⁹⁸, ce qui permet une mise en œuvre aisée de la solution. À notre connaissance, le *Bundesgerichtshof* ne s'est pas non plus prononcé sur le moment d'appréciation de l'internationalité dans un tel cas de figure. De manière opportune, la doctrine allemande majoritaire s'attache d'ores et déjà au moment de la saisine du juge pour cette appréciation¹⁶⁹⁹. La solution est donc parfaitement applicable en droit allemand.

La jurisprudence de la Cour de cassation y constitue toutefois un sérieux obstacle en droit français. Dans l'arrêt *Keller* du 4 octobre 2005, rendu en application de la convention de Bruxelles, la Cour a en effet jugé que « l'application de l'article 17 de la convention [...] est subordonnée à la reconnaissance du caractère international de la situation qui s'apprécie, pour des motifs de sécurité juridique, au moment de la conclusion de la clause attributive de juridiction »¹⁷⁰⁰. La solution de l'arrêt *Keller* conduit donc actuellement à la nullité de la convention attributive de juridiction conclue dans une situation interne susceptible de s'internationaliser, en raison de l'absence d'internationalité au moment de la conclusion de la convention. La généralité de la référence aux « motifs de sécurité juridique » permet de penser que la solution serait la même en dehors du champ d'application de la convention de Bruxelles, car la sécurité juridique ne

1696. G. A. L. DROZ, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté Economique Européenne selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, *op. cit.*, p. 120, n° 190.

1697. Cette solution est également préconisée par les auteurs suivants, sans prendre position sur le moment de l'appréciation de la clause : P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, *op. cit.*, p. 100, n° 168, à propos de l'article 17 de la convention de Bruxelles ; L. USUNIER, « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for. Beaucoup de bruit pour rien ? », *art. cit.*, n° 10, à propos de la convention de la Haye de 2005 ; C. A. ARRUE MONTENEGRO, *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, *op. cit.*, p. 204.

1698. Voir l'article 25 du règlement Bruxelles I bis, l'article 4 du règlement *aliments*, l'article 5 du règlement *successions*, l'article 7 du règlement *régimes matrimoniaux* et du règlement *partenariats enregistrés* et l'article 1^{er} de la convention de La Haye de 2005 sur les élections de for.

1699. L'affirmation est de L. BENECKE, *Die teleologische Reduktion des räumlich-persönlichen Anwendungsbereichs von Art. 2 ff. und Art. 17 EuGVÜ*, *op. cit.*, p. 86 ; voir également, avec les références, U. MAGNUS, « Der grenzüberschreitende Bezug als Anwendungsvoraussetzung im europäischen Zuständigkeits- und Kollisionsrecht », *ZEuP* 2018, p. 536.

1700. Cass. 1^{re} civ., 4 oct. 2005, *Keller*, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 413, note B. AUDIT ; *JDI* 2006, p. 169, note J.-M. JACQUET ; *Gaz. Pal.* 25 févr. 2006, p. 24, obs. M.-L. NIBOYET ; *RTD com.* 2006, p. 252, note Ph. DELEBECQUE ; *Proc.* 2006, comm. 79 par C. NOURISSAT. C'est nous qui soulignons.

commande pas de solution différente lorsque la convention attributive de juridiction repose sur un autre fondement textuel.

Il est vrai qu'un certain nombre d'arguments soutiennent l'appréciation de l'internationalité au moment de la conclusion de la convention attributive de juridiction. D'une part, s'agissant plus précisément des conventions conclues en matière contractuelle, a été relevé que la logique de la matière dicte de se placer au moment de la conclusion de la convention¹⁷⁰¹. D'autre part, comme le soulignait la Cour de cassation, cette solution offre une sécurité juridique certaine, puisque les parties savent dès la conclusion de la convention si elles ont valablement prorogé ou dérogé à la compétence des juridictions internes¹⁷⁰². Ainsi, la faculté offerte aux parties de conclure une convention attributive de juridiction ne varie pas au gré de l'apparition ou de la disparition des éléments d'extranéité affectant leur relation juridique¹⁷⁰³.

La difficulté est toutefois à notre sens que le principe de sécurité juridique commande exactement l'inverse dans l'hypothèse d'une situation interne susceptible de s'internationaliser. Ce principe requiert en effet de permettre aux parties de choisir en amont le juge compétent pour trancher un éventuel litige à naître, ce qui n'est possible que si l'on accepte d'apprécier la condition d'internationalité au moment de la saisine du juge, après que la situation s'est internationalisée. Une modification de la jurisprudence de la Cour de cassation nous semblerait donc profitable, afin d'autoriser également la prise en compte du moment de la saisine du juge pour l'appréciation de la licéité des conventions attributives de juridiction. Il ne serait pas nécessaire de revenir entièrement sur la jurisprudence *Keller*, car la solution qu'elle retient est bienvenue en cas de disparition postérieure de l'internationalité¹⁷⁰⁴, mais simplement d'instaurer une option quant au moment d'appréciation de l'internationalité, afin de préserver au mieux les intérêts des parties face aux différentes évolutions susceptibles d'affecter leur relation.

Le seul inconvénient à cette solution est que si la situation devait ne jamais s'internationaliser, les parties connaîtraient une déconvenue lorsqu'elles ont prorogé la compétence des juridictions étrangères, car leurs prévisions ne pourront être respectées en raison de l'illicéité de la convention attributive de juridiction due à l'absence d'internationalité de la situation. Afin que cela n'ait pas pour effet de réintroduire de l'insécurité juridique alors que l'objectif était justement d'accroître la prévisibilité du juge compétent, il est important que les parties prennent la précaution

1701. L. USUNIER, « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for. Beaucoup de bruit pour rien ? », *art. cit.*, n° 10; M. AUDIT, « La validité d'une clause attributive de juridiction est subordonnée au caractère international de la situation. Cour de cassation (1^{re} Ch. civ.). - 4 octobre 2005, Keller Grundbau GmbH c. Électricité de France et Spie Citra Île-de-France », *art. cit.*, p. 420.

1702. *Idem*, « La validité d'une clause attributive de juridiction est subordonnée au caractère international de la situation. Cour de cassation (1^{re} Ch. civ.). - 4 octobre 2005, Keller Grundbau GmbH c. Électricité de France et Spie Citra Île-de-France », *art. cit.*, p. 420; H. GAUDEMET-TALLON et M.-E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Matières civile et commerciale. Règlements 44/2001 et 1215/2012. Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, *op. cit.*, p. 192, n° 143.

1703. C. A. ARRUE MONTENEGRO, *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, *op. cit.*, p. 204.

1704. Voir *infra*, p. 400 s.

de convenir de la compétence des seules juridictions internes en cas de doute sur la potentialité d'internationalisation de leur relation.

En conclusion, au moins deux solutions sérieuses existent afin de reconnaître la licéité des conventions attributives de juridiction conclues dans le but de neutraliser les risques liés à l'apparition postérieure de l'internationalité. La solution la plus simple consiste à permettre l'appréciation de la condition d'internationalité au moment de la saisine de la juridiction dont la compétence a été prorogée. Peut également être reconnue la possibilité pour les parties de faire usage de la faculté de choix limité du juge compétent reconnue dans certains instruments de droit international privé, car aucun résultat indésirable ne peut en découler.

2. *L'anticipation par une convention de choix de loi applicable*

Comme en matière de compétence juridictionnelle, les risques liés à l'internationalisation de la situation des parties peuvent être pris en charge, sur le terrain de la compétence législative, par la reconnaissance d'une faculté de choix de la loi applicable. La problématique est différente selon que l'on se situe dans le champ d'application des règlements Rome I et Rome II (a.) ou en dehors (b.).

a. Dans le cadre des règlements Rome I et Rome II

La question de l'anticipation par les parties de l'internationalisation de leur relation par un choix de loi applicable se pose en des termes particuliers dans le champ d'application de la convention de Rome et des règlements Rome I et Rome II, car ceux-ci autorisent déjà un certain « choix » de loi applicable dans les situations internes, sous réserve du respect des dispositions impératives du droit de l'État avec lequel la situation est entièrement rattachée¹⁷⁰⁵. Dans le cadre de ces instruments, l'enjeu ne porte donc plus sur la licéité du choix de la loi applicable, mais sur les effets de ce choix, qui résident dans la possibilité d'éviction des règles impératives du droit interne. Ils sont donc à même de fournir une solution en droit positif à la problématique de l'apparition postérieure de l'internationalité.

S'agissant d'une part du règlement Rome I, l'article 3 § 3 prévoit que le caractère interne ou international de la situation doit être apprécié au moment du choix de la loi applicable. Cela signifie que les effets de ce choix sont déterminés une fois pour toute au moment du choix et n'évolueront pas si la situation devait acquérir par la suite un élément d'extranéité. Il s'ensuit que dans l'hypothèse sous étude, les parties n'auront accès qu'au régime prévu par l'article 3 § 3, puisque leur situation sera interne au moment retenu par le règlement pour caractériser l'internationalité. Elles pourront donc décider soit de l'application des dispositions d'un droit étranger complétées des dispositions impératives de l'ordre juridique interne, soit, de manière plus cohérente, de l'application du droit interne dans son entièreté.

1705. Voir *supra*, p. 243 s.

La cristallisation de l'appréciation du caractère interne ou international de la situation au moment du choix de la loi applicable garantit aux parties que l'internationalisation postérieure de leur situation n'affectera pas la loi applicable à celle-ci. En effet, l'apparition d'un élément d'extranéité n'aura pas pour effet de neutraliser la limitation de l'article 3 § 3 relative à l'indérogeabilité des dispositions impératives du droit interne. Si les parties ne renouvèlent pas leur choix de loi applicable sur le fondement de l'article 3 § 1, elles pourront compter sur une parfaite constance de la loi applicable à leur situation. Afin d'assurer une pleine sécurité juridique relativement aux effets du choix de la loi applicable, il ne nous semble en effet pas indiqué de considérer que les parties aient la volonté tacite de renouveler leur choix de loi applicable au moment de l'internationalisation de la situation dans le but de lui faire produire ses pleins effets.

S'agissant d'autre part du règlement Rome II, la solution est plus contraignante car l'article 14 § 2 prévoit que le caractère interne ou international de la situation est apprécié au moment de la survenance du fait générateur du dommage. Si cela ne remet pas en cause la possibilité pour les parties dans une situation interne de conclure une convention de choix de loi applicable avant la survenance de ce fait générateur, lorsque le règlement les y autorise, elles devront en revanche nécessairement convenir de l'application du droit interne afin d'assurer une pleine prévisibilité de la loi applicable. En effet, dans la mesure où elles pourraient ne pas connaître le pays dans lequel un tel fait générateur est susceptible de se produire, elles ne peuvent pas nécessairement savoir à l'avance si le choix qu'elles effectueraient au profit d'un droit étranger produira pleinement ses effets dans le cadre de l'article 14 § 1 si le fait générateur du dommage survient à l'étranger, ou si ce choix produira uniquement les effets restreints prévus par l'article 14 § 2 si ce fait générateur survient dans l'ordre juridique interne. Lorsque le choix de la loi applicable est effectué après la survenance du fait générateur du dommage, toute difficulté disparaît en revanche et le cas de figure est le même que celui du règlement Rome I.

Si l'apparition postérieure de l'internationalité peut donc être parfaitement prise en charge par les règlements Rome I et Rome II, elle pose en revanche plus de difficultés en dehors du champ d'application de ces instruments.

b. En dehors des règlements Rome I et Rome II

En dehors du champ d'application des règlements Rome I et Rome II, la prise en charge des risques liés à l'apparition postérieure de l'internationalité peut globalement se faire selon les mêmes aménagements qu'en matière de compétence juridictionnelle¹⁷⁰⁶.

Il est premièrement possible d'envisager la suppression pure et simple de toute condition d'internationalité aux fins d'appréciation de la licéité des conventions de choix de loi applicable. De manière analogue aux conventions attributives de juridiction, cela pourrait être une solution en-

1706. Voir *supra*, p. 392 s.

visageable lorsque les parties ont fait le choix d'une loi interne, mais pas d'une loi étrangère¹⁷⁰⁷. Nous avons en effet eu l'occasion de détailler en quoi admettre un choix de loi étrangère dans les situations internes conduirait à priver d'impérativité l'intégralité des dispositions d'ordre public du droit interne, ce qui nous avait conduite à nous prononcer contre la reconnaissance d'une telle faculté¹⁷⁰⁸.

Le cas particulier des options de législation, qui permettent un choix de loi applicable limité à certains ordres juridiques entretenant des liens avec la situation, constitue une exception¹⁷⁰⁹. Rien ne s'oppose en opportunité à l'ouverture des options de législation aux situations internes, car cette solution ne saurait conduire à aucun résultat indésirable, dans la mesure où tous les critères de rattachement offerts conduiront à la loi interne en l'absence d'internationalisation postérieure de la situation¹⁷¹⁰. Cela s'explique par le fait que les instruments qui contiennent une option de législation précisent que les différents critères qu'ils proposent sont appréciés au moment du choix¹⁷¹¹ ou font référence à des critères qui *de facto* ne sauraient conduire qu'à la loi interne en l'absence d'internationalisation de la situation¹⁷¹².

Afin que cette solution n'entre pas en conflit avec la condition d'internationalité qui devrait être exigée, à notre sens, pour l'application de tout instrument supranational de droit international privé¹⁷¹³, ou avec l'article 1^{er} § 1 du règlement Rome III qui déclare ne s'appliquer qu'aux « situations impliquant un conflit de lois », une précision doit être apportée sur le moment d'appréciation de cette condition d'internationalité. En effet, dans la mesure où la situation des parties est par hypothèse interne au moment où elles font usage de l'option de législation, il n'est pas évident qu'elle entre dans le champ d'application de ces instruments. Dans le cadre particulier du règlement Rome III, la difficulté peut être résolue si l'on admet que le choix d'une loi étrangère dans une situation purement interne entraîne un conflit de lois¹⁷¹⁴. À défaut, et cela vaut pour tous les instruments supranationaux de droit international privé, il est possible d'apprécier

1707. Voir *supra*, p. 392 s.

1708. Voir *supra*, p. 255 s.

1709. De telles options sont prévues par l'article 5 du règlement Rome III, l'article 22 du règlement *successions*, du règlement *régimes matrimoniaux* et du règlement *partenariats enregistrés* et l'article 8 du protocole de La Haye de 2007 sur les obligations alimentaires.

1710. À propos du règlement Rome III, C. RAUPACH, *Ehescheidung mit Auslandsbezug in der Europäischen Union*, *op. cit.*, p. 102.

1711. Voir ainsi l'article 5 du règlement Rome III, l'article 22 du règlement *successions*, du règlement *régimes matrimoniaux* et du règlement *partenariats enregistrés* et l'article 8 du protocole de La Haye de 2007 sur les obligations alimentaires.

1712. Il en est ainsi de l'article 5 du règlement Rome III qui permet le choix de la *lex fori*. Or, le for restera le juge interne à défaut d'internationalisation de la situation, ce qui invaliderait un choix de loi étrangère effectué sur cette base par des parties trop entreprenantes. De même, l'article 22 du règlement *partenariats enregistrés* permet le choix de la loi selon laquelle le partenariat a été créé, ce qui sera la loi interne dans notre hypothèse. Peut enfin être cité l'article 22 du règlement *successions*, qui autorise certes le choix de la loi de la nationalité que la personne concernée pensera avoir au moment de son décès, ce qui pourrait donc être une nationalité étrangère dans notre hypothèse. Toutefois, si le défunt ne devait pas acquérir cette nationalité étrangère, le choix de la loi étrangère serait considéré comme nul et il en résulterait l'application de la loi interne.

1713. Voir *supra*, p. 341 s.

1714. Voir *supra*, p. 45 s.

l'existence du conflit de lois ou de la condition d'internationalité au moment de la saisine du juge, comme le préconisent déjà certains d'auteurs pour le règlement Rome III¹⁷¹⁵.

Une deuxième solution permettant de reconnaître la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable en prévision de l'internationalisation de leur situation est de considérer que le changement de la loi objectivement applicable devant intervenir à court ou moyen terme constitue un élément d'extranéité pertinent¹⁷¹⁶. Autrement dit, il s'agirait de caractériser l'internationalité par anticipation. Comme pour les conventions attributives de juridiction, cette solution nous semble toutefois malvenue en raison de la remise en cause qu'elle entraînerait de la distinction entre situations internes et internationales¹⁷¹⁷.

Enfin, la dernière solution est de considérer que la licéité du choix de la loi applicable, et plus particulièrement l'internationalité de la situation, doivent être appréciées au moment de la saisine du juge compétent¹⁷¹⁸. Le choix de la loi applicable opéré par les parties au moment où leur situation était encore interne sera ainsi reconnu comme valable, du moment que la situation s'est internationalisée entre sa constitution et l'introduction de la demande en justice. À défaut d'internationalisation, la situation resterait soumise au droit interne. Cette solution irait certes à l'encontre de l'opinion d'une partie de la doctrine, qui considère que l'internationalité doit être appréciée au moment de la conclusion de la convention de choix de loi applicable¹⁷¹⁹. Elle serait néanmoins compatible avec le droit positif, dans la mesure où ni le législateur, ni la jurisprudence ne prévoit explicitement le moment d'appréciation de l'internationalité en matière de conventions de choix de loi applicable, à l'exception des règlements Rome I et Rome II précédemment étudiés.

Si cette solution offre un moyen aisé de pallier l'insécurité juridique liée à l'internationalisation de la situation, elle présente en revanche un inconvénient de taille, qui est de reporter l'appréciation de la licéité du choix de loi applicable jusqu'à l'apparition effective d'un élément

1715. S. CORNELOUP, « Règlement Rome III. Article premier », *op. cit.*, p. 501 ; M. ANDRAE, *Internationales Familienrecht*, *op. cit.*, p. 178, n° 12 ; R. HAUSMANN, *Internationales und Europäisches Familienrecht*, 2^e éd., C.H. Beck, München, 2018, p. 86, n° A 353 ; ne mentionnant pas expressément le moment d'appréciation du conflit de lois, mais soutenant la licéité du choix opéré dans une situation encore interne, U. P. GRUBER, « Rechtswahl in der Rom III-Verordnung » in *Die Wahl ausländischen Rechts im Familien- und Erbrecht*, sous la dir. d'A. ROTH, Nomos, Baden-Baden, 2013, p. 47 ; C. RAUPACH, *Ehescheidung mit Auslandsbezug in der Europäischen Union*, *op. cit.*, p. 101-102.

1716. U. P. GRUBER, « Art. 1 Rom III » in *Bürgerliches Gesetzbuch : BGB, Band 6 : Rom-Verordnungen - EuGüVO - EuPartVO - HUP - EuErbVO*, sous la dir. de R. HÜBTEGE et H.-P. MANSEL, 3^e éd., Nomos, Baden-Baden, 2019, n° 109.

1717. Voir *supra*, p. 393 s.

1718. S. CORNELOUP, « Règlement Rome III. Article premier », *op. cit.*, p. 501 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la Convention CEE n° 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980) », *art. cit.*, p. 234, n° 27.

1719. U. MAGNUS, « Der grenzüberschreitende Bezug als Anwendungsvoraussetzung im europäischen Zuständigkeits- und Kollisionsrecht », *art. cit.*, p. 535 ; I. SCHWANDER, *Einführung in das internationale Privatrecht. Zweiter Band : Besonderer Teil*, Dike, St. Gallen, Lachen, 1997, p. 225, n° 482 ; F. VISCHER, L. HUBER et D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, *op. cit.*, p. 39, n° 74 ; M. AMSTUTZ, N. P. VOGT et M. WANG, « Art. 116 », *op. cit.*, n° 7.

d'extranéité. Si cela n'était pas spécialement un problème pour les conventions attributives de juridiction, car il est en principe suffisant de connaître l'identité du juge compétent au moment de la naissance du litige, les parties ont en revanche intérêt à savoir dès la conclusion de la convention de choix de loi applicable si elles peuvent valablement orienter leur comportement conformément à la loi choisie. Les parties auraient donc tout intérêt à effectuer leur choix au profit de la loi interne, car il s'agit du seul droit qui soit à la fois applicable dès la constitution de la situation, valablement désignable par une convention de choix de loi applicable en cas d'apparition postérieure d'un élément d'extranéité et objectivement applicable au cas où la situation devait ne pas s'internationaliser.

Par ailleurs, la fixation de l'appréciation de la licéité du choix de la loi applicable au moment de la saisine du juge peut poser une difficulté pratique si la relation des parties ne prend jamais de tournure contentieuse. Or, contrairement aux conventions attributives de juridiction, qui ne seront actionnées et n'auront d'intérêt qu'au moment où la relation des parties donnera lieu à un litige, les conventions de choix de loi applicable peuvent naturellement être appelées à produire leurs effets en dehors de tout contentieux. Il sera donc nécessaire de procéder parfois à une adaptation de ce critère, et d'admettre que le moment d'appréciation de l'internationalité puisse correspondre de manière générale au premier moment auquel se posera la question de la licéité de la convention de choix applicable, fût-ce devant un autre acteur, tel qu'un notaire, un avocat, une administration ou tout simplement un tiers impacté par la loi applicable à la relation des parties.

En conclusion, les deux mêmes moyens que ceux identifiés pour les conventions attributives de juridiction peuvent permettre de reconnaître la licéité des conventions de choix de loi applicable conclues dans le but de pallier les risques liés à l'apparition postérieure de l'internationalité. Peut d'une part être reporté le moment d'appréciation de l'internationalité à la saisine du juge, ou à défaut à la première occasion à laquelle se pose la question de la licéité de la convention de choix de loi applicable. Peut d'autre part être offerte la possibilité aux parties de choisir la loi applicable par anticipation dans le cadre restreint des options de législation.

§ 2. La disparition postérieure de l'internationalité

La disparition postérieure de l'internationalité peut, pareillement à l'internationalisation postérieure de la relation des parties, conduire à un résultat imprévu en matière de juge compétent et de loi applicable. L'hypothèse problématique n'est, cette fois-ci, pas tant celle dans laquelle le juge interne ou la loi interne deviendrait compétent ou applicable en raison de la perte de l'élément d'extranéité, car du fait de l'internationalité originelle de la situation, il existait déjà une hésitation sur le juge compétent et la loi applicable. La situation serait la même en cas de

conservation de l'internationalité avec modification des éléments d'extranéité¹⁷²⁰. Ce qui fait la difficulté de la disparition postérieure de l'internationalité est plutôt que les parties peuvent se faire surprendre de ne *pas* pouvoir saisir ou être attirées devant le juge interne ou de ne *pas* se voir appliquer le droit interne, quand bien même leur situation appartient désormais entièrement à cet ordre juridique, *a fortiori* quand la perte d'internationalité est intervenue depuis plusieurs années ou que la situation n'a présenté que peu de temps un caractère international. La deuxième difficulté concerne les conventions attributives de juridiction et les conventions de choix de loi applicable conclues par les parties au moment où leur relation était encore internationale, car un doute pourrait exister sur leur validité à la suite de la disparition de l'élément d'extranéité.

Les risques liés à la perte d'internationalité et les solutions à apporter ne sont pas les mêmes selon que la loi applicable et le juge compétent sont déterminés par l'application des règles objectives de conflit de lois et de juridictions (A.) ou selon que les parties ont conclu une convention attributive de juridiction ou de choix de loi applicable (B.).

A. *En l'absence de choix du juge compétent ou de la loi applicable*

De même que pour l'apparition postérieure de l'internationalité, les risques liés à la perte d'internationalité dépendent du moment d'appréciation du chef de compétence de la règle de conflit de juridictions (1.) et du facteur de rattachement de la règle de conflit de lois (2.).

1. *Le moment d'appréciation du chef de compétence*

Pour que le *demandeur* se trouve dans l'impossibilité de saisir les juridictions internes malgré la disparition de tout élément d'extranéité affectant sa situation, il faut que les chefs de compétence à même de fonder la compétence des juridictions internes correspondent à d'anciens éléments d'extranéité et qu'ils soient appréciés à un moment où existaient encore ces éléments d'extranéité. Pour que le *défendeur* se trouve dans l'obligation de plaider devant un juge étranger¹⁷²¹, il faut que le droit international privé étranger offre un chef de compétence correspondant à l'un des anciens éléments d'extranéité et qu'il soit apprécié au moment où cet élément était encore localisé dans l'ordre juridique l'étranger. Par ailleurs, il ne doit exister de compétence exclusive au profit des juridictions internes que le juge étranger serait tenu de respecter.

Dans l'une comme dans l'autre de ces hypothèses, il est possible d'affirmer d'emblée que le risque de surprise des parties est virtuellement nul en l'état actuel des droits positifs français et allemand. L'observation des règles de conflit de juridictions de ces deux pays montre en effet la compétence internationale n'est dans aucune matière exclusivement déterminée par des chefs

1720. Peut être cité à cet égard le risque fameux résultant de l'article 7 de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux qui prévoit le changement automatique de la loi applicable au régime matrimonial des époux, notamment en cas d'installation des époux dans le pays de leur nationalité commune ou au bout de dix ans d'une nouvelle résidence habituelle.

1721. Hormis le cas des chefs de compétence exorbitante, qui n'est pas propre aux situations internationales ayant perdu leur élément d'extranéité.

de compétence dont l'appréciation se fait antérieurement à la saisine du juge. Le demandeur aura donc toujours accès aux tribunaux internes en cas de perte du caractère international de la situation dans laquelle il se trouve, ne serait-ce que sur le fondement de la résidence habituelle, par hypothèse interne, du défendeur.

De même, ce dernier ne court en principe aucun risque d'être attiré par surprise devant les tribunaux d'un pays étranger avec lequel sa situation entretenait autrefois des liens. Les instruments qui prévoient la compétence des tribunaux du pays avec lequel les parties entretenaient un lien dans le passé prennent en effet le soin d'exiger que ce lien perdure dans le présent, ce qui signifie nécessairement que la situation est restée internationale. À titre d'exemple, l'article 3 § 1 a) du règlement Bruxelles II bis et l'article 6, b) des règlements *régimes matrimoniaux* et *partenariats enregistrés*, s'ils permettent au demandeur de saisir les juridictions de l'ancienne résidence habituelle qu'il partageait avec le défendeur, exigent toutefois que l'un d'eux y réside encore : ce chef de compétence n'existera donc plus si la situation est entièrement devenue interne, les deux parties habitant par définition dans un même pays.

Il n'existe donc *de facto* aucun risque, en droit français comme en droit allemand, que les parties à une situation originellement internationale ayant perdu son élément d'extranéité se retrouvent de ce fait contraintes de saisir ou de plaider devant un juge étranger. Il n'en est toutefois pas de même en matière de loi applicable.

2. *Le moment d'appréciation du facteur de rattachement*

Pour que des parties dont la situation originellement internationale devenue interne se fassent surprendre par l'application de la loi d'un pays étranger avec lequel elles avaient entretenu des liens par le passé, deux conditions doivent être réunies. Il faut d'une part que la règle de conflit de lois du for retienne un facteur de rattachement qui correspond à un élément d'extranéité ayant affecté la situation, et d'autre part que ce facteur de rattachement soit apprécié à un moment auquel la situation présentait encore cet élément d'extranéité, soit parce qu'il est fixe par nature, soit parce que son appréciation est figée dans le passé par la règle de conflit de lois ou par les règles de conflit mobile.

Concernant tout d'abord les facteurs de rattachement fixes par nature, à savoir donc surtout la situation des immeubles et les événements se produisant à un moment déterminé dans le temps, ils ne laissent, par définition, aucune place pour un questionnement sur la perte du caractère international de la situation. Dans la mesure où ces rattachements sont fixes, il ne peut en effet se produire de disparition postérieure de l'élément d'extranéité correspondant au facteur de rattachement. Peut être citée à titre d'exemple la règle de conflit de lois de l'article 4 § 1 du règlement Rome II, qui prévoit que la loi applicable en matière délictuelle est celle de lieu de survenance du dommage. Dès lors que le dommage se sera réalisé à l'étranger, la situation ne saurait perdre son caractère international.

S'agissant ensuite des facteurs de rattachement variables par nature mais dont le moment d'appréciation est figé par la règle de conflit de lois, l'observation du moment d'appréciation retenu par les règles de conflit de lois contenues dans les droits internationaux privés français et allemand ne permet d'identifier que de très rares cas dans lesquels les parties pourraient se faire surprendre par l'application d'une loi étrangère. Ainsi en est-il par exemple en matière de mandat d'inaptitude, la convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes prévoyant à son article 15 que la loi de la résidence habituelle de l'adulte au moment de la conclusion de l'acte s'applique aux questions d'existence, d'étendue, de modification et d'extinction des pouvoirs de représentation. Si cette résidence habituelle constituait le seul élément d'extranéité et est fixée par la suite sur le territoire interne du for, l'applicabilité de la loi étrangère pourrait devenir inattendue si le mandat d'inaptitude n'est mis en œuvre que quelques décennies après sa conclusion.

Enfin, dans le silence de la règle de conflit de lois, l'application des règles de conflit mobile ne saurait en principe surprendre les parties par la désignation d'un droit étranger. Bien que ces règles ne conduisent pas toujours à l'application de la loi interne, elles n'auront jamais pour effet de désigner une loi étrangère pour régir une situation qui ne se constituerait qu'une fois que tous les éléments d'extranéité ont disparu. En outre, les règles de conflit mobile conduiront en principe à l'application immédiate de la loi interne aux effets de la situation intervenus après la disparition de l'internationalité. Si application de la loi étrangère il y a, c'est : soit parce que la situation est entièrement passée, soit parce que la situation, toujours en cours, s'est constituée sous l'empire d'un droit étranger et y a possiblement produit certains effets. Peut ainsi être cité à titre d'exemple le conflit mobile susceptible de naître en matière de sûretés mobilières : ces sûretés étant régies par la loi du lieu de situation du bien meuble, il en résulte, en cas de sûreté consentie sur un meuble se trouvant à l'étranger, une application immédiate de la loi interne dès lors que ce meuble sera introduit sur le territoire interne. Dans ces conditions, les parties ne pourraient guère être surprises de se voir appliquer la loi étrangère qui sera cantonnée aux effets que la sûreté a produits quand le bien meuble était encore situé à l'étranger.

En conclusion, peut être observé que la disparition postérieure de l'internationalité est moins problématique que son apparition postérieure au regard de la prévisibilité du juge compétent et de la loi applicable. Les risques sont tellement anecdotiques qu'ils n'appellent pas, à notre sens, de besoin particulier de prise en charge. Si cette remarque vaut lorsque la loi applicable et le juge compétent sont déterminés par application de la règle objective de conflit de lois ou de juridictions, il en va cependant autrement lorsque qu'ils résultent d'un choix de juge compétent ou de loi applicable effectué par les parties au moment où leur situation était encore internationale.

B. En cas de choix du juge compétent ou de la loi applicable

C'est lorsque les parties ont conclu une convention attributive de juridiction ou de choix de loi applicable au moment où leur relation était encore internationale qu'il devient particulièrement important de s'interroger sur l'incidence de la disparition postérieure de l'internationalité. Parce

que ces conventions sont des outils de prévisibilité, la perte d'internationalité ne doit pas remettre en cause les prévisions des parties relativement au juge compétent ou à la loi applicable. Si l'internationalité devait être appréciée postérieurement à la disparition des éléments d'extranéité, la perte du caractère international de la situation conduirait en effet à invalider la convention. Au contraire, si l'internationalité devait être appréciée au moment de la conclusion de la convention, ou à tout autre moment antérieur à la perte d'internationalité, la validité de l'accord des parties et le respect de leurs prévisions seraient garantis.

C'est ainsi que, pour des raisons de sécurité juridique, la doctrine majoritaire se prononce en faveur du maintien de la validité des conventions attributives de juridiction et de choix de loi applicable en cas de disparition postérieure de l'internationalité, dès lors que les conditions de leur validité étaient réunies au moment de leur conclusion¹⁷²². Admettre la solution contraire irait à l'encontre des attentes légitimes des parties et du but même de la convention attributive de juridiction ou de choix de loi applicable, qui est de se prémunir contre un changement de compétence juridictionnelle ou de loi applicable¹⁷²³.

Si la solution paraît à première vue particulièrement apte à prendre en charge l'insécurité qui pourrait résulter de la perte d'internationalité, on peut toutefois se demander si elle conduit à des résultats toujours bien raisonnables et opportuns lorsque la situation des parties est devenue interne depuis de nombreuses années. Respecter le choix opéré par les parties revient en effet à admettre qu'une situation interne puisse malgré tout échapper à l'ordre juridique avec lequel elle entretient tous ses liens. Comme l'écrit Mme Hammje à propos du choix de la loi applicable, le fait de se placer au moment de la conclusion de la convention « permet de fait d'étendre le jeu des règles à des situations qui ne sont pas réellement "transfrontières" et d'ouvrir le choix de loi pour des raisons qui ne tiennent au respect ni de la libre circulation ni de la prévisibilité des [parties] »¹⁷²⁴, puisque la loi applicable est devenue prévisible dès lors que la situation est devenue interne.

Cette cristallisation de l'internationalité et de la validité du choix du juge compétent ou de la loi applicable peut en effet conduire à des solutions curieuses. Peut être pris l'exemple d'un

1722. En matière de choix du juge compétent, voir H. GAUDEMET-TALLON et M.-E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Matières civile et commerciale. Règlements 44/2001 et 1215/2012. Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, *op. cit.*, p. 191, n° 143; U. P. GRUBER, « Art. 1 Rom III », *op. cit.*, n° 107; M. AUDIT, « La validité d'une clause attributive de juridiction est subordonnée au caractère international de la situation. Cour de cassation (1^{re} Ch. civ.) - 4 octobre 2005, Keller Grundbau GmbH c. Électricité de France et Spie Citra Île-de-France », *art. cit.*, p. 420; C. A. ARRUE MONTENEGRO, *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, *op. cit.*, p. 204; U. P. GRUBER, « Art. 1 Rom III », *op. cit.*, n° 106; en matière de choix de la loi applicable, voir C. GONZALEZ BEILFUSS, « EC Legislation in matters of parental responsibility and Third States » *in International civil litigation in Europe and relations with third States*, sous la dir. d'A. NUYTS et N. WATTÉ, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 554; S. CORNELOUP, « Règlement Rome III. Article premier », *op. cit.*, p. 501; C. RAUPACH, *Ehescheidung mit Auslandsbezug in der Europäischen Union*, *op. cit.*, p. 100.

1723. En ce sens, *idem*, *Ehescheidung mit Auslandsbezug in der Europäischen Union*, *op. cit.*, p. 100.

1724. P. HAMMJE, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *art. cit.*, n° 16.

couple d'Allemands qui aurait résidé habituellement en France pendant une année pour des raisons professionnelles avant de retourner s'installer définitivement en Allemagne. Alors que leur résidence habituelle était fixée en France, ils ont désigné la loi française comme applicable à leur divorce, ce que leur permet l'article 5 du règlement Rome III. Cela leur semblait intéressant, puisque le droit français de la désunion est globalement plus libéral que le droit allemand. Si quinze ans après leur retour en Allemagne, ils entament une procédure de divorce, l'appréciation de l'internationalité au moment de la conclusion de la convention impliquera la validité de ce choix, et donc l'obligation pour le juge allemand d'appliquer la loi française, pour la seule raison que les époux ont, dans un lointain passé, vécu une année en France.

Une telle situation n'est pas nécessairement heureuse, tant au regard des complications bien connues qu'entraîne l'application de la loi étrangère pour le juge interne, qu'en comparaison de la situation de couples allemands n'ayant jamais quitté le territoire national et qui devront obligatoirement divorcer en application de la loi allemande. Une ancienne résidence habituelle, n'ayant pas nécessairement duré longtemps et remontant parfois à des dizaines d'années, suffit-elle à justifier cette différence de traitement, surtout lorsque l'on connaît la facilité avec laquelle s'opère aujourd'hui un changement de résidence en Europe? La portion la plus mobile des citoyens européens aurait ainsi la possibilité de s'offrir le choix d'un juge étranger ou d'une loi étrangère lorsque la vie les aura conduits à résider quelque temps dans un autre État membre. L'appréciation de l'internationalité au moment de la conclusion de la convention pourrait donc conduire à valider des choix potentiellement opportunistes qui, un certain nombre d'années après la disparition de tout élément d'extranéité, n'ont plus grand-chose à voir avec la prise en charge des difficultés particulières que l'internationalité engendre en matière de prévisibilité du juge compétent et de la loi applicable.

Ce nonobstant, il nous semble que la considération la plus importante reste la sauvegarde de la croyance légitime des parties en la validité de leur convention attributive de juridiction ou de choix de loi applicable, de sorte que, malgré les inconvénients que la solution pourra parfois présenter, le moment de la conclusion de la convention reste le moment le plus pertinent pour l'appréciation de la condition d'internationalité. Ces conventions resteront donc valables même en cas de disparition postérieure de l'internationalité, à charge pour les parties de revenir dessus si, faites au profit d'un juge étranger ou d'une loi étrangère, elles devaient leur sembler avoir perdu toute pertinence en raison de l'écoulement du temps.

Nous terminerons en faisant remarquer qu'il s'agit de la solution exactement opposée à celle que nous avons proposée en matière d'apparition postérieure de l'internationalité¹⁷²⁵. La règle suivante permet de dépasser cette apparente contradiction : la résolution des problèmes posés par la relativité temporelle de l'internationalité devrait toujours être guidée par le respect de la sécurité juridique et des attentes légitimes des parties. La licéité d'une convention attributive de juridiction ou de choix de loi applicable, particulièrement lorsqu'elle a été conclue dans le but de

1725. Voir *supra*, p. 391 s.

se prémunir contre les risques liés à la variation dans le temps de l'internationalité, devrait ainsi pouvoir être alternativement appréciée au moment de la conclusion de la convention ou à celui de la saisine du juge – ou de toute autre autorité –, selon la solution qui aboutit à la validation de la convention.

La recherche de solutions permettant une bonne appréhension de l'internationalité demande enfin que soit abordée une dernière difficulté, liée au statut procédural de l'internationalité.

Section III. Le statut procédural de l'internationalité

Le statut procédural de l'élément d'extranéité aboutir régulièrement à une mauvaise appréhension de l'internationalité au cours du procès, en particulier devant les juridictions françaises¹⁷²⁶. Les situations internationales ne sont en effet pas toujours identifiées comme telles devant le juge et ne peuvent produire un certain nombre des conséquences qui font la particularité de leur régime, à savoir principalement entraîner la compétence d'un juge étranger ou l'application d'une loi étrangère.

Cela tient premièrement au fait que l'invocation de l'internationalité par les parties ne suffit pas toujours en soi à entraîner la vérification par le juge de sa compétence internationale – en France – ou l'application de la règle de conflit de lois – en France et en Allemagne – si l'on se trouve, pour ce dernier cas, dans une matière dans laquelle l'accord procédural est admis. Il est en effet demandé aux parties de soulever une exception d'incompétence – en France – ou de plaider sur le fondement de la loi étrangère – en France et en Allemagne¹⁷²⁷. De même, lorsque l'élément d'extranéité se trouve dans le débat mais n'a pas été invoqué par les parties, le juge français n'a pas l'obligation de s'en saisir pour vérifier sa compétence internationale, pas plus qu'il n'est tenu d'appliquer d'office la règle de conflit de lois en matière de droits disponibles¹⁷²⁸. Enfin, lorsque l'internationalité figure hors du débat mais que les éléments du dossier laissent suspecter son existence, les juges français comme allemands n'ont pas l'obligation de procéder à la recherche des éléments d'extranéité, sauf éventuellement à se trouver dans le cadre d'une procédure soumise au principe inquisitoire en Allemagne¹⁷²⁹.

Les problèmes d'appréhension de l'internationalité qui résultent de ces différentes lacunes peuvent toutefois aisément être résolus par l'adoption de quelques principes simples. Une bonne appréhension du caractère international de la situation ou du litige des parties passe d'une part, à notre sens, par l'instauration d'une obligation pour le juge de procéder d'office à la vérification de sa compétence internationale, d'appliquer d'office la règle de conflit de lois dans les domaines où l'accord procédural n'est pas admis – ce qui est déjà le cas en droit positif –, et surtout de

1726. Voir *supra*, p. 391 s.

1727. Voir *supra*, p. 121 s.

1728. Voir *supra*, p. 123 s.

1729. Voir *supra*, p. 127 s.

porter l'attention des parties sur l'applicabilité d'un droit étranger, dans ceux où il l'est. Afin de garantir l'effectivité de ces règles, s'y adjoindraient, d'autre part, une obligation générale pour le juge de relever les éléments d'extranéité figurant dans le dossier, y compris donc en matière de droits disponibles en France, et une obligation pour les parties d'indiquer dans leurs écritures les éléments d'extranéité affectant leur situation, parce que ces éléments sont trop déterminants, au regard de leur influence sur la compétence juridictionnelle et la loi applicable, pour qu'ils restent soumis au principe dispositif.

Cet ensemble de règles, simples à mettre en œuvre et qui sont déjà en partie celles du droit allemand, empêcherait qu'une situation internationale soit traitée au stade procédural comme une situation interne en raison de la méconnaissance de l'importance des éléments d'extranéité ou de la volonté du juge et/ou des parties d'éluder par opportunité l'applicabilité d'un droit étranger dans un domaine dans lequel l'accord procédural n'est pas admis. Ces règles permettraient également d'assurer que les parties soient informées des conséquences qu'entraîne l'internationalité de leur situation ou de leur litige sur le terrain de la loi applicable et du juge compétent.

Une fois l'élément d'extranéité caractérisé et ses conséquences identifiées, l'exigence d'une bonne appréhension de l'internationalité ne signifie toutefois pas que les parties ne devraient pas pouvoir s'affranchir du résultat auquel conduirait normalement la règle de conflit de lois ou de juridictions. Autrement dit, elles devraient conserver la possibilité de proroger la compétence d'une juridiction incompétente par la comparution volontaire du défendeur et d'exclure l'application d'un droit étranger par la conclusion d'un accord procédural au profit du droit interne. Le souci d'une bonne appréhension de l'internationalité ne devrait donc pas entraîner une obligation pour le juge et les parties d'appliquer les règles de droit international privé, parce que les outils de la prorogation tacite de compétence et de l'accord procédural présentent des bénéfices pratiques évidents en matière de simplification du traitement de l'internationalité. L'important reste que les parties et le juge aient pleinement conscience de la nature internationale de la situation ou du litige et que les conséquences auxquelles l'internationalité aurait dû conduire aient été identifiées par tous les protagonistes. Autrement dit, le choix de traiter la situation internationale comme une situation interne devrait être fait en connaissance de cause, et non aux dépens de l'une ou l'autre des parties ou du juge, qui ignorait que l'internationalité aurait commandé une autre solution.

Les principes proposés auraient donc pour effet de mettre fin à la prorogation tacite de la compétence du juge interne par comparution volontaire du défendeur sans information préalable de celui-ci et à l'application du droit interne par reconnaissance d'un accord procédural tacite, ces deux mécanismes ayant en effet pour défaut majeur de pouvoir jouer au détriment des parties ou de l'une d'entre elles. En matière d'accord procédural, ni le juge français, ni le juge allemand n'a en effet actuellement l'obligation d'attirer l'attention des parties sur l'applicabilité d'un droit étranger¹⁷³⁰. En matière de comparution volontaire, cette obligation est certes prévue en droit

1730. Voir *supra*, p. 119 s.

allemand et en droit européen, notamment dans le cadre du règlement Bruxelles I bis, mais pas en droit français qui, en raison de l'absence d'obligation actuelle pour le juge de vérifier d'office sa compétence internationale, peut donner lieu au rendu d'un jugement dans une affaire où les juridictions françaises sont internationalement incompétentes si le défendeur comparait sans soulever d'exception d'incompétence.

Conclusion du chapitre I

La concrétisation de la notion d'internationalité passe par la résolution de certaines difficultés préliminaires portant sur l'objet, le moment d'appréciation et le statut procédural de l'internationalité. Certaines lignes directrices d'ordre général peuvent être dégagées afin de faciliter la qualification de l'internationalité :

- *Objet*. L'internationalité devrait être appréciée par rapport à la situation des parties en matière de conflit de lois et par rapport à leur litige en matière de conflit de juridictions. Par exception, l'appréciation de la condition d'internationalité en matière de conventions attributives de juridiction et de choix de loi applicable devrait toujours s'effectuer par rapport à la situation des parties.

- *Moment d'appréciation*. La relativité temporelle qui caractérise l'internationalité peut conduire à l'apparition ou à la disparition postérieure du caractère international d'une situation. De ces deux hypothèses, il n'y a que la première qui entraîne de réels risques d'imprévision sur le terrain de la loi applicable et du juge compétent. Les conventions attributives de juridiction et de choix de loi applicable constituent un outil majeur de gestion de ces risques. Leur validité est toutefois susceptible d'être remise en cause en cas de disparition postérieure de l'internationalité. C'est pourquoi la condition d'internationalité nécessaire à la validité de ces conventions, particulièrement lorsqu'elles ont été conclues dans le but de se prémunir contre les risques liés à la variation dans le temps de l'internationalité, devrait pouvoir être alternativement appréciée au moment de la conclusion de la convention ou de la saisine du juge, selon la solution qui aboutira à leur validation.

- *Statut procédural*. Un traitement plus respectueux de l'internationalité au stade procédural pourrait être obtenu par l'instauration, à la charge des parties, d'une obligation de communiquer dans leurs écritures les éléments d'extranéité affectant leur situation, et à la charge du juge, d'une obligation de relever d'office les éléments d'extranéité figurant dans le dossier, de procéder d'office à la vérification de sa compétence internationale, d'appliquer d'office la règle de conflit de lois dans les domaines où l'accord procédural n'est pas admis et de porter l'attention des parties sur l'applicabilité d'un droit étranger, dans ceux où il l'est.

Chapitre II

L'approche fonctionnelle de la notion d'internationalité

G. Vedel distinguait en 1950 entre les notions conceptuelles, qui « peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques » et dont « [le] contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes » et les notions fonctionnelles, qui « procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité »¹⁷³¹. Nombreux sont les auteurs qui considèrent aujourd'hui que l'internationalité fait partie de cette dernière catégorie de notions¹⁷³², même s'il convient de préciser que « les notions fonctionnelles ne sont jamais pures, mais conservent une dimension conceptuelle »¹⁷³³, ce à quoi la notion d'internationalité ne fait pas défaut. En conséquence, l'internationalité devrait être définie en considération de la fonction, de l'usage, des effets qui sont les siens dans une configuration donnée¹⁷³⁴. Il ne faut pas chercher à définir la notion en soi, mais uniquement pour les besoins de l'application d'un texte – ou d'une norme ou d'une méthode – déterminé(e)¹⁷³⁵. La définition sera considérée comme satisfaisante « si elle correspond très exactement au régime ou à l'ensemble de règles dont elle déclenche l'application »¹⁷³⁶.

Le moyen le plus satisfaisant de définir la notion d'internationalité est donc d'identifier pour chaque règle ou régime spécifique mis(e) en place pour les situations internationales les raisons qui ont conduit à l'instauration de ce régime dérogatoire à celui applicable aux situations internes, puis de procéder à l'identification des situations internationales présentant ce besoin de réglementation spécifique, afin de réserver ledit régime à ces seules situations. Cela ne signifie pas

1731. G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP G* 1950, I, 851, n° 4.

1732. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, p. 80, n° 63 ; Ph. MALAURIE, « note sous Cass. com., 4 nov. 1958 », *D.* 1959, p. 363 ; E. LOQUIN, « note sous CA Paris, 9 nov. 1984 », *art. cit.*, p. 1044 ; H. SYNDET, « note sous CA Toulouse, 26 oct. 1982, *Sieur Behar c/ Sté Monoceram* », *JDI* 1984, p. 609 ; X. BOUCOBZA, « Le contrat et l'espace », *op. cit.*, p. 103 ; V. TRONEL, *L'internationalité de l'arbitrage, étude de droit international privé, op. cit.*, p. 19.

1733. G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *RFDA* 2009, p. 641, n° 28.

1734. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, p. 80, n° 63 ; E. LOQUIN, « note sous CA Paris, 9 nov. 1984 », *art. cit.*, p. 1041 ; H. SYNDET, « note sous CA Toulouse, 26 oct. 1982, *Sieur Behar c/ Sté Monoceram* », *art. cit.*, p. 609.

1735. V. TRONEL, *L'internationalité de l'arbitrage, étude de droit international privé, op. cit.*, p. 21.

1736. *Ibid.*, p. 21.

nécessairement qu'il faille, pour chaque régime spécifique, distinguer au sein de la catégorie des situations internationales, car il n'est pas exclu que toutes les situations internationales, définies comme celles présentant des liens de rattachement pertinents avec plusieurs ordres juridiques, présentent un même besoin spécifique de réglementation.

L'approche fonctionnelle de la notion d'internationalité constitue ainsi la seule méthode permettant d'arriver à un niveau satisfaisant d'adéquation de la définition de l'internationalité. Par ailleurs, pour faire le lien avec les développements précédents relatifs à la légitimité du traitement spécifique des situations internationales¹⁷³⁷, cette approche est également la seule qui permette de garantir l'absence de différence de traitement injustifiée entre situations internes et internationales, puisqu'en identifiant l'internationalité pertinente par rapport à sa fonction, l'approche fonctionnelle assure que seules les situations internationales présentant le besoin spécifique que prend en charge la règle de droit international privé se voient appliquer ladite règle.

Le raisonnement que nous proposons de mener se déroulera en deux temps. Il s'agira tout d'abord de procéder à la sélection entre les deux approches de l'internationalité, juridique et économique, en déterminant la fonction qui doit être celle du critère économique de l'internationalité (section I). Il s'agira ensuite de se focaliser sur le critère juridique de l'internationalité, afin de le préciser selon la fonction que l'internationalité est amenée à revêtir (section II).

Section I. La fonction du critère économique de l'internationalité

La coexistence des approches juridique et économique de l'internationalité en droit français pose la question de leur articulation et de la nécessité d'assigner à chacune une fonction spécifique. Autrement dit, il s'agit de déterminer si les deux approches peuvent être employées de manière indifférente ou si elles doivent se voir conférer un domaine réservé d'application. Les termes du problème ne sont pas les mêmes selon qu'il s'agit d'appliquer le droit international privé commun (§ 1) ou que l'on se situe, ce qui sera désormais plus fréquemment le cas, dans le champ d'application d'un instrument supranational de droit international privé (§ 2).

§ 1. En droit international privé commun

En droit international privé commun, l'emploi tantôt du critère juridique, tantôt du critère économique de l'internationalité par la jurisprudence française a conduit la doctrine à une recherche de systématisation des cas dans lesquels ces critères ont été utilisés, dans le but d'identifier une fonction propre à chacun d'entre eux. La réflexion doctrinale s'est concentrée sur la matière du

1737. Voir *supra*, p. 202 s.

conflit de lois (A.), mais le problème se pose également en matière de conflit de juridictions (B.).

A. En matière de conflit de lois

Le critère juridique et le critère économique de l'internationalité se voient aujourd'hui très majoritairement reconnaître des fonctions spécifiques en droit international privé français. Selon la doctrine, l'emploi du critère juridique de l'internationalité devrait en principe être réservé à la méthode conflictuelle, et plus particulièrement à l'appréciation de la licéité des conventions de choix de loi applicable¹⁷³⁸, alors que le critère économique de l'internationalité devrait en principe être employé pour l'appréciation du champ d'application des règles matérielles spécialement développées pour régir les contrats commerciaux internationaux¹⁷³⁹.

Cette répartition des fonctions trouve son fondement dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Le critère économique de l'internationalité est en effet apparu en jurisprudence lorsque s'est fait sentir le besoin de créer des règles matérielles spécifiques aux contrats internationaux¹⁷⁴⁰. Pour ne reprendre que les grands arrêts qui ont forgé la notion d'internationalité économique, peut être observé que l'arrêt *Matter*¹⁷⁴¹ a posé une règle spéciale en matière de clause-or, applicable aux seuls règlements internationaux, et que les arrêts *Mardelé* et *Dambricourt*¹⁷⁴² et *Menicucci*¹⁷⁴³ ont formulé ou fait application de règles spéciales relatives aux clauses compromissoires en matière internationale.

L'examen de la jurisprudence révèle toutefois certaines hésitations dans l'emploi des critères juridique et économique de l'internationalité. Les deux approches ont parfois été combinées par les juges¹⁷⁴⁴, qui ont pris soin de vérifier et de préciser que le contrat dont ils avaient à

1738. M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, op. cit., p. 8, n° 16; J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, op. cit., n° 371; M.-L. NIBOYET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 30; E. LOQUIN, « note sous CA Paris, 9 nov. 1984 », art. cit., p. 1044; Ph. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, op. cit., p. 75; X. BOUCOBZA, « Le contrat et l'espace », op. cit., p. 103.

1739. H. BATIFFOL, « note sous Tribunal civil de la Seine, 7 juin 1956, Eddie Constantine et Tercinet c/ Buck et Dolivet », art. cit., p. 687; M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, op. cit., p. 8, n° 16; J.-M. JACQUET, *Rép. int. Dalloz*, op. cit., n° 88; E. LOQUIN, « note sous CA Paris, 9 nov. 1984 », art. cit., p. 1044; M.-L. NIBOYET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 30; B. MERCADAL et Ph. JANIN, *Les contrats de coopération inter-entreprises*, op. cit., p. 38, n° 58; Ph. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, op. cit., p. 75; X. BOUCOBZA, « Le contrat et l'espace », op. cit., p. 103.

1740. E. LOQUIN, « note sous CA Paris, 9 nov. 1984 », art. cit., p. 1044; Ph. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, op. cit., p. 74-75.

1741. Cass. civ., 17 mai 1927, *Pélicier du Besset*, DP 1928.I.25, concl. MATTER, note H. CAPITANT; S. 1927.I.289, note P. ESMEIN.

1742. Cass. civ., 19 févr. 1930, *Mardelé* et 27 janv. 1931, *Dambricourt*, Rev. crit. DIP 1931, p. 541; S. 1933.I.41, note J.-P. NIBOYET.

1743. Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 1975, *Menicucci*, Rev. crit. DIP 1976, p. 507, note B. OPPETIT; JDI 1977, p. 107, note É. LOQUIN; Rev. arb. 1977, p. 147, note Ph. FOUCARD.

1744. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé. Tome II*, op. cit., p. 276, n° 575; D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, op. cit., p. 591-592, n° 1373; J.-M. JACQUET, *Le contrat international*, op. cit., p. 8; M.-L. NIBOYET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 32.

connaître était international aussi bien d'un point de vue juridique qu'économique. C'est ainsi que dans l'arrêt *Impex*¹⁷⁴⁵, relatif à la validité d'une clause compromissoire, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir relevé le caractère international des contrats « qui ont pour objet "l'exportation de France en Italie, d'orge de brasserie vendu par une société française ayant son siège social en France à des sociétés italiennes ayant en Italie leur propre siège social" mettant "ainsi en jeu des intérêts du commerce international" ». La cour d'appel avait donc procédé à la vérification de l'internationalité tant sur la base du critère juridique qu'économique, semblant même déduire l'internationalité économique de l'internationalité juridique.

D'autres arrêts font état de réelles contradictions par rapport à la répartition proposée par la doctrine, en faisant usage du critère juridique de l'internationalité pour vérifier l'applicabilité de règles matérielles spécifiquement élaborées pour les contrats internationaux. Un premier exemple régulièrement cité est fourni par l'arrêt *Hecht* rendu par la cour d'appel de Paris le 19 juin 1970¹⁷⁴⁶, dans le cadre duquel les juges étaient appelés à se prononcer sur la validité d'une clause compromissoire, ce qui aurait normalement dû être accompli au regard de la définition économique de l'internationalité. La cour d'appel a néanmoins considéré que l'internationalité du contrat dont elle avait à connaître découlait du fait que ce dernier se « [rattachait] à des normes juridiques émanant de plusieurs pays », avant de relever les éléments d'extranéité affectant le contrat : elle a ainsi retenu le lieu étranger de conclusion du contrat, la nationalité étrangère de l'une des parties et l'objet même du contrat, qui était de donner pouvoir à un Français d'accomplir en France des actes au nom d'une société étrangère en vue d'accroître les exportations en France de ses marchandises.

Certains auteurs ont certes vu dans cette décision un cumul des critères juridique et économique de l'internationalité¹⁷⁴⁷ : on pourrait ainsi penser que l'internationalité économique résulte de l'objet du contrat, en ce que les pouvoirs étaient donnés au contractant français « en vue d'accroître les exportations en France des marchandises » du contractant étranger. De la sorte, le contrat portait indirectement sur des opérations entraînant un mouvement de marchandises par-delà les frontières. S'il est certainement exact que dans cette affaire, le contrat était international à la fois d'un point de vue juridique et économique, l'indice textuel mentionné semble bien faible pour permettre d'affirmer que la cour d'appel de Paris a entendu procéder à une vérification cumulative de ces deux critères, seul le critère juridique ayant vraisemblablement été employé.

1745. Cass. 1^{re} civ., 18 mai 1971, *Impex*, *D.* 1972, p. 32, note D. ALEXANDRE ; *Rev. crit. DIP* 1972, p. 346, note E. MEZGER ; *JDI* 1972, p. 62, note B. OPPETIT.

1746. CA Paris, 19 juin 1970, *Hecht*, *Rev. crit. DIP* 1971, p. 682, note P. LEVEL ; *JDI* 1971, p. 835, note B. OPPETIT ; *JCP G* 1971, II, 16927, note B. GOLDMAN ; *Rev. arb.* 1972, p. 67, note Ph. FOUCHARD.

1747. J. MESTRE, « note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 oct. 1980, Tardieu c/ Soc. Bourdon », *art. cit.*, p. 322, n° 14, citant B. GOLDMAN avec une référence erronée.

Le deuxième exemple est fourni par le non moins connu arrêt *Tardieu* rendu par la Cour de cassation le 7 octobre 1980¹⁷⁴⁸. Comme dans l'arrêt *Hecht*, la question portait sur la validité d'une clause compromissoire stipulée par les parties dans leur contrat. La Cour de cassation a cependant approuvé la cour d'appel qui avait fait usage du critère juridique pour dénier l'internationalité du contrat. La cour d'appel a en effet considéré qu'un « contrat passé entre Français domiciliés en France, qui soumettait au droit français les rapports des parties entre elles, n'avait pas, même si l'un des contractants était appelé à s'expatrier, le caractère d'un contrat international ». En retenant la nationalité des parties ainsi que leur domicile – la référence à la loi applicable est plus discutable –, la cour d'appel raisonne bien sur la base du critère juridique de l'internationalité.

Il en résulte que la ligne jurisprudentielle en matière de répartition des fonctions entre critère juridique et critère économique de l'internationalité n'est pas uniforme. De la même façon, tous les auteurs n'adhèrent pas à une assignation de fonctions stricte entre les deux critères. S'agissant plus particulièrement de la faculté de choix de la loi applicable, a été affirmé que la doctrine admettrait généralement que ce choix puisse se faire en présence d'une internationalité simplement économique¹⁷⁴⁹. En effet, à partir du moment où le critère économique permet de soustraire un contrat international du régime applicable aux situations internes pour le soumettre à des règles spécifiquement élaborées pour les contrats internationaux, on pourrait penser que ce critère devrait également être suffisant pour reconnaître aux parties une faculté de choix de la loi applicable. Allant plus loin, il a même été soutenu par H. Batiffol que cette faculté de choix devrait être réservée aux parties à un contrat économiquement international¹⁷⁵⁰.

Cette dissidence partielle aussi bien en jurisprudence qu'en doctrine amène à se questionner sur les raisons pour lesquelles l'application des règles matérielles en matière de commerce international devrait être réservée aux contrats économiquement internationaux. De manière générale, la doctrine justifie l'emploi du critère économique de l'internationalité dans cette hypothèse par la nécessité de recourir à une internationalité plus qualifiée, plus exigeante que pour l'appréciation de la licéité du choix de la loi applicable¹⁷⁵¹. H. Batiffol écrivait que « si la pluralité de rattachements autorise le choix d'une loi, elle ne justifie pas de plein droit des règles matérielles spécifiques. En effet la difficulté de distinguer entre relations proprement internes et internationales ne tient pas tant à l'élément formel, l'existence de rattachements multiples,

1748. Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1980, *Tardieu*, *Rev. crit. DIP* 1981, p. 313, note J. MESTRE; *JCP G* 1980, II, 19480, concl. R. GULPHE.

1749. J.-M. JACQUET, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 89. Il est précisé que la question ne se pose que si l'on admet que le critère économique est plus large que le critère juridique de l'internationalité, ce que nous avons réfuté, voir *supra*, p. 31 s.

1750. H. BATIFFOL, « note sous Tribunal civil de la Seine, 7 juin 1956, Eddie Constantine et Tercinet c/ Buck et Dolivet », *art. cit.*, p. 687.

1751. M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 8, n° 16; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 63, n° 52.

mais à l'influence de cette pluralité sur la nature de la situation »¹⁷⁵². L'internationalité économique confère donc une particularité au contrat international, elle l'originalise en quelque sorte par rapport à un contrat qui ne présenterait que des éléments d'extranéité, et dont la nature se rapprocherait davantage de celle d'un contrat interne¹⁷⁵³.

Plus que l'idée d'une internationalité plus qualifiée, c'est la spécificité du critère économique qui permet, à notre sens, d'admettre que l'application des règles matérielles en matière de commerce international soit réservée aux seuls contrats économiquement internationaux. Pour le dire autrement, il est recouru à une approche économique de l'internationalité parce que « les solutions spéciales adoptées sont motivées par les nécessités ou les besoins du commerce international »¹⁷⁵⁴. S'agissant en effet de règles matérielles propres au commerce international, il ne paraît pas infondé de restreindre leur application aux contrats qui, par leur internationalité, mettent en jeu les intérêts de ce commerce. Certes, si l'on admet que le critère juridique peut être apprécié suffisamment largement pour englober le critère économique¹⁷⁵⁵, les règles matérielles dont il est question s'appliqueront toujours à des situations qui seront également juridiquement internationales. L'approche fonctionnelle se révèle toutefois dans le fait que tous les contrats juridiquement internationaux ne se verront pas appliquer les règles matérielles en question.

Il reste à prendre position sur le second résultat auquel conduit une répartition stricte des fonctions entre internationalité juridique et économique, qui se manifeste dans l'emploi en principe exclusif du critère juridique de l'internationalité aux fins d'appréciation de la licéité du choix de la loi applicable. Deux questions peuvent alors être posées : la première consiste à savoir si le critère économique de l'internationalité pourrait également être employé afin de procéder à cette appréciation ; la seconde, plus radicale, si le critère économique devrait être le seul employé pour procéder à cette vérification.

S'agissant de ce premier aspect, il convient premièrement d'observer que certains auteurs se sont expressément prononcés contre l'emploi du critère économique de l'internationalité en matière de choix de la loi applicable¹⁷⁵⁶. La raison avancée par M. Mayer est fondée sur l'absence « de lien évident entre une analyse économique des effets attendus du contrat et le pouvoir donné aux parties de le soumettre à la loi de leur choix »¹⁷⁵⁷. S'y ajoute aussi – et peut-être surtout, à notre sens – une absence d'intérêt pratique à l'emploi du critère économique de l'internationalité pour apprécier la licéité du choix de la loi applicable, dès lors que l'on admet que le critère juridique est suffisamment large pour englober le critère économique¹⁷⁵⁸. Le critère juridique

1752. H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *op. cit.*, p. 109 ; également cité par A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 62, n° 52.

1753. Sur les spécificités des contrats internationaux, voir *supra*, p. 206 s.

1754. M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 8-9.

1755. Voir *supra*, p. 31 s.

1756. Voir p. ex. E. LOQUIN, « note sous CA Paris, 9 nov. 1984 », *art. cit.*, p. 144 ; P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, p. 89-90, n° 73.

1757. *Idem*, « La délocalisation du contrat », *op. cit.*, p. 127, n° 5.

1758. Voir *supra*, p. 31 s.

suffit en effet à appréhender toutes les configurations internationales dans lesquelles le choix de la loi applicable apparaît justifié¹⁷⁵⁹.

S'agissant enfin de l'emploi exclusif du critère économique de l'internationalité aux fins d'appréciation de la licéité du choix de la loi applicable, il nous semble qu'en plus des raisons qui viennent d'être citées, une telle restriction serait incompatible avec le droit positif, en ce qu'il admet une libre faculté de choix de la loi applicable en dehors de la matière purement commerciale. Le recours exclusif au critère économique aurait pour effet d'exclure de cette faculté de choix certains types de contrats internationaux qui ne pourraient jamais répondre à cette définition en raison de leur caractère non commercial, tels par exemple que les contrats de mariage ou les conventions de divorce.

Peut donc être conclu que le critère économique de l'internationalité trouve sa place dans une approche fonctionnelle de l'internationalité en tant que condition d'application de certaines règles matérielles propres à la matière internationale. Plus précisément, lorsque l'édiction d'une règle matérielle est justifiée par les besoins du commerce international, il est justifié d'exiger que le contrat soit économiquement international. Il convient désormais de voir si une place peut également être reconnue au critère économique de l'internationalité en matière de conflit de juridictions.

B. En matière de conflit de juridictions

L'internationalité en matière de conflit de juridictions est spontanément définie par la doctrine sur la base du critère juridique; les manuels dédiés à la matière traitent en effet des litiges comportant un « élément d'extranéité »¹⁷⁶⁰. Se pose dès lors la question de savoir si le critère économique de l'internationalité peut trouver sa place en matière de conflit de juridictions, et plus particulièrement s'agissant de l'appréciation de la licéité des conventions attributives de juridiction. La réponse semble en effet ne faire aucun doute dans le domaine voisin de l'arbitrage international, lorsqu'est en jeu la compétence de tribunaux non étatiques. Il s'agit même de la seule approche de l'internationalité retenue par l'article 1504 du code de procédure civile, qui énonce qu'« est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ».

Il n'est donc guère étonnant de trouver en doctrine l'idée d'une possibilité de recours au critère économique de l'internationalité en matière de vérification de la compétence internationale des tribunaux étatiques. Il a ainsi été affirmé que le fait qu'un contrat mette en jeu les intérêts du commerce international suffit à entraîner l'application des règles de compétence internatio-

1759. Voir *infra*, p. 440 s.

1760. Voir p. ex. en droit français, P. MAYER, V. HEUZÉ et B. RÉMY, *Droit international privé, op. cit.*, p. 197, n° 285; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé, op. cit.*, p. 689, n° 681; S. CLAVEL, *Droit international privé, op. cit.*, p. 187, n° 290; M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé, op. cit.*, p. 343, n° 469.

nale¹⁷⁶¹. De manière plus précise, certains auteurs admettent la licéité d'une clause attributive de juridiction en présence d'une internationalité purement économique¹⁷⁶². A été fait remarquer que la solution a le mérite de traiter les conventions attributives de juridiction et les conventions d'arbitrage de manière égale sur le plan de l'internationalité¹⁷⁶³ et de prendre en compte les liens existant entre elles¹⁷⁶⁴, en évitant concrètement que pour un même contrat, les parties se voient reconnaître la faculté de conclure une clause attributive de juridiction mais pas une clause compromissoire, ou inversement.

La jurisprudence française donne plusieurs exemples de l'emploi du critère économique pour vérifier l'internationalité d'un contrat contenant une clause attributive de juridiction¹⁷⁶⁵. Ainsi, dans les arrêts *Mardelé* et *Dambricourt*¹⁷⁶⁶, la Cour de cassation a reconnu la licéité d'une clause attributive de juridiction au profit des tribunaux étrangers « dès l'instant que ces conventions mettent [...] en jeu des intérêts du commerce international »¹⁷⁶⁷. De même, dans l'arrêt *Nahas* du 14 novembre 1990¹⁷⁶⁸, la cour d'appel de Paris a jugé, à propos d'une clause attributive de juridiction contenue dans une convention de restructuration concernant deux prêts consentis par une banque à un couple d'emprunteurs, que les prêts « impliquaient [...] des mouvements de fonds à travers les frontières », de sorte que la convention et le litige présentaient un caractère international et que la clause était donc licite¹⁷⁶⁹.

Tous les auteurs ne partagent toutefois pas l'avis selon lequel le critère économique de l'internationalité pourrait être employé aux fins d'appréciation de la licéité des conventions attributives de juridiction¹⁷⁷⁰. Il nous semble que ce point de vue se justifie pour les mêmes raisons que celles déjà énoncées en matière de choix de loi applicable. Tout d'abord, la reconnaissance d'une faculté de choix du juge compétent n'est à notre sens en rien corrélée avec une « analyse économique des effets attendus du contrat », comme le faisait remarquer M. Mayer à propos du choix de loi applicable¹⁷⁷¹. Par ailleurs, la même absence d'utilité d'emploi du critère économique de l'internationalité peut être relevée si l'on admet que le critère juridique est suffisamment large

1761. H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 1.

1762. M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 14, n° 24; M.-E. ANCEL, « L'internationalité à la lumière de la convention d'*electio foris* », *op. cit.*, p. 27, n°s 7-8; H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 105.

1763. M.-E. ANCEL, « L'internationalité à la lumière de la convention d'*electio foris* », *op. cit.*, p. 30, n° 11.

1764. M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 14, n° 24.

1765. M.-E. ANCEL, « L'internationalité à la lumière de la convention d'*electio foris* », *op. cit.*, p. 27, n° 8.

1766. Cass. civ., 19 févr. 1930, *Mardelé* et 27 janv. 1931, *Dambricourt*, *Rev. crit. DIP* 1931, p. 541; *S.* 1933.I.41, note J.-P. NIBOYET.

1767. La citation est issue de l'arrêt *Mardelé*.

1768. CA Paris, 14 nov. 1990, *Nahas*, *JDI* 1991, p. 734, note H. GAUDEMET-TALLON.

1769. H. GAUDEMET-TALLON, « note sous CA Paris, 14 nov. 1990, *Sieur et Dame Nahas c/ Banque arabe et internationale d'investissement* », *JDI* 1991, p. 739-740.

1770. Voir p. ex. M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 320, n° 427.

1771. P. MAYER, « Réflexions sur la notion de contrat international » in *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, sous la dir. de P. GAUCH, F. WERRO et P. PICHONNAZ, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2008, p. 878, n° 7. Voir *infra*, p. 436 s.

pour englober le critère économique¹⁷⁷². Enfin, le critère économique se révèle encore plus étroit qu'en matière de choix de la loi applicable, puisqu'il ne permet de vérifier l'internationalité qu'en présence d'un contrat commercial, alors que le choix de juge compétent est admis de manière générale en matière civile et commerciale¹⁷⁷³.

Ainsi, il nous semble que seul le critère juridique de l'internationalité doit pouvoir être employé en matière de conflit de juridictions – la matière de l'arbitrage international étant expressément exclue de ce propos – en particulier lorsqu'il s'agit d'apprécier la licéité d'une convention attributive de juridiction. Pour faire le lien avec les constatations tirées en matière de conflit de lois, peut donc être conclu que seule l'application de règles matérielles en matière de commerce international doit relever du domaine réservé du critère économique de l'internationalité.

§ 2. En droit international privé européen et conventionnel

La question des fonctions respectives des critères juridique et économique de l'internationalité en droit international privé européen et conventionnel revient à se demander quelle est l'approche de l'internationalité que les instruments supranationaux de droit international privé ont entendu retenir aux fins de délimitation de leur champ d'application matériel. Elle ne concerne par définition que les instruments applicables aux contrats commerciaux, puisque le critère économique de l'internationalité ne saurait utilement être appliqué ni en dehors de la matière contractuelle, ni aux contrats relevant du droit patrimonial de la famille.

Certains instruments supranationaux applicables en matière contractuelle prévoient une définition expresse de l'internationalité. L'étude de ces définitions a montré qu'elles reposent toutes sur le critère juridique de l'internationalité¹⁷⁷⁴. Ainsi, et d'une part, la convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises réserve, aux termes de son article 1^{er}, son champ d'application aux contrats de vente internationale de marchandises dans lesquels les parties ont leur établissement localisé dans des pays différents. Si la différence d'établissement des parties impliquera souvent une internationalité également économique du contrat, dans la mesure où elle entraîne en principe un transfert de biens et de valeurs au-delà des frontières¹⁷⁷⁵, aucune place n'est explicitement faite par la convention au critère économique de l'internationalité. De même, il peut être déduit de la définition négative de l'internationalité employée par l'article 1^{er}, alinéa 1, de la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, qui repose sur l'existence de liens pertinents entre les éléments du

1772. Voir *supra*, p. 31 s.

1773. Règlement Bruxelles I bis, articles 1 et 25.

1774. Voir *supra*, p. 36 s.

1775. E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 81, n° 166.

litige et un ordre juridique étatique¹⁷⁷⁶, que celle-ci entend exclusivement retenir une approche juridique de l'internationalité.

D'autres instruments adoptés en matière contractuelle ne prévoient aucune définition spécifique de l'internationalité et prêtent donc davantage à discussion. Il a ainsi été déduit de l'absence de définition de l'internationalité dans la convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels que chaque État contractant devrait pouvoir appliquer sa propre conception de l'internationalité¹⁷⁷⁷, ce qui permettrait l'emploi du critère économique par le juge français. Le débat s'avère toutefois inutile dès lors que l'on admet qu'il est possible de faire une appréciation suffisamment large du critère juridique de l'internationalité pour y faire entrer les configurations relevant prétendument du seul critère économique¹⁷⁷⁸. Par ailleurs, même si l'on n'adhérait pas à cette affirmation, seul le critère juridique devrait être retenu pour des considérations tenant à l'application uniforme de l'instrument, dans la mesure où il s'agit de la seule approche de l'internationalité universellement partagée. Enfin, on fera observer en tout état de cause que la convention de La Haye de 1955 est une convention de conflit de lois et non de droit matériel, raison pour laquelle on conçoit mal la raison pour laquelle il conviendrait de laisser une place à l'application du critère économique, même devant le juge français.

Le règlement Rome I a enfin cela de particulier qu'il n'emploie pas le terme d'internationalité¹⁷⁷⁹. Il témoigne toutefois d'un choix évident en faveur d'une approche juridique de l'internationalité en raison de la limitation de son champ d'application aux « situations comportant un conflit de lois » ou, en version allemande, aux situations « entretenant un lien avec le *droit* de plusieurs États »¹⁷⁸⁰. Les mêmes raisons que celles qui viennent d'être citées pour la convention de La Haye de 1955 conduiront à exclure l'emploi du critère économique de l'internationalité¹⁷⁸¹.

En conclusion, la répartition des fonctions entre critères juridique et économique de l'internationalité ne pose pas de difficultés en droit international privé supranational, dans la mesure où le critère juridique de l'internationalité est le seul qui doit pouvoir être employé.

La place du critère économique de l'internationalité dans une approche fonctionnelle de la notion d'internationalité étant déterminée, il convient désormais de s'attacher à concrétiser le critère juridique de l'internationalité.

1776. L'article prévoit qu'« une situation est internationale sauf si les parties résident dans le même État contractant et si les relations entre les parties et tous les autres éléments pertinents du litige, quel que soit le lieu du tribunal élu, sont liés uniquement à cet État ».

1777. V. HEUZÉ, *La vente internationale des marchandises. Droit uniforme*, op. cit., p. 23, n° 21.

1778. Voir *supra*, p. 31 s.

1779. Voir *supra*, p. 45 s.

1780. En langue originale, « Schuldverhältnisse [...], die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen ». C'est nous qui soulignons.

1781. En faveur d'une telle exclusion, Ph. LÉBOULANGER, « La notion d'«intérêts» du commerce international », art. cit., p. 499 ; Ph. KAHN, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, p. 604.

Section II. La concrétisation du critère juridique de l'internationalité

La tentative de concrétisation du critère juridique de l'internationalité par l'adoption d'une approche visant à définir l'internationalité par rapport à sa fonction s'est manifestée principalement de deux façons. Il s'est premièrement agi pour certains auteurs de mener une réflexion fondée sur le degré d'internationalité de la situation, c'est-à-dire sur l'intensité des liens que la situation internationale entretient avec les différents pays auxquels elle est rattachée, dans le but d'établir une corrélation entre un degré d'internationalité donné et l'emploi de certaines règles et méthodes de droit international privé (§ 1). Plus prometteuse nous semble toutefois une seconde approche, plus concrète, consistant à identifier spécifiquement les éléments d'extranéité pertinents pour chaque règle ou méthode de droit international privé nécessitant la vérification d'une condition d'internationalité (§ 2).

§ 1. L'exploitation des degrés d'internationalité

Plusieurs propositions doctrinales ont visé à exploiter les différents degrés d'internationalité que peut présenter une situation afin d'en tirer des conséquences sur la réglementation des situations internationales. Il s'agissait d'attribuer à chaque degré d'internationalité identifié une ou plusieurs méthode(s) de droit international privé censée(s) constituer un domaine réservé ou à tout le moins de prédilection. Ces propositions relèvent d'une forme d'approche fonctionnelle de la notion d'internationalité, puisqu'elles cherchent à établir un lien entre certaines formes d'internationalité et certaines formes de régimes spécifiques propres aux situations internationales. A ainsi tout d'abord été exploitée la distinction entre internationalité absolue et relative¹⁷⁸² (A.). Elle a ensuite donné lieu à une proposition plus sophistiquée, reposant sur l'existence de six degrés différents d'internationalité (B.).

A. *La distinction entre internationalité absolue et relative*

Une implication majeure pourrait être tirée de la distinction entre l'internationalité absolue, désignant les situations rattachées par leurs « éléments intrinsèques » à plusieurs ordres juridiques¹⁷⁸³, et l'internationalité relative, faisant référence aux situations rattachées à un seul État mais se présentant à l'observateur d'un autre État. Selon P. H. Neuhaus, la méthode conflictuelle a en effet pour domaine d'application principal les situations relativement internationales et la méthode de réglementation directe les situations absolument internationales, même si cet auteur note l'inévitable utilisation des règles de conflit de lois également pour cette dernière catégorie de situations lorsqu'aucune règle matérielle spécifique n'existe en la matière¹⁷⁸⁴. De même, M. Mayer considère que la présence d'une situation relativement internationale suffit à entraîner l'application des règles de droit international privé, et plus particulièrement de la règle de conflit

1782. Voir *supra*, p. 111 s.

1783. P. MAYER, V. HEUZÉ et B. RÉMY, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 28, n° 5.

1784. P. H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, *op. cit.*, p. 23-24.

de lois¹⁷⁸⁵, alors que la présence d'une situation absolument internationale rend « plus complète l'intervention du droit international privé », en permettant l'élaboration de règles matérielles et autorisant les parties à choisir librement le juge compétent et la loi applicable¹⁷⁸⁶.

S'agissant de la première branche de l'assertion relative aux situations relativement internationales, il est certainement exact que la présence d'une telle situation suffit à inciter le juge à se questionner sur sa compétence internationale ainsi que sur la loi applicable, de sorte qu'il n'est pas toujours nécessaire d'être en présence d'une situation absolument internationale pour que s'appliquent certaines règles de droit international privé¹⁷⁸⁷. Il en résulte que l'application de la règle de compétence internationale et de la règle de conflit de lois pourrait être soumise à une simple condition d'internationalité relative, pour peu que l'on souhaite poser une telle condition, dont nous avons vu qu'elle est majoritairement dénuée d'intérêt pratique¹⁷⁸⁸. Par exception, dans les cas où la condition d'internationalité a spécialement besoin d'être vérifiée¹⁷⁸⁹, il redevient nécessaire d'exiger une internationalité absolue en raison du risque d'aboutir à un résultat indésirable sur le plan du juge compétent ou de la loi applicable si la règle de compétence internationale ou la règle de conflit de lois était appliquée à une situation relativement internationale, qui reste une situation intrinsèquement interne à un ordre juridique.

S'agissant de la seconde branche de l'assertion relative aux situations absolument internationales, il apparaît indiscutable que le choix de la loi applicable et du juge compétent doit être considéré comme une conséquence propre à l'internationalité absolue, car l'admission de la solution contraire reviendrait *in fine* à admettre un tel choix dans des situations qui sont intrinsèquement internes à un État. Enfin, s'agissant de l'application des règles matérielles, a été reproché à l'affirmation selon laquelle seules les situations absolument internationales pourraient être soumises à des règles matérielles spécifiques de ne pas avoir été démontrée¹⁷⁹⁰. Tel est toutefois nécessairement le cas, parce que seules ces situations présentent intrinsèquement des spécificités par rapport aux situations internes¹⁷⁹¹.

En conclusion, les conséquences pratiques tirées par la doctrine de la distinction entre internationalité absolue et relative se vérifient dans toutes les hypothèses. Pour autant, cette méthode a le défaut de conduire à une approche fonctionnelle de l'internationalité qui reste trop large. En effet, ainsi que l'écrivait P. Lalive, « une telle classification dualiste, encore qu'elle recèle une part de vérité indéniable, est trop schématique : n'est-ce pas plutôt insensiblement, et par degrés plus ou moins perceptibles, que l'on passe d'une "extranéité" insignifiante à une extranéité si-

1785. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, p. 88, n° 70.

1786. P. MAYER, V. HEUZÉ et B. RÉMY, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 28, n° 5.

1787. Approuvant également l'idée qu'une internationalité relative est suffisante pour entraîner l'application de la règle de conflit de lois, P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », *op. cit.*, p. 21.

1788. Voir *supra*, p. 321 s.

1789. Voir *supra*, p. 322 s.

1790. P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », *op. cit.*, p. 20-21.

1791. Sur ces spécificités, voir *supra*, p. 206 s.

gnifiante ou forte ? »¹⁷⁹² Il convient donc de voir si une approche plus différenciée, reposant sur la prise en compte de davantage de degrés d'internationalité, serait d'un plus grand bénéfice.

B. La prise en compte de degrés d'internationalité supplémentaires

La distinction entre internationalité absolue et internationalité relative a servi de point de départ à M. Schwander pour l'établissement d'une classification plus détaillée des situations juridiques en fonction de leur degré d'internationalité, réalisée par l'ajout de catégories intermédiaires entre les situations relativement et absolument internationales. L'auteur suisse distingue entre les situations absolument internes, les situations majoritairement internes, les situations mixtes, les situations majoritairement étrangères, les situations absolument étrangères et les situations absolument internationales¹⁷⁹³. Les situations « absolument internes » et « absolument étrangères » sont celles qui sont rattachées par tous leurs éléments à l'ordre juridique interne ou étranger. Cette catégorie inclut également les situations qui présentent un élément d'extranéité mais qui sont régies par une loi de police et se retrouvent de la sorte « nationalisées »¹⁷⁹⁴. Les situations « majoritairement internes » et « majoritairement étrangères » sont rattachées par la majorité de leurs éléments à l'ordre juridique interne ou étranger. Les situations « mixtes » et « absolument internationales » se distinguent par le fait que les situations mixtes présentent des rattachements significatifs avec plusieurs ordres juridiques, alors que les situations absolument internationales ne présentent de rattachement significatif avec aucun ordre juridique. Cette dernière catégorie inclut donc notamment les situations qui se créent en marge de tout ordre juridique étatique¹⁷⁹⁵.

S'appuyant sur cette classification, M. Schwander tente ensuite de dégager des préférences quant à la réglementation de ces situations, qui divergent parfois de la répartition proposée par P. H. Neuhaus et M. Mayer. Il soutient globalement que l'application de la règle de conflit de lois n'est pas adaptée à toutes les catégories de situations mentionnées, et que certaines méthodes comme les lois de police ou les règles matérielles présentent plus d'affinités avec certaines de ces catégories¹⁷⁹⁶. Il considère ainsi que la méthode conflictuelle s'applique surtout aux situations majoritairement internes, majoritairement étrangères et mixtes, en ce que leur « appréciation juridique pourrait se faire en principe, dans chaque État, selon tout ordre juridique »¹⁷⁹⁷. Il soutient ensuite que les situations absolument internes ou étrangères sont le terrain de prédilection de la méthode des lois de police¹⁷⁹⁸. Enfin, les situations absolument internationales constitueraient le champ d'application privilégié des règles matérielles¹⁷⁹⁹.

1792. P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », *op. cit.*, p. 19.

1793. I. SCHWANDER, *Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht*, *op. cit.*, p. 243.

1794. *Ibid.*, p. 243.

1795. *Ibid.*, p. 243.

1796. *Ibid.*, p. 243.

1797. *Ibid.*, p. 243.

1798. *Ibid.*, p. 243.

1799. *Ibid.*, p. 243.

Cette dernière catégorie de situations, qui ne présentent de liens de rattachement prépondérant avec aucun ordre juridique en particulier, a également intéressé d'autres auteurs. A ainsi été soutenu que les règles matérielles seraient plus particulièrement adaptées aux situations internationales qui présentent dès leur origine des liens de rattachement forts avec plusieurs ordres juridiques¹⁸⁰⁰. De même, a été affirmé que le fait qu'une situation internationale présente des liens d'importance équivalente avec plusieurs ordres juridiques pourrait conférer « une certaine autonomie [à son] régime juridique », permettant la poursuite d'une politique matérielle propre¹⁸⁰¹. E. Steindorff pose pour sa part une condition supplémentaire au développement d'un tel régime, résidant dans le fait que la situation absolument internationale entraîne l'application de droits dont les contenus divergent¹⁸⁰². La méthode de la réglementation directe apparaîtrait ainsi d'autant plus adaptée que les ordres juridiques concernés par la situation poursuivent des buts opposés, témoignant d'une profonde différence de valeurs¹⁸⁰³.

Ces différentes assertions méritent d'être étudiées de plus près, car certaines nous semblent devoir être remises en cause. Tout d'abord, l'affirmation selon laquelle les situations absolument internes ou étrangères seraient le terrain de prédilection des lois de police est contredite, à notre sens, par le mode de fonctionnement actuel de cette méthode. Il n'est en effet nullement exclu qu'une situation internationale régie par une loi de police présente un élément d'extranéité fortement pertinent, dès lors que la loi de police n'exige qu'un seul lien de rattachement, souvent spécialement déterminé, avec l'ordre juridique interne pour être appliquée. Peut être cité l'exemple des dispositions des articles 375 à 375-8 du code civil relatives à l'assistance éducative, pour lesquelles la Cour de cassation a jugé qu'elles « sont applicables, sur le territoire français, à tous les mineurs qui s'y trouvent, quelle que soit leur nationalité ou celle de leurs parents »¹⁸⁰⁴. Le critère est donc celui de la présence du mineur sur le territoire français, ce qui ne fait pas obstacle à l'existence d'un élément d'extranéité très pertinent comme celui de sa nationalité.

Ensuite, et en revanche, il est certainement vrai que les situations absolument internes ou étrangères et les situations mixtes peuvent aisément se contenter de la méthode conflictuelle, encore que le passage par cette méthode ne soit pas obligatoire pour les situations absolument internes et que les situations absolument étrangères se présentant au juge interne et les situations mixtes puissent ponctuellement demander l'adoption de règles matérielles spécifiques. Nous ne voyons toutefois pas pour quelle raison la méthode conflictuelle ne conviendrait pas également aux situations majoritairement internes ou majoritairement étrangères, celles-ci présentant par définition un élément d'extranéité qui a pour effet d'entraîner un doute sur la loi applicable,

1800. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, op. cit., p. 96.

1801. A. BUCHER, « Sur les règles de rattachement à caractère substantiel », op. cit., p. 43.

1802. E. STEINDORFF, *Sachnormen im internationalen Privatrecht*, op. cit., p. 274.

1803. I. SCHWANDER, *Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht*, op. cit., p. 420.

1804. Cass. 1^{re} civ., 16 janv. 1979, *JDI* 1981, p. 66, note J. FOYER.

même si le fait qu'elles soient majoritairement rattachées à un ordre juridique devrait aisément orienter le choix de la loi applicable.

Enfin, il ne fait guère de doute que les situations absolument internationales, en ce qu'elles peuvent être difficilement rattachées à un ordre juridique étatique en particulier, gagnent à être régies par des règles matérielles spécifiques. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'elles font intervenir des droits dont les contenus divergent, bien que l'on voie mal de quelle manière il serait possible de tenir compte de cette circonstance *a priori* lors de l'élaboration de la règle matérielle propre aux situations internationales. Cette dernière hypothèse serait certainement mieux prise en charge par les autres méthodes d'adaptation matérielle à l'internationalité, et en première ligne par la technique de l'adaptation¹⁸⁰⁵.

Ainsi, pour pertinente que soit à certains égards l'approche proposée par M. Schwander reposant sur l'identification de degrés d'internationalité, le grief majeur qui peut lui être adressé est d'être insuffisamment précise pour constituer un réel apport dans une démarche de définition fonctionnelle de la notion d'internationalité. Les liens qu'elle tente d'identifier entre certains degrés d'internationalité et certains régimes ou méthodes de droit international privé témoignent davantage d'une tendance que d'une règle stricte. C'est pourquoi il convient désormais d'envisager une autre méthode, consistant à identifier directement les éléments d'extranéité pertinents aux fins de définition de l'internationalité.

§ 2. L'identification des éléments d'extranéité

La méthode permettant d'obtenir la définition la plus précise de l'approche juridique de l'internationalité passe par l'identification des éléments d'extranéité pertinents, étant précisé que cette identification ne doit pas se faire de manière conceptuelle, dans l'absolu, mais par le biais d'une approche fonctionnelle de la notion. Nous ne reprochons pas à une réflexion conceptuelle sur la pertinence des éléments d'extranéité de ne pas conduire à des résultats pertinents – car nous aboutirons, dans un certain nombre d'hypothèses, au même résultat à l'issue d'une approche fonctionnelle –, mais de ne pas avoir fait – à tout le moins explicitement – le détour par une réflexion sur les fonctions de l'internationalité, qui nous semble indispensable pour asseoir la pertinence de la définition retenue.

La réflexion fonctionnelle sur les éléments d'extranéité pertinents ne nous conduira pas toujours à retenir une définition restrictive de l'internationalité, car certaines règles ou certains régimes spécifiques aux situations internationales peuvent se contenter d'une définition générale, reposant sur la présence de liens de rattachement pertinents mais quelconques avec plusieurs ordres juridiques étatiques (A.). Il est toutefois une importante catégorie de règles de droit international privé, constituée des règles matérielles de fond et de procédure propres à la matière

1805. Voir *supra*, p. 82 s.

internationale, pour laquelle seront identifiés limitativement les éléments d'extranéité pertinents (B).

A. L'exigence d'éléments d'extranéité pertinents mais quelconques

Après avoir identifié les types de règles de droit international privé qui devront être soumis à une condition d'internationalité reposant sur la simple présence d'éléments d'extranéité pertinents mais quelconques (1.), seront proposées certaines directives permettant de caractériser la pertinence de ces éléments d'extranéité (2.).

1. Les règles de droit international privé concernées

En lien avec les développements précédents relatifs à l'utilité pratique de la condition d'internationalité¹⁸⁰⁶, notre réflexion fonctionnelle sera limitée aux seules hypothèses dans lesquelles une condition autonome d'internationalité est nécessaire afin que les situations internes ne soient pas soumises de manière indue au régime propre aux situations internationales. Cela nous conduira à aborder le cas des règles de compétence internationale directe (a.), des règles de conflit de lois (b.), des options de législation (c.), du choix illimité du juge compétent (d.) et de la loi applicable (e.).

a. La règle de compétence internationale directe

Sur l'ensemble des règles de compétence internationale directe, seules celles reposant sur un chef de compétence exorbitante, sur un chef de compétence spéciale différant du chef de compétence territoriale interne et sur la comparution volontaire du défendeur avaient été identifiées comme nécessitant d'être soumises à une condition autonome d'internationalité¹⁸⁰⁷, en ce que leur application dans un litige purement interne est susceptible de conduire à la reconnaissance de la compétence d'un juge étranger ou à une mauvaise détermination de la compétence territoriale interne.

S'agissant d'une part des règles de compétence exorbitante et de celles reposant sur la comparution volontaire du défendeur, il nous semble difficile de dégager une définition fonctionnelle de l'internationalité. En effet, leur adoption ne nous semble pas justifiée par des considérations propres aux litiges internationaux, de sorte que nous serions bien en peine d'identifier une catégorie de litiges internationaux à laquelle leur application devrait être réservée. Autrement dit, dans la mesure où la règle de compétence ne répond *a priori* à aucun besoin spécifique des litiges internationaux, la condition d'internationalité ne peut pas être définie de sorte à n'englober que les litiges internationaux qui présentent ce besoin de se voir appliquer ladite règle de compétence. La fonction de la condition d'internationalité est donc uniquement de s'assurer que

1806. Voir *supra*, p. 326 s.

1807. Voir *supra*, p. 322 s.

la règle de compétence exorbitante ou reposant sur la comparution volontaire du défendeur ne puisse pas être appliquée dans les litiges purement internes, de sorte qu'il est suffisant d'exiger une internationalité pertinente mais quelconque pour son application.

S'agissant d'autre part des règles de compétence internationale spéciale utilisant un chef de compétence différant du chef de compétence territoriale interne, deux hypothèses différentes doivent être envisagées : celle dans laquelle la règle de compétence internationale est de source nationale et provient de l'extension, avec adaptation, de la règle de compétence territoriale interne, et celle dans laquelle la règle est de source supranationale et ne correspond pas à la règle de compétence territoriale interne¹⁸⁰⁸.

S'agissant tout d'abord du cas dans lequel la règle de compétence internationale est de source nationale, le point de départ de la réflexion sur la définition de l'internationalité nous semble devoir être l'identification de la raison pour laquelle la règle de compétence internationale spéciale diffère de la règle de compétence territoriale interne, c'est-à-dire, dans les termes de la Cour de cassation, l'identification des « nécessités particulières des relations internationales »¹⁸⁰⁹ ayant justifié les adaptations apportées à la règle de compétence territoriale interne. Il conviendrait ainsi dans l'idéal de n'appliquer la règle de compétence spécifique qu'aux litiges internationaux présentant le besoin d'adaptation tel qu'il a été concrétisé.

L'expression « nécessités particulières des relations internationales » invite *a priori* à ne pas distinguer entre certaines situations internationales qui présenteraient des nécessités particulières justifiant l'application d'une règle de compétence adaptée, et certaines autres qui n'en présenteraient pas. La Cour de cassation se réfère en des termes généraux aux nécessités propres aux relations internationales, comme s'il s'agissait d'une catégorie indivisible de situations possédant, au moins au regard de l'adaptation de la règle de compétence juridictionnelle, les mêmes spécificités. En allant au bout de ce raisonnement, on pourrait donc affirmer que les adaptations apportées à la règle de compétence s'expliquent de manière générale par la plurilocalisation du litige, caractéristique primaire de l'internationalité. La condition d'internationalité devrait en conséquence être définie en des termes généraux, sans qu'il ne soit nécessaire de sélectionner un ou plusieurs éléments d'extranéité pertinents.

Il n'est toutefois pas certain que l'examen minutieux de chaque règle de compétence internationale spéciale issue de l'adaptation de la règle de compétence territoriale interne confirme ce résultat. Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 4 mars 2020¹⁸¹⁰ en donne une illustration. La Cour a jugé dans cette affaire que « s'agissant d'une action en partage d'un bien immobilier

1808. Voir *supra*, p. 324 s. Il convient également de rappeler qu'aucune condition d'internationalité n'a besoin d'être exigée quand le chef de compétence spécifique à la matière internationale résulte de son adjonction à titre subsidiaire au chef de compétence territoriale interne.

1809. Cass. 1^{re} civ., 3 déc. 1985, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 766 ; *D.* 1986, I.R. p. 269, obs. B. AUDIT, et plus récemment Cass. 1^{re} civ., 4 mars 2020, *AJ fam.* 2020, p. 313, note A. Boiché ; *Dr. fam.* 2020, comm. 97 par A. DEVERS.

1810. Cass. 1^{re} civ., 4 mars 2020, *AJ fam.* 2020, p. 313, note A. Boiché ; *Dr. fam.* 2020, comm. 97 par A. DEVERS.

situé en France, exercée sur le fondement de l'article 815-17, alinéa 3, du code civil, l'extension à l'ordre international des critères de compétence territoriale du juge aux affaires familiales, fondés sur la résidence de la famille ou de l'un des parents ou époux, n'était pas adaptée aux nécessités particulières des relations internationales, qui justifiaient, *tant pour des considérations pratiques de proximité qu'en vertu du principe d'effectivité*, de retenir que le critère de compétence territoriale devait être celui du lieu de situation de ce bien »¹⁸¹¹. La Cour de cassation procède ainsi à une substitution du chef de compétence applicable en matière internationale – le critère de la résidence étant remplacé par celui du lieu de situation de l'immeuble – plutôt qu'à une simple adjonction de ce second critère pour le cas où le premier ne se réaliserait pas sur le territoire français.

Lorsque la résidence de la famille est située à l'étranger, comme c'était le cas en l'espèce, l'affaire portant sur le partage d'un bien immobilier situé en France appartenant à des époux résidant en Algérie, il ne fait aucun doute qu'il est préférable qu'un juge du pays de situation de l'immeuble connaisse du contentieux. A en effet été fait remarquer que « la solution induite par l'[article 1070 du code de procédure civile] était aberrante puisqu'elle conduisait à inviter le créancier à saisir le juge algérien pour obtenir la liquidation de l'indivision en Algérie sur un bien situé en France. Or, d'une part, il est loin d'être évident que le juge algérien se soit reconnu compétent et, d'autre part, quand bien même il se serait reconnu compétent, le créancier aurait été contraint, ensuite, de saisir de nouveau le juge français pour obtenir l'exécution de la décision algérienne. »¹⁸¹². Cette remarque fait écho au « principe d'effectivité » mentionné par la Cour de cassation dans sa décision, auquel s'ajoute l'argument de la proximité, selon lequel le juge français est mieux placé que le juge algérien pour connaître de la liquidation d'un immeuble situé sur son propre territoire.

Il reste toutefois que cette adaptation de la règle de compétence juridictionnelle n'est nécessaire que pour peu que la résidence familiale ait effectivement été située à l'étranger, condition qui n'est pas expressément posée par la Cour de cassation dans son arrêt. En effet, si l'internationalité avait par exemple résulté de la seule nationalité étrangère des parties, ces dernières auraient pu se voir appliquer l'article 1070 du code de procédure civile sans qu'il n'ait été nécessaire de procéder à une adaptation du critère de compétence territoriale interne. La compétence aurait été celle du lieu français de résidence de la famille ou de l'un des parents ou époux, l'immeuble étant pour sa part également situé en France, la situation ne différant donc pas, en matière de proximité et d'effectivité, de celle de personnes se trouvant dans une situation purement interne à la France¹⁸¹³.

1811. C'est nous qui soulignons.

1812. A. BOICHÉ, « Compétence des juridictions françaises pour statuer sur une demande en partage d'un immeuble indivis situé en France appartenant à des époux résidant à l'étranger », *AJ fam.* 2020, p. 314.

1813. Une autre question est celle de savoir si la compétence posée par l'article 1070 CPC est de manière générale pertinente en matière de partage de biens immobiliers, mais elle concerne aussi bien les litiges internes qu'internationaux.

Or, lorsqu'un élément d'extranéité donné n'entraîne aucun besoin d'adaptation de la règle de compétence juridictionnelle, l'application de la règle adaptée à cette situation internationale peut conduire à une différence de traitement injustifiée entre situations internationales et internes. Soient en effet, pour rester dans la continuité de l'arrêt étudié, un couple français et un couple étranger résidant à Paris et disposant chacun d'un bien immobilier à Perpignan. Selon la solution posée par la Cour de cassation, le couple étranger devrait porter son action en partage à Perpignan, lieu de situation de l'immeuble, alors que le couple français devrait agir à Paris, lieu de la résidence de la famille. Sans qu'il ne soit nécessaire de déterminer quel couple se trouve dans une situation plus favorable – celui qui profite de la proximité du juge avec l'immeuble ou celui qui peut plaider au lieu de sa résidence –, on peut à tout le moins faire observer qu'une telle différence de traitement n'est ni demandée ni justifiée par la nationalité différente des couples considérés. Cela démontre que toutes les situations internationales ne sont pas toujours nécessairement redevables, du fait même de leur internationalité, d'un traitement différencié sur le plan de la compétence juridictionnelle.

L'exemple de la règle de compétence internationale en matière de partage d'un bien immobilier indivis appartenant à des époux montre donc la nécessité d'un questionnement précis, au cas par cas, sur les configurations internationales concernées par l'adaptation de la règle de compétence juridictionnelle, ce qui permettra de déterminer le ou les éléments d'extranéité à prendre en compte pour l'application de cette règle, s'il y a effectivement lieu de distinguer selon la nature de l'internationalité du litige. Les situations internationales qui ne présenteraient pas les éléments d'extranéité requis se verraient appliquer par extension la règle de compétence territoriale interne non adaptée, quitte à ce qu'elle conduise à l'incompétence des juridictions de l'ordre juridique interne.

Il faut terminer par l'hypothèse dans laquelle la règle de compétence internationale spéciale différant de la règle de compétence territoriale interne est d'origine supranationale. Les données du problème sont différentes, car les différences qui s'observent avec la règle de compétence territoriale interne n'ont pas nécessairement été recherchées. Elles ne résultent donc pas forcément d'une volonté d'adaptation du contenu des règles de compétence territoriale interne – à supposer que le contenu de celles-ci soit commun à l'intégralité des États parties à l'instrument –, mais bien davantage d'un consensus politique entre ces différents États ou, dans le cas de l'Union européenne, entre les différentes traditions juridiques des États membres. Dès lors, une réflexion sur les raisons de la divergence entre la règle de compétence territoriale interne et la règle de compétence internationale dans le but de préciser les contours de la notion d'internationalité n'a guère de sens. À défaut, il faudra donc se contenter d'une internationalité générale reposant sur la présence d'un élément d'extranéité pertinent mais quelconque.

En conclusion, les quelques règles de compétence internationale demandant une vérification expresse de l'internationalité peuvent en principe se contenter de la présence d'un élément d'extranéité pertinent mais quelconque, à l'exception du cas dans lequel la règle de compétence internationale de source nationale résulte de l'adaptation de la règle de compétence territoriale

interne. Dans cette hypothèse, tous les litiges internationaux peuvent en effet ne pas exiger pas l'adaptation à laquelle il a été procédé sur le plan de la compétence juridictionnelle, de sorte que les éléments d'extranéité pertinents doivent être déterminés au cas par cas.

b. La règle de conflit de lois

Les règles de conflit de lois employant la *lex fori* comme facteur de rattachement non purement subsidiaire et les règles de conflit de lois recourant à un facteur de rattachement exorbitant – ne correspondant pas à un élément intrinsèque de la situation – sont les deux types de règles de conflit de lois identifiés comme devant spécialement être soumis à une condition autonome d'internationalité, sous peine d'entraîner une mauvaise détermination de la loi applicable s'ils étaient appliqués dans une situation interne¹⁸¹⁴. L'analyse se limitera à ce premier type de règle de conflit de lois, seul susceptible, à notre connaissance, de se présenter en droits français et allemand.

La soumission d'une situation internationale à un droit étranger par application de la règle de conflit de lois doit en principe être considérée comme constituant un traitement spécifique justifié des situations internationales par rapport aux situations internes, sous la réserve d'une pertinence suffisante du facteur de rattachement employé par la règle de conflit de lois¹⁸¹⁵. En faisant application de cette idée au cas spécifique de la règle de conflit de lois employant la *lex fori* comme critère de rattachement non purement subsidiaire, on aboutit à la conclusion que seules les situations présentant un lien de rattachement pertinent avec l'ordre juridique du for sont des situations pour lesquelles se justifie l'application de cette loi. L'internationalité pertinente serait donc celle qui résulte de l'existence de liens de rattachement pertinents avec le for et au moins un autre ordre juridique étatique.

Une telle définition n'est toutefois pas employable en pratique, parce qu'elle a pour effet de laisser sans règle de conflit de lois applicable les situations internationales soumises au for sans présenter de lien de rattachement pertinent avec lui. Or, dès lors que le for aura admis sa compétence juridictionnelle, il lui faudra pouvoir déterminer la loi applicable et donc appliquer la règle de conflit de lois qui est à sa disposition. C'est pourquoi des considérations pratiques nous semblent exiger une définition plus large de l'internationalité, qui ne peut être appréhendée autrement qu'en des termes généraux et considérée comme acquise chaque fois que la situation présente un élément d'extranéité pertinent quelconque. L'application de la règle de conflit de lois employant la *lex fori* à titre non purement subsidiaire sera donc exclue pour les seules situations internes, qu'elles soient celles du for ou d'un État étranger. Devra être appliquée à ces situations la loi de l'État auquel elles sont intégralement rattachées, principe qui sera particulièrement important à respecter dans le cas où le for aurait à connaître d'une situation entièrement rattachée à un État étranger.

1814. Voir *supra*, p. 322 s.

1815. Voir *supra*, p. 213 s.

Il convient de noter qu'en pratique, la vérification préalable de la compétence internationale assurera très souvent que la situation est effectivement internationale, sauf à ce que le juge admette sa compétence sur la base d'une convention attributive de juridiction, de la comparution volontaire du défendeur ou d'un chef de compétence exorbitante, sans avoir soumis le jeu d'aucune de ces règles à une condition autonome d'internationalité¹⁸¹⁶.

Afin d'illustrer ce lien entre vérification préalable de la compétence internationale et présence de l'internationalité, peut être cité le cas de l'article 370-4 du code civil, qui prévoit que les effets de l'adoption prononcée en France sont ceux de la loi française. La règle de compétence internationale correspondante, issue de l'article 1166 du code de procédure civile prévoit que le tribunal compétent pour prononcer cette adoption est celui du lieu de la résidence – française – du requérant ou du lieu de la résidence – française – de l'adopté si le requérant demeure à l'étranger ou du tribunal choisi en France par le requérant lorsque celui-ci et l'adopté demeurent à l'étranger. Si n'existaient que les deux premières options – résidence française de l'adoptant ou résidence française de l'adopté –, le juge serait assuré de se trouver en présence soit d'une situation purement interne à son ordre juridique (première option), soit d'une situation internationale qui présente au moins un lien de rattachement avec la France, à savoir la résidence de l'adoptant (première option) ou de l'adopté (deuxième option). La troisième option, appliquée de manière littérale, permet toutefois de saisir le juge français dans une situation interne à un État étranger, dans lequel résident à la fois l'adoptant et l'adopté, avec pour conséquence que cette situation sera soumise à la loi française en application de l'article 370-4 du code civil. Cet exemple montre donc tout l'intérêt de procéder à la vérification d'une condition d'internationalité avant l'application de la règle de conflit de lois employant la *lex fori* comme rattachement non purement subsidiaire¹⁸¹⁷.

c. L'option de législation

Les options de législation offrant le choix de la *lex fori* posent une problématique similaire à celle des règles de conflit de lois qui viennent d'être étudiées. Il existe en effet un risque que les parties à une situation interne puissent convenir de l'application d'une loi qui n'entretient aucun lien avec leur situation, selon le juge devant lequel elles porteront leur contentieux. La probabilité que ce risque advienne dépend du contenu de la règle de compétence internationale du for, selon qu'elle permette de s'assurer de l'existence d'un lien de rattachement avec le for, ou à tout le moins de l'internationalité objective de la situation, ou qu'elle autorise le juge à se reconnaître compétent pour connaître d'une situation interne à un ordre juridique étranger.

1816. Voir *supra*, p. 322 s.

1817. La doctrine défend dans le cas particulier que nous avons envisagé une autre solution, consistant en une interprétation restrictive de la dernière option de l'article 1166 CPC afin que celle-ci ne trouve à s'appliquer que lorsque l'une des deux parties est française, voir J. FOYER, *Rép. int. Dalloz*, V° Adoption, 2003 (actual. 2020), n° 85 et les auteurs cités, de sorte que se trouve réintroduit un lien de rattachement de la situation avec la France. Cela permet de limiter l'application de cette option, et subséquentement de la règle de conflit de lois, aux seules situations internationales.

Dans la mesure où cette dernière hypothèse ne saurait être entièrement exclue, il convient de s'interroger sur la manière dont l'internationalité devrait être définie en considération de la fonction remplie par les options de législation. Si l'on retient que leur rôle principal est d'assurer la prévisibilité de la loi applicable pour les parties¹⁸¹⁸, on sera amené à considérer que l'internationalité pertinente pour l'application d'une option de législation offrant le choix de la *lex fori* doit être définie comme celle résultant de l'existence de liens de rattachement pertinents avec le for et au moins un autre ordre juridique. En effet, comme l'écrit M. Audit, « parce que l'idée n'est ici de que permettre aux parties de lever elles-mêmes l'incertitude sur la loi applicable, toute idée de facilitation du commerce international étant absente [contrairement à la matière contractuelle], il n'y a aucune raison de ne pas restreindre le choix de la loi à celles présentant un lien objectif avec la situation »¹⁸¹⁹. En sens inverse, il n'y a donc pas de raison d'autoriser les parties à choisir, dans le cadre d'une option de législation, une loi avec laquelle elles n'entretiennent aucun lien objectif, ce qui peut potentiellement être le cas de la *lex fori*.

Reste à préciser dans quelle mesure cette condition d'internationalité doit être mise en œuvre. En effet, si elle était appliquée à l'intégralité de l'option de législation, elle ferait courir le risque d'exclure de son application les situations objectivement internationales qui ne présentent aucun lien de rattachement avec le for, alors qu'il ne fait aucun doute que les parties, en raison de l'internationalité de leur situation et des problèmes de prévisibilité de la loi applicable qui peuvent en découler, ont un besoin légitime de se voir reconnaître cette option, pour peu toutefois qu'elles ne fassent pas le choix de la *lex fori*. Afin d'éviter que certaines situations internationales soient indûment exclues du bénéfice de l'option de législation en raison de leur absence de lien avec le for, alors que le choix des parties se serait porté sur une des autres lois prévues par l'option et avec laquelle elles entretiennent un lien objectif, il nous semble nécessaire de ne procéder à la vérification de la condition d'internationalité telle que définie que lorsque les parties ont effectivement choisi la *lex fori*.

d. Le choix illimité du juge compétent

La faculté de choix illimité du juge compétent reste l'une des hypothèses majeures de nécessité d'une condition autonome d'internationalité¹⁸²⁰. En droit positif, sont concrètement concernés l'article 25 du règlement Bruxelles I bis, la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, et de manière très secondaire le § 38, alinéa 2, de la *Zivilprozessordnung* et l'article 48 du code de procédure civile dans sa version étendue à l'ordre international. Doit toutefois être constaté qu'aucun de ces instruments ou de ces normes ne définit – à tout le moins de manière précise – la notion d'internationalité. Il résulte simplement de l'article 1^{er} § 2 de la convention de La Haye du 30 juin 2005 qu'est considéré comme international tout litige

1818. B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité », *op. cit.*, p. 300, n° 300.

1819. *Ibid.*, p. 300, n° 300.

1820. Voir *supra*, p. 327 s.

qui par ses éléments pertinents est relié à au moins deux États. Il s'agit donc ni plus ni moins de l'emploi général du critère juridique de l'internationalité.

Malgré – et sûrement en raison de – l'absence de définition précise de l'internationalité en droit positif en matière de conventions attributives de juridiction, il existe aujourd'hui une abondante réflexion doctrinale sur le sujet, qui a conduit à plusieurs propositions. Les discussions ont majoritairement porté sur l'article 17 de la convention de Bruxelles, mais nous ne nous limiterons pas à cet instrument et à ses successeurs. Sera tout d'abord présentée la démarche fonctionnelle développée dans le cadre particulier de la convention de Bruxelles et consistant à exiger une dérogation et une prorogation cumulées de la compétence juridictionnelle de deux États membres (1.). Sera ensuite abordée une approche fonctionnelle plus générale, susceptible d'être employée en dehors de cette convention et conduisant à notre avis à un résultat plus pertinent (2.).

i. L'approche fonctionnelle propre à la convention de Bruxelles

Dans le cadre spécifique de la convention de Bruxelles est apparue une approche de l'internationalité en matière de conventions attributives de juridiction reposant sur un raisonnement fonctionnel¹⁸²¹ et qui a notamment connu une grande popularité en doctrine allemande. Cette approche trouve son origine dans le rapport Jénard, dans lequel est indiqué que l'article 17 de la convention s'applique notamment si « deux personnes domiciliées dans un État contractant prorogent la compétence d'un tribunal d'un autre État contractant »¹⁸²². G. A. L. Droz en a conclu dans sa thèse de doctorat que « pour les besoins de l'article 17, est considéré comme international tout accord d'élection de for désignant le tribunal ou les tribunaux d'un État contractant et qui exclut la compétence normale, au sens de la convention, d'un tribunal ou des tribunaux d'un autre État contractant »¹⁸²³. Dit autrement par Mme Ancel, l'article 17 de la convention s'appliquerait « lorsque les circonstances donnent prise aux règles ordinaires de compétence des textes européens et qu'une clause altère ces règles », en conséquence de quoi « ce n'est donc pas l'internationalité, qu'elle soit économique ou juridique, de la situation qui importe, mais l'impact éventuellement produit par la clause sur le système des compétences communes »¹⁸²⁴.

Dans la continuité de cette idée, une partie non négligeable de la doctrine, surtout allemande, considère que l'internationalité en vertu de l'article 17 de la convention de Bruxelles – et aujourd'hui des articles correspondants dans les règlements successeurs – résulte du fait que les

1821. Soulignant le caractère fonctionnel de l'approche, M.-E. ANCEL, « L'internationalité à la lumière de la convention d'electio foris », *op. cit.*, p. 47, n° 29; M. LAZOUZI, « Opposabilité d'une clause d'electio fori et caractère interne ou international de la situation : une question sans intérêt? », *art. cit.*, n°s 8 s.

1822. P. JÉNARD, *Rapport sur la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, *op. cit.*, p. 38.

1823. G. A. L. DROZ, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté Economique Européenne selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, *op. cit.*, p. 121, n° 191.

1824. M.-E. ANCEL, « L'internationalité à la lumière de la convention d'electio foris », *op. cit.*, p. 39-40, n° 21.

parties ont dérogé à la compétence d'un État membre fondée sur la convention ou les règlements et prorogé la compétence d'un autre État membre ¹⁸²⁵.

On trouve dans ce cadre quelques opinions plus restrictives. J. Samtleben soutient ainsi que l'article 17 de la convention de Bruxelles ne s'applique que lorsqu'une partie domiciliée dans un État membre est assignée sur le fondement de la convention attributive de juridiction devant les juridictions d'un autre État membre ¹⁸²⁶. L'auteur considère également comme valables les clauses attributives de juridiction conclues par des parties domiciliées dans le même État au profit des juridictions d'un autre État ¹⁸²⁷. M. Laazouzi, également convaincu de la nécessité d'adopter une démarche fonctionnelle pour « ajuster précisément le domaine d'application du régime européen des clauses attributives de juridiction à leur objet » ¹⁸²⁸, adhère à l'idée selon laquelle la clause d'élection de for doit altérer l'application des règles de compétence du règlement, mais considère toutefois que l'une des parties au moins doit être domiciliée sur le territoire d'un autre État membre que celui dont les juridictions ont été désignées ¹⁸²⁹. Il affirme ainsi que l'article 23 du règlement Bruxelles I ne serait pas applicable lorsque « les chefs de compétence objectifs pertinents ne conduisent à la désignation des tribunaux d'aucun État, *autre que l'État membre du domicile du défendeur* » ¹⁸³⁰.

Cette approche fonctionnelle de l'internationalité, reposant sur le double effet de prorogation et de dérogation de la compétence d'un État membre en vertu de la convention ou des règlements, appelle certaines remarques.

Tout d'abord, la vérification de l'internationalité sur la base de cette approche risque de se révéler fastidieuse. Pour s'assurer de la licéité d'une convention attributive de juridiction, elle oblige en effet aussi bien les parties que le praticien ou le juge à vérifier en principe l'intégralité

1825. En droit français, G. A. L. DROZ, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté Economique Européenne selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, *op. cit.*, p. 121, n° 189; M.-E. ANCEL, « L'internationalité à la lumière de la convention d'electio foris », *op. cit.*, p. 39, n° 21; M. LAZOUZI, « Opposabilité d'une clause d'electio fori et caractère interne ou international de la situation : une question sans intérêt ? », *art. cit.*, n° 9; en droit allemand, Th. RAUSCHER, *Internationales Privatrecht : mit internationalem Verfahrensrecht*, *op. cit.*, n° 1865; U. MAGNUS, « Article 25 », *op. cit.*, n° 40; J. M. AULL, « Zur isolierten Prorogation nach Art. 17 Abs. 1 LugÜ (zur OLG Hamm, 18.9.1997 - 5 U 89/97) », *art. cit.*, p. 228; Chr. KOHLER, « Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen : Liberalität und Rigorismus im EuGVÜ », *art. cit.*, p. 266; R. HAUSMANN, « Art. 17 EuGVÜ », *op. cit.*, n° 6; A. BURGSTALLER et M. NEUMAYR, « Beobachtungen zu Grenzfragen der internationalen Zuständigkeit : Von forum non conveniens bis Notzuständigkeit », *op. cit.*, p. 123; L. BENECKE, *Die teleologische Reduktion des räumlich-persönlichen Anwendungsbereichs von Art. 2 ff. und Art. 17 EuGVÜ*, *op. cit.*, p. 91 et en détail p. 67 s. J. M. AULL, *Der Geltungsanspruch des EuGVÜ. "Binnensachverhalte" und internationales Zivilverfahrensrecht in der Europäischen Union; zur Auslegung von Art. 17 Abs. 1 S. 1 EuGVÜ*, *op. cit.*, p. 139; en droit autrichien, D. CZERNICH, « Art. 25 Brüssel Ia-VO », *op. cit.*, n° 8.

1826. J. SAMTLEBEN, « Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem EWG-Übereinkommen und nach der Gerichtsstands-novelle », *art. cit.*, p. 1594.

1827. *Ibid.*, p. 1594.

1828. M. LAZOUZI, « Opposabilité d'une clause d'electio fori et caractère interne ou international de la situation : une question sans intérêt ? », *art. cit.*, n° 9.

1829. *Ibid.*, n° 9.

1830. *Ibid.*, n° 9. C'est nous qui soulignons.

des chefs de compétence du règlement afin de déterminer si la convention a eu pour effet de déroger à la compétence d'un État membre¹⁸³¹. Cette vérification sera certes plutôt aisée lorsqu'il est dérogé à une compétence très commune, comme celle du pays de domicile du défendeur, qui sera très rapidement identifiée. Elle sera toutefois parfois plus coûteuse en temps, notamment lorsque les parties à une situation présentant un seul élément d'extranéité original ont prorogé la compétence des tribunaux de l'État avec lequel la situation entretient la majorité de ses liens, car il faudra alors rechercher si ce seul élément d'extranéité est employé par l'une des règles de compétence du règlement, ce qui peut obliger à une lecture disposition par disposition de l'instrument.

Ensuite, l'approche n'est pas aussi sophistiquée ou novatrice qu'elle y paraît de prime abord. Elle s'apparente en effet à une démarche qui consisterait à retenir le critère juridique de l'internationalité, tout en considérant que seuls sont dotés de pertinence les éléments d'extranéité employés comme chefs de compétence par le règlement, étant précisé que cette extranéité est appréciée du point de vue de l'État dont la compétence a été prorogée. L'opinion alternative de J. Samtleben consiste quant à elle à retenir comme seul élément d'extranéité pertinent le domicile de l'une des parties, l'extranéité restant appréciée du point de vue de l'État dont la compétence a été prorogée. La proposition de M. Laazouzi revient à n'admettre la licéité d'une convention attributive de juridiction que dans la mesure où la situation des parties présente un lien objectif avec le territoire d'au moins deux États membres, étant précisé que l'un de ces liens est constitué par le domicile du défendeur et l'autre par l'un des éléments retenus comme chef de compétence par le règlement.

Enfin, doit être constaté que cette approche fonctionnelle de l'internationalité, à l'exception de la proposition de M. Laazouzi, revient ni plus ni moins à considérer que la désignation d'un juge étranger par les parties peut internationaliser leur situation, avec pour effet d'autoriser le choix du juge compétent dans les situations objectivement internes¹⁸³². En effet, l'exigence cumulée d'une dérogation et d'une prorogation de compétence ne garantit pas que la situation soit objectivement internationale. L'effet prorogatif est acquis par la seule désignation d'une juridiction d'un État membre dans la convention attributive de juridiction. L'effet dérogoratoire, quant à lui, démontre simplement que la situation entretient un lien objectif avec *un* ordre juridique. S'agissant à tout le moins des règles de compétence du règlement qui n'exigent qu'un seul lien

1831. J. SAMTLEBEN, « Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem EWG-Übereinkommen und nach der Gerichtsstandsnovelle », *art. cit.*, p. 1594.

1832. P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, *op. cit.*, p. 99, n° 167; H. GAUDEMET-TALLON et M.-E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Matières civile et commerciale. Règlements 44/2001 et 1215/2012. Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, *op. cit.*, p. 148, n° 133; J.-P. BERAUDO et M.-J. BERAUDO, *J.-Cl. Europe Traité*, *op. cit.*, n° 9; U. MAGNUS, « Article 25 », *op. cit.*, n° 40; Chr. KOHLER, « Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen : Liberalität und Rigorismus im EuGVÜ », *art. cit.*, p. 266; H. JUNG, *Vereinbarungen über die Internationale Zuständigkeit nach dem EWG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen und nach § 38 Abs. 2 ZPO*, *op. cit.*, p. 53; A. BURGSTALLER et M. NEUMAYR, « Beobachtungen zu Grenzfragen der internationalen Zuständigkeit : Von forum non conveniens bis Notzuständigkeit », *op. cit.*, p. 123.

de rattachement avec un État membre pour s'appliquer, tel par exemple que l'article 4 § 1 prévoyant la compétence de l'État du domicile du défendeur, « l'exclusion de la compétence normale au sens de la convention »¹⁸³³ ou « l'altération des règles ordinaires de compétence »¹⁸³⁴ se produira par le seul fait que les parties conviendront de la compétence d'un juge étranger.

Si l'on souhaitait conserver le critère de l'exigence cumulée d'une prorogation et d'une dérogation de compétence tout en s'assurant que seules les situations internationales puissent bénéficier de la faculté de choix du juge compétent, il faudrait exiger soit l'existence d'un lien objectif entre la situation et l'État membre dont les juridictions ont été désignées par les parties, soit l'existence de liens de rattachement objectifs avec deux États en plus de l'État dont la compétence a été prorogée. Les défauts de l'approche fonctionnelle de l'internationalité développée dans le cadre de la convention de Bruxelles justifient toutefois à notre sens plus simplement sa mise à l'écart au profit d'une autre approche fonctionnelle, nous semblant plus adaptée.

ii. L'approche fonctionnelle retenue

Regrettant que « la finalité première [des] conventions [attributives de juridiction] [soit] très souvent perdue de vue lorsque l'on s'interroge sur les contours exacts de la notion d'internationalité »¹⁸³⁵, M. Bollée propose « de penser l'internationalité par référence à l'existence d'une situation de concurrence au moins présumée entre plusieurs ordres juridictionnels », soulignant que ces conventions sont « avant tout conçues comme un remède à des cumuls de compétences qui sont inexistantes en matière interne »¹⁸³⁶. C'est dans ce même sens que Mme Usunier soutient dans sa thèse de doctorat que « la compétence potentielle des juridictions de plusieurs États apparaît [...] comme le critère de l'internationalité en matière d'élection de for »¹⁸³⁷. Le critère de la concurrence ou de la compétence potentielle de plusieurs juridictions aurait l'avantage de garantir « que le litige est assez éloigné de l'État du for pour qu'il renonce à la compétence de son juge »¹⁸³⁸ et qu'il existe une incertitude sur le juge compétent justifiant le recours à une convention attributive de juridiction¹⁸³⁹. Ce dernier point rejoint ce que M. Remy écrit s'agissant des conventions attributives de juridiction conclues dans le but de garantir la prévisibilité

1833. G. A. L. DROZ, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté Economique Européenne selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, *op. cit.*, p. 121, n° 191.

1834. M.-E. ANCEL, « L'internationalité à la lumière de la convention d'*electio foris* », *op. cit.*, p. 39-40, n° 21.

1835. S. BOLLÉE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », *op. cit.*, p. 133.

1836. *Ibid.*, p. 133.

1837. L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *op. cit.*, p. 242, n° 296.

1838. *Ibid.*, p. 242, n° 296.

1839. *Idem*, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *op. cit.*, p. 242, n° 296 ; S. BOLLÉE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », *op. cit.*, p. 133.

du juge compétent, estimant que la situation doit être considérée comme internationale lorsque « plusieurs juges sont susceptibles d'être saisis par les parties »¹⁸⁴⁰.

Précisant le critère de la compétence potentielle de plusieurs juridictions, Mme Usunier considère en première approche que l'internationalité doit se caractériser par le fait que plusieurs juridictions sont compétentes sur la base des éléments de localisation objective du litige¹⁸⁴¹. En considération de l'existence de chefs de compétence exorbitante, elle précise néanmoins qu'il convient d'exiger que ces juridictions puissent « légitimement se déclarer compétentes », c'est-à-dire qu'elles puissent « être considérées comme indirectement compétentes et prononcer une décision susceptible d'être reconnue à l'étranger »¹⁸⁴². Au terme de ce raisonnement, elle en conclut que la situation internationale peut être définie comme « celle qui présente un lien étroit – ou “caractérisé” ou “substantiel” [...] – avec plusieurs États »¹⁸⁴³. Conformément à cette idée, présenteraient essentiellement une pertinence le domicile des parties et le lieu d'exécution du contrat, car il s'agit des critères de compétence les plus fréquents en cette matière¹⁸⁴⁴.

Cette approche fonctionnelle de l'internationalité, ainsi que le résultat auquel elle aboutit, nous semblent devoir être approuvés, tout du moins s'agissant de la fonction principale des conventions attributives de juridiction, qui est d'assurer la prévisibilité du juge compétent¹⁸⁴⁵. Elle conduit certes à une définition de l'internationalité qui reste large, mais à tout le moins a-t-il été démontré qu'il s'agit d'un choix conscient eu égard à la fonction première des conventions attributives de juridiction, et non d'un pis-aller à défaut de parvenir à préciser davantage la notion.

Il reste cependant que les conventions attributives de juridiction ont encore d'autres fonctions en matière internationale, en ce qu'elles permettent notamment aux parties de choisir un juge neutre¹⁸⁴⁶ ou considéré par elles comme plus adéquat¹⁸⁴⁷.

S'agissant de la recherche de neutralité du juge compétent, M. Bollée a fait remarquer que par hypothèse, le besoin ne s'en fait ressentir que lorsque les parties sont établies dans des pays différents, de sorte que la situation est nécessairement internationale¹⁸⁴⁸. Si cela constitue certainement l'hypothèse principale dans laquelle chaque partie aura des réticences à admettre la

1840. B. REMY, « De la profusion à la confusion : réflexions sur les justifications des clauses d'élection de for », *art. cit.*, p. 57.

1841. L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *op. cit.*, p. 242, n° 296.

1842. *Ibid.*, p. 242, n° 297.

1843. *Ibid.*, p. 243, n° 297.

1844. *Idem*, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *op. cit.*, p. 243, n° 297 ; S. BOLLÉE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », *op. cit.*, p. 133.

1845. Voir *supra*, p. 233 s.

1846. Voir *supra*, p. 237 s.

1847. Voir *supra*, p. 238 s.

1848. S. BOLLÉE, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », *op. cit.*, p. 133, n° 3.

compétence du juge de l'autre, on peut toutefois envisager que la recherche de neutralité se soit faite en considération d'un autre critère, tel que celui de la nationalité des parties¹⁸⁴⁹, voire d'autres critères plus originaux qui pourraient avoir de l'importance pour deux parties dans un contexte particulier. On pourrait par exemple imaginer un litige opposant une société allemande à une société française, filiale à 100 % d'une société luxembourgeoise, à propos de l'exécution d'un contrat sur le territoire luxembourgeois. La société allemande pourrait souhaiter exclure à la fois la compétence des tribunaux français et celle des tribunaux luxembourgeois, recherchant ainsi la neutralité du juge non seulement par rapport à la nationalité de son contractant, mais également par rapport à celle de la société qui contrôle entièrement ce dernier.

Ainsi, il n'est pas certain que la sélection des seuls critères du domicile et de la nationalité des parties permette d'englober l'intégralité des hypothèses dans laquelle la convention attributive de juridiction sera employée dans le but de donner compétence à un juge considéré comme neutre par les parties. Cela n'est toutefois pas problématique en soi, car il est certainement inutile de chercher à déterminer limitativement quels pourraient être les éléments d'extranéité pertinents au regard de cette deuxième fonction des conventions attributives de juridiction : l'idée même de recherche de neutralité implique *a priori*, comme le soulignait M. Bollée, que les deux parties ne se trouvent pas dans une situation purement interne.

La troisième fonction, consistant en la possibilité de choisir un juge plus adéquat au projet des parties, est plus dure à cerner, en raison de la variété des raisons pour lesquelles les parties sont susceptibles de considérer qu'un juge étatique autre que celui normalement compétent est plus adapté à leurs besoins¹⁸⁵⁰. Cela l'est d'autant plus que nous avons soutenu que certaines situations internes peuvent présenter les mêmes besoins de recherche d'adéquation¹⁸⁵¹, ce qui nous permet donc d'affirmer, à la suite de M. Remy, qu'il ne s'agit pas d'une fonction des conventions attributives de juridiction propre aux situations internationales¹⁸⁵². Dans la mesure où il existe toutefois *de lege lata* des obstacles à la reconnaissance d'une libre faculté de choix du juge compétent dans les situations internes¹⁸⁵³, doit être exigée une condition d'internationalité pour cette fonction particulière des conventions attributives de juridiction, qui ne pourrait donc se définir, à défaut de mieux, que sur la base d'une internationalité pertinente mais quelconque.

Doit ainsi être constaté avec M. Remy que « toutes les justifications avancées au soutien des clauses d'élection de for ne conduisent pas aux mêmes conclusions quant à la pertinence et à la consistance de la condition d'internationalité »¹⁸⁵⁴. Dans la mesure où il n'est toutefois pas

1849. B. REMY, « De la profusion à la confusion : réflexions sur les justifications des clauses d'élection de for », *art. cit.*, p. 57.

1850. Voir *supra*, p. 238 s.

1851. Voir *supra*, p. 239 s.

1852. B. REMY, « De la profusion à la confusion : réflexions sur les justifications des clauses d'élection de for », *art. cit.*, p. 57.

1853. Voir *supra*, p. 264 s.

1854. B. REMY, « De la profusion à la confusion : réflexions sur les justifications des clauses d'élection de for », *art. cit.*, p. 58.

praticable de définir différemment la condition d'internationalité selon la raison pour laquelle les parties ont conclu une convention attributive de juridiction, outre le fait que ce choix pourrait avoir plusieurs fonctions dans une espèce donnée, il nous semble qu'il faille s'aligner sur le critère d'internationalité proposé dans le cadre de la première et de la troisième fonctions, et exiger que la situation présente des liens de rattachement caractérisés avec plusieurs ordres juridiques, ou autrement dit, une internationalité objective et pertinente, mais quelconque.

e. Le choix illimité de la loi applicable

Le choix illimité de la loi applicable est une autre hypothèse pratique majeure de nécessité d'une condition autonome d'internationalité¹⁸⁵⁵. Doit néanmoins être constaté que le droit positif ne connaît aucune définition précise de l'internationalité dès lors que cette dernière est envisagée soit comme condition de validité du choix de la loi applicable, soit comme condition lui permettant de produire ses pleins effets.

Les règlements Rome I et Rome II recourent dans leurs articles 3 § 3 et 14 § 2 respectifs à la notion d'internationalité afin de faire le départ entre les situations – internationales – dans lesquelles le choix de la loi applicable peut produire l'intégralité des effets qui lui sont attachés par le droit international privé et les situations – internes – dans lesquelles ce « choix » ne saurait porter atteinte aux dispositions d'ordre public interne du pays avec lequel la situation entretient tous ses liens objectifs. Ils ne définissent toutefois pas précisément la notion, puisque la situation internationale est envisagée de manière négative comme n'étant pas celle dans laquelle « tous les autres éléments de la situation [autre que le choix de la loi applicable] sont localisés [...] dans un pays ». Aucune précision n'est donnée sur les éléments susceptibles d'être retenus à ce titre.

S'agissant plus particulièrement de la matière contractuelle, s'ajoute en droit français la convention de la Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, qui limite aux termes de son article 1^{er} son application aux ventes internationales, avec la seule précision que le choix d'une loi étrangère ou d'un juge étranger ne constitue pas un élément d'extranéité pertinent. Enfin, en droit international privé commun, ni les législateurs français et allemand, ni la jurisprudence de ces deux pays n'ont jamais donné de contenu précis à la notion d'internationalité en matière de conventions de choix de loi applicable.

Il résulte de cette absence de définition précise de l'internationalité que le choix de la loi applicable est aujourd'hui autorisé – avec tous ses effets – dès lors que la situation présente un élément d'extranéité (pertinent). Dans le cadre d'une approche fonctionnelle, il est dès lors possible de se demander si l'internationalité en matière de convention de choix de loi applicable ne pourrait pas être définie de manière plus précise. Afin d'apporter une réponse, seront étudiées séparément la matière contractuelle (i.) et la matière délictuelle (ii.).

1855. Voir *supra*, p. 328 s.

i. La matière contractuelle

La notion de contrat international en matière de choix de la loi applicable a été très majoritairement définie en doctrine sur la base du critère juridique de l'internationalité¹⁸⁵⁶. Toutefois, la méthode consistant à identifier de manière conceptuelle les éléments d'extranéité pertinents qui pourraient entrer en ligne de compte dans la définition du contrat international¹⁸⁵⁷ a cela d'imparfait que l'on sait rarement les raisons pour lesquelles certains éléments d'extranéité sont proposés plutôt que d'autres, si ce n'est qu'ils apparaissent dans l'absolu plus significatifs. On gagnerait dès lors à tenter de préciser la liste d'éléments d'extranéité susceptibles d'être retenus par une réflexion sur les raisons pour lesquelles le choix de la loi applicable a été autorisé en matière contractuelle, ou autrement dit. Autrement dit, « la question ne devrait pas être : qu'est-ce qui confère au contrat un caractère suffisamment international ? mais directement : quelles sont les particularités d'un contrat qui justifient que les parties aient le pouvoir de choisir la loi ? »¹⁸⁵⁸

Pour tenter de répondre à cette question, nous commencerons par présenter l'approche fonctionnelle proposée par M. Mayer et qui repose sur l'identification d'une « justification psychologique » et d'une « justification pratique » du choix de la loi applicable en matière contractuelle¹⁸⁵⁹. Cherchant à identifier les éléments d'extranéité devant être pris en compte dans le cadre de l'approche juridique de l'internationalité, M. Mayer soutient tout d'abord que « la plus forte justification [la justification psychologique] d'un pouvoir de choix tient au fait que les parties relèvent, par leur établissement, de deux ordres juridiques différents », car c'est « cette circonstance qui, étant donné la méfiance de chaque partie devant un "autre" ressenti instinctivement comme favorable au cocontractant, et en tout cas mieux connu de lui, risque de rendre difficile la conclusion du contrat »¹⁸⁶⁰. Pour la même raison, il y ajoute « dans le cas de filiales dénuées d'autonomie véritable, le siège des sociétés mères qui en fait négocient le contrat et sont intéressées au résultat de l'opération »¹⁸⁶¹. La « justification pratique » du choix de la loi

1856. Voir ainsi Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, op. cit., p. 503, n° 111 ; M.-E. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, op. cit., p. 166, n° 222 ; H. BATIFFOL, « note sous Tribunal civil de la Seine, 7 juin 1956, Eddie Constantine et Tercinet c/ Buck et Dolivet », art. cit., p. 687 ; M.-L. NIBOYET, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 29 ; K. H. NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », art. cit., p. 599 ; K. NEUMANN, *Vertragsgültigkeit und Parteiwille in Lehre und Rechtsprechung des internationalen Schuldrechts*, op. cit., p. 4 ; F. FERRARI, « Art. 3 VO (EG) 593/2008 », op. cit., n° 51 ; U. STOLL, *Die Rechtswahlvoraussetzungen und die Bestimmung des auf internationale Schuldverträge anwendbaren Rechts nach den allgemeinen Kollisionsregeln des US-amerikanischen UCC und des deutschen Rechts*, op. cit., p. 70 ; I. SCHWANDER, « Zur Rechtswahl im IPR des Schuldvertragsrechts », op. cit., p. 476 ; R. MOSER, *Vertragsabschluss, Vertragsgültigkeit und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht*, op. cit., p. 195 ; D. P. HENRY, *Kollisionsrechtliche Rechtswahl - Eine Untersuchung ihrer Wirkungen und Grenzen*, op. cit., p. 148 ; A. K. SCHNYDER et M. LIATOWITSCH, *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht*, 2^e éd., Schulthess, Zürich, Basel, Genf, 2006, p. 251, n° 721.

1857. Voir *supra*, p. 49 s.

1858. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », op. cit., p. 91, n° 75.

1859. Voir pour ces termes, *idem*, « Réflexions sur la notion de contrat international », op. cit., p. 880, n° 9.

1860. *Idem*, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », op. cit., p. 91, n° 75.

1861. *Ibid.*, p. 91, n° 75.

applicable le conduit par ailleurs à retenir comme critère d'internationalité le fait que le contrat s'exécute dans un autre pays que celui dans lequel les parties sont établies, car il peut s'avérer plus commode, compte tenu de l'incidence de la loi du pays d'exécution sur le contrat, de le soumettre entièrement à cette loi¹⁸⁶² et le fait qu'un contrat interne soit inclus dans un groupe de contrats soumis à une loi étrangère, parce qu'il serait gênant de ne pas faire régir tous les contrats par la même loi¹⁸⁶³. Ressortent ainsi principalement les critères de l'établissement des parties, du lieu d'exécution du contrat et de l'internationalité par accessoire.

L'approche fonctionnelle proposée par M. Mayer peut être complétée par une prise en considération des autres fonctions du choix de la loi applicable¹⁸⁶⁴. Peut ainsi tout d'abord être observé que la « justification psychologique » du choix de la loi applicable correspond peu ou prou à la justification reposant sur la neutralité de la loi applicable. Il est en effet certain que cette neutralité sera appréciée dans la majorité des cas par rapport à l'établissement des parties ou à tout autre rattachement qui s'y apparente sur ce point, tel que le siège social de la société-mère de l'un des contractants, ou la résidence habituelle ou le domicile en présence de personnes physiques. Il n'est toutefois pas exclu, comme en matière de choix du juge compétent, que certaines parties puissent concevoir cette neutralité par rapport à un autre critère, tel que celui de leur nationalité, s'agissant de personnes physiques, voire un critère plus original étroitement dépendant des circonstances particulières de l'espèce. Comme précédemment indiqué, l'idée même de recherche de neutralité implique en principe que les deux parties ne se trouvent pas dans une situation interne, de sorte qu'il n'est pas strictement nécessaire de dégager une définition précise de l'internationalité s'agissant de cette fonction particulière du choix de la loi applicable.

Par la référence aux « justifications pratiques » du choix de la loi applicable, l'approche fonctionnelle proposée par M. Mayer comprend ensuite certains cas liés à la recherche d'adéquation de la loi applicable. Il existe cependant une multitude d'autres hypothèses dans lesquelles l'internationalité affectant le contrat des parties est susceptible de les pousser à considérer qu'une loi autre que celle objectivement applicable est plus appropriée à leur projet, et ce d'autant plus que nous avons considéré que ce besoin d'adéquation n'est pas propre aux situations internationales¹⁸⁶⁵. On ne saurait dès lors se restreindre au critère du lieu d'exécution du contrat ou à celui de l'internationalité par accessoire, et devant l'impossibilité d'identifier de manière limitative toutes les configurations internationales susceptibles de faire naître le besoin pour les parties de se soumettre à une loi plus adéquate que celle objectivement applicable, il convient de retenir une internationalité pertinente mais quelconque, au titre de cette fonction.

Il est enfin étonnant de constater que la justification principale de la reconnaissance du choix de la loi applicable dans les contrats internationaux, à savoir la prévisibilité de la loi applicable,

1862. *Idem*, « Réflexions sur la notion de contrat international », *op. cit.*, p. 880, n° 9.

1863. *Ibid.*, p. 880, n° 9.

1864. Le choix de la loi applicable se justifie également par un argument de prévisibilité (voir *supra*, p. 233 s.), de neutralité (voir *supra*, p. 237 s.) et d'adéquation (voir *supra*, p. 238 s.) de la loi applicable.

1865. Voir *supra*, p. 239 s.

ne ressorte pas de l'approche fonctionnelle proposée par M. Mayer. Peut être considéré en première approche que c'est la plurilocalisation du contrat, ou autrement dit le fait qu'il présente des liens de rattachement avec plusieurs ordres juridiques, qui est susceptible de faire naître un doute sur la loi applicable. Il n'est toutefois guère possible de préciser davantage cette idée, tant les critères d'internationalité susceptibles d'entraîner une hésitation sur la loi applicable sont variés. Il convient donc de retenir que le recours au choix de la loi applicable peut être justifié par des considérations de prévisibilité de la loi applicable dès lors que le contrat présente des éléments d'extranéité pertinents mais quelconques.

À la prise en compte de ces différentes fonctions peut finalement s'en ajouter une dernière. M. Audit soutient en effet que « la justification fonctionnelle de la liberté de choix du droit applicable dans un contrat international [...] réside très simplement dans la nécessité pour tous les États de participer au commerce international par le biais de leurs opérateurs »¹⁸⁶⁶, cette justification expliquant par ailleurs que les parties puissent désigner une loi sans lien avec le contrat¹⁸⁶⁷. Dans ces circonstances, l'internationalité ne pourrait être définie de manière restrictive, puisque cela irait à la fois à l'encontre de l'incitation à la participation au commerce international et de la possibilité de choisir une loi n'entretenant aucun lien avec le contrat. Cette dernière fonction justifierait alors que le contrat international soit défini de manière générale par référence au critère juridique de l'internationalité, ou autrement dit, par la présence de liens de rattachement pertinents mais quelconques avec au moins deux ordres juridiques étatiques.

Au vu de ces différentes considérations, il convient en conclusion de s'aligner sur l'approche fonctionnelle la plus large, ce qui conduit à retenir une internationalité pertinente, mais quelconque, en conformité globale avec l'état du droit positif. La convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels n'appelle aucune adaptation puisqu'elle fait déjà référence à cette exigence de pertinence des éléments d'extranéité. Il est en revanche recommandé de faire une appréciation rigoureuse de l'internationalité dans le cadre de l'article 3 § 3 du règlement Rome I, afin de ne reconnaître un plein effet au choix de la loi applicable que dans les situations qui présentent un lien de rattachement pertinent avec un ordre juridique autre que celui dont la loi a été choisie.

ii. La matière délictuelle

Le libre choix de la loi applicable en matière délictuelle est indirectement réservé aux situations internationales par l'article 14 § 2 du règlement Rome II, qui ne permet un affranchissement de l'application des règles d'ordre public interne qu'à la condition que « tous les éléments de la situation » n'aient pas été localisés, au moment de la survenance du fait générateur du dommage, dans un même pays.

1866. B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité », *op. cit.*, p. 296-297, n^{os} 297-298.

1867. *Ibid.*, p. 298, n^o 298.

La concrétisation de la notion d'internationalité est dès lors passée en doctrine par une interrogation sur le sens à donner à l'expression « tous les éléments de la situation ». À cet égard, l'opinion prédominante en doctrine allemande est que les éléments à prendre en considération sont ceux qui sont employés en tant que facteurs de rattachement par le règlement¹⁸⁶⁸. Seraient ainsi par exemple retenus le lieu de survenance du dommage (article 4 § 1), la résidence habituelle des parties (article 4 § 2), les lieux d'achat et de commercialisation d'un produit défectueux (article 5 § 1 b)), le lieu du fait générateur du dommage (article 7). À ces éléments d'extranéité figurant nommément dans le règlement, il faudrait en outre ajouter tous les éléments susceptibles d'avoir une influence sur la détermination de la loi applicable dans le cadre des clauses d'exception contenues dans le règlement¹⁸⁶⁹. A ainsi notamment été soutenu que pourraient être prises en compte l'existence d'une convention attributive de juridiction donnant compétence à un juge étranger¹⁸⁷⁰ ou la nationalité étrangère de l'une des parties¹⁸⁷¹.

A toutefois été fait remarquer que n'importe quelle circonstance factuelle est susceptible d'être considérée comme un lien de rattachement dans le cadre de la clause d'exception, de sorte que procéder à une assimilation entre les éléments de la situation au sens de l'article 14 § 2 et les facteurs de rattachements contenus dans le règlement Rome II n'est guère praticable¹⁸⁷². Le problème est surtout, à notre sens, que l'inclusion de la clause d'exception dans le raisonnement prive de tout intérêt la définition de l'internationalité en considération des facteurs de rattachement retenus par le règlement, en plus de quoi elle pourrait conduire à la prise en compte de certains éléments d'extranéité qui ne sont pas pertinents. La référence aux facteurs de rattachement employés par le règlement Rome II est donc une méthode de concrétisation de l'internationalité qui ne présente de l'utilité que pour peu que l'on prenne le soin de ne pas prendre en compte les clauses d'exception dans la recherche des éléments d'extranéité pertinents.

En tout état de cause, la recherche d'une définition de l'internationalité devrait mieux être fondée sur la fonction des conventions de choix de loi applicable dans le règlement Rome II. Cette fonction est explicitement mentionnée dans le considérant 31 du règlement, qui indique

1868. A. JUNKER, « Art. 14 Rom II-VO Freie Rechtswahl » in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch : BGB. Band 10 : Internationales Privatrecht, Rom I-Verordnung, Rom II-Verordnung, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-24)*, 6^e éd., C.H. Beck, München, 2015, n° 40; A. SPICKHOFF, « Art. 14 Rom II-VO » in *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*, 74^e éd., C.H. Beck, München, 2015, n° 8; W. WURMNEST, « Art. 14 Rom II-VO » in *Juris-PraxisKommentar BGB. 6. Internationales Privatrecht und UN-Kaufrecht*, sous la dir. de M. WÜRDINGER, 9^e éd., Juris, Saarbrücken, 2020, n° 26; M. GEBAUER, « Art. 14 Rom II » in *Bürgerliches Gesetzbuch : BGB, Band 6 : Rom-Verordnungen - EuGüVO - EuPartVO - HUP - EuErbVO*, sous la dir. de R. HÜBTEGE et H.-P. MANSEL, 3^e éd., Nomos, Baden-Baden, 2019, n° 47.

1869. G. HOHLOCH, « Art. 14 Rom II-VO » in *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch : Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VbVG, VersAusglG und WEG*, sous la dir. de H. P. WESTERMANN, B. GRUNEWALD et G. MAIER-REIMER, 16^e éd., Otto Schmidt, Köln, 2020, n° 14, à propos de la nationalité; A. SPICKHOFF, « Art. 14 Rom II-VO », *op. cit.*, n° 8.

1870. A. JUNKER, « Art. 14 Rom II-VO Freie Rechtswahl », *op. cit.*, n° 40.

1871. G. HOHLOCH, « Art. 14 Rom II-VO », *op. cit.*, n° 14; en sens contraire, W. WURMNEST, « Art. 14 Rom II-VO », *op. cit.*, n° 26.

1872. I. BACH, « Art. 14 Rome II » in *Rome II Regulation. Pocket Commentary*, sous la dir. de P. HUBER, sellier european law publishers, München, 2011, n° 33.

que le choix de la loi applicable est offert « afin de respecter le principe de l'autonomie des parties et de renforcer la sécurité juridique ». Si la référence à « l'autonomie des parties » n'est pas très claire, l'argument de la sécurité juridique renvoie en revanche directement à l'idée de prévisibilité de la loi applicable¹⁸⁷³.

En se fondant sur cet objectif, peut être affirmé que c'est l'existence de liens de rattachement de la situation avec plusieurs ordres juridiques étatiques, liens susceptibles d'entraîner la vocation concurrente de plusieurs lois à s'appliquer, qui entraîne une incertitude sur la loi applicable. Sur ce point, l'uniformisation par le règlement Rome II des règles de conflit de lois applicables à la matière délictuelle dans l'Union européenne ne suffit pas à garantir une prévisibilité de la loi applicable telle que le choix de la loi applicable se trouve privé de tout intérêt en la matière, ne serait-ce qu'en raison de l'existence de clauses d'exception et des incertitudes qui sont toujours susceptibles de naître relativement à la localisation du facteur de rattachement. C'est la raison pour laquelle une approche fonctionnelle de la notion d'internationalité dans le cadre de l'article 14 § 2 du règlement Rome II ne saurait uniquement reposer sur les facteurs de rattachement retenus par ce règlement.

Il en résulte à notre sens que toute situation présentant des liens de rattachement pertinents avec au moins deux ordres juridiques et entrant par ailleurs dans le champ d'application matériel et temporel du règlement Rome II devrait pouvoir bénéficier d'une libre faculté de choix de la loi applicable sans application de la restriction figurant à l'article 14 § 2 du règlement. L'identification des éléments d'extranéité pertinents pourra être facilitée par la prise en compte des éléments retenus comme facteurs de rattachement par le règlement, sans que ceux-ci ne puissent toutefois être considérés comme constituant une liste limitative d'éléments d'extranéité.

La réflexion fonctionnelle sur la notion d'internationalité entreprise jusqu'à présent ayant conduit à de nombreuses reprises à retenir l'existence d'une internationalité pertinente mais quelconque, il reste à déterminer la manière dont cette pertinence doit être appréciée.

2. L'appréciation de la pertinence des éléments d'extranéité

L'appréciation de la pertinence des éléments d'extranéité est source d'insécurité juridique pour les parties, en ce qu'il est impossible de dresser une liste limitative d'éléments d'extranéité pertinents. Cette appréciation, qui se caractérise par sa subjectivité¹⁸⁷⁴, encourt en effet le grief de résulter d'un « jugement de valeur » ou d'un « ressenti personnel »¹⁸⁷⁵. On a ainsi écrit que l'internationalité se constate « à partir d'un faisceau d'éléments qu'il serait [...] imprudent de

1873. Voir *supra*, p. 233 s.

1874. E. WYLER et A. PAPAUX, « Extranéité de valeurs et de systèmes en droit international privé et en droit international public », *op. cit.*, p. 257.

1875. P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », *op. cit.*, p. 18; S. CLAVEL, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 2, n° 4; M. AUDIT, « La validité d'une clause attributive de juridiction est subordonnée au caractère international de la situation. Cour de cassation (1^{re} Ch. civ.). - 4 octobre 2005, Keller Grundbau GmbH c. Électricité de France et Spie Citra Île-de-France », *art. cit.*, p. 419.

figer dans une énumération close ou une définition trop précise »¹⁸⁷⁶. Il est néanmoins possible de faire un pas vers davantage d'objectivité et donc de sécurité juridique dans la détermination de la pertinence des éléments d'extranéité, en dégagant certaines lignes directrices pouvant présider à cette appréciation. Plusieurs facteurs peuvent être pris en compte, parmi lesquels figurent la nature intrinsèque de l'élément d'extranéité (a.), le type de situation concernée (b.), la valeur que le droit international privé reconnaît à l'élément d'extranéité (c.), la présence d'un ou plusieurs autres éléments d'extranéité venant soutenir celui dont la pertinence est appréciée (d.) et le type de règle de droit international privé devant être appliquée (e.).

a. La nature intrinsèque de l'élément d'extranéité

La première donnée pouvant être prise en considération dans la recherche de la pertinence de l'élément d'extranéité est le fait que tous les éléments d'extranéité n'ont pas intrinsèquement la même valeur. Pris en tant que tels, en dehors de tout contexte, certains éléments d'extranéité sont plus aptes que d'autres à caractériser l'internationalité d'une situation. Pour reprendre un exemple caricatural bien connu, lors de la qualification de l'internationalité d'un contrat, ne peut raisonnablement être donnée la même importance à l'établissement étranger de l'une des parties qu'à la provenance étrangère du papier sur lequel le contrat a été signé¹⁸⁷⁷. L'adjectif « pertinent » renvoie à ce qui « est exactement adapté à l'objet dont il s'agit », mais également à ce qui « dénote du bon sens, de la justesse d'esprit »¹⁸⁷⁸. Cette réserve du bon sens est primordiale dans la mesure où il est aujourd'hui devenu quasiment impossible, pour peu que l'on adopte une conception suffisamment large de l'internationalité, d'identifier une situation juridique qui n'entretienne de liens qu'avec un seul ordre juridique¹⁸⁷⁹. Ne peut certes pas être dressée de liste des éléments d'extranéité qui devraient être considérés comme manquant de bon sens, tant leur nombre est important, mais s'il est vrai que « le bon sens est la chose du monde la mieux partagée »¹⁸⁸⁰, leur absence de pertinence devrait être suffisamment flagrante pour être admise par toute personne qui aurait à en juger.

b. Le type de situation concernée

La qualification de la pertinence des éléments d'extranéité doit ensuite prendre en compte le fait qu'un même élément d'extranéité peut être décisif pour un type de situation alors qu'il ne le serait pas pour un autre¹⁸⁸¹. Ainsi, les éléments qui sont à même d'entraîner l'internationalité

1876. J.-M. JACQUET, *Rép. int. Dalloz*, *op. cit.*, n° 86.

1877. P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », *op. cit.*, p. 18.

1878. Trésor de la Langue Française Informatisée, V° pertinent.

1879. B. AUDIT, « Qualification et droit international privé », *art. cit.*, p. 57 ; S. POILLOT-PERUZZETTO, « Application de la Convention de Bruxelles à une lettre de confort. Cour de cassation (Ch. com.). - 30 janvier 2001, ING Bank NV Paris c. Soc. Mantel Holland Beheer BV », *art. cit.*, p. 541.

1880. R. DESCARTES, *Discours de la méthode*, première partie, 1637.

1881. P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé », *op. cit.*, p. 18 ; B. AUDIT, « Qualification et droit international privé », *art. cit.*, p. 56 ; E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 76, n° 148 ; W. A. STOFFEL, « Le rapport juridique international », *op. cit.*, p. 449.

d'un contrat ne sont pas nécessairement ceux qui permettent de caractériser l'internationalité d'un mariage. La réflexion sur la pertinence des éléments d'extranéité ne peut donc, passé un premier stade, être menée de manière globale et doit nécessairement se faire en contemplation de la catégorie à laquelle appartient la situation en l'espèce. En atteste par exemple les incertitudes qui entourent la prise en compte de la nationalité des contractants pour la qualification de l'internationalité en matière contractuelle¹⁸⁸², alors que la pertinence de la nationalité n'a jamais été remise en cause en matière familiale.

Si l'identification des éléments d'extranéité pertinents doit se faire individuellement pour chaque catégorie de situations, cela n'exclut pas que l'internationalité de certains types de situations proches les uns des autres fasse l'objet d'une appréciation sur la base majoritaire de mêmes critères, comme cela est le cas en matière personnelle et familiale, dans laquelle ce sont essentiellement la nationalité, le domicile et la résidence habituelle des personnes impliquées qui sont pris en considération pour qualifier l'internationalité. Autrement dit, la pertinence des éléments d'extranéité ne varie pas nécessairement sous prétexte que les situations étudiées n'appartiennent pas à la même catégorie de situations. L'emploi très fréquent du critère de la résidence habituelle en droit conventionnel pour délimiter le champ d'application matériel des instruments de droit international privé¹⁸⁸³ démontre que certains éléments d'extranéité peuvent avoir une pertinence quasi-universelle.

c. L'utilisation de l'élément d'extranéité par le droit international privé

L'emploi de l'élément d'extranéité par la règle de droit international privé est une troisième donnée permettant de tirer des informations sur la pertinence qui doit lui être reconnue. Pourrait en effet être estimé, dans l'absolu, que tous les éléments d'extranéité employés par le droit international privé d'un État sont suffisamment significatifs pour caractériser l'internationalité.

Peuvent ainsi tout d'abord être considérés comme pertinents tous les éléments d'extranéité qui ont été jugés suffisamment porteurs d'internationalité pour justifier leur emploi à des fins de définition du champ d'application d'instruments conventionnels ou européens de droit international privé. L'étude du droit positif entreprise au début de ce travail¹⁸⁸⁴ a montré qu'il s'agit essentiellement du critère de la résidence habituelle, combiné parfois en matière contractuelle au lieu de conclusion ou d'exécution du contrat, en matière de transport international au lieu de départ et de destination des personnes ou des marchandises et en matière familiale à la nationalité.

Il est ensuite possible de s'attacher aux éléments d'extranéité utilisés comme facteurs de rattachement par la règle de conflit de lois ou comme chefs de compétence par la règle de conflit de juridictions. Ce faisant, la sélection pourrait soit se limiter aux éléments d'extranéité employés

1882. Voir *supra*, p. 49 s.

1883. Voir *supra*, p. 39 s.

1884. Voir *supra*, p. 36 s.

dans la seule matière concernée, soit intégrer l'ensemble des éléments d'extranéité employés par le droit international privé.

En ce premier sens, certains auteurs ont soutenu que le seul élément d'extranéité pertinent en matière de conflit de lois est celui correspondant au facteur de rattachement retenu par la règle de conflit de lois applicable au cas d'espèce¹⁸⁸⁵. Cet élément serait en effet le seul à présenter un intérêt pratique, car étant le seul susceptible d'entraîner l'application d'une loi étrangère¹⁸⁸⁶. Autrement dit, « une situation [ne serait] internationale pour un ordre juridique que si elle présente une potentialité d'être régie par une autre loi que par la loi du for »¹⁸⁸⁷. La même idée pourrait être appliquée au conflit de juridictions, puisque seul importe en principe l'élément d'extranéité pouvant conduire à l'exclusion de la compétence du juge interne.

Le recours exclusif à la règle de conflit de lois ou de juridictions pour déterminer la pertinence des éléments d'extranéité présente toutefois deux défauts majeurs. D'une part, cette méthode d'identification des éléments d'extranéité est trop restrictive pour être employée seule dès lors qu'il ne s'agit pas uniquement d'appliquer la règle de conflit de lois ou de compétence internationale. Ainsi, lorsque le droit international privé offre une faculté de choix du juge compétent ou de la loi applicable aux parties, limiter ce privilège aux situations présentant un élément d'extranéité correspondant au chef de compétence de la règle de conflit de juridictions ou au facteur de rattachement de la règle de conflit de lois est trop restrictif pour être admissible.

D'autre part, tous les éléments d'extranéité employés comme facteurs de rattachement par la règle de conflit de lois ou comme chefs de compétence par la règle de conflit de juridictions ne sont pas nécessairement pertinents. L'existence de chefs de compétence dite exorbitante en est la preuve. Si l'élément retenu comme chef de compétence est trop faible pour autoriser les États à fonder leur compétence dans le cadre de certains instruments comme le règlement Bruxelles I bis qui écarte partiellement l'application des règles de compétence exorbitante des États Membres¹⁸⁸⁸, aussi faut-il considérer que ces éléments ne présentent pas assez de pertinence pour entraîner l'internationalité du litige¹⁸⁸⁹. Il en est de même d'autres critères témoignant d'un lien très relâché entre l'ordre juridique qui les a édictés et la situation contemplée, que l'on retrouve par exemple au cœur des phénomènes de tourisme législatif. Il pourrait s'agir, à titre d'exemple, de la présence des parties sur le territoire interne de l'identité du juge ou de l'autorité saisi(e).

1885. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, p. 87, n° 69 ; J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, *op. cit.*, n° 361 ; W. A. STOFFEL, « Le rapport juridique international », *op. cit.*, p. 450 ; J.-L. ELHOUËISS, « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », *art. cit.*, p. 39 s. H. SYNVEIT, « note sous CA Toulouse, 26 oct. 1982, Sieur Behar c/ Sté Monoceram », *art. cit.*, p. 607.

1886. E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 77, n° 152.

1887. *Idem*, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 78, n° 154 ; dans le même sens, K. SIEHR, « Wechselwirkungen zwischen Kollisionsrecht und Sachrecht », *RabelsZ* 1973, p. 476.

1888. Règlement, article 5 § 2.

1889. L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *op. cit.*, p. 242, n° 297.

En conclusion, au regard des défauts que présente la méthode consistant à caractériser l'internationalité par rapport aux seuls éléments d'extranéité employés comme facteurs de rattachement ou chefs de compétence par les règles de conflit de lois ou de juridictions applicables à la matière concernée, ces éléments ne peuvent être considérés que comme des indices permettant de déterminer la pertinence de l'élément d'extranéité.

Il reste une seconde solution, qui consiste à considérer comme pertinents tous les éléments d'extranéité employés par l'ensemble des règles de droit international privé du for. En procédant ainsi, peut en effet être obtenue une première vision globale de la conception de l'internationalité propre à un ordre juridique, qu'ont déjà certainement tendance à retenir les juristes en raison de leur familiarité avec les éléments d'extranéité employés par les règles de conflit de lois et de juridictions de leur droit international privé. Pour autant, cette solution n'est pas pleinement satisfaisante.

D'une part, il n'est en effet pas nécessairement bienvenu de limiter les éléments d'extranéité pertinents aux critères de rattachement employés par le droit international privé du for. Même si la méthode permet certainement de qualifier l'internationalité dans un grand nombre des hypothèses dans lesquelles elle doit être retenue, les critères employés par le droit international privé du for sont malgré tout d'un assez grand classicisme et d'une variété trop limitée par rapport à l'originalité de certaines configurations factuelles. À titre d'exemple, ils ne permettraient pas de prendre en compte, en matière contractuelle, certains éléments d'extranéité régulièrement avancés en doctrine dans le cadre de la réflexion sur la notion de contrat international, tels que l'existence d'un lien de nature juridique ou économique avec un contrat international¹⁸⁹⁰. La méthode peut en outre conduire à exclure un élément d'extranéité inconnu du droit international privé du for mais significatif du point de vue d'un droit international privé étranger. Dans un souci de complétude, il faudrait donc également pouvoir prendre en compte les critères de rattachement utilisés par le droit international privé des États qui ont un lien avec la situation, voire de tous les États du monde¹⁸⁹¹, ce qui est bien sûr impossible.

Enfin, en sens contraire, il n'est pas non plus pertinent de retenir l'intégralité des éléments d'extranéité employés par le droit international privé d'un État, sans distinction de la catégorie de situations pour lesquels ils sont utilisés.

Au terme de ces développements doit être conclu que l'emploi par le droit international privé de certains éléments d'extranéité ne peut valoir que comme simple indice de leur pertinence.

d. Le cumul de plusieurs éléments d'extranéité

Une quatrième donnée à prendre en considération dans l'appréciation de la pertinence des éléments d'extranéité est que l'internationalité ne s'apprécie pas uniquement de manière qualitative,

1890. Voir *supra*, p. 53 s.

1891. W. A. STOFFEL, « Le rapport juridique international », *op. cit.*, p. 424.

mais également de manière quantitative¹⁸⁹². Autrement dit, il n'est pas toujours nécessaire que la situation qualifiée d'internationale présente un seul élément d'extranéité fortement pertinent, car son internationalité peut également résulter de l'accumulation de plusieurs éléments d'extranéité plus faiblement pertinents. Ne pas prendre en compte le fait qu'un élément d'extranéité peut être soutenu par d'autres éléments d'extranéité, même faibles, risque en effet de conduire à exclure faussement le caractère international d'une situation.

e. Le type de règle de droit international privé appliquée

Enfin, une dernière considération permettant d'orienter le résultat de l'appréciation de la pertinence des éléments d'extranéité est le type de règle de droit international privé qui doit être appliquée. Elle permet en effet, en particulier si un doute devait encore subsister sur l'appréciation de la pertinence des éléments d'extranéité après avoir pris en compte les paramètres déjà présentés, d'apporter un jugement définitif en se reportant à la fonction de l'internationalité dans le cas d'espèce. Ainsi, à titre d'exemple, le fait de savoir que l'internationalité est appréciée parce qu'elle est la condition à la reconnaissance d'une faculté de choix de la loi applicable dont la fonction est de contrer toute incertitude dans la détermination de la loi applicable (exemple du choix de loi dans le règlement Rome II) permet d'apprécier définitivement la pertinence des éléments d'extranéité en cause, en déterminant s'ils sont de nature à créer une incertitude sur la loi applicable.

En conclusion, et pour résumer, en présence d'un élément d'extranéité dont la pertinence doit être appréciée, il convient tout d'abord de se demander si l'élément en question est intrinsèquement pertinent, ou dit autrement, s'il n'échappe pas à tout bon sens. Si l'on est en présence d'un élément d'extranéité apparaissant *prima facie* comme pertinent, il convient alors de prendre en considération la situation juridique dans le cadre de laquelle se pose la question de la caractérisation de l'internationalité, afin de déterminer si cet élément d'extranéité correspond à un élément constitutif de ce type de situation, auquel cas sa pertinence sera retenue. Pour s'aider dans l'appréciation de la pertinence de l'élément d'extranéité, il sera possible de se demander si cet élément est employé par le droit international privé, indice de sa pertinence. En cas de doute subsistant, pourra être vérifié si l'élément d'extranéité est soutenu par d'autres éléments d'extranéité, même de faible importance, afin de procéder à une appréciation quantitative de l'internationalité. Enfin, en dernier lieu, on pourra se référer à la fonction de l'internationalité en l'espèce afin de trancher définitivement la difficulté.

Si l'approche fonctionnelle de l'internationalité conduit souvent à retenir une internationalité pertinente mais quelconque, il est une catégorie de règles de droit international privé qui fait

1892. J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, op. cit., n° 380, citant H. BATIFFOL avec une référence introuvable. Dans le même sens, précisant néanmoins que cette appréciation doit également être qualitative, J.-Chr. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, op. cit., p. 146.

exception, en ce que la définition de l'internationalité peut et doit reposer sur un nombre limitatif d'éléments d'extranéité.

B. L'exigence d'éléments d'extranéité particuliers

Les règles matérielles propres à la matière internationale sont la dernière grande catégorie de règles de droit international privé qui doivent être soumises à une condition autonome d'internationalité¹⁸⁹³, sauf à ce que l'internationalité résulte de leur présupposé¹⁸⁹⁴. Dans le cadre restreint de ce travail, il est impossible de procéder à l'inventaire de toutes les règles matérielles de fond ou de procédure qui s'appliquent uniquement aux situations internationales sans assurer par leur formulation qu'elles ne puissent être appliquées qu'à ces situations. Est toutefois rappelé qu'a précédemment été isolé un groupe de règles matérielles, dégagées par la jurisprudence française et applicables aux seuls contrats commerciaux internationaux, pour lesquelles le caractère fonctionnel de l'internationalité est pris en compte par leur soumission exclusive au critère économique de l'internationalité¹⁸⁹⁵. Pour les règles matérielles ou régimes de droit matériel soumis au critère juridique de l'internationalité, la définition de cette dernière peut et doit, pour des raisons de sécurité juridique, passer par l'identification d'un nombre limité d'éléments d'extranéité.

Nous avons choisi de porter notre attention, en raison de leur importance pratique, sur les conventions internationales de droit matériel et les directives et règlements européens de procédure les plus courants applicables dans les ordres juridiques français et/ou allemand. Cela nous conduira à nous intéresser à la matière contractuelle (1.) et à la matière procédurale (2.). Dans la mesure où tous ces instruments ont été pourvus d'une définition de l'internationalité par leurs rédacteurs, la réflexion consistera à confronter ces définitions à une approche fonctionnelle de l'internationalité afin de juger de leur adéquation et de proposer, le cas échéant, des pistes d'amélioration.

1. La matière contractuelle

Les conventions internationales de droit matériel contiennent des définitions précises de l'internationalité pour plusieurs types de contrats commerciaux. Il s'agira d'étudier, sous un angle fonctionnel, la notion de *vente internationale* telle qu'elle résulte de la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises (a.), la notion d'*affacturage international* retenue par la convention d'Ottawa du 28 mai 1988 sur l'affacturage international (b.) et la notion de *crédit-bail international* retenue par la convention d'Ottawa du 28 mai 1988 sur le crédit-bail international (c.).

1893. Voir *supra*, p. 330 s.

1894. Voir *supra*, p. 316 s.

1895. Voir *supra*, p. 413 s.

a. La vente internationale

La convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises ne s'applique qu'aux ventes internationales conclues entre des parties ayant leur établissement dans des États différents¹⁸⁹⁶. La définition, ne prenant en compte qu'un seul élément d'extranéité, est particulièrement sobre.

Si l'on comprend les contraintes des rédacteurs de la convention, liées à la nécessité de dégager une définition de l'internationalité qui soit aisée à mettre en œuvre afin que les contractants puissent déterminer sans difficulté si leur vente relève du champ d'application de l'instrument¹⁸⁹⁷, la définition retenue actuellement nous semble participer d'une restriction induite des ventes internationales soumises à la convention, ainsi que l'ont fait remarquer avant nous certains auteurs¹⁸⁹⁸. Cette restriction ne nous semble en effet ni demandée, ni justifiée, par les objectifs poursuivis par la convention ou par la teneur de ses règles. La convention se fixe un objectif très large, indiquant dans son préambule que « l'adoption de règles uniformes applicables aux contrats de vente internationale de marchandises et compatibles avec les différents systèmes sociaux, économiques et juridiques contribuera à l'élimination des obstacles juridiques aux échanges internationaux et favorisera le développement du commerce international ». Elle contient par ailleurs des règles très générales relatives à la formation et à l'exécution du contrat, dont la majorité pourrait tout aussi bien être appliquée à des contrats internes – et donc *a minima* également à des contrats présentant une autre forme d'internationalité – au regard de leur formulation très peu spécifique à la nature internationale de la vente.

L'exclusion de certaines catégories de ventes internationales n'est donc, à notre sens, pas justifiée. Or, c'est bien le résultat auquel aboutit la définition de l'internationalité retenue par la convention, puisque le critère de la différence de localisation de l'établissement des parties n'épuise pas la notion de vente internationale. Il en résulte une différence de traitement très discutable entre les ventes internationales soumises à la convention et celles qui ne le sont pas, ce qui est d'autant plus regrettable que, sans sacrifier à la volonté des rédacteurs de l'instrument de dégager une définition simple et prévisible de l'internationalité, il aurait été possible de retenir une définition plus complète de la vente internationale.

Il aurait en effet tout d'abord été envisageable de faire usage du critère juridique de l'internationalité d'une manière très large pour considérer que « montre un caractère international toute vente qui présente des éléments de rattachement avec plusieurs pays »¹⁸⁹⁹. Si l'on aurait été assuré de n'exclure aucune vente internationale du champ d'application de la convention, cette définition de l'internationalité aurait cependant entraîné de trop grandes incertitudes dans la dé-

1896. Voir *supra*, p. 39 s.

1897. Ph. KAHN, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 34.

1898. Voir entre autres, *idem*, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 34; C. WITZ, « L'internationalité et le contrat », *op. cit.*, p. 63.

1899. Ph. KAHN, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 169.

termination de l'internationalité de la vente. Or, s'agissant d'un instrument de droit matériel dont l'application s'impose aux parties dès lors qu'elles ne l'ont pas exclue¹⁹⁰⁰, une telle incertitude n'est pas admissible.

Il est donc préférable de se tourner vers une définition de la vente internationale reposant sur des éléments d'extranéité limitativement énumérés. Deux éléments d'extranéité en particulier apparaissent d'une grande pertinence en matière de vente. Il s'agit d'une part du lieu de livraison de la marchandise¹⁹⁰¹ et d'autre part du fait que la marchandise soit située dans un État différent de celui de l'établissement des parties¹⁹⁰², même si elle n'est pas destinée à franchir une frontière. S'agissant d'une vente de marchandises, les lieux de situation et de destination des marchandises faisant l'objet du contrat ne constituent en effet pas des éléments d'extranéité moins importants que le lieu d'établissement des parties.

L'adjonction de ces deux critères à la définition actuelle retenue par la convention conduirait ainsi à une appréhension plus complète de la notion de vente internationale, sans que l'internationalité ne devienne plus difficile à vérifier, car le pays de localisation des marchandises et le pays de leur destination sont des éléments que les parties ne sauraient en principe ignorer. La convention profiterait d'une définition moins lacunaire de l'internationalité, plus en phase avec ses objectifs et son contenu, tout en continuant à offrir une sécurité juridique largement satisfaisante dans l'appréciation de son champ d'application.

b. L'affacturage international

La convention d'Ottawa du 28 mai 1988 sur l'affacturage international s'applique, aux termes de son article 2, « lorsque les créances cédées en vertu d'un contrat d'affacturage naissent d'un contrat de vente de marchandises entre un fournisseur et un débiteur qui ont leur établissement dans des États différents ». Ce faisant, les rédacteurs de la convention ont choisi d'une part de s'attacher à l'internationalité de l'objet de l'affacturage – le contrat de vente – et non à celle du contrat d'affacturage¹⁹⁰³. Ils ont décidé d'autre part, alors que l'internationalité pouvait en principe être appréciée par rapport à l'une quelconque des relations unissant les parties, de réserver l'application de la convention aux seules opérations d'affacturage qui impliquent un fournisseur et un débiteur établis dans des États différents, excluant ainsi de son champ d'application les

1900. L'article 6 offre en effet la possibilité d'une exclusion totale ou partielle de la convention.

1901. C. WITZ, « L'internationalité et le contrat », *op. cit.*, p. 63 ; P. LAGARDE, « La nouvelle convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises » in *Journées de la Société de législation comparée. Année 1985*, RIDC, n° spécial vol. 7, 1985, p. 331 ; H. DÖLLE, « Die 7. Haager Konferenz », *RabelsZ* 1952, p. 167.

1902. C. WITZ, « L'internationalité et le contrat », *op. cit.*, p. 63 ; P. LAGARDE, « La nouvelle convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises », *op. cit.*, p. 331.

1903. F. FERRARI, « Art. 2 FactÜ » in *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch : HGB, Band 6 : Bankvertragsrecht : Recht des Zahlungsverkehrs, Kapitalmarkt- und Wertpapiergeschäft, Ottawa Übereinkommen über Internationales Factoring*, sous la dir. de K. SCHMIDT et C. HERRESTHAL, 4^e éd., C.H. Beck, München, 2019, n° 6.

opérations impliquant un fournisseur et un affactureur établis dans des États différents¹⁹⁰⁴ ou un débiteur et un affactureur établis dans des États différents.

La définition ainsi retenue a été approuvée, au motif que l'affacturage international a principalement pour objet la cession de créances résultant de contrats internationaux¹⁹⁰⁵. Elle permettrait de couvrir les différentes formes d'affacturage international existant dans la pratique, à savoir l'affacturage classique faisant intervenir deux affactureurs, l'un se trouvant dans le pays du fournisseur et l'autre dans le pays du débiteur, et les formes simplifiées d'affacturage recourant à un seul affactureur établi soit dans le pays du fournisseur (*direct export factoring*), soit dans le pays du débiteur (*direct import factoring*)¹⁹⁰⁶.

Peut toutefois être posée la question de savoir si la notion d'internationalité n'aurait pas pu et dû être envisagée de manière plus large, et plus particulièrement, si la convention n'exclut pas indûment de son champ d'application certaines formes d'affacturage international en ne prenant pas en compte l'établissement de ou des affactureur(s) aux fins de définition de l'internationalité. L'observation de la fonction que s'assigne la convention, telle qu'elle résulte de son préambule, ne fait en effet apparaître aucune justification allant dans le sens d'une restriction de son application à certaines formes particulières d'affacturage international. Y est en effet inscrit que « l'affacturage international a une fonction importante à remplir dans le développement du commerce international » et qu'il s'agit pour les parties contractantes « d'adopter des règles uniformes établissant un cadre juridique qui facilitera l'affacturage international et de veiller à l'équilibre entre les intérêts des différentes parties à l'opération d'affacturage ».

L'affacturage mettant en place une relation triangulaire ou quadrangulaire entre le fournisseur, le débiteur et un ou deux affactureur(s), il aurait été théoriquement possible de définir l'internationalité par rapport à chacune des trois ou quatre relations reliant les protagonistes précités. C'est en ce sens qu'avait été proposé lors des travaux préparatoires de la convention de définir l'internationalité par rapport à l'établissement des parties au contrat d'affacturage, ce qui aurait permis de prendre en compte l'établissement de l'affactureur ; cette proposition n'avait toutefois recueilli aucun soutien¹⁹⁰⁷.

A en effet été fait remarquer que dans la majorité des cas, le fournisseur recourra soit à un affactureur établi dans son pays, soit à un affactureur établi dans le pays du débiteur, et qu'il ne se tournera que dans de rares exceptions vers un affactureur établi dans un pays tiers¹⁹⁰⁸. En tout état de cause, si tel devait être le cas, l'affacturage devrait *a priori* être international au sens

1904. G. BOURDEAUX, *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 572-15 : Affacturage international, 2015, n° 5.

1905. F. FERRARI, « Art. 2 FactÜ », *op. cit.*, n° 10; dans le même sens, E. REBMANN, « Das UNIDROIT-Übereinkommen über das internationale Factoring (Ottawa 1988) », *RebelsZ* 1989, p. 605.

1906. F. FERRARI, « Art. 2 FactÜ », *op. cit.*, n°s 11-15.

1907. E. REBMANN, « Das UNIDROIT-Übereinkommen über das internationale Factoring (Ottawa 1988) », *art. cit.*, p. 605.

1908. F. FERRARI, « Art. 3 VO (EG) 593/2008 », *op. cit.*, n° 14.

retenu par la convention, car on voit mal pour quelles raisons un fournisseur ferait appel à un affactureur établi dans un pays étranger lorsqu'il a conclu un contrat de vente avec un débiteur qui est établi dans le même pays que lui. Il nous semble donc que l'absence de prise en compte de l'établissement de l'affactureur en tant que critère d'internationalité est sans conséquence, et que la référence aux seuls critères de l'établissement du fournisseur et du débiteur est pleinement satisfaisante aux fins de définition de l'internationalité.

Si les critères d'internationalité retenus n'appellent donc pas de critique particulière, deux pistes d'amélioration pourraient néanmoins être envisagées.

La première tient à la prévisibilité de l'internationalité. A en effet été fait observer que le fournisseur et l'affactureur peuvent ne pas avoir connaissance de l'internationalité du contrat de base au moment de la conclusion du contrat d'affacturage¹⁹⁰⁹. Le risque est d'autant plus probable que la convention autorise la cession de créances futures à l'affactureur¹⁹¹⁰, aux termes de son article 5, « même en l'absence de leur désignation individuelle, si lors de la conclusion du contrat ou à leur naissance elles sont déterminables ». L'identité du débiteur peut donc ne pas être déterminable au moment de la conclusion du contrat d'affacturage, parce que le contrat porte par exemple sur la vente d'un stock de marchandises¹⁹¹¹. Or, dans la mesure où la convention d'Ottawa ne contient aucune réserve relative à la connaissance de l'internationalité par les parties au moment de la conclusion du contrat, son application pourrait ne pas avoir été anticipée par elles. Nous semblerait dès lors pertinent d'introduire une réserve similaire à celle contenue dans la convention de Vienne afin de pallier ce risque¹⁹¹².

La deuxième piste d'amélioration concerne une possible admission de l'internationalité par accessoire. La convention ne l'autorise pas actuellement, ce qui signifie qu'en cas de cession à l'affactureur d'un ensemble de créances contenant à la fois des créances internes et des créances internationales, cet ensemble sera soumis à deux régimes législatifs différents¹⁹¹³. L'admission de l'internationalité par accessoire pourrait simplifier la gestion de cet ensemble de créances, résultant par exemple de ce que le contrat d'affacturage porte sur un stock de marchandises dont il est possible qu'elles soient vendues pour parties à des acheteurs établis sur le territoire interne et pour partie à des acheteurs établis à l'étranger, en les soumettant à une loi unique. Toutefois, le fait que cet ensemble soit finalement scindé en deux masses, l'une soumise à la loi interne et l'autre soumise à la convention d'Ottawa, ne semble pas une complication insurmontable en pratique. Si les parties ont à cœur d'assurer une uniformité de la loi applicable, il leur est loisible

1909. *Idem*, « Art. 2 FactÜ », *op. cit.*, n° 7.

1910. *Ibid.*, n° 9.

1911. *Idem*, « Art. 3 VO (EG) 593/2008 », *op. cit.*, n° 29.

1912. *Idem*, « Art. 2 FactÜ », *op. cit.*, n° 8.

1913. *Ibid.*, n° 8.

d'exclure l'application de la convention d'Ottawa, qui n'est que facultative¹⁹¹⁴, et d'insérer dans le contrat d'affacturage une clause de choix de loi applicable au profit du droit interne.

En conclusion, la notion d'affacturage international retenue par la convention d'Ottawa doit être approuvée, à cette réserve près qu'il nous aurait semblé pertinent de limiter son application à l'internationalité prévisible au moment de la conclusion du contrat d'affacturage. Pourrait ainsi être introduite une réserve analogue à celle contenue dans la convention de Vienne, rédigée de la façon suivante : « Il n'est pas tenu compte du fait que le fournisseur et le débiteur ont leur établissement dans des États différents lorsque ce fait était inconnu des parties au contrat d'affacturage au moment de la conclusion de ce dernier ».

c. Le crédit-bail international

La convention d'Ottawa du 28 mai 1988 sur le crédit-bail international définit ce dernier comme celui dans lequel le crédit-bailleur et le crédit-preneur ont leur établissement dans des États différents¹⁹¹⁵. Ce faisant, elle prend le parti, tout comme la convention sur l'affacturage international, de ne s'attacher qu'à l'internationalité de l'une des relations alors que le crédit-bail international met en jeu trois parties : un fournisseur, un crédit-bailleur (établissement financier) et un crédit-preneur¹⁹¹⁶. Par ailleurs, elle n'accorde aucune importance à la localisation du bien sur lequel porte le crédit-bail¹⁹¹⁷. La question peut donc être posée de savoir si la convention n'a pas adopté une définition trop restreinte de l'internationalité du crédit-bail.

S'agissant tout d'abord de la prise en compte de la localisation du bien objet du contrat, a été fait remarquer qu'un critère d'internationalité qui serait lié au déplacement du bien d'un pays vers un autre n'est pas approprié, en ce que le crédit-bail international porte fréquemment sur des biens ayant vocation à se déplacer, tels des moyens de transport ou des engins de travaux publics que le crédit-preneur souhaite utiliser à l'étranger¹⁹¹⁸. Nous semble pour notre part plus problématique le fait que tous les crédits-bails conclus entre un crédit-bailleur et un crédit-preneur établis dans des États différents n'ont pas nécessairement pour effet d'entraîner un franchissement de frontière du bien objet du contrat, car celui-ci peut déjà se trouver dans le pays du crédit-preneur souhaitant l'utiliser. Ainsi, si l'internationalité du crédit-bail reposait exclusivement ou cumulativement sur le déplacement du bien loué, se trouveraient exclues certaines formes de crédits-bails pourtant conclus entre des parties situées dans des États différents.

La vraie interrogation nous semble porter non pas sur l'absence de prise en compte de la localisation du bien, mais sur le choix des parties dont l'établissement a été retenu comme élé-

1914. L'article 3 prévoit en effet que l'application de la convention peut être exclue par les parties au contrat d'affacturage ou par les parties au contrat de vente de marchandises.

1915. Convention, article 3 § 1.

1916. G. BOURDEAUX, *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 572-25 : Crédit-bail international, 2015, n° 58.

1917. *Ibid.*, n° 58.

1918. *Ibid.*, n° 6.

ment d'extranéité pertinent. Si les auteurs s'accordent à dire que le crédit-bail impliquant un crédit-bailleur et un crédit-preneur établis dans des États différents constitue l'hypothèse la plus fréquente de crédit-bail international¹⁹¹⁹ ou que le cœur de l'opération de crédit-bail est *a priori* le contrat de location¹⁹²⁰, il n'en est pas moins reproché à la convention d'Ottawa de retenir une définition de l'internationalité trop restrictive en se focalisant sur le seul rapport entre crédit-bailleur et crédit-preneur¹⁹²¹. Il existerait en effet certains montages courants de crédits-bails internationaux ne correspondant pas à la définition de l'internationalité retenue par la convention, dont notamment un montage mettant en présence un fournisseur localisé dans un pays, alors que le crédit-bailleur et le crédit-preneur sont établis dans un même autre pays¹⁹²². Un tel crédit-bail, bien que considéré comme international par la doctrine¹⁹²³, n'entre pas dans le champ d'application de la convention d'Ottawa. Il pourrait pourtant sembler utile « en raison de l'interaction entre le contrat de vente et de crédit-bail » de le soumettre à la convention¹⁹²⁴.

Cela est d'autant plus vrai que la convention d'Ottawa contient dans son préambule des objectifs très généraux relatifs à l'élimination de « certains obstacles juridiques au crédit-bail mobilier international » et à la « nécessité de rendre le crédit-bail international davantage accessible » et que les règles qu'elle contient ne sont pas spécifiques, dans le sens où elles ne visent pas en particulier le cas dans lequel le crédit-bailleur et le crédit-preneur sont établis dans des États différents. La convention traite du crédit-bail international dans sa généralité et il nous semble que ni les objectifs qu'elle s'assigne, ni le contenu de ses dispositions ne justifient que certaines formes de crédit-bail international soient exclues de son champ d'application.

Il pourrait dès lors lui être reconnu un champ d'application plus large, qui ne viendrait pas exclure indûment certaines configurations internationales de crédit-bail. L'internationalité du crédit-bail pourrait être définie sur la base de l'extranéité de l'établissement de l'une quelconque des parties¹⁹²⁵, ce qui permettrait d'englober à la fois la configuration internationale retenue actuellement par la convention, celle dans laquelle le crédit-bailleur et le crédit-preneur sont établis dans un même pays et le fournisseur dans un, et un montage à l'internationalité encore plus marquée dans lequel toutes les parties sont établies dans un État différent de celui des autres.

1919. *ibid.*, n° 58; Chr. GAVALDA, « Le crédit-bail international », *Trav. com. fr. DIP* 1988-1989, p. 62, n° 10 et l'intervention de P. LAGARDE p. 69; *idem*, « Le crédit-bail international », *art. cit.*; J. POCZOBUT, « Internationales Finanzierungsleasing : Das UNIDROIT-Projekt – vom Entwurf (Rom 1987) zum Übereinkommen (Ottawa 1988) », *RabelsZ* 1987, p. 698.

1920. Chr. GAVALDA, « Le crédit-bail international », *art. cit.*, p. 61, n° 3.

1921. G. BOURDEAUX, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 58; en ce sens également, Chr. GAVALDA, « Le crédit-bail international », *art. cit.*, p. 69-70, intervention de P. LAGARDE; J.-P. BERAUDO, « Le nouveau droit du crédit-bail international et de l'affacturage international (1^{er} mai 1995) », *JCP E* 1995, 458, n° 3.

1922. G. BOURDEAUX, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n°s 6-7.

1923. Chr. GAVALDA, « Le crédit-bail international », *art. cit.*, n° 3; *idem*, « Le crédit-bail international », *art. cit.*, p. 69, intervention de P. LAGARDE; J.-P. BERAUDO, « Le nouveau droit du crédit-bail international et de l'affacturage international (1^{er} mai 1995) », *art. cit.*, n° 3.

1924. G. BOURDEAUX, *J.-Cl. dr. int. op. cit.*, n° 58; dans le même sens, pointant la « symbiose » entre ces contrats, Chr. GAVALDA, « Le crédit-bail international », *art. cit.*, p. 69, intervention de P. LAGARDE.

1925. Voir ainsi, *idem*, « Le crédit-bail international », *art. cit.*, p. 61, n° 3.

2. La matière procédurale

La majorité des directives et règlements européens adoptés en matière de procédure civile délimitent leur champ d'application par l'emploi de l'expression « litige transfrontalier » ou « litige transfrontière », précisée par un certain nombre de critères, et qui correspond à l'approche juridique de l'internationalité¹⁹²⁶. Sera vérifiée l'adéquation de la définition de l'internationalité retenue par la directive *aide judiciaire* (a.) et par les règlements *injonction de payer* (b.), *petits litiges* (c.) et *saisie conservatoire des comptes bancaires* (d.).

a. L'internationalité en matière d'aide judiciaire

La directive 2002/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires réserve son application, selon son article 2 § 1, aux litiges dans lesquels la partie qui demande l'aide judiciaire a son domicile ou sa résidence habituelle dans un État membre autre que l'État du for ou que l'État dans lequel la décision doit être exécutée. L'internationalité résulte donc de la divergence de localisation entre le domicile ou la résidence habituelle de la personne bénéficiaire de l'aide et l'État du juge saisi ou requis.

La confrontation des objectifs de la directive et des dispositions qu'elle contient avec cette définition laisse toutefois apparaître que l'internationalité y est appréhendée de manière trop étroite. Certains litiges internationaux dans lesquels les parties auraient les mêmes besoins d'accès à l'aide judiciaire prévue par la directive sont exclus de son champ d'application.

C'est en effet, et cela va presque sans dire, que les critères d'internationalité retenus par la directive, malgré la généralité des critères du domicile et de la résidence habituelle, ne suffisent pas à faire entrer tout litige international dans son champ d'application. L'internationalité peut en effet s'attacher à un élément propre aux faits du litige et non aux parties. Peut être cité à titre d'exemple un litige opposant deux parties domiciliées dans un même État membre à propos d'un fait dommageable intervenu dans un autre État membre, alors qu'une partie du dommage est survenue dans l'État de résidence de la victime. Cette dernière peut choisir d'agir en responsabilité délictuelle dans l'État dans lequel elle est domiciliée sur le fondement de l'article 7, 2) du règlement Bruxelles I bis, étant précisé que la décision sera certainement exécutée dans ce même État du fait de la résidence habituelle de l'auteur du dommage et de la présence probable de ses biens sur ce territoire. Or, dans le cadre d'un tel litige, les parties ne pourront bénéficier de l'aide judiciaire prévue par la directive, parce que la localisation du fait générateur du dommage dans un autre État membre n'en fait pas un litige transfrontalier au sens de l'article 2 § 1.

1926. Voir *supra*, p. 44 s.

Se pose dès lors la question des raisons pour lesquelles seuls certains litiges internationaux peuvent donner lieu à l'octroi de l'aide judiciaire instaurée par la directive. Il convient, pour y répondre, de se questionner sur les besoins particuliers de l'internationalité que la directive prend en charge. La lecture de ses considérants révèle qu'elle a été adoptée dans l'idée que « les difficultés induites par le caractère transfrontalier d'un litige ne devraient constituer des obstacles à un accès effectif de la justice »¹⁹²⁷ et que « toute personne intervenant dans un litige [transfrontalier] en matière civile et commerciale doit pouvoir faire valoir ses droits en justice même si sa situation financière personnelle l'empêche de pouvoir faire face aux frais de justice »¹⁹²⁸. Par ailleurs, « la complexité et les différences des systèmes judiciaires des États membres, ainsi que les coûts inhérents au caractère transfrontalier des litiges, ne devraient pas entraver l'accès à la justice. Il convient donc que l'aide judiciaire couvre les coûts *directement liés au caractère transfrontalier d'un litige* »¹⁹²⁹.

Dans l'exemple précédemment donné, les deux parties plaident dans leur État d'origine et la décision aura vocation à être exécutée dans cet État : on pourrait dès lors penser de prime abord qu'elles ne feront pas face à des coûts particuliers directement liés au caractère transfrontalier de leur litige, ce qui justifierait l'exclusion de ce dernier du champ d'application de la directive.

Cette première impression ne résiste toutefois pas à une analyse plus poussée de ce que recouvrent précisément les « frais liés au caractère transfrontalier de la procédure ». L'article 7 de la directive y inclut les frais d'interprétation, les frais de traduction des documents dont la production est exigée du bénéficiaire de l'aide par le juge et les frais de déplacement que le bénéficiaire doit exposer lorsque sa présence physique est exigée à l'audience. Or, ces frais sont également susceptibles d'être exposés dans des litiges ne répondant pas à la définition du litige transfrontalier retenue par la directive. Si les frais de déplacement du bénéficiaire de l'aide ne devraient *a priori* être engagés que dans la mesure où celui-ci ne réside pas habituellement dans le pays du juge saisi, il en va autrement des autres frais énumérés. Les frais d'interprétation peuvent être nécessaires dès lors que l'une des parties ou des témoins ne parlent pas la langue du for et les frais de traduction peuvent devoir être exposés dès lors qu'un élément d'extranéité affecte le litige : dans notre exemple, il pourrait s'agir de la traduction de documents établis dans le pays de survenance du fait générateur du dommage en lien avec ce dernier. La définition du litige transfrontalier retenue est donc trop étroite, en ce sens qu'elle exclut indûment certaines configurations internationales de contentieux dans lesquels les mêmes frais « liés au caractère transfrontalier de la procédure » devront être exposés.

Si l'on souhaite éviter cette exclusion, il convient de définir l'internationalité de manière plus large, en considération des hypothèses dans lesquelles chacun de ces frais est susceptible de devoir être engagé. En lien avec ce qui vient d'être écrit, peut être affirmé de manière générale

1927. Directive, cons. 6.

1928. Directive, cons. 10.

1929. Directive, cons. 18. C'est nous qui soulignons.

que les frais d'interprétation, de traduction de documents et de déplacement transfrontière sont susceptibles d'être exposés dès lors que le litige présente un élément d'extranéité pertinent quel qu'il soit, pouvant aller de la simple résidence habituelle étrangère du demandeur de l'aide, justifiant les frais de déplacement, jusqu'à une localisation géographique partielle de la situation des parties à l'étranger, justifiant la traduction de certaines pièces du dossier. Il nous aurait donc semblé plus adéquat de définir le litige transfrontalier comme « toute litige qui présente un lien de rattachement pertinent avec un État membre autre que l'État du for ».

b. L'internationalité en matière de petits litiges

Aux termes de son article 3 § 1, le règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges ne s'applique qu'aux litiges dans lesquels « au moins une des parties a son domicile ou sa résidence habituelle dans un État membre autre que l'État membre de la juridiction ». Le seul critère d'internationalité pertinent est donc celui de la résidence habituelle ou du domicile de l'une des parties. Si ce critère a l'avantage de la simplicité, la doctrine, comme la Commission européenne dans sa proposition de révision du règlement en 2013¹⁹³⁰, ont néanmoins mis en exergue ses défauts.

Il a tout d'abord été reproché à la définition de l'internationalité retenue par l'article 3 § 1 d'être trop étroite et d'exclure de l'application du règlement certaines litiges présentant un caractère transfrontalier indéniable¹⁹³¹. A plus particulièrement été critiqué le fait que l'application du règlement soit exclue lorsque le débiteur, domicilié dans le même État membre que le créancier, a des biens saisissables à l'étranger¹⁹³², en ce que le créancier pourrait avoir intérêt à recourir au règlement dans cette hypothèse dans la mesure où il supprime la procédure d'exequatur¹⁹³³.

La Commission européenne avait également proposé un élargissement de la notion de litige transfrontalier dans sa proposition de révision du règlement, au motif qu'il existait d'autres litiges comportant un « important élément transfrontalier » et pour lesquels le recours à la procé-

1930. COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges et le règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer*, op. cit.

1931. I. VARGA, « Art 3 BagatellVO » in *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/ EuIPR, Band II : EG-VollstrTitelVO, EG-MahnVO, EG-BagatellVO, EU-KPfvVO, HProrogÜbk 2005, EG-ZustVO 2007, EG-BewVO, EG-InsVO*, sous la dir. de Th. RAUSCHER, 4^e éd., Otto Schmidt, sellier european law publishers, Köln, 2015, n° 10.

1932. *ibid.*, n° 10; W. HAU, « Das neue europäische Verfahren zur Beitreibung geringfügige Forderungen », *JuS* 2008, p. 1057, nbp n° 15; en sens contraire, approuvant le critère du domicile ou de la résidence habituelle et rejetant celui de la localisation de biens saisissables, J. WOLBER, « EuMVVO Art. 3 Grenzüberschreitende Rechtssachen » in *Beck'scher Online-Kommentar ZPO*, sous la dir. de V. VORWERK et Chr. WOLF, 37^e éd., C.H. Beck, München, 2020, n° 2.

1933. B. SUJECKI, « EuGFVO » in *Zivilrecht unter europäischem Einfluss : die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze. Kommentierung der wichtigsten EU-Verordnungen*, sous la dir. de M. GEBAUER et Th. WIEDMANN, 2^e éd., Boorberg, Stuttgart, 2010, n° 31.

ture simplifiée pourrait présenter un avantage¹⁹³⁴. Elle proposait de rendre le règlement révisé applicable par principe à tout litige, sauf à ce que le domicile ou la résidence habituelle des parties, le lieu d'exécution du contrat, le lieu de survenance des faits fondant la demande, le lieu d'exécution de la décision et la juridiction compétente soient situés sur le territoire d'un même État membre¹⁹³⁵. Cela revenait, en d'autres termes, à considérer comme élément d'extranéité pertinent chacun des critères cités dans cette définition négative.

La Commission pointait par la même occasion un deuxième défaut de l'utilisation du critère exclusif du domicile ou de la résidence habituelle des parties pour définir la notion de litige transfrontalier, et qui réside dans le fait que la possibilité de recourir à la procédure simplifiée de règlement des petits litiges, lorsque les parties sont domiciliées dans un même État membre, dépend de l'existence d'un tribunal compétent dans un autre État membre et de la saisine effective de celui-ci¹⁹³⁶. Le litige sera effectivement considéré comme interne si le demandeur agit dans le pays du domicile ou de la résidence habituelle commun(e) des parties, alors qu'il sera considéré comme transfrontalier s'il agit dans un autre État membre.

Enfin, la notion de litige transfrontalier retenue par le règlement nous semble également en sens contraire trop large, en ce qu'elle permet l'application de l'instrument à des litiges objectivement internes. Dans la mesure où le règlement peut s'appliquer lorsque les deux parties ont leur domicile ou leur résidence habituelle dans le même État membre, il n'est pas à exclure, pour peu que le juge saisi soit celui d'un autre État membre, que la situation des parties soit purement interne au pays de leur domicile ou de leur résidence habituelle commun(e) si le juge étranger a admis sa compétence sans exiger de lien de rattachement objectif avec son ordre juridique.

Il résulte de ces différentes observations que la définition de l'internationalité retenue par le règlement *petits litiges* présente plusieurs défauts majeurs. Il est dès lors proposé de revenir sur les considérations ayant conduit à l'adoption du règlement et sur les objectifs qu'il s'assigne, dans le but de dégager une définition plus adéquate de l'internationalité. Il apparaîtra alors que la notion d'internationalité est abordée de façon trop restreinte dans le cadre du règlement *petits litiges*, ce qui a pour conséquence d'exclure de son champ d'application certains litiges qui présentent pourtant les difficultés prises en charge par le règlement.

Le règlement *petits litiges* a été adopté dans le but de faciliter l'accès à la justice dans les litiges transfrontaliers portant sur des demandes de faible montant¹⁹³⁷, de simplifier et d'accélérer le règlement de ces litiges et d'en réduire les coûts¹⁹³⁸. Dans sa proposition de règlement,

1934. COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges et le règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer*, op. cit., p. 7.

1935. *Ibid.*, p. 6, 17.

1936. *Ibid.*, p. 7.

1937. Règlement, cons. 7.

1938. Règlement, article 1^{er}.

la Commission européenne considérait que les « obstacles à l'obtention d'une décision rapide et peu coûteuse augmentent de toute évidence dans un contexte transfrontalier », car « un litige transfrontalier nécessitera souvent de recourir aux services de deux avocats, de supporter des frais de traduction et d'interprétation supplémentaires, ainsi que divers autres coûts, comme des frais de déplacement additionnels pour les parties, les témoins, les avocats »¹⁹³⁹. Elle émettait la crainte de voir certains justiciables renoncer à une action en justice dès lors que les dépenses à engager pour obtenir une décision judiciaire « en particulier contre un défendeur domicilié dans un autre État membre » sont souvent disproportionnées par rapport au montant de la demande¹⁹⁴⁰.

La question se pose de savoir quels sont les litiges internationaux susceptibles de présenter ces difficultés. On peut observer que les complications énumérées par la Commission sont peu ou prou les mêmes que celles prises en compte dans le cadre de la directive *aide judiciaire*, qui faisait également référence, au titre des frais supplémentaires résultant du caractère transfrontalier du litige, aux frais de traduction et d'interprétation et aux frais de déplacement transfrontière des parties¹⁹⁴¹. Nous avons considéré que ces frais ne sont pas seulement susceptibles de se présenter dans les litiges dans lesquels l'une des parties est domiciliée à l'étranger, mais dans tout litige présentant un élément d'extranéité pertinent. Afin de ne pas procéder à la même démonstration une seconde fois, nous étendons ce constat au règlement *petits litiges*.

Cela nous conduit donc d'une part à proposer un élargissement de la notion de « litige transfrontalier ». Comme pour la directive *aide judiciaire*, il est suffisant de retenir une internationalité pertinente mais quelconque, car la présence de n'importe quel élément d'extranéité pertinent relatif soit aux parties, soit à leur situation, est susceptible d'entraîner l'une des complications mises en avant par la Commission, tenant au recours à un deuxième avocat – ce qui sera notamment le cas si cet élément d'extranéité entraîne la compétence d'une juridiction étrangère ou l'application d'une loi étrangère – ou à la nécessité d'exposer de frais d'interprétation, de traduction ou de déplacement.

D'autre part, afin que seuls les litiges internationaux entrent dans le champ d'application du règlement, nous aurions proposé de prime abord de reformuler la définition de la notion de litige transfrontalier, afin que ne soit pas seulement exigée une extranéité de l'un de ces critères par rapport au juge saisi, car cela ne permet pas d'assurer que ce dernier entretient un lien de rattachement objectif avec le litige. Il nous semble toutefois que le défendeur qui se trouve attiré devant un juge étranger alors que son litige n'entretient de liens de rattachement objectifs qu'avec l'ordre juridique interne s'expose aux mêmes complications et frais supplémentaires que ceux qui naîtraient dans un litige objectivement international, puisqu'il sera très certainement contraint de se rendre à l'étranger pour plaider, ou à tout le moins de recourir à un avocat local.

1939. COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil instituant une procédure européenne pour les demandes de faible importance*, op. cit., p. 4.

1940. *Ibid.*, p. 4.

1941. Directive, article 7.

S'ajouteront très certainement certains frais de traduction ou d'interprétation, dans la mesure où la situation des parties est entièrement étrangère au juge saisi.

On pourrait certes arguer que la vocation première d'une procédure européenne de règlement des petits litiges n'est pas de faciliter le règlement de litiges objectivement internes que l'une des parties a décidé, contre toute rationalité, de porter devant un autre juge européen, mais cela nous semble être davantage un problème touchant à la détermination de la compétence internationale et plus précisément à la question de l'opportunité, pour un État membre, d'accepter de se reconnaître compétent dans un litige entièrement rattaché à un autre État membre. Une fois qu'un État membre a toutefois décidé de faire ce choix, exploité par le demandeur, il serait malvenu, à tout le moins pour le défendeur, de ne pas autoriser le recours à la procédure européenne de règlement des petits litiges, alors que la procédure fait apparaître toutes les difficultés propres à un litige objectivement international.

En conclusion, la notion de litige transfrontalier retenue dans le cadre du règlement *petits litiges* pourrait être redéfinie de la façon suivante : « Aux fins du présent règlement, un litige transfrontalier est un litige qui présente au moins un lien de rattachement pertinent avec un État membre autre que l'État membre de la juridiction saisie ».

c. L'internationalité en matière d'injonction de payer

Le règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer définit la notion de « litige transfrontalier » de manière identique au règlement *petits litiges* en s'attachant à l'extranéité du domicile ou de la résidence habituelle de l'une des parties par rapport au juge saisi. Se pose ici aussi la question de l'adéquation de cette définition par rapport aux objectifs poursuivis par le règlement et au contenu de ses règles.

Aux termes de son article 1^{er}, le règlement a pour objet « de simplifier, d'accélérer et de réduire les coûts de règlement dans les litiges transfrontaliers concernant des créances pécuniaires incontestées » et « d'assurer la libre circulation des injonctions de payer européennes ». Le préambule du règlement met en effet l'accent sur l'importance d'assurer un recouvrement rapide et efficace des créances non contestées au sein de l'Union ¹⁹⁴². Dans les motifs de sa proposition de règlement, la Commission exposait plus précisément que « le manque de familiarisation avec les systèmes juridiques d'autres États membres et la nécessité qui en résulte de consulter un avocat, la longueur du temps nécessaire pour signifier des documents judiciaires aux parties dans un État membre autre que celui où la procédure se déroule, ainsi que les dépenses liées à la traduction, ne sont que les plus flagrants des éléments qui compliquent l'action des titulaires de créances transfrontalières » ¹⁹⁴³ et que « la différence entre une procédure de recouvrement ra-

1942. Règlement, cons. 6.

1943. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne d'injonction de payer (présentée par la Commission)*, op. cit., p. 6.

pide applicable aux affaires purement internes, d'une part, et les délais et les frais qui s'ensuivent lorsque les parties sont domiciliées dans des États membres différents, d'autre part, atteint une ampleur intolérable lorsque le défendeur ne conteste même pas la justification de la créance en cause »¹⁹⁴⁴.

Conformément à son objet, le règlement a donc vocation à prendre en charge les complications induites par l'internationalité sur deux plans distincts : premièrement, au stade de la procédure de demande de délivrance de l'injonction de payer, où l'objectif est d'apporter une solution aux difficultés classiques rencontrées dans les procédures internationales et qui ont été étudiées dans le cadre de la directive *aide judiciaire* et du règlement *petits litiges*, et deuxièmement, au stade de l'exécution de cette injonction, où l'objectif est de faciliter le recouvrement forcé de la créance au cas où il devrait avoir lieu dans un autre État membre. La réflexion sur la définition de l'internationalité sera menée de manière séparée pour chacun de ces objectifs.

S'agissant du premier objet du règlement, il nous semble que le critère de l'extranéité du domicile ou de la résidence habituelle de l'une des parties par rapport au juge saisi est globalement adapté. Le règlement vise en effet essentiellement à prendre en charge les difficultés résultant de la méconnaissance du système juridique du juge saisi, de la différence de langue entre le juge et les parties ou les parties entre elles et de l'allongement du délai de signification des actes entre les parties. Or, dans le cadre de la procédure de demande de délivrance d'une injonction de payer, ces différentes difficultés naissent pour l'essentiel de la différence de localisation entre le juge saisi et l'une ou l'autre, voire les deux, parties.

Cette conclusion ne nous semble pas en contradiction avec celle tirée dans le cadre de la directive *aide judiciaire* et du règlement *petits litiges*, pour lesquels nous avons retenu une internationalité plus large, puisque nous nous inscrivons ici dans un cadre plus restreint et spécifique, qui est celui de la procédure de demande d'injonction de payer. L'absence de familiarité avec le système juridique du juge ou les difficultés linguistiques pourraient certes également être entraînées par la nationalité étrangère de l'une des parties qui aurait son domicile ou sa résidence habituelle dans le pays du juge saisi, mais nous ne pensons pas qu'il s'agisse là d'un élément d'extranéité pertinent, dans la mesure où il n'existe pas de corrélation nécessaire entre la nationalité d'une personne et le manque de connaissance de la langue et des systèmes juridique et judiciaire d'un autre pays.

S'agissant du second objet du règlement, toutefois, doit être constaté que ce dernier retient une approche inadéquate de l'internationalité, qui ne permet pas de faire entrer dans son champ d'application toutes les configurations factuelles concernées par les difficultés de recouvrement international de créances, tout en y faisant entrer certaines configurations qui ne relèvent pas d'un recouvrement *international* de créances à proprement parler.

1944. *Ibid.*, p. 7.

Sur le premier de ces aspects, il a été fait remarquer que la définition de la notion de litige transfrontalier retenue par le règlement « ne peut rendre justice d'une configuration pourtant naturelle de litiges intra[-européen] relatifs au recouvrement des créances », à savoir celle dans laquelle l'élément d'extranéité est constitué par la localisation de biens du débiteur à l'étranger¹⁹⁴⁵. Il en résulte une différenciation arbitraire en matière de recouvrement intra-européen de l'impayé¹⁹⁴⁶, avec le risque que la définition trop restreinte de l'internationalité pousse certains créanciers désireux de recourir au règlement à délocaliser artificiellement leur demande¹⁹⁴⁷. En conséquence, il a été proposé de procéder à une redéfinition de l'internationalité pour s'attacher soit à la localisation de biens du débiteur sur le territoire de différents États membres, soit à la localisation de biens sur le territoire d'un État membre autre que celui du domicile du demandeur ou du débiteur¹⁹⁴⁸.

Si nous adhérons pleinement à la nécessité de recourir au lieu de situation des biens du débiteur en tant que critère d'internationalité, puisque la procédure d'injonction de payer a pour objet de pourvoir à l'hypothèse particulière du recouvrement international de créances, nous irons plus loin en affirmant qu'il constitue, toujours du seul point de vue du second objet du règlement, le seul critère d'internationalité pertinent. L'emploi des critères du domicile et de la résidence habituelle du créancier et du débiteur en tant qu'éléments d'extranéité ne nous semble en effet pas approprié, pour au moins trois raisons.

Premièrement, la seule extranéité du domicile ou de la résidence habituelle du créancier par rapport au juge saisi – étant postulé que le débiteur réside dans l'État du for – n'implique pas nécessairement l'internationalité du recouvrement de la créance, dès lors que les biens du débiteur à saisir peuvent tous se situer dans le pays du juge saisi. Or, cette situation ne pose, du strict point de vue du recouvrement de la créance, aucune difficulté particulière par rapport à un recouvrement interne au for. Deuxièmement, si l'extranéité du domicile ou de la résidence habituelle du débiteur par rapport au juge saisi – étant postulé que le créancier réside dans l'État du for – signifie régulièrement que le recouvrement est international, dans la mesure où le débiteur devrait typiquement posséder des biens, voire l'intégralité de ses biens, dans le pays de son domicile ou de sa résidence habituelle, il n'est pas exclu que les biens à saisir se situent à nouveau dans le pays du juge saisi. Troisièmement, même si les deux parties ont leur domicile ou leur résidence habituelle dans le même pays que celui du juge saisi, il n'est pas exclu que le recouvrement de créance soit international, parce que le débiteur possède des biens dans un pays étranger, dans lequel l'injonction de payer devra être exécutée.

Ces considérations devraient conduire, s'agissant du second objet du règlement, à l'exclusion de toute définition de l'internationalité par rapport au domicile ou à la résidence habituelle des

1945. M. LOPEZ DE TEJADA et L. D'AVOUT, « Les non-dits de la procédure européenne d'injonction de payer. Règlement (CE) n° 1896/2006 du 12 décembre 2006 », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 739.

1946. *Ibid.*, p. 740.

1947. *Ibid.*, p. 739.

1948. *Ibid.*, p. 743, nbp n° 48.

parties, au seul profit du lieu de situation des biens du débiteur, qui devraient être localisés dans un autre pays que celui du juge saisi. L'emploi du lieu de situation des biens du débiteur présente néanmoins un défaut, dès lors qu'on le met en perspective avec l'article 3 § 3 du règlement, qui prévoit que le moment d'appréciation du caractère transfrontalier du litige est la date d'introduction de la demande d'injonction de payer européenne. La difficulté est que le caractère international du litige peut ne pas être connu au moment de l'introduction de la demande, soit par manque d'information du créancier, soit en raison du déplacement de certains biens en cours de procédure, qui rendront alors seulement le litige transfrontalier¹⁹⁴⁹. Or, il est matériellement impossible de différer le moment de l'appréciation de l'internationalité, puisqu'il convient de déterminer dès le moment de dépôt de la demande si c'est la procédure nationale ou européenne qui doit être suivie¹⁹⁵⁰.

Ce défaut sera toutefois partiellement compensé par la définition de la notion de litige transfrontalier que nous nous apprêtons à proposer, et qui recourt à un critère alternatif d'internationalité afin de prendre en compte les deux objets du règlement. Dès lors que le lieu de situation des biens du débiteur ne constitue pas le seul élément d'extranéité pertinent, le risque que la procédure européenne d'injonction de payer soit rendue inapplicable par le défaut de connaissance du caractère international du litige au moment du dépôt de la demande baisse en effet nécessairement.

Afin de tenir pleinement compte du double objet du règlement *injonction de payer*, nous proposons ainsi que la notion de litige transfrontalier soit définie de la manière suivante : « Aux fins du présent règlement, un litige transfrontalier est un litige dans lequel : - au moins une des parties a son domicile ou sa résidence habituelle dans un État membre autre que l'État membre de la juridiction saisie ou ; - le débiteur possède des biens saisissables dans un État membre autre que l'État membre de la juridiction saisie ».

d. L'internationalité en matière de saisie des comptes bancaires

Le règlement (UE) n° 655/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale a pour objet, aux termes de son article 1^{er} § 1, l'instauration d'une procédure uniforme permettant l'obtention d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, dans le but d'assurer que le recouvrement d'une créance ne soit pas mis en péril par le transfert ou le retrait de fonds détenus par le débiteur sur un compte bancaire européen. Dans sa proposition de règlement, la Commission soutenait que la « procédure permettant [au créancier] d'obtenir des mesures provisoires pour faire saisir les avoirs de son débiteur situés à l'étranger

1949. E. GUINCHARD, « L'Europe, la procédure civile et le créancier : l'injonction de payer européenne et la procédure européenne de règlement des petits litiges », *art. cit.*, n° 5.

1950. *Ibid.*, n° 5.

est lourde, longue et onéreuse »¹⁹⁵¹, avec pour conséquence que « les débiteurs peuvent aisément échapper aux mesures d'exécution en transférant rapidement leurs fonds d'un compte bancaire dans un État membre à un autre [alors qu'] un créancier a peu de chances de bloquer les avoirs bancaires d'un débiteur situés à l'étranger pour garantir le paiement de sa créance »¹⁹⁵².

La Commission avait d'abord souhaité une approche de l'internationalité très large, inspirée de la méthode de définition négative de la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for¹⁹⁵³ : le litige aurait été considéré comme international à moins que la juridiction saisie de la demande, tous les comptes bancaires visés par l'ordonnance et les parties ne soient situés ou domiciliés dans le même État membre¹⁹⁵⁴. La définition finalement retenue est plus restrictive, en ce qu'elle ne retient plus le domicile du débiteur comme élément d'extranéité. Aux termes de l'article 3 § 1 du règlement, un litige transfrontière est ainsi un litige dans lequel le(s) compte(s) bancaire(s) est/sont tenu(s) dans un autre État membre que l'État membre de la juridiction qui a été saisie ou l'État membre de domicile du créancier.

Au regard de l'objet du règlement, qui est d'assurer que le recouvrement d'une créance ne soit pas mis en péril par un transfert ou un retrait de fonds sur un compte bancaire situé à l'étranger, l'emploi de lieu de situation du ou des compte(s) bancaire(s) comme critère d'internationalité paraît d'une grande évidence, puisque le règlement a justement pour but de prendre en charge les complications dans le recouvrement d'une créance lorsque les avoirs du débiteur sont situés sur un compte bancaire étranger. Contrairement à la définition de l'internationalité qui était proposée par la Commission, il est nécessaire que chacun des comptes bancaires concernés par la demande d'ordonnance soit situé à l'étranger ; cette restriction paraît elle aussi justifiée, dans la mesure où les comptes bancaires situés sur le territoire interne ne présentent pas les mêmes difficultés de saisie conservatoire que les comptes situés à l'étranger.

Peut ensuite être approuvée l'exclusion du critère du domicile du débiteur aux fins de définition du caractère transfrontière du litige. Si cette exclusion pourrait éventuellement surprendre, eu égard au rôle prépondérant du critère du domicile en matière de compétence internationale, elle se justifie toutefois par la spécificité de la matière des saisies conservatoires : ce qui importe en effet n'est pas le lieu du domicile du défendeur, mais le lieu de situation de ses comptes bancaires, ce dernier pouvant ou non coïncider avec ce premier. Autrement dit, le domicile du débiteur n'a pas d'influence particulière dans le processus même de saisie conservatoire des comptes bancaires.

1951. COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale*, op. cit., p. 2.

1952. *Ibid.*, p. 3.

1953. *Ibid.*, p. 6.

1954. *Ibid.*, p. 17.

L'appréciation de l'extranéité des comptes bancaires de manière alternative par rapport à l'État du juge saisi ou à celui du lieu de domicile du créancier appelle enfin plus de remarques. Il résulte en effet de l'existence de cette alternative que le règlement est susceptible de s'appliquer à quatre configurations distinctes de litiges internationaux, qui ne présentent pas toutes la même nécessité d'être soumises au règlement.

Dans la première configuration, le domicile du créancier et le juge saisi sont situés dans le même État et le compte bancaire à saisir dans un autre. Il s'agit de l'hypothèse de base envisagée dans les travaux préparatoires du règlement et de l'hypothèse typique dans laquelle le créancier sera confronté à des difficultés dans le recouvrement de sa créance. Il n'y a donc aucun doute sur la nécessité de soumettre cette configuration internationale au règlement.

Dans la deuxième configuration, le créancier est domicilié dans un État, alors que le juge compétent¹⁹⁵⁵ et le compte bancaire à saisir sont situés dans un même autre État. La saisie conservatoire des comptes bancaires ne présente aucune difficulté particulière, puisque ceux-ci sont situés dans l'État du juge compétent. Le créancier peut donc se satisfaire de la procédure de saisie conservatoire prévue par le droit interne du for. L'application du règlement entraînerait toutefois une certaine simplification procédurale pour le créancier, contraint d'agir dans un pays qui n'est pas le sien, par le biais de l'utilisation de formulaires multilingues qui facilitera le dépôt de sa demande devant un juge dont les systèmes juridique et judiciaire et la langue ne lui sont peut-être pas familiers. Peut donc être admis que cette deuxième configuration internationale de litiges a un intérêt à être soumise au règlement.

Dans la troisième configuration, le créancier et le compte bancaire se situent dans un même pays, alors que le juge compétent est celui d'un autre pays. Il ne s'agit pas, à proprement parler, d'un recouvrement international de créances dans la mesure où le créancier et les biens à saisir se situent dans le même État, outre le fait qu'il n'y a *a priori* que très peu de sens pour le créancier de demander la saisie conservatoire des comptes bancaires à un juge étranger alors qu'il peut s'adresser au juge interne. Il nous semble donc que rien ne justifie, ni sur le principe, ni en opportunité, que le règlement s'applique à cette configuration internationale.

Dans la quatrième et dernière configuration, le créancier est domicilié dans un premier pays, le juge saisi est celui d'un deuxième pays et le compte bancaire à saisir de manière conservatoire est situé dans un troisième pays. Cette situation est celle qui connaît le plus de complications du fait de son internationalité, puisqu'elle présente à la fois les difficultés propres au recouvrement international de créance en raison de l'extranéité du lieu de situation des comptes bancaires par rapport au domicile du créancier et au juge saisi, et les difficultés liées à l'extranéité du domicile du créancier par rapport au juge saisi, qui signifie que le créancier devra mener la procédure

1955. Soit parce qu'il est le juge du fond (article 6 § 1), soit parce qu'il est le juge du domicile du débiteur consommateur (§ 2), soit parce qu'il est le juge dans lequel le créancier a déjà obtenu une décision, une transaction judiciaire (§ 3) ou un acte authentique (§ 4).

devant un juge qui n'est pas le sein. L'utilité de l'application du règlement dans cette dernière configuration internationale est donc certaine.

En conclusion, la définition de la notion de litige transfrontière dans le règlement *saisie conservatoire des comptes bancaires*, bien qu'étant globalement en adéquation avec l'objet du règlement, pourrait être perfectionnée afin de viser avec une plus grande précision les configurations internationales dans lesquelles les parties ont un intérêt à l'obtention d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires. Le point commun aux trois configurations internationales retenues est la différence de localisation entre le domicile du créancier et le lieu de situation des comptes bancaires, le juge saisi pouvant indifféremment être celui du domicile du créancier, du lieu de situation des comptes bancaires ou d'un État tiers. L'article 3 § 1 du règlement gagnerait donc, selon nous, à être rédigé de la manière suivante : « Aux fins du présent règlement, un litige transfrontière est un litige dans lequel le ou les comptes bancaires devant faire l'objet d'une saisie conservatoire par l'effet de l'ordonnance de saisie conservatoire sont tenus dans un État membre autre que l'État membre dans lequel le créancier est domicilié ».

Conclusion du chapitre II

L'internationalité est une notion fonctionnelle qui ne peut faire l'objet, à ce titre, d'une définition unitaire. Elle requiert l'élaboration de définitions distinctes, adaptées à la fonction qui est la sienne pour chaque règle, méthode ou instrument de droit international privé.

L'adoption d'une approche fonctionnelle de la notion d'internationalité conduit tout d'abord à ne reconnaître qu'une place restreinte au critère économique de l'internationalité, dont l'emploi doit être limité à l'appréciation du champ d'application des règles matérielles spécialement développées en droit français pour régir les contrats commerciaux internationaux.

Parmi les règles et régimes propres aux situations internationales et devant être soumis à une condition autonome d'internationalité, il en est un nombre important pour lesquels la réflexion fonctionnelle sur la notion d'internationalité conduit à n'exiger qu'une internationalité pertinente mais quelconque, ou autrement dit, la présence de liens de rattachements pertinents avec au moins deux ordres juridiques étatiques. Tel est le cas : des règles de compétence internationale exorbitante, reposant sur la comparution volontaire du défendeur, ou de source supranationale employant un chef de compétence spéciale différant du chef de compétence territoriale interne ; des règles de conflit de lois employant la *lex fori* comme facteur de rattachement non purement subsidiaire ; de la faculté de choix illimité du juge compétent et de la loi applicable. Les options de législation offrant le choix de la *lex fori* ne devraient s'appliquer, pour leur part, qu'aux situations internationales présentant des liens de rattachement pertinents avec l'ordre juridique du for et au moins un autre ordre juridique étatique.

Pour chacun de ces types de règles, l'appréciation de la pertinence des éléments d'extranéité peut se faire selon les mêmes lignes directrices, consistant à prendre en compte la nature intrinsèque de l'élément d'extranéité, le type de situation concerné, la valeur que le droit international privé reconnaît à l'élément d'extranéité considéré, la présence d'autres éléments d'extranéité venant au soutien de ce premier et le type de règle de droit international privé devant être appliquée.

Les règles de compétence internationale de source nationale employant un chef de compétence spéciale différant du chef de compétence territoriale interne ainsi que les règles et régimes de droit matériel requièrent et permettent enfin une approche fonctionnelle plus précise, reposant sur l'identification d'un nombre limitatif d'éléments d'extranéité. L'étude de certains instruments conventionnels de droit matériel et règlements européens de procédure montre que l'adoption d'une approche fonctionnelle permettrait de dégager une définition plus précise de l'internationalité que celle qu'ils retiennent actuellement.

Conclusion générale

Nous nous étions donné pour objectif, au moment d'entamer ce travail, de mener une réflexion renouvelée sur la notion et sur le régime de l'internationalité en droit international privé, tant en considération de l'accroissement du nombre de situations internationales qui met en exergue les problèmes les plus saillants affectant l'appréhension de l'internationalité, que des nouveaux défis que constituent les phénomènes de régionalisation et de transnationalisation pour cette dernière.

Les résultats auxquels nous avons abouti sont de plusieurs ordres. S'agissant tout d'abord du régime des situations internationales, il nous semble d'une part que le droit international privé gagnerait à appréhender davantage les situations internationales dans leur coexistence avec les situations purement internes à un État, que ces dernières appartiennent à l'ordre juridique du for ou à un ordre juridique étranger, de façon à ne pas créer de différences de traitement injustifiées entre ces deux catégories de situations. Ce résultat pourrait être aisément obtenu si le droit international privé se limitait à la prise en charge des spécificités des situations internationales et restreignait autant que faire se peut la poursuite d'objectifs de pure politique législative pour les situations internationales, objectifs qui rentreront tôt ou tard en conflit avec les politiques législatives poursuivies par d'autres États dans la réglementation de leurs situations internes, créant des divergences de traitement qui ne sauront être justifiées par le caractère interne ou international des situations concernées.

S'agissant plus particulièrement du régime propre à certaines formes particulières de situations internationales, il nous semble d'une part que le droit international privé a tout à fait la capacité de prendre en charge les phénomènes transnationaux, voire anationaux, qui affectent l'appréhension de l'internationalité, en procédant au besoin à une adaptation des méthodes et règles existantes, sans qu'il ne soit nécessaire de pousser à un renouvellement méthodologique de la matière. D'autre part, l'apparition des situations européennes, constituant à bien des égards une catégorie de situations à la frontière entre l'interne et l'international, ne pose pas de problème méthodologique particulier, mais bien davantage la question de l'opportunité de l'instauration d'une différence de traitement au sein même de la catégorie des situations internationales qui, si elle peut être regrettable sur un plan individuel, s'explique néanmoins par les objectifs de la construction européenne et la particularité des relations entre États membres de l'Union.

L'appréhension de la notion d'internationalité n'est, quant à elle, guère affectée par les mouvements de régionalisation et de transnationalisation, contrairement à ce que l'on aurait pu penser

prima facie. Si les phénomènes transnationaux, voire anationaux, ont pour effet de neutraliser l'emploi de certains liens de rattachement étatiques, soit en les supprimant, soit en les laissant subsister mais en les privant de toute pertinence, ils ne donnent jamais naissance à des situations juridiques qui ne peuvent plus aucunement être rattachées aux États, de sorte que l'internationalité reste toujours déterminable. De même, l'apparition des situations européennes ne pose aucun problème inédit pour la définition de l'internationalité, puisque ces situations sont structurellement des situations internationales des plus classiques; elles requièrent simplement que soient précisés les liens de rattachement pertinents avec l'Union européenne qui permettront de les distinguer des situations internationales extra-européennes.

S'agissant enfin de la notion d'internationalité en elle-même, le constat de sa grande relativité, voire de son insaisissabilité, n'est pas une fatalité. La notion peut d'une part être précisée par une détermination claire de son objet, de son moment d'appréciation et de son statut procédural, ce qui permet de réguler à tout le moins les incertitudes résultant de sa variabilité dans le temps et de sa prise en compte fluctuante dans le cadre de la procédure judiciaire. Afin de mieux appréhender la notion, il devrait d'autre part être adoptée une approche fonctionnelle permettant d'adapter la définition de l'internationalité à chaque règle, méthode ou instrument de droit international privé nécessitant sa vérification expresse. La plupart du temps, cette approche fonctionnelle conduira à retenir une définition générale de l'internationalité, reposant sur l'existence de liens de rattachement pertinents avec plusieurs ordres juridiques étatiques. Une exception notable est toutefois constituée des règles matérielles et des instruments internationaux de droit matériel pour lesquels une définition plus restreinte, basée sur l'identification d'un nombre limitatif d'éléments d'extranéité pertinents, est indiquée.

Résumé en langue allemande

DIE INTERNATIONALITÄT IM INTERNATIONALEN PRIVATRECHT

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines

Doktors der Rechte

des Fachbereichs
Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität
Mainz

vorgelegt von

Laure STARK

2020

Einleitung

Die Internationalität war für politische Entscheidungsträger und die Öffentlichkeit möglicherweise noch nie so sichtbar wie im Frühjahr 2020, das von einer beispiellosen globalen Gesundheitskrise geprägt war.¹ Im Schengen Europa wurden die nationalen Land-, Luft- und Seegrenzen fünfundzwanzig Jahre nach ihrer Abschaffung wieder geschlossen. Das „Grenzphänomen“² wurde wieder zu einer greifbaren Realität, die täglich von mehr als hunderttausend Bürgern an den Binnengrenzen der Europäischen Union erlebt wurde.

Im alltäglichen Sprachgebrauch bezieht sich der Begriff der Internationalität auf den „Charakter dessen, was international ist, was mehrere Nationen betrifft“.³ Im rechtlichen Bereich ist der Begriff der Internationalität unwiderruflich mit dem internationalen Privatrecht verbunden, das die auf Privatpersonen in Sachverhalten mit internationalem Charakter anwendbaren Rechtsnormen enthält.⁴ Im Rahmen dieser Arbeit wird der französische Begriff des internationalen Privatrechts verwendet; es werden also aus Sicht des deutschen Rechts sowohl das internationale Privatrecht im engeren Sinne⁵ als auch das internationale Verfahrensrecht behandelt.

Der Begriff der Internationalität kann auf zwei Merkmale des internationalen Privatrechts hinweisen. Das erste Merkmal bezieht sich auf die Internationalität der Quellen des internationalen Privatrechts.⁶ Das zweite, das in dieser Arbeit untersucht wird, bezieht sich auf den Gegenstand des internationalen Privatrechts. Es wird von der Prämisse ausgegangen, dass das internationale Privatrecht nur internationale Sachverhalte regeln soll. Der Schwerpunkt der Arbeit liegt daher auf den Sachverhalten, die mit mehreren Staaten in Verbindung stehen.

Die Internationalität wird, wie andere bedeutsame Rechtsfragen ebenfalls, von den Veränderungen der sozialen, wirtschaftlichen, politischen oder technologischen Gegebenheiten beeinflusst. Sie hat sich sowohl quantitativ entwickelt, da die Zahl der internationalen Sachverhalte unter dem Einfluss der Globalisierung stark zugenommen hat⁷, als auch qualitativ, da die Inter-

1. Dieses Dokument stellt lediglich eine Zusammenfassung des in französischer Sprache verfassten Hauptmanuskripts dar und entspricht ca. einem Fünftel seines Umfangs.

2. Niboyet Cours de droit international privé français S. 1 Rn. 1.

3. Trésor de la langue française informatisée, „international“.

4. Lerebours-Pigeonnière/Loussouarn S. 2; Batiffol/Lagarde S. 13; Audit/d'Avout S. 14; Loussouarn/Bourel/de Vareilles-Sommières S. 1; Mayer/Heuzé S. 18; Niboyet/de Geouffre de la Pradelle S. 23 f.

5. Kegel/Schurig S. 4; v. Bar/Mankowski S. 2; Kropholler S. 1; Rauscher S. 7.

6. Niboyet S. 1; Audit/d'Avout S. 14; Mayer/Heuzé/Remy S. 5 f.

7. Moreau Defarges Mondialisation S. 27 ff.; Brasseul Faits économiques S. 172 ff.

nationalität nicht mehr die der Prinzessinnen, der verstoßenen Mönche und der wohlhabenden Kaufleute der ersten großen Urteile der Rechtsprechung des internationalen Privatrechts ist.⁸

Die zweite Globalisierungswelle ist auch durch das Phänomen der „Enträumung“ wirtschaftlicher und sozialer Aktivitäten gekennzeichnet, zu dem noch das Phänomen der „Entstaatlichung der Gesellschaften und der Welt“ hinzukommt.⁹ Es wird eine gewisse „Relativierung der zentralen Stellung der Staaten“ festgestellt¹⁰, die mit dem Machtzuwachs privater Akteure wie multinationaler Unternehmensgruppen korreliert.¹¹ Dieser Kontext hat die Entstehung von Sachverhalten ermöglicht, die als transnational bezeichnet werden können und die die Eigenschaft haben, sich vielmehr über Staaten als zwischen ihnen zu entwickeln. In ähnlicher Weise ist die zweite Globalisierungswelle eng mit bestimmten technologischen Phänomenen verbunden, die diese unterstützt haben; hier ist in erster Linie der Aufstieg des Internets zu nennen.¹² Das Aufkommen dieses neuen Mediums hat zu der erwähnten Enträumung¹³ beigetragen und darüber hinaus die Entstehung von Sachverhalten ermöglicht, die als anational bezeichnet werden können, da sie sich in einem entmaterialisierten und daher despatialisierten Raum abspielen.¹⁴

Darüber hinaus wird die Internationalität auch durch den Aufbau Europas grundlegend beeinflusst. So führte dieser zur Entstehung eines neuen geographischen Raumes ohne Binnengrenzen, der die Hoheitsgebiete der Mitgliedstaaten überlagert. Die Entstehung dieses europäischen Raumes hat es ermöglicht, eine neue Form der Internationalität zu identifizieren, die sich durch ihre Verbindungen zu diesem Raum charakterisiert. Gleichzeitig haben die wachsende gesetzgeberische Tätigkeit der europäischen Institutionen und die Anerkennung der Kompetenz des europäischen Gesetzgebers auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts zur Entwicklung einer für diese besondere Form der Internationalität spezifischen Regelung geführt.

Vor dem Hintergrund dieser verschiedenen Erwägungen besteht das Ziel dieser Arbeit darin, eine erneute Überlegung sowohl über den Begriff als auch über die Regelung der Internationalität im internationalen Privatrecht durchzuführen.

8. Kropholler S. 1 Fn. 3; Niboyet/de Geouffre de la Pradelle S. 135 Rn. 143.

9. Muir Watt Arch. phil. droit 2001, 271; Tuori RIDE 2013/1 S. 12; Glenn RCADI Bd. 336 S. 250 f.

10. Michaels ReabelsZ 2005, 537; Muir Watt FS Mayer S. 595; Berman Univ. Penn. Law Rev. (151) S. 351 ff.

11. D'Avout RCADI Bd. 397 S. 33 ff.; Basedow RCADI Bd. 360 S. 52 ff.; Kahn in: L'hypothèse du non-droit S. 232 ff.; Rigaux RCADI Bd. 213 S. 335 ff.

12. Brasseur Faits économiques S. 281.

13. Larrieu in: L'internationalité : bilan et perspectives S. 42; Guillaumé Affaiblissement S. 242 ff.; Lutzi Int-CompLQ 2017, 688; Gössl Internetspezifisches Kollisionsrecht S. 28 ff.

14. Svantesson Internet S. 34; Berman Univ. Penn. Law Rev. (151) S. 373; Caprioli S. 2; Guillemard S. 187 ff.

Kapitel I

Der Begriff der Internationalität

Der Begriff der Internationalität scheint auf den ersten Blick leicht definierbar. Er gehört nicht ausschließlich zur Sprache des Rechts und jedermann versteht instinktiv die Bedeutung des Wortes. Nichtsdestoweniger konnten aber weder der Gesetzgeber noch die Rechtsprechung oder die Literatur eine zufriedenstellende und einheitliche Definition für den Begriff der Internationalität entwickeln. Es existieren verschiedene abstrakte Methoden zur Definition der Internationalität, was zu einer Pluralität von konkreten Definitionen des Begriffs im geltenden Recht führt.

A. Die abstrakten Methoden zur Definition der Internationalität

I. Die juristische Definition der Internationalität

Die juristische Definition der Internationalität beruht auf dem Vorliegen einer Verbindung zu mehreren staatlichen Rechtsordnungen und wirft die Frage auf, ob jede beliebige Auslandsberührung die Internationalität eines Sachverhalts begründen kann.

1. Das Vorliegen einer Verbindung zu mehreren Rechtsordnungen

Ein internationaler Sachverhalt ist ein Sachverhalt, der Verbindungen zu mehreren staatlichen Rechtsordnungen aufweist.¹⁵ Anders ausgedrückt ist ein Sachverhalt international, wenn er eine Auslandsberührung (*élément d'extranéité*) aufweist.¹⁶ Beide Formulierungen sind allerdings nicht gleichzusetzen. Während das Vorliegen einer Verbindung zu mehreren Rechtsordnungen

15. Audit/d'Avout S. 7; Cachard S. 8 Rn. 4; Clavel S. 2 Rn. 4; Mayer/Heuzé/Remy S. 4 Rn. 5; Niboyet/de Geouffre de la Pradelle S. 14 Rn. 3; Batiffol RCADI Bd. 139 S. 109; Holleaux/Foyer/de Geouffre de la Pradelle S. 10; Kitic S. 5; Graulich S. 2. Siehe im deutschen Recht, Art. 3 EGBGB.

16. Siehe im französischen Recht, Bureau/Muir Watt Bd. 2 S. 4; Clavel S. 2 Rn. 4; Loussouarn/Bourel/de Vareilles-Sommières S. 2 Rn. 1; Mayer/Heuzé/Remy S. 4 Rn. 5; Meyzeaud-Garaud S. 8; Attal/Raynouard S. 29 Rn. 20; Niboyet/de Geouffre de la Pradelle S. 134 Rn. 143; Kitic S. 5; Courbe S. 10 Rn. 7; Monéger S. 2 Rn. 4; Vignal S. 3 Rn. 5; Cachard S. 8 Rn. 4; siehe auch schweizerische oder belgische Autoren wie Lalive RCADI Bd. 155 S. 16; Graulich S. 2; Stoffel FS von Overbeck S. 423; siehe im deutschen Recht, Kropholler S. 1; Rauscher Rn. 4; v. Bar/Mankowski Bd. 1 S. 5 Rn. 7; v. Hoffmann/Thorn S. 3 Rn. 8 f.; Kegel/Schurig S. 7; Siehr S. 358; Staudinger/Hausmann Art. 3 EGBGB S. 962 Rn. 8; Erman/Hohloch Art. 3 EGBGB Rn. 3; Looschelders Anpassung Rn. 3; Pfeiffer S. 74 Fn. 3; Dölle S. 1.

neutral festgestellt werden kann, setzt die Identifizierung einer Auslandsberührung voraus, dass der Sachverhalt aus der Sicht einer bestimmten Rechtsordnung betrachtet wird. Eine abschließende Auflistung von Auslandsberührungen lässt sich nicht erstellen; es können nur Beispiele wie die Staatsangehörigkeit, den Wohnsitz der Parteien oder den Erfüllungsort eines Vertrags gegeben werden.

2. Die Natur der Verbindungen zu den Rechtsordnungen

a) *Relevanz des Auslandsbezugs.* Einem Teil der Literatur reicht jede Auslandsberührung aus.¹⁷ Es müssen jedoch Auslandsbeziehungen ausgeschlossen werden, die instinktiv als absurd empfunden werden.¹⁸ Diese Lösung bringt indes den Nachteil einer zu lockeren Definition der Internationalität mit sich, wenn internationale Sachnormen Anwendung finden oder die Parteien eine Gerichtsstands- oder Rechtswahlvereinbarung treffen dürfen, denn die Parteien eines inländischen Sachverhalts könnten leicht irgendeine Auslandsberührung schaffen, um von diesen spezifischen Regelungen zu profitieren.¹⁹

Aus diesem Grund wird von der herrschenden Meinung für die Charakterisierung der Internationalität eine relevante Auslandsbeziehung verlangt.²⁰ Dieses Erfordernis erschwert gleichwohl die Unterscheidung zwischen inländischen und internationalen Sachverhalten, da ein Sachverhalt als international eingestuft werden könnte, obwohl er einen Auslandsbezug besitzt, wenn dieser als irrelevant betrachtet werden soll. Darüber hinaus zieht das Erfordernis eines relevanten Auslandsbezugs Kritik nach sich. Erstens kann sich die Internationalität aus dem Zusammenstellen von mehreren schwachen Auslandsbezügen ergeben, die vereinzelt als irrelevant zu betrachten wären. Zweitens würde die Suche nach der Relevanz des Auslandsbezugs eine methodische Umkehrung hervorrufen, da die Identifizierung des relevanten Auslandsbezugs erst bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts stattfindet.²¹

b) *Objektivität des Auslandsbezugs.* Dass die Internationalität allein aus dem Willen der Parteien resultieren könnte – z. B. durch die Vereinbarung eines ausländischen Gerichts oder die Wahl eines ausländischen Rechts –, lehnt die herrschende Meinung zu Recht ab.²² Dies würde in der Tat erlauben, „dem privaten Willen die Realität zu verzerren“. ²³ Darüber hinaus wür-

17. Bureau/Muir Watt Bd. 1 S. 13; Jacquet Rép. int. Rn. 87; Loquin JDI 1986, 1044; Batiffol, Rev. crit. DIP 1956, 687.

18. Jacquet Rép. int. Rn. 87; Bureau/Muir Watt Bd. 1 S. 13.

19. Über dieses Risiko bei der vertraglichen Rechtswahl, siehe Pommier S. 146.

20. Niboyet/de Geouffre de la Pradelle S. 134 Rn. 144; Lalive RCADI Bd. 155 S. 17; Batiffol RCADI Bd. 139 S. 108; Batiffol/Lagarde Bd. 2 S. 276 Fn. 3; Wyler/Papaux S. 256; Pommier S. 147.

21. Loquin RCADI Bd. 322 S. 76 Rn. 149; Jacquet Rép. int. Rn. 87; Elhoueiss JDI 2003, 44; Kassis S. 33 ff.

22. Bzgl. der Rechtswahl, siehe u.a. Oppetit JDI 1973, 394; Mestre Rev. crit. DIP 1981, 327 Rn. 24 f.; Pommier S. 134 Rn. 130. Bzgl. der Gerichtsstandsvereinbarung, siehe im Rahmen der EuGVVO den Schlosser-Bericht Rn. 174; Ancel FS Foyer S. 30 Rn. 12; Ancel/Lequette S. 654 Rn. 7; Sindres Rev. crit. DIP 2016 S. 787 Rn. 48; Alexandre/Huet Rép. int. Rn. 239; Laazouzi RDC 2014 S. 434 Rn. 5; Gaudemet-Tallon Compétence S. 149 Rn. 133; Kleiner Fasc. 584-165 Rn. 33; Huet JDI 1988, 141; Kropholler/von Hein in: EuZPR, Art. 23 Brüssel I-VO Rn. 89.

23. Louis-Lucas JDI 1962 S. 886 Rn. 18; Mestre Rev. crit. DIP 1981 S. 327 Rn. 26; Ancel FS Foyer S. 30 Rn. 12.

de dies zu einer logischen Umkehrung führen: Die Parteien dürfen das Gericht oder das Recht wählen, weil ihre Beziehung international ist, und nicht umgekehrt.²⁴ Schließlich würde dies auch den Parteien ermöglichen, das zwingende inländische Recht abzuwählen und sich ihrem gesetzlichen Richter zu entziehen.²⁵ In diesem Sinne sollte auch der Vertragsabschluss angesichts seiner zu großen Subjektivität und Manipulierbarkeit²⁶ grundsätzlich keinen relevanten Auslandsbezug darstellen.

Eine andere Meinung, die vor allem in der deutschen Lehre vorzufinden ist, hält indes die Wahl eines ausländischen Gerichts oder Rechts für einen geltenden Auslandsbezug.²⁷ Auch der französische *Cour de cassation* hat in den *Tardieu*- und *Keller*-Urteilen diesen Eindruck vermittelt.²⁸ Allerdings ist die Bedeutung dieser Urteile zu relativieren, da das Argument des Parteienwillens nur als Ergänzung zu anderen objektiven Auslandsbezüge erwähnt wurde.

II. Die Alternativen zur juristischen Definition der Internationalität

1. Die „ökonomische“ Definition der Internationalität

Die ökonomische Definition der Internationalität wurde von der französischen Rechtsprechung für vertragliche Schuldverhältnisse entwickelt. Ihre Anwendung ist auf die Bereiche des internationalen Handels und der Schiedsgerichtsbarkeit begrenzt. Ein Vertrag wird nach dieser Definition als international betrachtet, wenn er „Geld-, Dienstleistungs- oder Güterströme über die Grenzen“ verursacht²⁹, „die Interessen des internationalen Handels berührt“³⁰ oder den „Rahmen der Inlandswirtschaft überschreitet“.³¹ Diese Definitionen bleiben allerdings ungenau, da weder der Begriff des „internationalen Handels“ noch der Begriff der „Inlandswirtschaft“ von der Rechtsprechung präzisiert wurden.

Ein Vertrag, der der juristischen Definition der Internationalität entspricht, entspricht nicht zwangsläufig der ökonomischen Definition der Internationalität.³² Ein Vertrag kann nämlich einen Auslandsbezug aufweisen, wie etwa die Staatsangehörigkeit einer Partei, ohne dadurch

24. Oppetit JDI 1973, 394.

25. Alexandre/Huet Rép. int. Rn. 239.

26. Jacquet Principe S. 4 Rn. 361; Mayer in: La relativité du contrat. Travaux de l'association Henri Capitant S. 129 Rn. 7; Mestre Rev. crit. DIP 1981 S. 328 Rn. 28.

27. Bzgl. der Rechtswahl, siehe Erman/Hohloch Art. 3 EGBGB Rn. 3; Staudinger/Magnus Art. 1 Rom I-VO Rn. 10; Magnus FS Kühne S. 789; Rauscher/von Hein Art. 1 Rom I-VO Rn. 21; JurisPK/Ringe Art. 1 Rom I-VO Rn. 18. Bzgl. der Gerichtsstandsvereinbarung, siehe Magnus/Mankowski/Magnus Art. 23 Brussel I Rn. 40; Aull IPRax 1999, 229; Kohler IPRax 1983, 266; Wieczorek/Schütze/Hausmann Art. 17 EuGVÜ Rn. 6; Burgstaller/Neumayr FS Schlosser S. 123; Czernich/Tiefenthaler/Kodek Art. 23 EuGVO Rn. 13; Layton/Mercer Rn. 20.006.

28. Cass. Urt. v. 7.10.1980, Tardieu, Rev. crit. DIP 1980, 313; Cass. Urt. v. 4.10.2005, Keller, D. 2005, 2626.

29. Cass. Urt. v. 17.5.1927, Péliissier du Besset, D. 1928, 25.

30. Cass. Urt. v. 19.2.1930, Mardelé und Cass. Urt. v. 27.1.1931, Dambricourt, Rev. crit. DIP 1931, 541. Siehe auch Cass. Urt. v. 2.5.1966, Galakis, Rev. crit. DIP 1967, 553.

31. Cass. Urt. v. 14.2.1934, Banque hypothécaire franco-argentine, DP 1934.I.78.

32. Niboyet Fasc. 552-30 Rn. 30; Loquin JDI 1986, 1043; Jacquet Contrat S. 11; Kassis S. 83 Rn. 67; Oppetit JDI 1971, 838; Leboulanger Rev. arb. 2005, 497; Ponsard FS Goldman S. 245.

die Interessen des internationalen Handels zu berühren. Umgekehrt entspricht aber ein Vertrag, der der ökonomischen Definition der Internationalität entspricht, auch immer der juristischen Definition.³³ Eine Minderheit behauptet zwar, dass die ökonomische Definition weiter gefasst sei als die juristische Definition:³⁴ Mit dieser ersten Definition könne ein inländischer Vertrag in Anbetracht seiner Beteiligung in einem internationalen wirtschaftlichen Vorgang³⁵, seiner künftigen Internationalität³⁶ oder sonstiger Tatsachen, die für die juristische Definition nicht von Belang wären, wie etwa die ausländische Beteiligung einer Gesellschaft³⁷, als international qualifiziert werden. Allerdings können alle diese Hypothesen auch in die juristische Definition der Internationalität eingegliedert werden, wenn diese weit genug ausgelegt wird.³⁸

2. Die „gemischte“ Definition der Internationalität

Das deutsche Recht würde schließlich eine gemischte Methode zur Definition der Internationalität verwenden: In einer ersten Stufe würde es sich auf eine materielle Definition der Internationalität stützen und lediglich eine etwaige Auslandsberührung für die Anwendung des internationalen Privatrechts verlangen.³⁹ In einer zweiten Stufe würde es dann eine juristische Definition der Internationalität benutzen: Die Internationalität würde sich aus einer konkreten Rechtsnorm ergeben.⁴⁰ Ob es sich dabei um eine dritte Methode zur Definition der Internationalität handelt, erscheint allerdings fraglich. Die Beschreibung entspricht eher einer Methode zur Qualifikation der Internationalität als einer Definition des Begriffs der Internationalität.

B. Die konkreten Definitionen der Internationalität

I. Multilaterale Übereinkommen

1. Die Definierungstechniken der Internationalität

Internationale Sachverhalte werden in manchen Staatsverträgen negativ definiert, also als das Gegenteil dessen, was sie eigentlich sind, d. h. rein inländische Sachverhalte. Somit ist ein Vertrag nach dem Haager Übereinkommen vom 30. Juni 2005 über Gerichtsstandsvereinbarungen international, „es sei denn, die Parteien haben ihren Aufenthalt im selben Vertragsstaat und die Beziehung der Parteien sowie alle anderen für den Rechtsstreit maßgeblichen Elemente weisen nur zu diesem Staat eine Verbindung auf“ (Artikel 1 II). Diese Definitionstechnik bleibt gleichwohl äußerst ungenau.

33. Kassis S. 84 Rn. 68; Mercadal/Janin S. 38 Rn. 58.

34. Oppetit Rev. crit. DIP 1976, 513; Loussouarn/Bourel/de Vareilles-Sommières S. 2 Rn. 1; Stoffel FS von Overbeck S. 425.

35. Siehe die Rechtsprechung bei Niboyet Fasc. 552-30 Rn. 30.

36. Siehe die Beispiele bei Jacquet Contrat S. 12.

37. Lalive FS Lipstein S.138.

38. Kassis S. 84 Rn. 68; Mercadal/Janin S. 38 Rn. 58.

39. Stoffel FS von Overbeck S. 427.

40. Ibid. S. 428.

Die Internationalität kann aber auch positiv definiert werden: Die Beziehungen, die der Sachverhalt zu verschiedenen Rechtsordnungen aufweisen muss, werden konkretisiert. So besagt z. B. Artikel 1 I des CISG, dass dieses nur auf Verträge „zwischen Parteien anzuwenden [ist], die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben“. Eine positive Definition der Internationalität ist in der Regel immer enger gefasst als eine negative Definition, da sie eine Auswahl von einigen relevanten Auslandsbezügen betrifft.

2. Die Gemeinsamkeiten zwischen den Definitionen

IPR-Übereinkommen, die eine Definition der Internationalität enthalten, zeigen eine erste Gemeinsamkeit, indem sie alle von einer objektiven Auffassung der Internationalität ausgehen⁴¹ Eine zweite Gemeinsamkeit besteht darin, dass sich alle Übereinkommen nur auf relevante Auslandsbeziehungen beziehen. Zur Definition der Internationalität wird meistens der gewöhnliche Aufenthalt oder die Niederlassung der Parteien verwendet. Entweder dient dieser allein⁴² oder er wird in Kombination mit anderen Kriterien benutzt, wie etwa dem Abschluss- oder Erfüllungsort des Vertrags⁴³ oder der Staatsangehörigkeit der Parteien.⁴⁴ Einige Übereinkommen verwenden ausschließlich andere Kriterien. Dies betrifft vor allem Übereinkommen über Transportverträge: Zur Definition der Internationalität werden der Abgangsort, der Zwischenlandungsort und der Bestimmungsort (im Luftverkehr) bzw. der Ort der Übernahme des Gutes und der für die Ablieferung vorgesehene Ort (im Straßengüterverkehr) herangezogen.⁴⁵

41. Siehe z.B. Haager Übereinkommen vom 15. Juni 1955 betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht; Haager Übereinkommen vom 30. Juni 2005 über Gerichtsstandsvereinbarungen.

42. Siehe z.B. Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods; Haager Übereinkommen vom 30. Juni 2005 über Gerichtsstandsvereinbarungen; Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf; UNIDROIT-Übereinkommen von Ottawa über das internationale Factoring vom 28.5.1988; UNIDROIT-Übereinkommen von Ottawa über das Finanzierungsleasing vom 28.5.1988; Haager Übereinkommen vom 29. Mai 1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption; Haager Übereinkommen vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung.

43. Haager Übereinkommen vom 1. Juli 1964 zur Einführung eines Einheitlichen Gesetzes über den internationalen Kauf beweglicher Sachen.

44. Haager Übereinkommen vom 15. November 1965 über die behördliche Zuständigkeit, das anzuwendende Recht und die Anerkennung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Annahme an Kindesstatt.

45. Warschauer Abkommen über die Beförderung im internationalen Luftverkehr; Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr; Übereinkommen vom 19.05.1956 über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr.

II. EU-Verordnungen

In den europäischen IPR-Verordnungen wird das Wort „international“ für die Abgrenzung ihres Anwendungsbereichs nicht genutzt. Sie verwenden eigene Begriffe wie „grenzüberschreitende Rechtssache“ oder „Sachen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen“. Fraglich ist indes, ob diese Ausdrücke Synonyme für den Begriff der Internationalität sind.

1. Grenzüberschreitende Rechtssache

Der Begriff „grenzüberschreitende Rechtssache“ findet sich in den verfahrensrechtlichen Verordnungen wieder, die zur Begleitung der Brüssel I(a)-Verordnung erlassen wurden. Die Bagatell-Verordnung⁴⁶ und die Mahnverfahrens-Verordnung⁴⁷ definieren die „grenzüberschreitende Rechtssache“ als eine Rechtsache, in der „mindestens eine der Parteien ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat als dem des befassten Gerichts hat“. Die Prozesskostenhilfe-Richtlinie⁴⁸ und die Kontenpfändungsverordnung⁴⁹ enthalten vergleichbare Definitionen, die sich allerdings auf andere Kriterien stützen. Bemerkenswert ist dabei die Ähnlichkeit mit dem Begriff der Internationalität: Die grenzüberschreitende Rechtssache ist nichts anderes als eine nach der juristischen Definition internationale Rechtssache.

2. Sachen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen

Die Rom I-, Rom II- und Rom III-Verordnungen beschreiben ihren Anwendungsbereich mit dem Ausdruck „Sachen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen“. Es stellt sich die Frage, ob dieser Ausdruck dem Begriff der Internationalität entspricht. Angesichts der deutschen Fassung dieser Texte scheint die Antwort eindeutig: Dabei handelt es sich um die juristische Definition der Internationalität. Andere Sprachfassungen der Verordnungen („Sachverhalte, in denen eine Rechtskollision vorliegt“) stimmen mit der deutschen Fassung allerdings nicht überein. Die Frage der Beziehungen zum Begriff der Internationalität stellt sich also vor allem in Anbetracht dieser anderen Fassungen. Nach dem Giuliano-Lagarde-Bericht wären beide Ausdrücke synonym aufzufassen: Der „Sachverhalt, in denen eine Rechtskollision vorliegt“ wird als ein Sachverhalt mit einem oder mehreren Auslandsbezügen beschrieben.⁵⁰

Da die Rom I- und Rom II-Verordnungen allerdings auch anwendbar sind, wenn „alle anderen Elemente des Sachverhalts zum Zeitpunkt der Rechtswahl in einem anderen als demjenigen Staat gelegen“ sind, und davon ausgegangen wird, dass ein inländischer Sachverhalt nicht allein durch die Wahl eines ausländischen Rechts international wird⁵¹, muss angenommen werden,

46. Verordnung (EU) 2015/2421; Verordnung (EG) Nr. 1896/2006, Art. 3 I.

47. Verordnung (EG) Nr. 1896/2006, Art 3 I.

48. Richtlinie 2002/8/EG.

49. Verordnung (EU) Nr. 655/2014.

50. Bericht Giuliano/Lagarde S. 10 Rn. 1.

51. Siehe Fn. 9.

dass die Verordnungen auch auf inländische Sachverhalte, bei denen eine Rechtswahl getätigt wurde, anwendbar sind.⁵² Darüber hinaus könnte die „Rechtskollision“ auch dadurch entstehen, dass ein rein inländischer Sachverhalt vor einem ausländischen Richter verhandelt wird.⁵³ Der Ausdruck „Sachverhalte, in denen eine Rechtskollision vorliegt“ stimmt also mit dem Begriff der Internationalität nicht überein.

III. Der Begriff des internationalen Vertrags

Aufgrund der praktischen Bedeutung des internationalen Vertrags werden schließlich die Ergebnisse der Überlegungen der Lehre zu diesem Begriff vorgestellt. Die Überlegungen hatten die Identifizierung relevanter Auslandsbezüge zur Folge. So wurden vorgeschlagen: die Staatsangehörigkeit der Parteien⁵⁴, ihr Wohnsitz⁵⁵, der Ort des Vertragsabschlusses⁵⁶, der Erfüllungsort⁵⁷, der Ort der Belegenheit der Sachen, die Gegenstand des Vertrages sind⁵⁸, der gewöhnliche Aufenthalt der Parteien⁵⁹, ihr einfacher Wohnsitz⁶⁰, ihre Niederlassung⁶¹, ihr Sitz⁶², das Vorliegen

52. Clavel S. 532; Revillard S. 626 Rn. 1147; Franck Rép. int. Rn. 21; Lagarde Rép. int. Rn. 12; Jacquet Rép. int. Rn. 94; Gaudemet-Tallon Fasc. 552-11 Rn. 46; Niboyet Fasc. 552-30 Rn. 29; Stoffel FS von Overbeck S. 434; Kessedjian RCADI Bd. 300 S. 120; Witz in: L'internationalité: bilan et perspectives S. 60.

53. Lagarde Rép. int. Rn. 12; Gaudemet-Tallon RTDE 1981 S. 234 Rn. 27.

54. Jacquet Principe Rn. 374; Kassis S. 43 Rn. 34; Loussouarn/Bredin S. 503 Rn. 111; Mercadal/Janin S. 38 Rn. 58; Ancel/Deumier/Laazouzi S. 7 Rn. 13; Niboyet RCADI 16 S. 18; Neumann Vertragsgültigkeit S. 4 Fn. 2; De Nova FS Ferid S. 313; v. Bar/Mankowski Bd. 1 S. 310 Rn. 419; Vischer/Huber/Oser S. 40; Schurig RabelsZ 1990, 223; Stoll Rechtswahlvoraussetzungen S. 71; Sandrock Handbuch Rn. 113; Amstutz/Vogt/Wang Art. 116 Rn. 7; Keller/Kren Kostkiewicz Art. 116 Rn. 43; Junker S. 306 Rn. 354.

55. Mercadal/Janin S. 38 Rn. 58; Kassis S. 49 Rn. 42; Ancel/Deumier/Laazouzi S. 7 Rn. 13; Neumann Vertragsgültigkeit S. 4 Fn. 2; De Nova FS Ferid S. 313; Stoll Rechtswahlvoraussetzungen S. 71; Sandrock Handbuch Rn. 113; Keller/Kren Kostkiewicz Art. 116 Rn. 43; Vischer/Huber/Oser S. 40.

56. Loussouarn/Bredin S. 503 Rn. 111; Kassis S. 44 Rn. 35; Mercadal/Janin S. 38 Rn. 58; Neumann Vertragsgültigkeit S. 4 Fn. 2; Ferrari/Kieninger/Mankowski/Ferrari Art. 3 VO (EG) 593/2008 Rn. 52; De Nova FS Ferid S. 313; Stoll Rechtswahlvoraussetzungen S. 71; Amstutz/Vogt/Wang Art. 116 Rn. 7; Keller/Kren Kostkiewicz Art. 116 Rn. 43; Kropholler S. 466 Fn. 49; BeckOK/Spickhoff Art. 3 VO (EG) 593/2008 Rn. 34; Looschelders Art. 27 EGBGB S. 440 Rn. 25; Hüßtege/Mansel/Leible Art. 3 Rom I Rn. 80.

57. Mestre Rev. crit. DIP 1981 S. 329 Rn. 31; Mercadal/Janin S. 38 Rn. 58; Loussouarn/Bredin S. 503 Rn. 111; Ancel/Deumier/Laazouzi S. 7 Rn. 13; Ferrari/Kieninger/Mankowski/Ferrari Art. 3 VO (EG) 593/2008 Rn. 52; De Nova FS Ferid S. 313; v. Bar/Mankowski Bd. 1 S. 310 Rn. 419; Stoll Rechtswahlvoraussetzungen S. 71; Sandrock Handbuch Rn. 113; Amstutz/Vogt/Wang Art. 116 Rn. 7; Keller/Kren Kostkiewicz Art. 116 Rn. 43; Kropholler S. 466 Fn. 49; Rauscher/von Hein Art. 3 Rom I-VO Rn. 115; Looschelders Art. 27 EGBGB S. 440 Rn. 25; Vischer/Huber/Oser S. 41.

58. Neumann Vertragsgültigkeit S. 4 Fn. 2; De Nova FS Ferid S. 313; Stoll Rechtswahlvoraussetzungen S. 71; Sandrock Handbuch Rn. 113; Amstutz/Vogt/Wang Art. 116 Rn. 43; Ferrari/Kieninger/Mankowski/Ferrari Art. 3 VO (EG) 593/2008 Rn. 51; Magnus FS Kühne S. 790; Rauscher/von Hein Art. 3 Rom I-VO Rn. 116; Mercadal/Janin S. 38 Rn. 58; Ancel/Deumier/Laazouzi S. 7 Rn. 13; Ferrari/Kieninger/Mankowski/Ferrari Art. 3 VO (EG) 593/2008 Rn. 51; Looschelders Art. 27 EGBGB S. 440 Rn. 25; Vischer/Huber/Oser S. 41.

59. Ferrari/Kieninger/Mankowski/Ferrari Art. 3 VO (EG) 593/2008 Rn. 51; De Nova FS Ferid S. 313; v. Bar/Mankowski Bd. 1 S. 310 Rn. 419; Keller/Kren Kostkiewicz Art. 116 Rn. 43; Kropholler S. 466 Fn. 49; Rauscher/von Hein Art. 3 Rom I-VO Rn. 108; Looschelders Art. 27 EGBGB S. 440 Rn. 25; Vischer/Huber/Oser S. 40.

60. v. Bar/Mankowski Bd. 1 S. 310 Rn. 419.

61. Mayer in: La relativité du contrat S. 129 Rn. 7; Ferrari/Kieninger/Mankowski/Ferrari Art. 3 VO (EG) 593/2008 Rn. 51; Keller/Kren Kostkiewicz Art. 116 Rn. 43; Kropholler S. 466 Fn. 49; Rauscher/von Hein Art. 3 Rom I-VO Rn. 108.

62. Sandrock RIW 1986, 846.

einer rechtlichen und/oder wirtschaftlichen Verbindung mit einem internationalen Vertrag⁶³, die staatliche Natur einer Partei⁶⁴, die Vereinbarung von internationalen Klauseln⁶⁵, die Vertragssprache⁶⁶ oder die Bezugnahme auf ein ausländisches Gesetz.⁶⁷

Die Relevanz einiger Auslandsbezüge wurde jedoch in Frage gestellt. So wurde erstens der Ort des Vertragsabschlusses⁶⁸ als zufällig⁶⁹ oder manipulierbar⁷⁰ angesehen. Die Staatsangehörigkeit der Parteien ist heute ebenso umstritten:⁷¹ Sie sei in Vertragsangelegenheiten nicht entscheidend⁷² und darüber hinaus diskriminierend.⁷³ Schließlich wurde auch die Relevanz des Wohnsitzes der Parteien⁷⁴, des einfachen Aufenthalts der Parteien⁷⁵, der Vertragssprache⁷⁶, der verwendeten Währung⁷⁷, der Vereinbarung internationaler Klauseln im Vertrag⁷⁸, des Vorliegens einer rein wirtschaftlichen Verbindung zu einem internationalen Vertrag⁷⁹ oder der Tatsache, dass sich der Vertrag auf einen internationalen Markt bezieht⁸⁰, in Frage gestellt.

63. Mayer RCADI Bd. 327 S. 91 f. Rn. 75; Ancel/Deumier/Laazouzi S. 7 Rn. 13; Ferrari/Kieninger/Mankowski/Ferrari Art. 3 VO (EG) 593/2008 Rn. 55; Amstutz/Vogt/Wang Art. 116 Rn. 7; Vischer/Huber/Oser S. 41; Simitis JuS 1966, 211.

64. Lalive FS Lipstein S. 139.

65. Loc. cit.

66. Staudinger/Magnus Art. 1 Rom I-VO Rn. 12.

67. Magnus FS Kühne S. 790.

68. Jacquet Principe Rn. 361; Mayer in: *La relativité du contrat* S. 129 Rn. 7; JurisPK/Ringe Art. 3 Rom I-VO Rn. 45; Vischer/Huber/Oser S. 41.

69. Batiffol/Lagarde Bd. 2 S. 290 Rn. 580.

70. Mestre Rev. crit. DIP 1981 S. 328 Rn. 28; Jacquet Principe Rn. 361; Mayer in: *La relativité du contrat* S. 129 Rn. 7.

71. Oppetit TCFDIP 1988 S. 138; Mayer in: *La relativité du contrat* S. 129 Rn. 7; Louis-Lucas JDI 1962, 876; Ferrari/Kieninger/Mankowski/Ferrari Art. 3 VO (EG) 593/2008 Rn. 54; Simitis JuS 1966, 211; Althammer JA 2008, 774; Moser Vertragsabschluss S. 200; Rauscher/von Hein Art. 3 Rom I-VO Rn. 109; Looschelders Art. 27 EGBGB S. 441 Rn. 25; JurisPK/Ringe Art. 3 Rom I-VO Rn. 45.

72. Mestre Rev. crit. DIP 1981 S. 325 Rn. 22.

73. Mayer in: *La relativité du contrat* S. 129 Rn. 7.

74. Mestre Rev. crit. DIP 1981 S. 326 Rn. 23; Simitis JuS 1966, 211.

75. Ferrari/Kieninger/Mankowski/Ferrari Art. 3 VO (EG) 593/2008 Rn. 51.

76. Ibid. Rn. 55a; Rauscher/von Hein Art. 3 Rom I-VO Rn. 116.

77. Ferrari/Kieninger/Mankowski/Ferrari Art. 3 VO (EG) 593/2008 Rn. 55a; Rauscher/von Hein Art. 3 Rom I-VO Rn. 116; Rigaux RCADI Bd. 213 S. 178 Rn. 124.

78. Magnus FS Kühne S. 790.

79. Ferrari/Kieninger/Mankowski/Ferrari Art. 3 VO (EG) 593/2008 Rn. 55.

80. Ibid. Rn. 55a.

Kapitel II

Die Behandlung der Internationalität

Anders als man meinen könnte, wenn man das internationale Privatrecht als Sonderrecht für internationale Sachverhalte betrachtet, führt seine Anwendung regelmäßig zu einer Identität der Behandlung zwischen inländischen und internationalen Sachverhalten. Dennoch gibt es eine nicht unbedeutende Anzahl von Fällen, in denen dieses Recht eine besondere Behandlung internationaler Sachverhalte vorsieht.

A. Die Gleichbehandlung von internationalen und inländischen Sachverhalten

Typisch für die Behandlung von rein inländischen Sachverhalten ist die Tatsache, dass sie exklusiv vom inländischen Recht geregelt sind und Streitigkeiten, die aus ihnen resultieren, exklusiv dem inländischen Richter vorgebracht werden können. Internationale Sachverhalte werden nicht selten mit inländischen Sachverhalten gleichbehandelt.

I. Die Funktionsweise der Kollisionsregel

Die Anwendung der Kollisionsregel führt oft zu einer „Nationalisierung“⁸¹ der Internationalität. Angesichts der internationalen Zuständigkeit resultiert die Gleichbehandlung von internationalen und inländischen Streitigkeiten aus drei Faktoren: Erstens sind grundsätzlich dieselben oder zumindest inhaltsgleiche Zuständigkeitsnormen auf beide Streitigkeiten anwendbar. Zweitens sind grundsätzlich dieselben Gerichte für beide Streitigkeiten zuständig. Drittens ist das Verfahren grundsätzlich für beide Streitigkeiten gleich, da das *lex fori* auf prozessuale Fragen anwendbar ist. Angesichts des anwendbaren Rechts folgt die Gleichbehandlung von internationalen und inländischen Sachverhalten daraus, dass die Kollisionsregel die Anwendbarkeit eines staatlichen Rechts bewirkt, dessen materielle Vorschriften für inländische und internationale Sachverhalte grundsätzlich gleich sind. Dies gilt auch, wenn die Parteien das anwendbare Recht wählen, das grundsätzlich staatliches Recht sein muss.

81. Lalive RCADI Bd. 155 S. 117; Neuhaus Grundbegriffe S. 24; Basedow RCADI Bd. 360 S. 42 Rn. 11.

Die Feststellung einer gewissen Nationalisierung der Internationalität hat einige Autoren dazu veranlasst, die Unterscheidung zwischen rein inländischen und internationalen Sachverhalten zu kritisieren: Es sei vielmehr zwischen inländischen und ausländischen Sachverhalten zu differenzieren, also zwischen Sachverhalten, die dem inländischen Recht und Richter unterliegen, und Sachverhalten, die dem ausländischen Recht und Richter unterliegen.⁸² Ob diese Unterscheidung Nutzen bringt, ist allerdings zweifelhaft.

II. Der Schutz der Interessen der inländischen Rechtsordnung

Die Nationalisierung der Internationalität kann auch durch den Schutz der Interessen der inländischen Rechtsordnung erklärt werden. Dies zeigt sich erstens bei der ausschließlichen oder zwingenden Zuständigkeit der inländischen Gerichte: Selbst wenn der Sachverhalt international ist, wird es den Parteien untersagt, ihre Sache vor ein ausländisches Gericht zu bringen. Zweitens wird auch die Internationalität durch die Anwendung von Eingriffsnormen oder das Eingreifen des Ordre-public-Vorbehalts nationalisiert. Die Anwendbarkeit von Eingriffsnormen stellt die Möglichkeit teilweise in Frage, einen internationalen Sachverhalt einem ausländischen Recht zu unterstellen: Im Anwendungsbereich der Eingriffsnorm bleibt nämlich der internationale Sachverhalt dem inländischen Recht zwingend unterstellt.

Das Eingreifen des Ordre-Public-Vorbehalts führt zu einem vergleichbaren Ergebnis. Selbst wenn ein internationaler Sachverhalt grundsätzlich einem ausländischen Recht unterliegen sollte, unterliegt er teilweise – zumindest im französischen Recht⁸³ – dem inländischen Recht, falls das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts gegen wesentliche Grundsätze und Werte der inländischen Rechtsordnung verstößt.

B. Die Ungleichbehandlung von internationalen und inländischen Sachverhalten

Die Einführung einer spezifizierten, differenzierten Behandlung der Internationalität durch das internationale Privatrecht kann sich hauptsächlich auf drei verschiedene Arten äußern.

I. Die Anpassung des inländischen Rechts

Nach der Zwei-Stufen-Theorie von H.-J. Hessler kann die Internationalität eines Sachverhalts einerseits bei der Anwendung der Kollisionsregel und andererseits bei der Anwendung des anwendbaren materiellen Rechts berücksichtigt werden.⁸⁴

82. Elhoueiss *Personnalité* S. 548 f.; *Audit Rev. crit. DIP* 2006 S. 414 f.

83. Die deutsche Lehre befürwortet die Ersetzung der ausländischen Norm durch eine andere Norm dieses Rechts; nur wenn dies unmöglich ist, wird das deutsche Recht angewendet, siehe z.B. MK/von Hein Art. 6 EGBGB Rn. 214.

84. Hessler FS Ehrenzweig S. 137 ff.

1. Die kollisionsrechtliche Anpassung

a. Die Anpassung der gerichtlichen Zuständigkeit

Die Anwendung der Regeln zur internationalen Zuständigkeit führt normalerweise zu keiner unterschiedlichen Behandlung der inländischen und internationalen Streitigkeiten. Entweder regeln sie nur die allgemeine Zuständigkeit, mit der Folge, dass die örtliche Zuständigkeit vom inländischen Recht wie bei rein inländischen Streitigkeiten bestimmt wird, oder sie regeln bereits die besondere Zuständigkeit, die aber mit den örtlichen Zuständigkeitsgründen übereinstimmt. Dessen ungeachtet rechtfertigen die Besonderheiten der Internationalität allerdings manchmal, dass die Zuständigkeitsregeln, die für inländische Streitigkeiten gelten, angepasst werden.⁸⁵

i) Anpassungstechniken. Die Anpassung kann zuerst dadurch erfolgen, dass die Zuständigkeitsregel, die für inländische Streitigkeiten konzipiert ist, durch eines oder mehrere neue Zuständigkeitskriterien erweitert wird.⁸⁶ Umgekehrt kann die Anpassung auch vorgenommen werden, indem ein oder mehrere Zuständigkeitskriterien von der örtlichen Zuständigkeitsregel abgezogen werden. Die Anpassung der Zuständigkeit kann schließlich die Erstellung einer neuen Zuständigkeitsregel auslösen.⁸⁷ Dies kann dadurch begründet sein, dass im inländischen Recht keine (brauchbare) örtliche Zuständigkeitsregel existiert⁸⁸, oder, dass diese für internationale Streitigkeiten ungeeignet erscheint.⁸⁹

ii) Rechtfertigungen der Anpassung. Die Anpassung der Zuständigkeitsregel erfolgt meistens, weil die inländische Ordnung ein besonderes Interesse daran hat oder zu haben glaubt, bestimmte internationale Rechtsstreite zu kennen; seltener, weil sie sich für diese desinteressiert. So erklärt sich die Mehrheit der Anpassungen durch den Willen des inländischen Staates, seine Zuständigkeit für Sachverhalte zu sichern, die seine Souveränität betreffen.⁹⁰ Die Beachtung der staatlichen Souveränität kann aber manchmal auch eine Begrenzung der Zuständigkeit der inländischen Gerichte zur Folge haben, um die Existenz anderer Souveränitäten zu berücksichtigen.⁹¹ Diese Anpassungen entsprechen häufig gleichzeitig den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege, da diese Streitigkeiten oft zu Entscheidungen führen, die im Inland vollzogen werden müssen. Auch sind abermals die inländischen Gerichte besser geeignet, um diese Rechtsstreite zu befinden. Andere Anpassungen der Zuständigkeitsregeln erklären sich durch den Willen der

85. Cass. Urt. v. 3.12.1985, Rev. crit. DIP 1986, 766; BGH, Urt. v. 18.4.1985 – VII ZR 359/83.

86. Mailhé S. 201 Rn. 304.

87. Mailhé S. 196 Rn. 297; Huet Fasc. 581-21 Rn. 1.

88. Siehe z.B. für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile, § 722 II ZPO. In Frankreich wird Art. 42 CPC benutzt. Wenn der Schuldner keinen Wohnsitz in Frankreich hat, kann der Gläubiger das Gericht seiner Wahl innerhalb der Grenzen einer geordneten Rechtspflege anrufen, siehe de Vareilles-Sommières Rép. int. Rn. 254 f.

89. Siehe im französischen Recht Gaudemet-Tallon Rép. proc. civ. Rn. 63; vergleiche im deutschen Recht z.B. § 98 und 122 FamFG; § 99 und 152 FamFG; § 100 und 170 FamFG.

90. Huet Fasc. 581-21 Rn. 26, 28, 42; Gaudemet-Tallon Rép. proc. civ. Rn. 67, 89, 91, 93.

91. Z.B. für Streitigkeiten, die ein ausländisches Grundstück betreffen, siehe MK/Patzina ZPO § 12 Rn. 106 ff.

inländischen Ordnung, das Inland und dessen Einwohner zu schützen.⁹² Schließlich verfolgen einige angepasste Zuständigkeitsregeln das Ziel, den eigenen Staatsangehörigen den Zugang zu den inländischen Gerichten zu ermöglichen.⁹³

b. Materiell orientierte Kollisionsregeln

Materiell orientierte Kollisionsregeln führen zu einer unterschiedlichen Behandlung von inländischen und internationalen Sachverhalten⁹⁴, indem sie das Ergebnis der Anwendung des anwendbaren Rechts mittelbar beeinflussen. Die Struktur der materiell orientierten Kollisionsregeln weist nämlich die Verfolgung eines spezifischen materiellen rechtspolitischen Ziels aus.⁹⁵ Möchte der Gesetzgeber das Erreichen eines besonderen Ziels begünstigen, so verwendet die Kollisionsregel alternative oder subsidiäre Anknüpfungen, da hiermit potenziell mehrere Rechtsordnungen zur Verfügung stehen, um dieses Ziel zu erreichen.⁹⁶ Im Gegenteil werden kumulative Anknüpfungen benutzt, um das Eintreten einer Rechtsfolge zu vermeiden.⁹⁷

Die im deutschen und französischen Recht beinhalteten materiell orientierten Kollisionsregeln verfolgen diverse konkrete Ziele. Alternative und subsidiäre Anknüpfungen finden sich häufig im Familienrecht (Ehevoraussetzungen⁹⁸, Feststellung der Abstammung⁹⁹, Gewährung eines Unterhalts¹⁰⁰ etc.) oder im Schuldrecht (förmliche Gültigkeit von Verträgen oder Testamenten¹⁰¹, Ersatz bestimmter Schäden¹⁰² etc.). Kumulative oder distributive Anknüpfungen sind seltener vorhanden, existieren aber z. B. für Ehevoraussetzungen¹⁰³ oder für die Durchführung des Versorgungsausgleichs.¹⁰⁴

92. Huet Fasc. 581-21 Rn. 11, 64, 85; Gaudemet-Tallon Rép. proc. civ. Rn. 62, 83; BeckOK/Toussaint § 23 ZPO Rn. 3.

93. Ancel/Lequette S. 447 Rn. 2; Loussouarn/Bourel/de Vareilles-Sommières S. 732 Rn. 725; BeckOK/Toussaint § 15 ZPO Rn. 6.

94. Wengler Rev. crit. DIP 1963, 223 über die alternative Anknüpfung.

95. Gaudemet-Tallon RCADI Bd. 312 S. 228 Rn. 217.

96. Kropholler S. 141.

97. Gaudemet-Tallon RCADI Bd. 312 S. 232 Rn. 220; Kropholler S. 144.

98. Rauscher Rn. 326 gibt das Beispiel von Art. 13 II EGBGB. Siehe auch Art. 11 I EGBGB.

99. Art. 311-17 c. civ.; Art. 19 I EGBGB, siehe Rauscher Rn. 322.

100. Art. 311-18 c. civ.; Art. 4 des Haager Protokolls vom 23. November 2007 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht.

101. Art. 11 I EGBGB; Art. 11 I Rom I-VO; Art. 1 des Haager Übereinkommens vom 5. Oktober 1961 über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht.

102. Art. 40 I EGBGB; Cass. Ur. v. 14.1.1997, Gordon, Rev. crit. DIP 1997, 504 (Wahl zwischen Handlungs- und Erfolgsort, siehe Clavel S. 656 Rn. 1111 f.); Art. 7 Rom II-VO; Art. 6 des Haager Übereinkommens vom 2. Oktober 1973 über das auf die Produkthaftung anzuwendende Recht.

103. Art. 13 I EGBGB; Art. 202-1 I c. civ.

104. Art. 17 III EGBGB.

2. Die materiellrechtliche Anpassung

Das inländische Sachrecht wurde für inländische Sachverhalte konzipiert. Die Besonderheiten der internationalen Sachverhalte erfordern dementsprechend teilweise eine Anpassung seines Inhalts.¹⁰⁵

a. Die Sachnormen

Die Nationalisierung der Internationalität, die die Anwendung der Kollisionsregeln mit sich führt, wurde als „Absurdität“ beschrieben.¹⁰⁶ Da das inländische materielle Recht für inländische Sachverhalte konzipiert wurde, kann seine Anwendung auf internationale Fälle manchmal unpassend sein; In diesem Fall können spezielle Sachnormen entwickelt werden.¹⁰⁷ Diese Sachnormen sind von inländischer oder – öfter – von internationaler Quelle und kommen überwiegend im internationalen Handelsvertragsrecht vor. Auf diesem Gebiet kann z. B. die durch die Sachnorm herbeigeführte Anpassung entweder darauf abzielen, den Vertragsparteien einige Rechte oder Freiheiten anzuerkennen, die für inländische Verträge nicht existieren¹⁰⁸, oder im Gegenteil Handelshindernisse zu schaffen, um die Interessen des inländischen Staates zu gewähren.¹⁰⁹ Sachnormen finden sich auch vermehrt im Familien- und Personenrecht wieder.

Die für internationale Fälle konzipierten Sachnormen sind nicht immer materiellrechtlicher Natur. Etliche verfahrensrechtliche Normen wurden auch entwickelt, um den Besonderheiten der internationalen Streitigkeiten Rechnung zu tragen. So gibt es z. B. spezielle Regelungen für die Zustellung von Schriftstücken im Ausland¹¹⁰, die Beweisaufnahme im Ausland¹¹¹, die Berechnung einiger Fristen in internationalen Fällen¹¹², die internationale Rechtshängigkeit sowie die Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Entscheidungen.

b. Die anderen Anpassungstechniken

Eine erste andere Anpassungstechnik des inländischen materiellen Rechts an die Internationalität ist die sogenannte Angleichung. Wenn verschiedene Aspekte eines internationalen Sachverhalts durch unterschiedliche staatliche Rechte geregelt werden müssen, kann es zu Widersprüchen oder Spannungen zwischen diesen Rechten kommen, die durch eine Anpassung ihres Inhalts gelöst werden können.¹¹³ Eine Angleichung des anwendbaren materiellen Rechts kann

105. Bucher RCADI Bd. 330 S. 82 Rn. 41; Kegel/Schurig S. 59.

106. Staudinger/Sturm/Sturm Einl. zum IPR Rn. 98.

107. Lalive RCADI Bd. 155 S. 97.

108. Lerebours-Pigeonnière/Loussouarn S. 641 Rn. 475.

109. Loquin RCADI Bd. 322 S. 146 Rn. 342, S. 159 Rn. 375.

110. Siehe u.a. Verordnung (EG) Nr. 1393/2007; Haager Übereinkommen vom 15. November 1965 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen; Art. 683 ff. CPC; § 183 ZPO; Verordnung (EG) Nr. 805/2004; Verordnung (EG) Nr. 1896/2006.

111. Siehe u.a. Haager Übereinkommen vom 18. März 1970 über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen; Verordnung (EG) Nr. 1206/2001; Art. 733 ff. CPC; § 363 ZPO.

112. Siehe z.B. Art. 643 CPC; §§ 1944 II, 1954 III ZPO.

113. Kegel/Schurig S. 59; Lewald RCADI Bd. 69 S. 136 Rn. 56.

auch bei der sukzessiven Anwendung verschiedener staatlicher Rechte erforderlich sein.¹¹⁴ Eine zweite Anpassungstechnik ist die Berücksichtigung der Internationalität als Tatsache bei der Anwendung des inländischen materiellen Rechts.¹¹⁵ Dieser Berücksichtigung kann durch eine Generalklausel¹¹⁶ oder auch andere Rechtsnormen¹¹⁷ erfolgen.

II. Die Unterstellung unter eine ausländische Rechtsordnung

Die Internationalität ermöglicht es zudem den Parteien, sich einer ausländischen Rechtsordnung zu unterstellen.

1. Als Ergebnis der Anwendung der Kollisionsnorm

Die Anwendung der Kollisionsnorm hat die Anwendung eines ausländischen Rechts zur Folge, wenn der Anknüpfungspunkt auf eine ausländische Rechtsordnung verweist. Bei inländischen Sachverhalten würde die Anwendung der Kollisionsnorm immer zum inländischen Recht führen, da sich alle Anknüpfungspunkte auf die inländische Rechtsordnung beziehen würden. Diese Aussage gilt allerdings nur, solange die Kollisionsnorm keine Anwendung des *lex fori* als Einzel- oder Hauptanknüpfung vorsieht, denn sonst könnte sie auf ein ausländisches Recht verweisen, falls sich ein ausländischer Richter für diesen Sachverhalt zuständig bekennt.

Im internationalen Zuständigkeitsrecht kann die gleiche Feststellung getroffen werden: In der Regel kann die Anwendung einer „zweiseitigen“ Zuständigkeitsregel (wie etwa im EU-Recht) nur bei internationalen Sachverhalten die Zuständigkeit eines ausländischen Richters hervorrufen, denn alle Zuständigkeitsgründe würden bei einer inländischen Streitigkeit zu den inländischen Gerichten führen. Bei „einseitigen“ Zuständigkeitsregeln gilt dies allerdings nur, solange sie einen objektiven und relevanten Zuständigkeitsgrund vorsehen. Beruht die Zuständigkeitsregel auf einem exorbitanten Zuständigkeitsgrund, könnte nämlich die Anwendung dieser Regel eine inländische Streitigkeit vor einem ausländischen Richter anziehen.

2. Als Ergebnis des Ausdrucks des Willens der Parteien

a. Die Unterstellung unter einen ausländischen Richter

Mitte des 19. Jahrhunderts hat der *Cour de cassation* implizit zugelassen, dass zwei französische Parteien in einer internationalen Streitigkeit die Zuständigkeit eines ausländischen Richters

114. Ancel Rép. int. Rn. 82; Audit/d'Avout S. 342 Rn. 379; Cass. Urt. v. 19.2.1963, Chemouni, Rev. crit. DIP 1963, 559.

115. Kropholler S. 501; Kegel/Schrurig S. 59; Ancel Rép. int. Rn. 82.

116. Kropholler S. 101; v. Bar/Mankowski Bd. 1 S. 207 f.

117. So sieht z.B. Art. 17 Rom II-VO vor, dass die Sicherheits- und Verhaltensregeln des Orts des haftungs begründenden Ereignisses bei der Beurteilung des Verhaltens des Schädigers zu berücksichtigen sind. Siehe auch Andrae S. 646.

vereinbaren.¹¹⁸ Diese Fähigkeit wurde explizit in den *Mardelé*- und *Dambricourt*-Urteilen anerkannt¹¹⁹ und im *Compagnie-de-Signaoux*-Urteil der Internationalität der Streitigkeit auferlegt.¹²⁰ Auch im Geltungsbereich des Haager-Übereinkommens von 2005¹²¹ und laut herrschender Meinung des EuGVÜ und seiner Nachfolger¹²² können nur internationale Streitigkeiten einem ausländischen Richter unterstellt werden.

Im deutschen Recht ist die Lösung fraglicher. § 38 ZPO enthält nämlich keine ausdrückliche Voraussetzung der Internationalität der Streitigkeit, um die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte zu prorogieren oder derogieren. In der Lehre herrscht Uneinigkeit: Nach einer Meinung gilt § 38 ZPO auch für rein inländische Streitigkeiten.¹²³ Eine andere Ansicht erfordert allerdings eine ungeschriebene Internationalitätsvoraussetzung.¹²⁴

b. Die Unterstellung unter ein ausländisches Recht

Bereits ab Mitte des 19. Jahrhunderts erkannten deutsche und französische Gerichte den Parteien vereinzelt das Recht an, ihren Vertrag einem ausländischen Recht zu unterstellen.¹²⁵ Der *Cour de cassation* besagte erst im *American-Trading*-Urteil förmlich, dass das an Verträgen anzuwendende Recht das Recht ist, das von den Parteien gewählt worden ist.¹²⁶ Die Rechtsprechung des Reichsgerichts blieb zwischen 1880 und 1930 in Bezug auf die Wirkungen dieser Rechtswahl ungenau.¹²⁷ So gingen einige Urteile nur von einer materiellrechtlichen Verweisung aus¹²⁸, die noch keine Rechtswahl im Sinne des IPR darstellt. Seit 1930 liegt jedoch eine eindeutige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Hinblick auf die Möglichkeit der Parteien vor, eine Rechtswahl mit der Wirkung einer kollisionsrechtlichen Verweisung zu schließen.¹²⁹ Dieser Rechtswahlmöglichkeit wurde von der Lehre von Anfang an an die Internationalität des Vertrags auferlegt.¹³⁰ Rein inländische Sachverhalte bleiben also grundsätzlich an das inländische Recht gebunden.

118. Cass. Urt. v. 19.12.1864, Falguières, S. 1865.I.217.

119. Cass. Urt. v. 19.2.1930, Mardelé und Cass. Urt. v. 27.1.1931, Dambricourt, Rev. crit. DIP 1931, 541.

120. Cass. Urt. v. 17.12.1985, Compagnie de signaux, Rev. crit. DIP 1986, 537.

121. Siehe Art. 1 des Übereinkommens.

122. Gothot/Holleaux Convention S. 98 Rn. 167; Alexandre/Huet Rép. int. Rn. 239; Attal/Raynouard S. 192 Rn. 439; Schockweiler in: Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe S. 122; Rauscher S. 506 Rn. 1936; Kropholler/von Hein Art. 23 Brüssel I-VO Rn. 9; Magnus Art. 25 Brüssel Ia Rn. 40; Linke/Hau Rn. 6.7; Mark/Gärtner MDR 2009, 838.

123. Geimer S. 649 Rn. 1760; v. Hoffmann/Thorn S. 92 Rn. 87.

124. Samtleben NJW 1971, 1596; Trinkner AWD 1973, 32.

125. Ancel/Lequette S. 98 Rn. 5. Siehe die Rechtsprechung bei Püls S. 127 ff.

126. Boucobza in: La relativité du contrat S. 98.

127. Kreuzer Warenkauf S. 181 ff.; Anhäusser Obligationenrecht S. 141 ff.

128. Siehe die Rechtsprechung bei Kreuzer Warenkauf S. 181 ff.

129. Siehe die Rechtsprechung des BGH bei Curti Gialdino RCADI Bd. 137 S. 771, Fn. 44.

130. Siehe in Frankreich Bureau/Muir Watt Bd. 1 S. 331 Rn. 917; Clavel S. 531 Rn. 910; Jacquet Rép. int. Rn. 84; Niboyet Fasc. 552-30 Rn. 29; Batiffol RCADI Bd. 139 S. 108; Batiffol/Lagarde Bd. 2 S. 275 Rn. 575; Jacquet Principe S. 13 Rn. 372; Heuzé Réglementation S. 132 Rn. 256; Fontaine in: Le contrat économique international S. 22 Rn. 17; Loussouarn/Bredin S. 503 Rn. 111; Ancel/Deumier/Laazouzi S. 6 Rn. 12. Siehe in Deutschland die zitierten Autoren bei Püls S. 169.

Eine Rechtswahl kann in zwei Fällen auch indirekt von den Parteien erzielt werden: Erstens, wenn verschiedene Richter mit unterschiedlichen Kollisionsnormen zuständig sind, die zu verschiedenen Rechten führen würden. In diesem Fall können die Parteien mit der Wahl des zuständigen Richters auch das anwendbare Recht wählen. Zweitens gewähren einige Kollisionsnormen den Parteien ein Optionsrecht zwischen mehreren Rechten, wie es vermehrt im europäischen Familienrecht vorkommt.¹³¹ In beiden Fällen dürften Parteien eines rein inländischen Sachverhalts kein ausländisches Recht wählen können, da alle Rechte zum inländischen Recht verweisen dürften.

III. Die Befreiung von jeglicher staatlichen Rechtsordnung

Die Internationalität kann schließlich die Befreiung von sämtlichen staatlichen Rechtsordnungen herbeiführen, was auch als „Entnationalisierung“ der Internationalität beschrieben werden könnte¹³². Im Bereich der gerichtlichen Zuständigkeit würde dies durch die Vorlage des Rechtsstreits vor einem nichtstaatlichen Richter erfolgen; im Bereich des anwendbaren Rechts durch die Anwendung eines nichtstaatlichen Rechts. Eine totale Entnationalisierung des Sachverhalts kann aber erst durch die Kombination dieser beiden Aspekte entstehen.

1. Vor staatlichen Gerichten

Ein rein inländischer Sachverhalt kann von den Parteien, soweit ein staatliches Gericht Kenntnis von ihrer Streitigkeit hat, nicht entnationalisiert werden. Durch die Parteiautonomie können sich die Parteien nämlich nur von den dispositiven Vorschriften des inländischen Rechts befreien. Auch eine Entnationalisierung durch eine Billigkeitsentscheidung kommt nicht in Frage: Deutsche Gerichte dürfen nicht nach Billigkeit entscheiden¹³³, französische Gerichte dahingegen schon, müssen dabei aber die inländischen zwingenden Rechtsnormen beachten.¹³⁴

Bei internationalen Sachverhalten weigern sich staatliche Gerichte auch, anzunehmen, dass ein Sachverhalt jedweder staatlichen Rechtsordnung entgehen kann. Die Figur des rechtsordnungslosen Vertrags, der allein durch den Willen der Parteien geregelt wäre, wird nämlich sowohl von der deutschen als auch von der französischen Lehre – seit dem *Messageries-Maritimes*-Urteil des *Cour de cassation*¹³⁵ – abgelehnt.¹³⁶ Ein extremer Dépeçage des an dem Vertrag anwendbaren Rechts könnte allerdings zu einem vergleichbaren Ergebnis führen, indem den Parteien ermöglicht wird, sich eine angepasste Regelung zu schaffen.¹³⁷ Da die zwingenden

131. Siehe z. B. Art. 5 der Rom III-Verordnung oder Art. 8 des HaagerUntProt.

132. Der Ausdruck wird u.a. von v. Bar Bd. II S. 315 Rn. 425 verwendet.

133. v. Bar Bd. II S. 315 Rn. 425; einige Normen des deutschen Rechts beziehen sich allerdings auf die Billigkeit, siehe MK/Münch § 1051 ZPO Rn. 45.

134. Loquin Amiable composition S. 258 Rn. 442; Weiller Rép. proc. civ. Rn. 274.

135. Cass. Urt. v. 21.6.1950, *Messageries maritimes*, Rev. crit. DIP 1950, 609.

136. Siehe u.a. v. Bar Bd. II S. 315 Rn. 425; MK/Martiny Art. 3 Rom I-VO Rn. 40; Staudinger/Magnus Art. 3 Rom I-VO Rn. 55; BeckOK/Spickhoff Art. 3 VO (EG) 593/2008 Rn. 11.

137. De Vareilles-Sommières JDI 2016, doct. 4 Rn. 38; v. Bar Bd. II S. 316 Rn. 426.

Bestimmungen der gewählten Rechte allerdings anwendbar bleiben, kann keine echte Entnationalisierung erfolgen.¹³⁸

Die Entnationalisierung des Vertrags könnte schließlich durch die Wahl eines nichtstaatlichen Rechts erfolgen. Auch wenn einige Übereinkommen wie die Haager Prinzipien über die Rechtswahl in internationalen Handelsverträgen dies erlauben, soweit das *lex fori* es nicht anders vorsieht, sind Verträge, die ausschließlich einem nichtstaatlichen Recht unterliegen würden, von den deutschen und französischen Gerichten nicht anerkannt.¹³⁹ Die Wahl eines nichtstaatlichen Rechts durch die Parteien gilt nur als materiellrechtliche Verweisung.¹⁴⁰

2. Vor nichtstaatlichen Gerichten

Die Entnationalisierung eines internationalen Sachverhalts kann nur erreicht werden, wenn der Schiedsspruch spontan von der unterlegenen Partei vollstreckt wird; ansonsten ist die Unterstützung des Staates notwendig, um Zwangsvollstreckungsmaßnahmen einzuleiten.

Im deutschen Recht besagt § 1051 I ZPO, dass das Schiedsgericht die Streitigkeit in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften zu entscheiden hat, die die Parteien gewählt haben. Die Hauptlehre geht davon aus, dass es sich dabei um nichtstaatliches Recht handeln kann.¹⁴¹ Haben die Parteien keine Wahl getroffen, muss der Schiedsrichter nach § 1051 II ZPO ein staatliches Recht anwenden. Diese Einschränkung entfällt gleichwohl, wenn der Schiedsrichter nach Billigkeit entscheidet.¹⁴² In der Lehre herrscht Uneinigkeit darüber, ob diese Regeln auch bei rein inländischen Sachverhalten gelten und eine Entnationalisierung bei diesen somit auch erreicht werden kann; die Tendenz scheint in Richtung einer positiven Antwort zu weisen.¹⁴³

Im französischen Recht können die Parteien in einem internationalen Schiedsverfahren ein nichtstaatliches Recht wählen.¹⁴⁴ Haben sie keine Wahl getroffen, kann der Schiedsrichter ein solches Recht anwenden.¹⁴⁵ Dagegen dürfen sie im Bereich der inländischen Schiedsgerichtsbarkeit kein nichtstaatliches Recht wählen. Auch wenn der Schiedsrichter nach Billigkeit entscheidet, darf er von zwingenden Bestimmungen des inländischen Rechts nicht abweichen.¹⁴⁶

138. Jacquet Rép. int. Rn. 53, 58.

139. Gannagé, *Le contrat sans loi en droit international privé*, <http://www.ejcl.org/113/article113-10.pdf>, S. 10 f.; v. Bar Bd. II S. 315 Rn. 425; Staudinger/Magnus Art. 3 Rom I-VO Rn. 40; BeckOK/Spickhoff Art. 3 VO (EG) 593/2008 Rn. 11.

140. Gannagé FS Foyer S. 420; v. Hoffmann/Thorn S. 433 Rn. 28; Staudinger/Magnus Art. 3 Rom I-VO Rn. 40.

141. BeckOK/Wilske/Markert § 1051 ZPO Rn. 4; Pfeiffer NJW 2012, 1170; Junker FS Sandrock S. 460; Wegen/Asbrand RIW 2016, 558; Sandrock RIW 2000, 332.

142. BeckOK/Wilske/Markert § 1051 ZPO Rn. 12; Musielak/Voit/Voit § 1051 ZPO Rn. 3.

143. Für das Fehlen einer Unterscheidung zwischen inländischen und internationalen Sachverhalten, siehe Pfeiffer NJW 2012, 1170 ff.; BeckOK/Wilske/Markert § 1051 ZPO Rn. 6; Musielak/Voit/Voit § 1051 ZPO Rn. 3; für das Vorliegen einer solchen Unterscheidung, siehe Wegen/Asbrand RIW 2016, 560; MK/Münch § 1051 ZPO Rn. 22.

144. Cass. Urt. v. 9.12.1981 und Cass. Urt. v. 22.10.1991 zitiert bei Jacquet Rép. int. Rn. 18; Jacquet/Delebecque/Corneloup S. 897 Rn. 1144; Batiffol/Lagarde Bd. 1 Rn. 30.

145. Jacquet/Delebecque/Corneloup S. 899 Rn. 1146.

146. Loquin Amiable composition S. 258 Rn. 442; Moreau Rép. com. Rn. 282.

Kapitel III

Die Verwischung der Unterscheidung zwischen inländischen und internationalen Sachverhalten

Die Unterscheidung zwischen inländischen und internationalen Sachverhalten hat seit jeher Schwierigkeiten mit sich gebracht. Mit der Zunahme der Anzahl internationaler Sachverhalte werden diese Schwierigkeiten prägnanter. Auch die Globalisierung und die europäische Regionalisierung führen zu einer zunehmenden Verwischung der Grenzen zwischen inländischen und internationalen Sachverhalten.

A. Die klassischen Verwischungsfaktoren

I. Die Erfassung des Begriffs der Internationalität

1. Die Pluralität der Internationalität

a) *Gegenstand der Internationalität.* Es stellt sich erstens die Frage, ob der Gegenstand der Internationalität im Kollisionsrecht und im internationalen Zivilprozessrecht ein- und derselbe ist. In der Lehre wird nämlich im ersten Fall vorwiegend von der Internationalität des „Sachverhalts“ oder des „Rechtsverhältnisses“ gesprochen¹⁴⁷, im zweiten Fall vom „Rechtsstreit“ oder „Rechtstreitigkeit“.¹⁴⁸ Die Frage ist dabei von praktischer Bedeutung, da Sachverhalt und Rechtsstreit nicht immer gleichbedeutend sind. So verweist der Rechtsstreit auf die prozessuale Konfiguration des Sachverhalts und kann demnach andere Auslandsbezüge aufweisen als der Sachverhalt.¹⁴⁹ Zweitens kommen auch im Rahmen einer Rechtswahl oder Gerichtsstandsvereinbarung drei Gegenstände in Betracht: der Sachverhalt (meistens der Vertrag), der Rechtsstreit und die Klausel.

147. Audit/d'Avout S. 14 Rn. 7; Bureau/Muir Watt Bd. 2 S. 4; Cachard S. 8 Rn. 4; Clavel S. 2 Rn. 4; Lousouarn/Bourel/de Vareilles-Sommières S. 2 Rn. 1; Meyzeaud-Garaud S. 8; Niboyet/de Geouffre de la Pradelle S. 14 Rn. 3; Stoffel FS von Overbeck S. 422.

148. Bureau/Muir Watt Bd. 1 S. 77 Rn. 56; Lousouarn/Bourel/de Vareilles-Sommières S. 689 Rn. 681; Mayer/Heuzé/Remy S. 199 Rn. 285; Niboyet/de Geouffre de la Pradelle S. 291 Rn. 402; Arrue Montenegro Autonomie S. 195; Gaudemet-Tallon Rép. proc. civ. Rn. 1; Schack IZVR S. 3 Rn. 8; Koberg Zivilprozessuale Besonderheiten S. 51; Markus IZPR S. 11 Rn. 41.

149. Arrue Montenegro S. 196 f. Rn. 348 f.

b) *Definition der Internationalität.* Innerhalb einer Rechtsordnung kann die Anwendung unterschiedlicher Definitionen der Internationalität durch verschiedene Instrumente zur Folge haben, dass zwei gleichartige internationale Sachverhalte anders behandelt werden, weil sie verschiedene Auslandsbezüge aufweisen. Dies betrifft vor allem internationale Kaufverträge, da diese grundsätzlich in den Anwendungsbereich des CISG, der Rom I-Verordnung und – in Frankreich – des Haager Übereinkommens vom 15. Juni 1955 fallen und alle diese Instrumente verschiedene Definitionen der Internationalität beinhalten.

Die Beurteilung der Internationalität kann auch von einer Rechtsordnung zur anderen variieren. Derselbe Sachverhalt kann von einem Staat als inländisch und von einem anderen wiederum als international betrachtet werden, weil beide Staaten andere abstrakte Methoden zur Definition der Internationalität anwenden, oder weil sie die Relevanz der gegebenen Auslandsbezüge anders beurteilen. Diese unterschiedliche Beurteilung der Internationalität ist insbesondere dann unerwünscht, wenn es darum geht, den Anwendungsbereich eines internationalen Rechtsinstruments auszulegen, denn dadurch wird eine einheitliche Anwendung des Instruments in allen Vertragsstaaten verhindert. Problematisch ist diese Beurteilung auch dann, wenn die Parteien eine Gerichtsstands- oder Rechtswahlvereinbarung getroffen haben, da die Internationalität grundsätzlich eine Voraussetzung für ihre Wirksamkeit darstellt.

2. Die Relativität der Internationalität

a) *Räumliche Relativität.* Die Wahrnehmung der Internationalität ist von der Perspektive des Beobachters abhängig. So kann ein Sachverhalt aus der Sicht einer Rechtsordnung als international, aus der Sicht einer anderen Rechtsordnung hingegen als inländisch erscheinen.¹⁵⁰ Hiervon betroffen sind inländische Sachverhalte, die einem ausländischen Beobachter vorgelegt werden. Diese Sachverhalte werden als relativ¹⁵¹ oder subjektiv¹⁵² international beschrieben. Im Gegenteil gelten als absolut¹⁵³ oder objektiv¹⁵⁴ international Sachverhalte, die durch ihre „wesentlichen Bestandteile“ an mehrere Rechtsordnungen gebunden sind¹⁵⁵ und dadurch ungeachtet des Beobachters immer als international erscheinen.

Die Unterscheidung zwischen relativ und objektiv internationalen Sachverhalten wurde kritisiert, indem sie davon ausgeht, dass ein rein inländischer Sachverhalt einer ausländischen Rechtsordnung vorgelegt werden kann.¹⁵⁶ Eine solche Konstellation ist aber durchaus möglich, wenn eine Rechtsordnung die Prorogation der Zuständigkeit ihrer Gerichte in rein ausländischen Fällen anerkennt, wenn sie sich exorbitanten Zuständigkeitsregeln bedient, oder durch „Zufall“,

150. Jitta S. 48; Neuhaus Grundbegriffe S. 23 f.; Mayer/Heuzé/Remy S. 4 Rn. 5.

151. Jitta S. 48; Neuhaus Grundbegriffe S. 23.

152. Mayer/Heuzé/Remy S. 4 Rn. 5.

153. Jitta S. 49; Neuhaus Grundbegriffe S. 24.

154. Mayer/Heuzé/Remy S. 4 Rn. 5.

155. Loc cit.

156. Bureau/Muir Watt Bd. 2 S. 13 Rn. 9; Lalive RCADI Bd. 155 S. 20; Vignal S. 3 Rn. 5.

wenn eine Partei z. B. ihren gewöhnlichen Aufenthalt ins Ausland verlegt hat.¹⁵⁷ Im letzten Fall wäre der Sachverhalt nur relativ international, wenn die Internationalität zum Zeitpunkt der Entstehung des Rechtsverhältnisses beurteilt wird.

b) Zeitliche Relativität. Im Laufe der Zeit kann ein Sachverhalt einen internationalen Charakter gewinnen oder verlieren.¹⁵⁸ In Abhängigkeit davon, ob die Internationalität zum Zeitpunkt der Entstehung des Rechtsverhältnisses oder zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts beurteilt wird, wird der Sachverhalt als inländisch oder als international wahrgenommen.

Das Risiko bei der Entstehung eines Auslandsbezuges besteht darin, dass ein ausländisches Recht als anwendbar erklärt werden kann, mit dem die Parteien nicht gerechnet hatten.¹⁵⁹ Im schlimmsten Fall könnte sogar eine Rechtslage, die sich völlig im Ausland gebildet hat, als unwirksam erklärt werden.¹⁶⁰ Auch kann der neue Auslandsbezug die Zuständigkeit eines ausländischen Gerichts begründen und sogar zum Verlust der Zuständigkeit der inländischen Gerichte führen. Bei einem Wegfall des Auslandsbezugs sind vor allem die von den Parteien geschlossenen Gerichtsstands- und Rechtswahlvereinbarungen kritisch, da dieser Wegfall zu ihrer Unwirksamkeit führen könnte, sollte die Internationalität zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts beurteilt werden.

II. Die verfahrensrechtliche Stellung der Internationalität

Die verfahrensrechtliche Stellung der Internationalität kann in einer nicht unerheblichen Anzahl von Fällen zu einem Leugnen der Internationalität führen. Dieses Leugnen kann sich aus der Nichtanwendung der IPR-Regel und/oder aus der fehlenden Offenlegung der Internationalität durch die Parteien oder Erfassung des Auslandsbezugs durch den Richter ergeben.

1. Die Nichtanwendung der IPR-Regel

a) Die Verbindlichkeit der IPR-Regel für den Richter. Im französischen Recht ist das Risiko der Nichtanwendung der internationalen Zuständigkeitsregel höher als im deutschen Recht. Dies ist dadurch begründet, dass der französische Richter nicht verpflichtet ist, seine eigene örtliche oder internationale Unzuständigkeit von Amts wegen festzustellen.¹⁶¹ Demgegenüber muss der deutsche Richter seine eigene Zuständigkeit in jedem Stadium des Verfahrens prüfen.¹⁶² Erlässt ein unzuständiger deutscher Richter eine Entscheidung, so ist diese allerdings nicht nichtig und kann ihre gesamte Wirkung entfalten, wenn die Parteien keinen Einspruch einlegen.¹⁶³ Im EU-

157. Lagarde Rép. int. Rn. 12; Gaudemet-Tallon RTDE 1981 S. 234 Rn. 27.

158. Niboyet/de Geouffre de la Pradelle S. 135 Rn. 143; Lalive RCADI Bd. 155 S. 21 f.; Batiffol RCADI Bd. 139 S. 93; Siehr YbPIL 2005, 23.

159. Batiffol S. 310 Rn. 139.

160. Rass-Masson Fondements S. 653 f. Rn. 725.

161. Tirvaudey-Bourdin Fasc. 600-90 Rn. 41.

162. Rosenberg/Schwab/Gottwald S. 161 Rn. 46.

163. Ibid. S. 161 Rn. 47.

Recht sehen alle Verordnungen, die internationale Zuständigkeitsregeln enthalten, vor, dass der Richter seine Zuständigkeit prüfen und sich von Amts wegen für unzuständig erklären soll.¹⁶⁴

Auch das Risiko der Nichtanwendung der Kollisionsregel ist im französischen Recht höher als im deutschen Recht, da der Richter im deutschen Recht die Kollisionsregel nach dem *Iura-novit-curia*-Prinzip von Amts wegen anwenden soll.¹⁶⁵ Im französischen Recht hingegen soll die Kollisionsregel von Amts wegen nur bei nicht disponiblen Rechten angewendet werden.¹⁶⁶ Die europäische oder internationale Herkunft der Kollisionsregel verändern nicht diese Lösungen.¹⁶⁷

b) Die Verbindlichkeit der IPR-Regel für die Parteien. Das prozessuale Leugnen der Internationalität kann auch daraus resultieren, dass die Parteien über den Auslandsbezug schweigen und sich auf das inländische Recht berufen. Dieses Verhalten kann nämlich als konkludente Rechtswahl analysiert werden. Die Zulässigkeit einer solchen Rechtswahl wurde in der deutschen Rechtsprechung bereits in den 1960er Jahren im vertraglichen¹⁶⁸ und außervertraglichen¹⁶⁹ Recht anerkannt. In Frankreich wurde sie erst in Folge des *Roho*-Urteils¹⁷⁰ zugelassen und im *Hannover-International-Urteil*¹⁷¹ bestätigt. Die Rechtswahl kann in beiden Rechten konkludent sein und daraus resultieren, dass sich die Parteien auf das inländische Recht berufen.¹⁷² Da der Richter grundsätzlich nicht verpflichtet ist, die Parteien darüber zu informieren, dass er in ihrem Verhalten eine konkludente Rechtswahl sieht, besteht das Risiko eines Leugnens der Internationalität zum Nachteil der Parteien, denn das Berufen der Parteien auf das inländische Recht kann sich auch daraus erklären, dass diese keine Kenntnis darüber besitzen, dass ein ausländisches Recht anwendbar wäre.

2. Die Nichtberücksichtigung des Auslandsbezugs

Ein prozessuales Leugnen der Internationalität kann auch aus der Nichtberücksichtigung des Auslandsbezugs durch den Richter resultieren. Dieses Risiko hängt davon ab, ob der Auslandsbezug vorgebracht wurde, lediglich aus der Akte hervorgeht, oder nicht in der Akte enthalten ist.

164. Siehe Art. 17 Brüssel IIa-VO, Art. 10 EuUnthVO, Art. 15 EuErbVO, EheGüVO, PartGüVO, Art. 4 EuInsVO.

165. Rauscher S. 2 Rn. 5; Siehr S. 361; Frank in: Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères S. 87; Flessner *RabelsZ* 1970, 547; Wagner *ZEuP* 1999, 8; Kieninger in: Brauchen wir eine Rom-0-Verordnung? S. 480; Trautmann *Europäisches Kollisionsrecht* S. 19 f.

166. Cass. Urte. v. 26.05.1999, *Mutuelle du Mans*, *Rev. crit. DIP* 1999, 707; Cass. Urte. v. 26.05.1999, *Belaïd*, *Rev. crit. DIP* 1999, 708.

167. Cass. Urte. v. 04.12.1990, *Coveco*, *Rev. crit. DIP* 1991, 558; Corneloup in: *L'application du droit étranger* S. 77; Fohrer-Dedeurwaerder *Fasc.* 539-10 Rn. 30.

168. Flessner *RabelsZ* 1970, 547.

169. Trautmann *Europäisches Kollisionsrecht* S. 35; siehe z. B. BGH. Urte. v. 6.11.1973 – VI ZR 199/71; Urte. v. 17.3.1981 – VI ZR 286/78; Urte. v. 22.12.1987 – VI ZR 6/87.

170. Cass. Urte. v. 19.4.1988, *Roho*, *Rev. crit. DIP* 1989, 68.

171. Cass. Urte. v. 6.5.1997, *Hannover International*, *Rev. crit. DIP* 1997, 514.

172. Idem; BGH. Urte. v. 22.02.1994 – VI ZR 309/93; Flessner *RabelsZ* 1970, 547; Frank in: *Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères* S. 87; Trautmann *Europäisches Kollisionsrecht* S. 38.

a) *Der vorgebrachte Auslandsbezug.* Das einfache Vorbringen des Auslandsbezugs genügt, damit der deutsche Richter die internationale Zuständigkeitsregel anwendet.¹⁷³ Auch im europäischen und staatsvertraglichen Recht sollte es so sein, denn es besteht oft eine Pflicht des Richters, seine internationale Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen. Dagegen müssen die Parteien im französischen Recht eine Unzuständigkeitseinrede erheben.¹⁷⁴ Das Vorbringen der Internationalität reicht auch im deutschen Recht aus, um die Anwendung der Kollisionsregeln herbeizuführen.¹⁷⁵ In den Bereichen, in denen eine konkludente nachträgliche Rechtswahl zulässig ist, müssen sich die Parteien allerdings auf das ausländische Recht berufen, damit der Richter die Kollisionsregel anwendet.¹⁷⁶ Dasselbe gilt in Frankreich.¹⁷⁷ Hat der Richter die internationale Zuständigkeits- oder die Kollisionsregel nicht angewendet, obwohl er dies hätte tun sollen, so sind sowohl die Berufung als auch die Revision in beiden Ländern zulässig.¹⁷⁸

b) *Der nichtvorgebrachte aber sich in der Akte befindliche Auslandsbezug.* In dieser Konstellation stellt sich die Frage, ob der Richter verpflichtet ist, sich des Auslandsbezugs anzunehmen. Im IZPR wirkt sich die unterschiedliche Verbindlichkeit der internationalen Zuständigkeitsregel für den deutschen und den französischen Richter auf diese Frage aus. Für den französischen Richter kann somit nicht behauptet werden, dass dieser verpflichtet wäre, sich des Auslandsbezugs anzunehmen. Das Gegenteil gilt allerdings für den deutschen Richter, indem dieser verpflichtet ist, die internationale Zuständigkeitsregel anzuwenden.¹⁷⁹ Im Anwendungsbereich der EU-Verordnungen, die eine zwingende Überprüfung der internationalen Zuständigkeit vorsehen, gilt dasselbe sowohl für den deutschen als auch für den französischen Richter, der andernfalls dieser Verpflichtung nicht nachkommen könnte.¹⁸⁰

Hat sich der Richter des Auslandsbezugs nicht angenommen, so können die Parteien diesen in Deutschland in der Berufung oder Revision immer noch geltend machen, da der Richter seine internationale Zuständigkeit in jeder Instanz prüfen muss. In Frankreich wird ihnen diese Möglichkeit indes verwehrt, sobald sie die Sache in der ersten Instanz vorgetragen haben.¹⁸¹

Im IPR wird die Frage, ob sich der Richter des sich in der Akte befindlichen, aber nicht vorgebrachten Auslandsbezugs annehmen muss, von der Verbindlichkeit der Kollisionsnorm beeinflusst. Da der deutsche Richter die Kollisionsnorm von Amts wegen anwenden muss, muss er sich des nicht vorgebrachten Auslandsbezugs annehmen.¹⁸² In Frankreich stellt dies grundsätz-

173. Rosenberg/Schwab/Gottwald S. 161 Rn. 47.

174. Art. 74 CPC.

175. BGH Urt. v. 7.4.1993 – XII ZR 266/91.

176. Flessner RabelsZ 1970, 559.

177. Cachard S. 212 Rn. 428; Loussouarn/Bourel/de Vareilles-Sommières S. 331 Rn. 354.

178. Huet Fasc. 581-42 Rn. 36, 46; BGH Beschluss v. 14.6.1965 – GSZ 1/65; Rosenberg/Schwab/Gottwald S. 161 Rn. 48.

179. In Anlehnung an dem Kollisionsrecht, siehe Koerner Fakultatives Kollisionsrecht S. 51.

180. Niboyet Dr. et patr. 2015, 1 f.

181. Audit/d'Avout S. 393 Rn. 441; Tirvaudey-Bourdin Fasc. 600-90 Rn. 25 f.; Huet Fasc. 56-30 Rn. 6 f.

182. BGH Urt. v. 6.3.1995 – II ZR 84/96; Flessner RabelsZ 1970, 547; Koerner Fakultatives Kollisionsrecht S. 50 f.; Kieninger in: Brauchen wir eine Rom-0-Verordnung? S. 483.

lich nur eine Möglichkeit für den Richter dar. Nach der Rechtsprechung des *Cour de cassation* und der Hauptlehre gilt die Lösung für disponible Rechten¹⁸³, allerdings nicht für indisponible Rechte¹⁸⁴, da die Verbindlichkeit der Kollisionsregel im letzten Fall ansonsten nicht gewährleistet wäre.¹⁸⁵ Der *Cour de cassation* hat somit mehrmals Entscheidungen von Berufungsgerichten aufgehoben, die sich des in der Akte befindlichen, aber nicht vorgebrachten Auslandsbezugs nicht angenommen hatten.¹⁸⁶

c) *Der sich nicht in der Akte befindliche Auslandsbezug*. Das Risiko des Leugnens der Internationalität in diesem Fall wird dadurch gesenkt, dass einige Auslandsbezüge immer in der Akte genannt werden: die Staatsangehörigkeit und der Wohnsitz der Parteien in Frankreich¹⁸⁷ sowie der Wohnort der Parteien in Deutschland.¹⁸⁸ Auch besitzen die Parteien in Deutschland eine Erklärungspflicht über Tatsachen und eine Wahrheitspflicht.¹⁸⁹

Weiß der Richter über einen Auslandsbezug Bescheid, der in der Akte nicht genannt ist, und gilt der Verhandlungsgrundsatz, so darf er diesen Auslandsbezug nicht ohne weiteres für seine Entscheidung verwenden. In Frankreich darf er die Parteien nämlich nur dazu einladen, sich über die Tatsachen zu erklären.¹⁹⁰ Der deutsche Richter hat hingegen „das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen [...] dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären“.¹⁹¹ Gilt der Untersuchungsgrundsatz, so genießt der Richter eine größere Freiheit und kann in Frankreich seine Entscheidung auf einen Auslandsbezug gründen, der sich nicht in der Akte befindet.¹⁹² In Deutschland geht die Lehre sogar davon aus, dass der Richter nach § 29 I FamFG dazu verpflichtet ist, von Amts wegen den Auslandsbezug zu ermitteln.¹⁹³

183. Cass. Urt. v. 28.11.2006, Wörther, Bull. civ. 2006 I Nr. 522; Loussouarn/Bourel/de Vareilles-Sommières S. 338 Rn. 358; Frignati/Muir Watt Rép. int. Rn 72.

184. Loussouarn/Bourel/de Vareilles-Sommières S. 338 Rn. 358; Muir Watt in: L'internationalité : bilan et perspectives S. 51 f.; Fauvarque-Cosson Libre disponibilité S. 157 Rn. 255; Fohrer-Dedeurwaerder Fasc. 539-10 Rn. 34; Bléry Fasc. 500-35 Rn. 24; Frignati/Muir Watt Rép. int. Rn. 32.

185. Mayer TCFDIP 1975-1977 S. 241; Fauvarque-Cosson Libre disponibilité S. 161 Rn. 262; Lequette Rev. crit. DIP 1989 S. 292 Rn. 13.

186. Cass. Urt. v. 11.10.1988, Rebouh, Rev. crit. DIP 1989, 368; Cass. Urt. v. 6.6.1990, Bull. civ. 1990 I Nr. 137 und 139; Cass. Urt. v. 18.11.1992, Makhoulouf, Rev. crit. DIP 1993, 276; Cass. Urt. v. 26.05.1999, Belaïd, Rev. crit. DIP 1999, 708; Cass. Urt. v. 11.3.2009, Bull. civ. 2009 I Nr. 49.

187. Art. 57, 58, 60 CPC; Fauvarque-Cosson Libre disponibilité S. 152 Rn. 245.

188. § 130 I ZPO.

189. § 138 I ZPO; Hübner Ausländisches Recht S. 194.

190. Lequette Rev. crit. DIP 1989 S. 296 Rn. 17.

191. § 139 I ZPO. Im Sinne einer Möglichkeit, Kieninger in: Brauchen wir eine Rom-0-Verordnung? S. 484; im Sinne einer Pflicht, Trautmann Europäisches Kollisionsrecht S. 45; Koerner Fakultatives Kollisionsrecht S. 51.

192. Art. 26 CPC; Weiller Rép. proc. civ. Rn. 413.

193. Koerner Fakultatives Kollisionsrecht S. 50; MK/Prütting § 293 ZPO Rn. 48; BeckOK/Burschel § 26 FamFG Rn. 11; Kieninger in: Brauchen wir eine Rom-0-Verordnung? S. 483; Trautmann Europäisches Kollisionsrecht S. 47.

Im EU-Recht stellte der EuGH im *Kolassa*-Urteil zur Brüssel-I-Verordnung fest, dass der inländische Richter nicht zu einer detaillierten Beweisführung gezwungen ist und dass er die Behauptungen des Klägers über seine Zuständigkeit als erwiesen betrachten kann.¹⁹⁴ Es kann also davon ausgegangen werden, dass das Gericht im Anwendungsbereich einer EU-Verordnung nicht verpflichtet ist, nicht in der Akte enthaltenen Auslandsbezüge zu ermitteln.

Schließlich entschied der *Cour de cassation* im *Bertoncini*-Urteil, dass sich die Parteien in der Revision nicht auf die Anwendbarkeit ausländischen Rechts berufen können, wenn sie in der ersten oder zweiten Instanz das Vorhandensein des betreffenden Auslandsbezugs nicht offenbart und die Anwendung ausländischen Rechts nicht beantragt haben.¹⁹⁵ Die gleiche Lösung sollte nach deutschem Recht gemäß § 559 ZPO gelten.¹⁹⁶

B. Die modernen Verwischungsfaktoren

Die Abgrenzung zwischen der Behandlung von inländischen und internationalen Sachverhalten wird von zwei gegenseitigen Bewegungen beeinflusst: einer Tendenz zur Annäherung rein inländischer Sachverhalte an internationale Sachverhalte, einerseits, und einer Tendenz zur Gleichstellung internationaler Sachverhalte mit rein inländischen Sachverhalten, andererseits.

I. Die Gleichstellung inländischer Sachverhalte mit internationalen Sachverhalten

1. Die Ausweitung der Regelung der internationalen Sachverhalte

a. Materiellrechtliche Regelungen

Weichen die Regelung der inländischen Sachverhalte und die Regelung der internationalen Sachverhalte zu stark voneinander ab, resultiert dies in der Regel in der Gleichstellung beider Regelungen, da eine zu große Differenzierung oft als unzumutbar empfunden wird.¹⁹⁷ So wurden z. B. in Frankreich 2006 die bei inländischen Sachverhalten anwendbaren Regeln zur Güterstandsänderung geändert, um sie den bei internationalen Sachverhalten anwendbaren Regeln näherzubringen.¹⁹⁸ Die Europäische Kommission hatte auch in ihren Entwürfen zu den Bagatell- und Mahnverfahrensverordnungen die Anwendung beider Instrumente für inländische Streitigkeiten unterstützt.¹⁹⁹ Die EU-Mitgliedsstaaten hatten sich diesem Vorschlag jedoch stark wi-

194. EuGH Urt. v. 28.1.2015, *Kolassa*, Rn. 62, 65.

195. Cass. Urt. v. 11.7.1961, *Bertoncini*, Rev. crit. DIP 1962, 124.

196. § 74 III FamFG verweist ebenfalls auf § 559 ZPO.

197. Niboyet Bd. 3 S. 263 Rn. 934.

198. Lecuyer LPA 2001 S. 49 f.

199. COM(2002) 746 final S. 7.

dersetzt.²⁰⁰ In der Zukunft sind neue EU-Vorschläge zur Harmonisierung des inländischen und internationalen Zivilprozessrechts zu erwarten.²⁰¹

b. Gerichtsstands- und Rechtswahlvereinbarungen

Obwohl Gerichtsstands- und Rechtswahlvereinbarungen grundsätzlich nur in internationalen Sachverhalten wirksam sind, unterstützt eine Minderheit heutzutage die Anerkennung dieser Befugnisse in rein inländischen Sachverhalten.²⁰²

i) Rechtswahl. Die Rom I- und Rom II-Verordnungen haben zu dieser Idee bedeutend beigetragen: Ihre Artikel 3 III und 14 IV wurden nämlich von vielen Autoren als Eröffnung der Rechtswahl in rein inländischen Sachverhalten interpretiert.²⁰³ Allerdings ist sich die Lehre bezüglich der Wirkungen dieser „Rechtswahl“ uneinig: Für einen Teil der Autoren soll ihr lediglich eine materiellrechtliche Wirkung²⁰⁴, für den anderen Teil eine kollisionsrechtliche Wirkung anerkannt werden.²⁰⁵ Darüber hinaus stellen auch die Globalisierung der Wirtschaft und das Aufkommen internationaler Märkte, die einheitlich von einem (ausländischen) Recht reguliert werden, die Frage nach der Anerkennung einer Rechtswahlbefugnis für die Parteien eines rein inländischen Vertrags, die an diesem Markt teilnehmen möchten.²⁰⁶ Denn diese Teilnahme setzt die Vereinbarung einer Rechtswahl zu Gunsten des ausländischen Rechts voraus. Schließlich wurde auch im speziellen Kontext der Europäischen Union die Auffassung vertreten, dass es Parteien eines rein inländischen Vertrags erlaubt sein dürfte, das Recht eines anderen Mitgliedsstaates zu vereinbaren.²⁰⁷

ii) Gerichtsstandsvereinbarung. Im Rahmen des EuGVÜ wurde auch vertreten, dass die Parteien einer rein inländischen Streitigkeit die Zuständigkeit eines ausländischen Richters prorogieren könnten, indem das Übereinkommen keine Internationalitätsvoraussetzung enthält.²⁰⁸ Auch die Autoren, die zwar Gerichtsstandsvereinbarungen nur in internationalen Streitigkeiten gestatten möchten, aber davon ausgehen, dass die Internationalität bereits aus der Tatsache entstehen

200. Guinchard RTD Com. 2008 S. 465 ff., Rn. 4.

201. Entschließung des Europäischen Parlaments vom 4. Juli 2017 mit Empfehlungen an die Kommission zu gemeinsamen Mindeststandards des Zivilprozessrechts in der Europäischen Union (2015/2084(INL)) S. 6.

202. Curti Gialdino RCADI Bd. 137 S. 854 ff.; Ferid S. 145 Rn. 6-22; Stoll Rechtswahlvoraussetzungen S. 76; Amstutz/Vogt/Wang Art. 116 Rn. 28; Sonnenberger FS Ferid S. 379; Hambro IntCompLQ 1957, 594 f.

203. Jacquet Rép. int. Rn. 96; Gaudemet-Tallon Fasc. 552-11 Rn. 7; Francq, Rép. int. Rn. 21; Witz in: L'internationalité : bilan et perspectives S. 60; Mayer in: La relativité du contrat S. 127 Rn. 6; BT-DrS. 10/503 S. 24; Lorenz FS Kegel S. 309; Palandt/Spickhoff Art. 3 Rom I-VO Rn. 8; Maultzsch FS v. Hoffmann S. 308; Püls S. 173.

204. Clavel S. 532; Francq Rép. int. Rn. 73; Ancel/Deumier/Laazouzi S. 168 Rn. 244; Kassis S. 278 Rn. 248; Kegel/Schurig S. 655; Lorenz FS Kegel S. 313; Althammer JA 2008, 774; Hüßtege/Mansel/Leible Art. 3 Rom I Rn. 78.

205. Bureau FS Terré S. 295 Rn. 14; Birk RdA 1989, 203; Lorenz RIW 1987, 574; Maultzsch RabelsZ 2011, 66.

206. Cuniberti in: Global private international law : adjudication without frontiers S. 465.

207. Witz in: L'internationalité : bilan et perspectives S. 62.

208. Droz Pratique S. 37 Rn. 86; Geimer/Schütze/Geimer Art. 2 EuGVVO Rn. 9; Frauenberg-Pfeiler FS Rechterberger S. 137; v. Hoffmann AWD 1973, 63; Arnold AWD 1969, 90.

könnte, dass die Zuständigkeit eines Mitgliedsstaates derogiert und die Zuständigkeit eines anderen Mitgliedstaates prorogiert werden²⁰⁹, erlauben somit Gerichtsstandsvereinbarungen in rein inländischen Streitigkeiten. Diese Konstellation stellt nämlich nicht sicher, dass die Streitigkeit objektive Bezüge zu zwei Rechtsordnungen aufweist, da ein Gericht ausgewählt werden kann, zu dem der Sachverhalt keinen Bezug hat.

Die Frage der Wirksamkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen in inländischen Sachverhalten gewinnt heute aus mehreren Gründen an Bedeutung. Zunächst kann eine Parallele zur Rechtswahl gezogen werden: Da die „Wahl“ eines ausländischen Rechts in inländischen Sachverhalten nach den Rom I- und Rom II-Verordnungen erlaubt ist, sollte nach einigen Autoren diese Lösung ebenfalls für die gerichtliche Zuständigkeit gelten.²¹⁰ Auch könnte eine Analogie mit den Lösungen in Schiedsverfahren dafür sprechen: Da Schiedsvereinbarungen in rein inländischen Streitigkeiten erlaubt sind, gäbe es keinen Grund, diese Lösung für Gerichtsstandsvereinbarungen nicht anzuerkennen.²¹¹ Schließlich werfen auch die Globalisierung der Wirtschaft und das Aufkommen einiger Städte als internationale Marktplätze die Frage nach der Zulassung von Gerichtsstandsvereinbarungen zu Gunsten ihrer Gerichte in inländischen Verträgen auf, denn diese Gerichte verfügen über eine Expertise, die die inländischen Gerichte meist nicht besitzen.

2. Die artifizielle Internationalisierung inländischer Sachverhalte

Die Abgrenzung zwischen rein inländischen und internationalen Sachverhalten wird zweitens und schließlich dadurch verwischt, dass es durch die Globalisierung für die Parteien einfacher geworden ist, einen inländischen Sachverhalt in einen internationalen umzuwandeln. Dabei gründen sie entweder den Sachverhalt direkt im Ausland oder versetzen einen wesentlichen Bestandteil des Sachverhalts ins Ausland²¹² und erzielen damit die Anwendung eines ausländischen Rechts. Dieses Phänomen wird auch als „indirekte Rechtswahl“ bezeichnet.²¹³ In den meisten Internationalisierungsfällen wird die Internationalisierung des Sachverhalts nicht per se angestrebt, sondern ergibt sich einfach aus den Umständen des Lebens. Problematisch wird sie erst, wenn sie nur deshalb erfolgt, weil das ausländische Recht etwas gestattet, das das inländische Recht nicht erlaubt: Die Parteien gehen nur ins Ausland, um zu erhalten, was sie in ihrer ursprünglichen Rechtsordnung nicht erhalten könnten, und kehren dann in diese zurück. Als Beispiel kann die aktuelle Leihmutterchaftsproblematik genannt werden.²¹⁴

209. Droz *Compétence judiciaire* S. 121 Rn. 189; Ancel *FS Foyer* S. 39 Rn. 21; Laazouzi *RDC* 2014 Rn. 9; Magnus/Mankowski/Magnus *Art. 25 Brüssel I bis* Rn. 40; Aull *IPRax* 1999, 228; Kohler *IPRax* 1983, 266; Wiczorek/Schütze/Hausmann *Art. 17 EuGVÜ* Rn. 6; Samtleben *NJW* 1971, 1593; Czernich/Tiefenthaler/Kodek *Art. 23 EuGVO* Rn. 13; Frauenberg-Pfeiler *FS Rechberger* S. 129; Layton/Mercer Rn. 20.006.

210. Audit *FS Lagarde* S. 32 Rn. 20; Frauenberg-Pfeiler *FS Rechberger* S. 135.

211. Rigaux *RCADI Bd. 213* S. 173 Rn. 121.

212. Bureau *FS Terré* S. 289 Rn. 7.

213. Basedow *RCADI Bd. 360* S. 239 Rn. 298; Kropholler S. 293.

214. Siehe u.a. zu dieser Frage, Bollée *TCFDIP* 2012-2014 S. 215 ff.; Ancel *FS Courbe* S. 1 ff.; Fulchiron/Bidaud-Garon *Rev. crit. DIP* 2015, 1 ff.; Sindres *JDI* 2015, 429 ff.

Das Risiko einer solchen „Gefälligkeits“-Internationalisierung von rein inländischen Sachverhalten wird durch die Verwendung einiger Anknüpfungspunkte wie des Abschlussortes eines Rechtsgeschäfts oder des gewöhnlichen Aufenthalts der Parteien höher.²¹⁵ Auch das jüngste Verhalten einiger inländischer Gesetzgeber erhöht dieses Risiko. So wird der Zugang zu einigen inländischen Rechtsinstitutionen, wie in Frankreich etwa zur gleichgeschlechtlichen Ehe²¹⁶ oder zur außergerichtlichen Scheidung²¹⁷, vom Gesetzgeber derart vereinfacht, dass er Bedingungen für einen „Rechtstourismus“ schafft.

Die Vereinfachung der Internationalisierung rein inländischer Sachverhalte wird darüber hinaus mit der Vereinfachung der Anerkennung von internationalen Rechtslagen in der Europäischen Union kombiniert. Der inländische Staat kann somit verpflichtet werden, die im Ausland gegründete Rechtslage anzuerkennen. Diese Kombination erweist sich als besonders problematisch, da sie besser als jede andere die Umgehung der im inländischen Recht enthaltenen Verbote ermöglicht.²¹⁸

Die Regelung der durch die Parteien internationalisierten Sachverhalte ist als problematisch zu bewerten. Möchte man die Anerkennung dieser Rechtslagen verweigern, so sind die gegenwärtigen Mechanismen des internationalen Privatrechts, wie etwa die Gesetzmehung, manchmal kaum von Nutzen²¹⁹ oder dem steht die Rechtsprechung des EGMR über die Menschenrechte oder die Rechtsprechung des EuGH über die Grundfreiheiten entgegen. Auch der Versuch, diese Sachverhalte zu regeln, ist mit Schwierigkeiten verbunden: Die Globalisierung und die damit verbundene Schwächung der Staaten lassen einen immer größeren Platz an der Parteiautonomie, ohne dass der Staat immer die notwendigen Mittel besitzt, um diese zu regulieren.

II. Die Gleichstellung internationaler Sachverhalte mit inländischen Sachverhalten

1. Die Gleichstellung europäischer Sachverhalte mit inländischen Sachverhalten

Die besondere Regelung, die das EU-Recht für bestimmte europäische Sachverhalte vorsieht, spiegelt oft eine Gleichstellung dieser Sachverhalte an rein inländische Sachverhalte wider. Dies erklärt sich zum einen dadurch, dass diese Sachverhalte zwar einen internationalen Charakter aufweisen, gleichzeitig aber auch zu einem Binnenraum gehören, in dem die staatlichen Grenzen abgeschafft wurden. Die genannte Gleichstellung äußert sich auch dadurch, dass das europäische internationale Privatrecht teilweise nicht mehr zwischen inländischen und europäischen Sachverhalten unterscheidet.

215. Basedow RCADI Bd. 360 S. 243 ff. Rn. 303 ff., S. 256 Rn. 318; Kohler RCADI Bd. 360 S. 332 Rn. 26.

216. Hammje Rev. crit. DIP 2013, 773 ff.; Niboyet/Rein-Lescastereyres/Dimitrov Gaz. Pal. 2017, 74 ff.

217. Lequette RCADI Bd. 387 S. 545 Rn. 347.

218. Ibid. S. 595 Rn. 375.

219. Clavel in: Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? S. 153 Rn. 5.

Was den ersten Aspekt betrifft, so ist der sichtbarste Ausdruck dieser Gleichstellung sicherlich die automatische Anerkennung und Vollstreckung der in einem Mitgliedstaat ergangenen Urteile.²²⁰ Dies kann aber auch durch den Schutz der zwingenden europäischen Bestimmungen beobachtet werden, den die Rom I- und Rom II-Verordnungen in ihren Artikeln 3 IV und 14 III eingeführt haben.²²¹

Bezugnehmend auf den zweiten Aspekt können wiederum der freie Verkehr der Gerichtsentscheidungen in der EU sowie die Anwendung der Anerkennungsmethode unter dem Einfluss der europäischen Grundfreiheiten genannt werden. In ähnlicher Weise gelten viele sekundärrechtliche Rechtsakten gleichermaßen für inländische und europäische Sachverhalte.²²²

2. Die Auswirkungen der Grundrechte und europäischen Grundfreiheiten

Die jüngste Rechtsprechung des EGMR und des EuGH hat zu einer Verpflichtung der europäischen Staaten geführt, bestimmte im Ausland rechtsgültig zustande gekommene Sachverhalte anzuerkennen, wenn die Verweigerung der Anerkennung gegen Artikel 8 EMRK oder die Aufenthalts- und Niederlassungsfreiheit nach Artikel 21 AEUV verstoßen würde.²²³ In diesem Zusammenhang äußert sich die Gleichstellung der internationalen mit den inländischen Sachverhalten in erster Linie dadurch, dass die Grundrechte auf den internationalen Sachverhalt ohne den Umweg über die Methoden des internationalen Privatrechts angewendet werden.²²⁴ Darüber hinaus bewirkt die Anerkennungsmethode, dass der ersuchte Staat dazu verpflichtet ist, den im Ausland zustande gekommenen Sachverhalt so anzuerkennen, als wäre dieser aus seiner eigenen Rechtsordnung hervorgegangen, ohne sich auf seine Kollisionsnorm²²⁵ oder seinen Ordre-public-Einwand²²⁶ berufen zu können. Die Grundrechte stellen somit eine Zuflucht vor der Internationalität dar.²²⁷ Im Hinblick auf die europäischen Grundfreiheiten kann jedoch ein zwingender Grund des Allgemeininteresses geltend gemacht werden.²²⁸

220. Ancel/Muir Watt Rev. crit. DIP 2005 S. 569 Rn. 6; Bergé TCFDIP 2004-2007 S. 43.

221. Lagarde in: Le droit international privé communautaire : émergence et incidences S. 17 f.

222. Siehe z.B. EU-Richtlinie 2011/83/EU, Art. 3 I.

223. EGMR Urt. v. 28.6.2007, Wagner – 76240/01; EGMR Urt. v. 3.11.2011, Negreponitis – 56759/08; EuGH Urt. v. 2.10.2003, Garcia Avello, C-148/02.

224. Najm Principes directeurs S. 512 Rn. 543 ff.

225. Muir Watt RIDE 2003/1 S. 72 Rn. 19.

226. Joubert FS Loquin S. 753 f.

227. D'Avout in: Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques S. 169.

228. EuGH Urt. v. 22.12.2010, Sayn-Wittgenstein, C-208/09; Urt. v. 2.6.2016, Bogendorff von Wolffersdorff, C-438/14.

Kapitel IV

Die Erscheinung neuer Internationalitätsformen

Der wirtschaftliche, gesellschaftliche, politische und rechtliche Wandel der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts hat die Entstehung neuer Internationalitätsformen mit sich gebracht. Zum einen hat das europäische Aufbauwerk zur Bildung eines geographischen Raums ohne Grenzen geführt, was die Entstehung rein europäischer Sachverhalte ermöglichte. Zum anderen kennzeichnet sich die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts durch einen Verlust an Souveränität der Staaten und eine geringere Relevanz der räumlichen Lokalisierung von Sachverhalten, was die Entstehung von transnationalen und anationalen Sachverhalten ermöglichte und förderte.

A. Die Auswirkungen der europäischen Regionalisierung

I. Der Begriff des europäischen Sachverhalts

Je nach Intensität der Verbindung des Sachverhalts zum europäischen Raum können drei Definitionen des europäischen Sachverhalts herangezogen werden.

1) *Strikte Definition.* Nach einer strikten Definition kann ein Sachverhalt als europäisch betrachtet werden, wenn er exklusive Verbindungen zum Gebiet mindestens zweier europäischer Mitgliedsstaaten aufweist. Das europäische internationale Privatrecht benutzt diese Definition nur für die Bedürfnisse einiger Bestimmungen, wie etwa Art. 3 IV Rom I-VO, Art. 14 III Rom II-VO, Art. 29 und 30 EuGVVO und die Regeln zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile.

2) *Mäßige Definition.* Nach einer mäßigen Definition kann ein Sachverhalt als europäisch qualifiziert werden, wenn er eine Verbindung zum Gebiet mindestens zweier Mitgliedsstaaten aufweist, ohne dass eine weitere Verbindung zu einem Drittstaat ausgeschlossen wäre. Diese Definition ist im europäischen internationalen Privatrecht weiter verbreitet. Sie dient zuerst zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs aller Rechtsinstrumente, die sich des Begriffs der „grenz-

überschreitenden Rechtssachen“ bedienen.²²⁹ Eine Zeit lang galt sie auch im Rahmen der sog. Reduktionslehre als ungeschriebene Voraussetzung des Anwendungsbereichs des EuGVÜ.²³⁰ Die Reduktionslehre schien in den 1970er bis 2000er Jahren Unterstützung in den Urteilen des EuGH zu finden, laut denen das EuGVÜ nur die „innergemeinschaftlichen Verhältnisse“ zu regeln beabsichtigt.²³¹ Auch in der deutschen und französischen Rechtsprechung fand sie sich wieder.²³² Die Reduktionslehre wurde seitdem allerdings aufgegeben. Die mäßige Definition des europäischen Sachverhalts wird heute also nur noch in einzelnen Bestimmungen des EuGVO²³³ oder anderer Verordnungen²³⁴ verwendet.

3) *Lose Definition*. Nach einer losen Definition kann ein Sachverhalt als europäisch qualifiziert werden, wenn er zumindest eine Verbindung zum Gebiet der Mitgliedsstaaten aufweist. Nach der herrschenden Meinung hat diese Definition die mäßige Definition zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs des EuGVO ersetzt.²³⁵ Für die lose Definition sprechen sowohl der Wortlaut der Verordnung²³⁶ als auch die jüngere Rechtsprechung des EuGH. In den *Group-Josi*-²³⁷ und *Owusu*²³⁸-Urteilen hat der EuGH nämlich klargestellt, dass das EuGVÜ auf einen Sachverhalt anwendbar ist, bei dem es um die Beziehungen zwischen den Gerichten eines Vertragsstaats und denen eines Nichtvertragsstaats geht.²³⁹

Zu diesen relevanten Beziehungen zählen der gewöhnliche Aufenthalt des Beklagten, der Streitgegenstand (z. B. die Lage des Grundstücks) und der Wille der Parteien²⁴⁰ im Falle einer Gerichtsstandsvereinbarung oder rügelosen Einlassung des Beklagten.²⁴¹ Hingegen reicht die

229. Siehe z.B. Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 (europäisches Mahnverfahren); Verordnung (EG) Nr. 861/2007 (geringfügige Forderungen); Verordnung (EU) Nr. 655/2014 (Kontenpfändung); Richtlinie 2003/8/EG (Prozesskostenhilfe).

230. Siehe die zitierten Autoren bei Benecke Teleologische Reduktion S. 96; Gebauer ZEuP 2001, 949 ff.; Aull Geltungsanspruch S. 78 f.; Grolimund, Drittstaatenproblematik, Rn. 345 ff.; Thiele RIW 2002, 698.

231. EuGH, Urt. v. 6.10.1976, Dunlop, C-12/76, Rn. 9; EuGH, Urt. v. 21.6.1978, Bertrand, C-150/77, Rn. 14; EuGH, Urt. v. 22.11.1978, Somafer, C-33/78, Rn. 4; EuGH, Urt. v. 15.5.1990, Kongress Agentur Hagen, C-365/88, Rn. 17; EuGH, Urt. v. 6.6.2002, Italian Leather, C-80/00, Rn. 43.

232. BGH, Urt. v. 12.10.1989 – VII ZR 339/88, Rn. 13; Cass. Urt. v. 11.3.2005, Codéviandes, Rev. crit. DIP 2005, 732.

233. Siehe z.B. Art. 7 und 8 EuGVO.

234. Siehe z.B. die Insolvenz-VO: Dammann/Bleicher D. 2014, 1709; Henry in: Le nouveau règlement insolvabilité : quelles évolutions ? S. 8 Rn. 2.

235. Bureau/Muir Watt Bd. 2 S. 142 Rn. 124; Alexandre/Huet Rép. int. Rn. 42; Libchaber Rev. crit. DIP 1995, 754; Gothot/Holleaux Convention S. 19 Rn. 32; Gaudemet-Tallon Rev. crit. DIP 2005, 736; Droz Pratique S. 15 Rn. 14; Geimer/Schütze/Geimer Art. 2 EuGVVO Rn. 111; Kropholler/von Hein, Europäisches Zivilprozessrecht, vor Art. 2 Brüssel I-VO Rn. 8; Rauscher, EuZPR/ EuIPR, Vorbem. Art. 2 Brüssel I-VO Rn. 11; Gebauer/Wiedmann/Gebauer EuGVVO Überblick Rn. 10; Thiele RIW 2002, 698; Jayme in: Europäisches Kollisionsrecht. Die Konventionen von Brüssel, Lugano und Rom. Ausländische Erfahrungen und österreichische Perspektiven S. 38.

236. Thiele RIW 2002, 698 f.; Rauscher EuZPR/ EuIPR Rn. 11; Rauscher/Fehre ZEuP 2006, 465.

237. EuGH, Urt. v. 13.7.2000, Group Josi, C-412/09.

238. EuGH, Urt. v. 1.3.2005, Owusu, C-281/02.

239. EuGH, Urt. v. 1.3.2005, Owusu, C-281/02, Rn 35.

240. Bureau/Muir Watt Bd. 1 S. 142 Rn. 124; Alexandre/Huet Rép. int. Rn. 47; Gothot/Holleaux Convention S. 19 Rn. 32; Droz Pratique S. 15 Rn. 14; Ancel/Deumier/Laazouzi S. 68 Rn. 86.

241. Zur rügelosen Einlassung, siehe Gothot/Holleaux Convention S. 22 Rn. 39.

Staatsangehörigkeit einer Partei nicht aus.²⁴² In der Brüssel Ia-VO dienen nun auch der gewöhnliche Aufenthalt des Antragstellers, wenn dieser der Verbraucher ist²⁴³ und der gewöhnliche Arbeits- oder Einstellungsort, wenn der Antragsteller der Arbeitnehmer ist²⁴⁴, als Beziehungen zum Gebiet der Mitgliedsstaaten.

Die lose Definition des europäischen Sachverhalts findet auch in anderen Verordnungen Anwendung. So sind beide Insolvenz-Verordnungen nur dann anwendbar, wenn der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners in der Europäischen Union liegt.²⁴⁵ Diesbezüglich hat der EuGH im *Schmid*-Urteil klargestellt, dass für die Anwendung der Verordnung keine weitere Beziehung zu einem zweiten Mitgliedsstaat erforderlich ist.²⁴⁶

Darüber hinaus würden sich die anderen Verordnungen, die Zuständigkeitsregeln beinhalten, dadurch kennzeichnen, dass sie auch anwendbar seien, wenn der Beklagte keinen Wohnsitz in einem Mitgliedsstaat hat.²⁴⁷ Auch die Rom I-, -II- und -III-Verordnungen könnten angewendet werden, ohne dass eine Beziehung zum Gebiet der Mitgliedsstaaten bestehe.²⁴⁸ Dem ist indes entgegenzuhalten, dass de facto immer eine Beziehung zu mindestens einem Mitgliedsstaat besteht: Werden diese Verordnungen vom zuständigen Gericht eines Mitgliedsstaates angewendet, so schafft zumindest der Zuständigkeitsgrund eine Beziehung zu einem Mitgliedstaat. Hierin zeigt sich also die Sinnlosigkeit der losen Definition des europäischen Sachverhalts: Europäische Gerichte entscheiden in der Regel nur über Streitigkeiten, die eine Verbindung zum Gebiet der Mitgliedsstaaten aufweisen, sodass in diesem Sinne fast jeder Rechtsstreit, der vor einem europäischen Gericht ausgetragen wird, der losen Definition des europäischen Sachverhalts entspricht. Diese Definition kann also nur von Nutzen sein, wenn sie auf einer im Voraus bestimmten Beziehung zum Gebiet der Mitgliedsstaaten beruht.

II. Die besondere Regelung der europäischen Sachverhalte

Im EU-Recht genießen europäischen Sachverhalte oft eine spezifische – günstigere – Behandlung im Vergleich zu internationalen Sachverhalten.

242. Alexandre/Huet Rép. int. Rn. 47; Libchaber Rev. crit. DIP 1995 Rn. 9; Pataut FS Normand S. 367; Geimer/Schütze/Geimer Art. 2 EuGVVO Rn. 96.

243. Siehe Art. 18 I Brüssel Ia-VO.

244. Siehe Art. 21 II Brüssel Ia-VO.

245. Siehe EG 14 bzw. 25 der Insolvenz-VO.

246. EuGH, Urt. v. 16.1.2014, Schmid, C-328/12, Rn. 29.

247. Bureau/Muir Watt Bd. 1 S. 143 Rn. 124.

248. Francq Rép. int. Rn. 10; Guerchoun/Piedelièvre Gaz. Pal. 23.10.2007 S. 4 Rn. 8; Gebauer/Wiedmann/Staudinger Art. 3 Rom II Rn. 20; JurisPK/Wurmnest Art. 1 Rom II-VO Rn. 24; Hammje Rev. crit. DIP 2011 Rn. 18; Althammer/Althammer Art. 1 Rom III Rn. 5; JurisPK/Ludwig Art. 1 Rom III-VO Rn. 7; Raupach Ehescheidung S. 98.

1. Auf der Ebene des anwendbaren Rechts

a. Eine spezielle materiellrechtliche Behandlung

Eine spezielle materiellrechtliche Behandlung der europäischen Sachverhalte resultiert zuerst unter einem verfahrensrechtlichen Gesichtspunkt daraus, dass EU-Verordnungen verabschiedet wurden, die das Ziel verfolgen, Mahnverfahren und Verfahren für geringfügige Forderungen in der EU zu erleichtern, zu beschleunigen und die Kosten solcher Verfahren zu senken²⁴⁹ oder die Eintreibung von Forderungen durch vorläufige Kontenpfändung zu erleichtern.²⁵⁰ Darüber hinaus genießen seit 2019 einige öffentliche Urkunden, die in den Mitgliedsstaaten erstellt wurden, einen freien Verkehr. Diese Urkunden werden „von jeder Art der Legalisation oder ähnlichen Förmlichkeit befreit“, wenn sie einem anderen Mitgliedsstaat vorgelegt werden.²⁵¹ Es wurden mehrsprachige Formulare eingeführt²⁵², um eine Übersetzung der Urkunde zu vermeiden und so deren Verkehr noch weiter zu vereinfachen.

Auch hat der EuGH im *Arblade*-Urteil eine Kontrolle der Eingriffsnormen der Mitgliedsstaaten eingeführt: Schränkt eine solche Eingriffsnorm die Ausübung einer Grundfreiheit ein, ohne dass zwingende Gründe des Allgemeininteresses diese Beschränkung rechtfertigen, kann sie nicht angewendet werden.²⁵³ Schließlich enthält das Sekundärrecht vereinzelte günstigere Regelungen für europäische Sachverhalte, insbesondere Schutzregelungen.²⁵⁴

b. Der Schutz der Anwendung des Sekundärrechts

Eine weitere Unterscheidung in der Behandlung von europäischen und internationalen Sachverhalten liegt darin, dass Parteien in einem europäischen Sachverhalt die Anwendbarkeit des EU-Sekundärrechts durch eine Rechtswahlvereinbarung zu Gunsten des Rechts eines Drittstaates nicht umgehen können. Dieser Schutz der Anwendung des Sekundärrechts kann zuerst durch das Eingreifen von sog. europäischen Eingriffsnormen erfolgen. So hat der EuGH im *Ingmar*-Urteil einige Bestimmungen einer EU-Richtlinie für anwendbar erklärt, weil „der Zweck dieser Bestimmungen erfordert [...], dass sie unabhängig davon, welchem Recht der Vertrag nach dem Willen der Parteien unterliegen soll, anwendbar sind, wenn der Sachverhalt einen starken Gemeinschaftsbezug aufweist“.²⁵⁵

Artikel 3 IV und 14 III der Rom I- und Rom II-Verordnungen haben darüber hinaus eine Einschränkung der Wirkungen der Rechtswahl zu Gunsten des Rechts eines Drittstaates formuliert,

249. Verordnung (EG) Nr. 1896/2006.

250. Verordnung (EU) Nr. 2014/655.

251. Art. 4 Verordnung (EU) Nr. 2016/1191.

252. Art. 7 I Verordnung (EU) Nr. 2016/1191.

253. EuGH, Urt. v. 23.12.1999, *Arblade*, C-369/96, C-376/96.

254. Wie etwa die Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

255. EuGH, Urt. v. 9.11.2000, *Ingmar*, C-381/98, Rn 25.

wenn der Sachverhalt eine exklusive Verbindung zum Gebiet der Mitgliedsstaaten aufweist. So können die zwingenden Bestimmungen des Sekundärrechts durch eine Rechtswahl nicht umgangen werden. Eine solche Einschränkung findet sich auch im Sekundärrecht wieder: Die Wahl des Rechts eines Drittstaates wird nur erlaubt, wenn es eine ähnliche Schutzregelung wie die des europäischen Rechts enthält.²⁵⁶

c. Der Einfluss der europäischen Grundfreiheiten

Die spezifische Behandlung von europäischen Sachverhalten erklärt sich auch durch den Einfluss der europäischen Grundfreiheiten. Die Freizügigkeit und die Aufenthaltsfreiheit des Artikels 21 AEUV bilden erstens die Grundlage der Rechtsprechung des EuGH über die Anerkennung der Familiennamen in der Union.²⁵⁷ Mitgliedsstaaten werden verpflichtet, den von einem EU-Bürger in einem anderen Mitgliedsstaat erworbenen Familiennamen anzuerkennen, wenn nicht ein zwingender Grund des Allgemeininteresses geltend gemacht werden kann. So werden Familiennamen in europäischen Sachverhalten einfacher anerkannt als in internationalen Sachverhalten, bei denen die Kollisionsregel noch strikt angewendet wird. In ähnlicher Weise wird das internationale Gesellschaftsrecht von der Niederlassungsfreiheit des Artikels 49 AEUV beeinflusst. So kann in einer europäischen Konstellation die Anerkennung einer in einem anderen Mitgliedsstaat begründeten Gesellschaft infolge der Rechtsprechung des EuGH wesentlich seltener verweigert werden als in einer internationalen Konstellation.²⁵⁸

2. Auf der Ebene des Verfahrensrechts

a. Die internationale Zuständigkeit

Die besondere Behandlung der europäischen Streitigkeiten resultiert zuerst aus dem Ausschluss exorbitanter Zuständigkeiten zwischen den Mitgliedsstaaten. Dieser Ausschluss gilt allerdings nur für europäische Streitigkeiten, die durch den Wohnsitz²⁵⁹ oder teilweise auch die Staatsangehörigkeit²⁶⁰ des Beklagten an einen Mitgliedsstaat gebunden sind. Darüber hinaus dürfen alle Antragsteller, die ihren Wohnsitz in einem Mitgliedsstaat haben, die exorbitanten Zuständigkeitsgründe benutzen, die den Staatsangehörigen anderer Mitgliedsstaaten vorbehalten sind.²⁶¹ Die Brüssel Ia-VO enthält auch eine unterschiedliche Regelung der Rechtshängigkeit und Konnexität für europäische und internationale Fälle. Europäische Fälle, in denen die Gerichte zweier Mitgliedsstaaten beteiligt sind, werden nämlich generell strenger geregelt.²⁶²

256. Lefranc Rev. crit. DIP 2005, 426.

257. EuGH, Urt. v. 2.11.2003, Garcia Avello, C-148/02; EuGH, Urt. v. 14.10.2008, Grunkin Paul, C-353/06; EuGH, 22.12.2010, Sayn-Wittgenstein, C-208/09; EuGH, Urt. v. 12.05.2011, Runevič-Vardyn, C-391/09; EuGH, Urt. v. 2.6.2016, Bogendorff von Wolffersdorff, C-438/14; EuGH, Urt. v. 8.6.2017, Freitag, C-541/15.

258. Bergé/Porcheron/Viera da Costa Cerqueira Rép. int. Rn. 103.

259. Pataut FS Normand S. 380; Gaudemet-Tallon FS Droz S. 93.

260. Ancel/Muir Watt Rev. crit. DIP 2001 S. 403 Rn. 15.

261. Art. 6 II Brüssel Ia-VO; Art. 7 II Brüssel IIa-VO.

262. Usunier Fasc. 584-170 Rn. 6.

Bei Anhängigkeit soll das später angerufene Gericht das Verfahren aussetzen²⁶³; bei Konnexität kann es das Verfahren unter einfacheren Bedingungen aussetzen und sich für unzuständig erklären.²⁶⁴

b. Die justizielle Zusammenarbeit

Die Behandlung europäischer Sachverhalte wird auch durch einige Mechanismen der justiziellen Zusammenarbeit zwischen Mitgliedsstaaten beeinflusst. So genießen europäische Streitigkeiten eine besondere, günstigere Regelung für die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke²⁶⁵ und die Beweisaufnahme.²⁶⁶ Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens hat auch die Einführung einer Art gerichtlicher Verweisung, die dem *forum non conveniens* ähnelt, in der Brüssel IIa-VO ermöglicht: Bei Sachverhalten der elterlichen Verantwortung kann das Gericht eines Mitgliedsstaates ein Gericht eines anderen Mitgliedsstaates ersuchen, sich für zuständig zu erklären.²⁶⁷

c. Der freie Verkehr von Gerichtsentscheidungen

Die Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung und Vertrauens haben die Entwicklung eines europäischen Justizraums und den freien Verkehr gerichtlicher Entscheidungen und öffentlicher Urkunden in der EU ermöglicht. Im Rahmen des europäischen Justizraums werden die Anerkennungs- und Vollstreckungsformalitäten immer einfacher. Die Unterschiede zwischen europäischen und ausländischen Urteilen zeigen sich vor allem bei ihrer Vollstreckung und bei der Ausübung von Rechtsbehelfen. So wurde in mehreren IPR-Verordnungen das Exequaturverfahren für die Vollstreckung europäischer Urteile bereits abgeschafft.²⁶⁸ Oft wurde auch gleichzeitig die Möglichkeit abgeschafft, die Anerkennung dieser Entscheidungen zu versagen.²⁶⁹ Für die Anwendung dieser günstigen Regelung wird nur die europäische Herkunft der Entscheidung betrachtet. So könnten auch inländische oder internationale Streitigkeiten von dieser Regelung profitieren.

B. Die Auswirkungen der Globalisierung

Die Globalisierung kennzeichnet sich durch eine Entwicklung des internationalen Handelsverkehrs, eine Delokalisierung wirtschaftlicher Tätigkeiten, die durch die Entwicklung des Inter-

263. Art. 29 Brüssel Ia-VO.

264. Art. 30 I, III, Art. 34 I, III Brüssel Ia-VO.

265. Verordnung (EG) Nr. 1393/2007.

266. Verordnung (EG) Nr. 1206/2001.

267. Art. 15 Brüssel IIa-VO.

268. Verordnung (EU) Nr. 1215/2012; Verordnung (EG) Nr. 2201/2003; Verordnung (EG) Nr. 805/2004; Verordnung (EG) Nr. 1896/2006; Verordnung (EG) Nr. 861/2007; Verordnung (EG) Nr. 4/2009.

269. Verordnung (EG) Nr. 2201/2003; Verordnung (EG) Nr. 1896/2006; Verordnung (EG) Nr. 861/2007; Verordnung (EG) Nr. 4/2009.

nets verstärkt wird, und eine Entstaatlichung der Gesellschaften.²⁷⁰ Diese Eigenschaften stehen allerdings in Kontrast mit dem Paradigma des modernen internationalen Privatrechts, das auf der westfälischen Verteilung der Welt unter Staaten beruht. Die Globalisierung erschwert teilweise die Lokalisierung der staatlichen Anknüpfungspunkte eines Sachverhalts oder führt zu einer kompletten Irrelevanz dieser Anknüpfungspunkte.

I. Die erschwerte Lokalisierung staatlicher Anknüpfungspunkte

1. Die steigende Bedeutung klassischer Fälle

Schwierigkeiten bei der Lokalisierung von internationalen Sachverhalten existierten schon immer. Sie umfassen z. B. Verkehrsunfälle, die auf einer Grenzstraße stattfinden, oder die Lokalisierung von Unterlassen²⁷¹ oder von Sachverhalten, die sich in einem Gebiet ohne Souveränität entwickeln. Findet ein Sachverhalt in einem solchen Gebiet statt, so kann keine territoriale Beziehung zu einem Staat erstellt werden; es kann nur an die Staatsangehörigkeit oder den Wohnsitz der Parteien angeknüpft werden.²⁷² In der Zukunft werden diese Sachverhalte voraussichtlich an Bedeutung gewinnen.²⁷³ Im Hinblick auf den Begriff der Internationalität stellt sich die Frage, ob diese Sachverhalte schon deshalb als international qualifiziert werden können, weil sie in einem Gebiet ohne Souveränität stattfinden. Im Hinblick auf die Behandlung der Internationalität ist die Frage, wie diese Fälle zu regeln sind, da die Kollisionsregel auf solche Fälle nicht angewendet werden kann, soweit sie auf territorialen Anknüpfungspunkten beruht.

2. Der besondere Fall des Internets

Das Internet kennzeichnet sich als weltweites virtuelles Netzwerk durch eine gewisse Aterritorialität²⁷⁴ und Ubiquität.²⁷⁵ Diese Merkmale erschweren die Definition und die Behandlung der internationalen Fälle, die sich im Internet entwickeln.

a) *Begriff der Internationalität.* Nach einer Meinung könnte jeder Sachverhalt, der sich im Internet entwickelt, schon deshalb als international betrachtet werden²⁷⁶, weil er sich in einem aterritorialen Raum bewegt.²⁷⁷ Doch erscheint diese Qualifikation in Anbetracht der Etymologie des Wortes „international“ sehr ungünstig, weil inländische Sachverhalte, die sich im Internet

270. Auby *Décentralisation* S. 18 f., 24.

271. Glenn RCADI Bd. 364 S. 287 Rn. 90.

272. Wengler RCADI Bd. 104 S. 310.

273. Basedow RCADI Bd. 360 S. 105 Rn. 99.

274. Larrieu in: *L'internationalité : bilan et perspectives* S. 42; Svantesson *Internet* S. 34; Lutz *IntCompLQ 2017*, 688; Caprioli *Règlement* S. 2; Guillemard *Contrat de vente* S. 187 f.

275. Guillaumé *Affaiblissement* S. 242 Rn. 513; Lutz *IntCompLQ 2017*, 688; Guillemard *Contrat de vente* S. 187 f.

276. Larrieu in: *L'internationalité : bilan et perspectives* S. 44; Poillot-Peruzzetto in: *Le contrat électronique* S. 50; Guillaumé *Affaiblissement* S. 249 Rn. 533.

277. Guillaumé *Affaiblissement* S. 242 Rn. 514.

entwickeln, somit künstlich als international qualifiziert werden könnten. Andere Begriffe wie „anational“ oder „transnational“ würden indes besser passen.

Nach einer anderen – gegensätzlichen – Meinung würde die Aterritorialität des Internets die Qualifikation der Internationalität unmöglich machen.²⁷⁸ Dies ist generell allerdings nicht korrekt: Der Sachverhalt kann meistens immer noch, mindestens durch die Staatsangehörigkeit oder den Wohnsitz der Parteien, mit staatlichen Rechtsordnungen verbunden werden.²⁷⁹ Das Internet kann aber die Kenntnisnahme dieser möglichen Auslandsbezüge durch die Parteien erschweren oder sogar verhindern²⁸⁰, wenn die eine Partei die Identität oder geographische Lage der anderen Partei nicht kennt.²⁸¹

b) Behandlung der Internationalität. Die aktuellen Regeln des internationalen Privatrechts können oft keine befriedigende Regelung der internationalen Sachverhalte anbieten, die sich im Internet entwickeln.²⁸² So wird die Angemessenheit der kollisionsrechtlichen Methode von einigen Autoren in Frage gestellt.²⁸³ Einige Anknüpfungspunkte des Sachverhalts können nämlich im Internet nicht lokalisiert werden oder erweisen sich als ungeeignet.²⁸⁴ Auch die Suche nach anderen Anknüpfungspunkten wird durch die Tatsache erschwert, dass die größte Zahl der alternativen staatlichen Bezugspunkte, die in Verbindung mit dem Internet stehen, keine Relevanz besitzt.²⁸⁵ Darüber hinaus sollte nach einigen Autoren der Inhalt der staatlichen materiellen Rechte an die Besonderheiten des Internets angepasst werden.²⁸⁶

II. Die Irrelevanz staatlicher Anknüpfungspunkte

Die Globalisierung hat auch zur Entstehung und Entwicklung von Sachverhalten geführt, die zwar leicht identifizierbare staatliche Beziehungen aufweisen, denen aber jegliche Relevanz fehlt. Diese Sachverhalte entwickeln sich vielmehr über die Staaten als zwischen ihnen; sie haben also einen transnationalen Charakter.

278. Poillot-Peruzzetto Rev. crit. DIP 2001, 541.

279. Mayer in: La relativité du contrat S. 131 Rn. 9.

280. Cachard S. 125 Rn. 196; Kessedjian RCADI Bd. 300 S. 120; Boucobza in: La relativité du contrat S. 50.

281. Basedow RCADI Bd. 360 S. 104 Rn. 98; Poillot-Peruzzetto in: Le contrat électronique S. 50; Berman Univ. Penn. Law Rev. (151) 2002, 373; Svantesson Internet S. 55; Mayer NJW 1996, 1790; Guillemard Contrat de vente S. 378; Mankowski RabelZ 1999, 224.

282. Gössl Internetspezifisches Kollisionsrecht S. 28.

283. Guillaumé Affaiblissement S. 249 Rn. 533; Niboyet/de Geouffre de la Pradelle S. 134 Rn. 143; Kessedjian FS Lagarde S. 511; Berman Univ. Penn. Law Rev. (151) 2002, 371; Poillot-Peruzzetto in: Le contrat électronique S. 50; Fauvarque-Cosson in: Le droit international de l'internet S. 57 ff.; Huet in: Le droit international de l'internet S. 82.

284. Poillot-Peruzzetto Rev. crit. DIP 2001, 541; Lutzi IntCompLQ 2017, 702; Mankowski RabelZ 1999, 167; Caprioli Règlement S. 2; Svantesson Internet S. 56

285. Kessedjian FS Lagarde S. 512; Guillaumé Affaiblissement S. 248 Rn. 531; Ancel in: Internet et le droit international S. 181; Lutzi IntCompLQ 2017, 702.

286. Gössl Internetspezifisches Kollisionsrecht S. 27; Mayer in: La relativité du contrat S. 129 Rn. 8; Berman Univ. Penn. Law Rev. (151) 2002, 371; Lutzi in: Conflit of laws in the maze of digital platforms S. 130.

1. Die Entstehung eines weltweiten Wirtschaftsraums

a) *Begriff der Internationalität.* Manche Sachverhalte würden somit eine neue Form der Internationalität beweisen, da sie sich in einem weltweiten Regulierungsrahmen entwickeln.²⁸⁷ Ihre „Internationalität“ – besser: Transnationalität – würde aus der Tatsache resultieren, dass sie von Beginn ihrer Entstehung an in keinem staatlichen Rahmen eingebettet sind.²⁸⁸ Betroffen wären erstens und vor allem manche internationalen Gesellschaften oder Unternehmensgruppen.²⁸⁹ Die Organisation dieser Gruppen ermöglichte es ihnen nämlich, sich jeder staatlichen Kontrolle zu entziehen.²⁹⁰ Somit sind sie an kein staatliches Gebiet besonders gebunden.²⁹¹ Zweitens wären auch Sachverhalte als „transnational“ zu betrachten, die keinem staatlichen Recht unterstehen.²⁹² Ein Beispiel dafür sind Staatsverträge.²⁹³ Allerdings sollte diese besondere Form der Internationalität Sachverhalten vorbehalten werden, die aufgrund ihrer inneren Eigenschaften vom staatlichen Rahmen gelöst sind.

b) *Behandlung der Internationalität.* Aufgrund der Loslösung der transnationalen Sachverhalte vom Staat wurde die staatliche Regelung dieser Sachverhalte in Frage gestellt. So wäre die Unterstellung von Gesellschaftsverträgen oder Verträgen zwischen transnationalen Gesellschaften unter ein staatliches Recht durch das Kollisionsrecht ungünstig, da die staatlichen Verbindungen des Sachverhalts nicht relevant genug sind.²⁹⁴ Auch würde der Inhalt der staatlichen Rechte den Bedürfnissen dieser Sachverhalte nicht entsprechen.²⁹⁵ Problematisch ist letztlich, dass sich transnationale Sachverhalte der Kontrolle der Staaten entziehen können. Die Aktualität gibt nämlich bereits Beispiele sog. „schwarzer Löcher“ in der Global Governance.²⁹⁶

2. Die Delokalisierung des persönlichen und Familienlebens

Die Globalisierung würde schließlich zu einer allgemeinen Delokalisierung der Personen und Familien führen.²⁹⁷ Diese Delokalisierung könnte dabei so stark werden, dass die staatlichen Beziehungen dieser Sachverhalte jedwede Relevanz verlieren würden.²⁹⁸ Ob dies dazu führen sollte, die Eignung staatlichen Rechts zur Regelung dieser Sachverhalte in Frage zu stellen, ist fraglich. Allerdings könnten diese Sachverhalte aufgrund ihrer transnationalen Eigenschaft möglicherweise das staatliche Recht einfacher umgehen als klassische internationale Fälle, was die Frage nach den Mitteln zur Bekämpfung dieser Umgehung aufwirft.

287. Kahn in: *L'internationalité dans les institutions et le droit* S. 297.

288. Kahn in: *L'hypothèse du non-droit* S. 239.

289. Batiffol S. 96 Rn. 43; Peyrefitte D. 1965, 113.

290. Rigaux RCADI Bd. 213 S. 339 Rn. 233.

291. Guillaumé *Affaiblissement* S. 256 Rn. 548.

292. Jacquet in: *L'internationalité: bilan et perspectives* S. 6.

293. Bucher RCADI Bd. 330 S. 85 Rn. 44.

294. Batiffol S. 96 Rn. 43; Peyrefitte D. 1965, 114; Wengler ZVglRWiss 1941, 193.

295. Kahn in: *L'hypothèse du non-droit* S. 234; Rigaux RCADI Bd. 213 S. 339 Rn. 233.

296. Muir Watt RIDE 2003/1 S. 65 Rn. 9.

297. Basedow RCADI Bd. 360 S. 104 Rn. 98.

298. *Ibid.* S. 104 Rn. 99.

Kapitel V

Die Neubestimmung der Grenze zwischen inländischen und internationalen Sachverhalten

Die oben dargestellten Faktoren, die die Abgrenzung zwischen inländischen und internationalen Sachverhalten verwischen, bieten Gelegenheit zu einer neuen Überlegung zur Behandlung der Internationalität. Zunächst wird dabei die Rechtfertigung einer speziellen Regelung der Internationalität in Frage gestellt, bevor untersucht wird, inwiefern die Anerkennung einer Rechtswahl oder Gerichtsstandsvereinbarung in inländischen Sachverhalten angebracht wäre.

A. Die spezifische Behandlung internationaler Sachverhalte

Die Frage der Rechtfertigung der durch das internationale Privatrecht geschaffenen unterschiedlichen Behandlung von inländischen und internationalen Sachverhalten wurde von W. Wengler in seinem grundlegenden Artikel über das Gleichheitsprinzip und das Kollisionsrecht behandelt.²⁹⁹ Nach diesem Prinzip sollten identische oder vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden, es sei denn, es gibt eine objektive Rechtfertigung für eine solche Ungleichbehandlung³⁰⁰, und umgekehrt.³⁰¹ Darüber hinaus wird vom Standpunkt der allgemeinen Rechtstheorie angenommen, dass jede unterschiedliche Regelung von Sachverhalten auf einer unterschiedlichen Rechtsnatur dieser Sachverhalte beruhen sollte.³⁰² In diesem Rahmen kann die Frage nach der Rechtfertigung der Gleich- oder Ungleichbehandlung zwischen inländischen und internationalen Sachverhalten gestellt werden. Es geht also darum, die Natur der inländischen und internationalen Sachverhalte zu vergleichen, um Schlussfolgerungen über die Rechtfertigung der Gleich- oder Ungleichbehandlung dieser Sachverhalte ziehen zu können.

I. Die Natur der inländischen und internationalen Sachverhalte

1) *Die variable Natur der internationalen Sachverhalte.* Eine Argumentation, dass internationale Sachverhalte im Verhältnis zu inländischen Sachverhalten immer von spezifischer Natur

299. Wengler Rev. crit. DIP 1963, 202 ff., 502 ff.; Wengler FS Maridakis S. 323 ff.

300. Molinier Rép. eur. Rn. 45.

301. Ibid. Rn. 46.

302. Bergel RTD civ. 1984 S. 263 Rn. 9.

sind, könnte sich darauf stützen, dass erstere eine Verbindung zu mehreren Rechtsordnungen aufweisen, während letztere ausschließlich mit einem Staat verbunden sind. Soll das Gegenteil argumentiert werden, könnte die Auffassung vertreten werden, dass inländische und internationale Sachverhalte von derselben Natur sind, da sich der internationale Charakter aus einem relativ sekundären Umstand ergibt.³⁰³ Keine dieser Thesen trifft allerdings ganz zu: Die Internationalität kann keinen, einen minimalen oder einen großen Einfluss auf die Natur des Sachverhalts haben.³⁰⁴

2) *Die Besonderheiten der Internationalität.* Was internationale Sachverhalte im Allgemeinen betrifft, so sind mehrere Eigenschaften geeignet, um ihnen eine einzigartige Natur zu verleihen. Eine der Hauptfolgen der Internationalität besteht darin, dass sie zur gleichzeitigen Berufung mehrerer Gerichtsbarkeiten oder mehrerer Rechte führen kann. Dies bedeutet für die meisten internationalen Sachverhalte eine größere Relativität in ihrer Existenz³⁰⁵ und in ihrer territorialen Wirksamkeit.³⁰⁶ Die Internationalität kann auch zur Folge haben, dass für die Parteien ein Konflikt zwischen sich widersprechenden und aus unterschiedlichen Rechtsordnungen stammenden Verpflichtungen entsteht.³⁰⁷ Die Parteien in einer internationalen Streitigkeit werden darüber hinaus oft mit eigenartigen verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten konfrontiert.³⁰⁸

Insbesondere im Hinblick auf Verträge ist unbestritten, dass internationale im Vergleich zu inländischen Verträgen besondere Eigenschaften aufweisen. Diese Eigenheit kann einerseits auf ihre inneren Merkmale zurückgeführt werden: Sie können z. B. von besonderen Parteien, wie etwa transnationalen Unternehmensgruppen, abgeschlossen werden, spezifische Klauseln enthalten oder die Parteien ungewöhnlichen Risiken aussetzen.³⁰⁹ Zweitens kann sich der Vertrag in einem speziellen Kontext einfügen. So wird allgemein angenommen, dass der internationale Handel im Vergleich zum Binnenhandel besondere Schwierigkeiten oder Bedürfnisse aufweist.³¹⁰

Angesichts dieser zahlreichen Besonderheiten kann angenommen werden, dass die Mehrheit der internationalen Sachverhalte eine Besonderheit aufweist und daher zumindest teilweise eine unterschiedliche Behandlung als inländische Sachverhalte erfordert. Im Ergebnis haben also

303. Holleaux/Foyer/de Geouffre de la Pradelle S. 166 Rn. 252; Gaudemet-Tallon RCADI Bd. 312 S. 182 Rn. 166; Audit/d'Avout S. 354 Rn. 388; Mailhé S. 176 Rn. 265; Batiffol RCADI Bd. 139 S. 108.

304. Batiffol Aspects philosophiques S. 126; Lalive RCADI Bd. 155 S. 99.

305. Mayer RCADI Bd. 327 S. 135 Rn. 124.

306. Wengler Rev. crit. DIP 1963, 230; Mayer RCADI Bd. 327 S. 135 Rn. 123.

307. Steindorff Sachnormen S. 268.

308. Siehe u.a. Verordnung (EG) Nr. 805/2004 (europäisches Vollstreckungstitel); Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 (europäisches Mahnverfahren); Verordnung (EG) Nr. 861/2007 (geringfügige Forderungen); Verordnung (EU) Nr. 655/2014 (Kontenpfändung); Verordnung (EG) Nr. 1206/2001 (Beweisaufnahme); Verordnung (EG) Nr. 1393/2007 (Zustellung von Schriftstücken).

309. Oppetit Droits 1990, 108.

310. Lerebours-Pigeonnière/Loussouarn S. 446-447 Rn. 353; Jacquet Rép. int. Rn. 85; Leboulanger Rev. arb. 2005, 190; Chatillon Contrat international S. 16.

internationale und inländische Sachverhalte prinzipiell eine unterschiedliche Natur, auch wenn der Unterschied nur einen Teilaspekt des Sachverhalts betrifft.

II. Die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung zwischen inländischen und internationalen Sachverhalten

Es gibt zwei Hauptgründe für das Bestehen einer Ungleichbehandlung von inländischen und internationalen Sachverhalten. Der erste Grund liegt in der Berücksichtigung der Besonderheiten der Internationalität³¹¹, der zweite in der Verfolgung rein materiellrechtlicher Ziele, die nicht auf die spezifischen Bedürfnisse internationaler Sachverhalte eingehen. Nur der erstgenannte Grund rechtfertigt aber eine Ungleichbehandlung von inländischen und internationalen Sachverhalten. Alle Erscheinungen einer spezifischen Behandlung der Internationalität werden nacheinander untersucht, um zu überprüfen, ob sie dieser Rechtfertigung entsprechen.

1. Die Anpassung der gerichtlichen Zuständigkeitsregel

Die Anpassung der internationalen Zuständigkeitsregel wird sehr oft durch die besonderen Eigenschaften der Internationalität gerechtfertigt³¹² und insbesondere dadurch, dass der Rechtsstreit Verbindungen zu mehreren Rechtsordnungen aufweist. Zweck dieser Anpassung kann z. B. sein, die Achtung der Souveränität der mit dem Rechtsstreit verbundenen Staaten zu gewährleisten³¹³, eine ordnungsgemäße Rechtspflege zu sichern³¹⁴, zu garantieren, dass die inländischen Gerichte für den Schutz des Territoriums, der dort lebenden Personen und ihres Eigentums zuständig sind, den Zugang zur Justiz für Inländer zu sichern³¹⁵ oder eine Rechtsverweigerung zu vermeiden.

2. Die Anwendung der Kollisionsnorm

a. Die Unterwerfung unter ein ausländisches Recht

Die Unterwerfung des internationalen Sachverhalts unter ein ausländisches Recht durch die Anwendung der Kollisionsnorm ist aufgrund der Plurilokalisierung des internationalen Sachverhalts³¹⁶ grundsätzlich als gerechtfertigte Ungleichbehandlung von inländischen und internationalen Sachverhalten anzusehen.³¹⁷ Das Bayerische Verfassungsgericht entschied somit, dass „die ausnahmslose und unterschiedslose Anwendung des eigenen Rechts auf alle in einem Staat zu beurteilenden Rechtsverhältnissen [...] dem Gleichheitssatz in stärkstem Masse zuwiderlau-

311. Neuhaus Grundbegriffe S. 178; Bucher FS Schnitzer S. 38; Patocchi Règles de rattachement S. 265 Rn. 538.

312. Loussouarn/Bourel/de Vareilles-Sommières S. 712 Rn. 700; Batiffol/Lagarde Bd. 2 S. 459 Rn. 674; Gaudemet-Tallon Rép. int. Dalloz Rn. 60, 83.

313. Huet Fasc. 581-21 Rn. 1.

314. Loc. cit.

315. MK/Patzina ZPO § 23 Rn. 1.

316. Kinsch FS Picchio Forlati S. 196.

317. Wengler Rev. crit. DIP 1963, 221, 226.

fen [würde]“. ³¹⁸ Auch hat der EGMR in der *Ammdjadi*-Entscheidung ³¹⁹ entschieden, dass die Ungleichbehandlung zwischen einem ausländischen Paar, bei dem ausländisches Recht angewendet wurde, und einem inländischen Paar, bei dem deutsches Recht angewendet wurde, gerechtfertigt ist, weil der Anknüpfungspunkt der Staatsangehörigkeit in Familiensachen als angemessen betrachtet werden kann. ³²⁰

Die Ungleichbehandlung ist also nur dann gerechtfertigt, wenn der durch die Kollisionsnorm gewählte Anknüpfungspunkt relevant ist. ³²¹ Die Verwendung eines irrelevanten Anknüpfungspunktes würde nämlich dazu führen, dass ein internationaler Sachverhalt exorbitant dem inländischen Recht unterworfen würde. Materiell gefärbte Kollisionsnormen stellen unter diesem Gesichtspunkt das größte Risiko einer Ungleichbehandlung dar.

b. Die Verfolgung eines materiellrechtlichen Ziels

Nach Ansicht von W. Wengler führen materiell orientierte Kollisionsnormen immer eine unterschiedliche Behandlung zwischen inländischen und internationalen Sachverhalten ein. ³²² Es könnte nämlich vertreten werden, dass alternative Kollisionsnormen immer eine günstigere Regelung für internationale Sachverhalte schaffen, und zwar allein dadurch, dass sie eine Wahl zwischen mehreren anwendbaren Rechten ermöglichen. Aus praktischer Sicht trifft diese Behauptung jedoch nicht immer zu, wenn der Inhalt des anwendbaren Rechts berücksichtigt wird: Die Anwendung der Kollisionsnorm kann ein Ergebnis hervorrufen, das ebenso günstig, günstiger oder ungünstiger ist als das auf inländische Sachverhalte anwendbare Recht.

Es wurde die Meinung vertreten, dass materiell orientierte Kollisionsnormen eine Lösung für die spezifischen Schwierigkeiten internationaler Sachverhalte bieten. ³²³ Diese Behauptung ist jedoch zu allgemein, da die Kollisionsnorm nicht immer das Ziel verfolgt, auf bestimmte Besonderheiten oder besondere Bedürfnisse internationaler Sachverhalte einzugehen.

i) Die Berücksichtigung der Besonderheiten der Internationalität. Nur eine Minderheit der materiell gefärbten Kollisionsnormen ist darauf beschränkt, sich ausschließlich mit den Schwierigkeiten der Internationalität zu befassen. Als Beispiele können die alternativen Kollisionsnormen über die Form von Rechtsakten ³²⁴, über die Rechtsfähigkeit natürlicher Personen oder zum Schutz gutgläubiger Vertragspartner genannt werden. ³²⁵ Bei kumulativen Kollisionsnormen kann auch grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass sie bestimmten Besonderheiten

318. Siehe Mansel Personalstatut S. 47.

319. EGMR Ur. v. 9.3.2010, *Ammdjadi*, 51625/08; EGMR Ur. v. 4.10.2012, *Harroudj*, 43631/09.

320. Kinsch FS Picchio Forlati S. 199.

321. Loc. cit.

322. Wengler Rev. crit. DIP 1963, 223.

323. Kropholler S. 142; Patocchi Règles de rattachement S. 249 Rn. 507.

324. Kropholler S. 142; Jorge S. 62 Rn. 51; Patocchi Règles de rattachement S. 268 Rn. 545.

325. Jorge S. 59 Rn. 49.

der Internationalität Rechnung tragen, indem sie die Bildung hinkender Rechtsbeziehungen vermeiden.³²⁶

ii) Die Verfolgung eines bloßen materiellrechtlichen Ziels. Die meisten Kollisionsnormen sind jedoch von einem rein gesetzgebungspolitischen Ziel geleitet³²⁷, indem der Staat versucht, in den internationalen Beziehungen bestimmte Politiken oder Interessen zu fördern, die er für besonders wertvoll hält.³²⁸ Aus der Sicht der inländischen Rechtsordnung hindert den Gesetzgeber zwar nichts daran, bestimmte materielle Erwägungen in die Regelung internationaler Sachverhalte einzubeziehen. Das Problem besteht jedoch darin, dass die Kollisionsnorm auch für Sachverhalte gelten sollen, die Verbindungen zu anderen Rechtsordnungen aufweisen, die möglicherweise eine andere Gesetzgebungspolitik verfolgen. Solche materiell orientierten Kollisionsnormen kristallisieren somit die Divergenzen zwischen den konkurrierenden materiellrechtlichen Vorschriften der verschiedenen Staaten heraus.³²⁹

Darüber hinaus tragen diese Kollisionsnormen den Besonderheiten von internationalen Sachverhalten nicht ausreichend Rechnung, da ihre Lokalisierung zur Folge haben kann, dass sie einem ausländischen Recht unterworfen werden, das im Hinblick auf die Berührungspunkte des Sachverhalts als das relevanteste betrachtet wird. Die Kollisionsnorm, die diesen Sachverhalten eine inländische Gesetzgebungspolitik auferlegt, beachtet daher dieser Besonderheit nicht ausreichend.

3. Die Anpassung des materiellen Rechts

Die Anpassung des materiellen Rechts an die Internationalität führt in den allermeisten Fällen zu einer gerechtfertigten Ungleichbehandlung von inländischen und internationalen Sachverhalten. Einerseits wurden spezielle Sachnormen entwickelt, um den besonderen Bedürfnissen der Internationalität Rechnung zu tragen.³³⁰ Sie korrigieren die durch die Kollisionsnorm bewirkte Nationalisierung der Internationalität³³¹ und gleichen die mangelnde internationale Funktionsfähigkeit des inländischen Rechts aus.³³² Dies gilt insbesondere für internationale Handelsverträge, die aufgrund ihrer besonderen Merkmale³³³ oder der Erfordernisse des internationalen Handels³³⁴ eigene Regeln erfordern. Andererseits sind auch die anderen Methoden zur materiellen Anpassung an die Internationalität als gerechtfertigt anzusehen.

326. Wengler Rev. crit. DIP 1963, 229.

327. Patocchi Règles de rattachement S. 271 Rn. 548; Gaudemet-Tallon RCADI Bd. 312 S. 176 Rn. 161; Lequette RCADI Bd. 387 S. 247 Rn. 152; Lagarde RCADI Bd. 196 S. 58 Rn. 45.

328. Lagarde RCADI Bd. 196 S. 58 Rn. 45.

329. Loc cit.

330. Lalive RCADI Bd. 155 S. 97; Loquin RCADI Bd. 322 S. 147 Rn. 349; Oppetit TCFDIP 1988 S. 125; Francsakis Renvoi S. 16 Rn. 12.

331. Kropholler S. 96.

332. Schwander Lois d'application immédiate S. 424; Mehren Hav. L. Rev. 1974, 356.

333. Mayer/Heuzé/Remy S. 12; Holleaux/Foyer/de Geouffre de la Pradelle S. 167 Rn. 254; Lerebours-Pigeonnière/Loussouarn S. 648 Rn. 477; Oppetit TCFDIP 1988 S. 125; Elkordy Règles matérielles S. 34 Rn. 51.

334. Jacquet Rép. int. Rn. 85.

Die Methode der Angleichung, die im Falle der aufeinanderfolgenden oder gleichzeitigen Anwendung mehrerer staatlicher Rechte angewendet wird, bietet eine Antwort auf ein rein internationales Problem. In ähnlicher Weise kann die Berücksichtigung der Internationalität als Tatsache als Abhilfe für die Disharmonie gesehen werden, die durch die Nationalisierung der Internationalität mittels Anwendung der Kollisionsnorm verursacht wird.³³⁵

B. Die Anerkennung einer Gerichtsstands- und Rechtswahlmöglichkeit in inländischen Sachverhalten

Sind die Gerichtsstandsvereinbarung und die Rechtswahl traditionell internationalen Sachverhalten vorbehalten, kann allerdings die Frage gestellt werden, ob diese Möglichkeit für rein inländische Sachverhalte anerkannt werden sollte, wie einige Autoren es bereits seit langem vertreten.³³⁶

I. Die Begründungen der Anerkennung

Die Gerichtsstands- und Rechtswahlmöglichkeit sollte nur dann anerkannt werden, wenn inländische Sachverhalte ein objektives Bedürfnis haben sollten, einem ausländischen Richter oder ausländischem Recht unterworfen zu werden.

1. Die für internationale Sachverhalte spezifischen Begründungen

Die Vorhersehbarkeit des anwendbaren Rechts oder des zuständigen Gerichts ist eines der Hauptargumente, das zur Anerkennung einer Gerichtsstands-³³⁷ und Rechtswahl³³⁸ in internationalen Sachverhalten geführt hat. Dieses Argument könnte teilweise auch bei inländischen Sachverhalten eingreifen. Meistens trifft es zwar zu, dass das anwendbare Recht durchaus vorhersehbar ist, da nur das inländische Recht eine legitime Berufung zur Anwendung hat.³³⁹ Die Parteien könnten jedoch ein Interesse daran haben, das anwendbare Recht zu wählen, wenn sie bereits wissen, dass sich ihr Verhältnis internationalisieren wird, weil dies eine mögliche Unsicherheit hinsichtlich des anwendbaren Rechts hervorrufen könnte. Dasselbe gilt für die Wahl des zuständigen Gerichts.³⁴⁰ Darüber hinaus kann die Gerichtsstandswahl dazu dienen, die Parteien vor der exorbitanten Zuständigkeit eines ausländischen Gerichts zu schützen.

335. Hessler FS Ehrenzweig S. 137; v. Bar/Mankowski Bd. 1 S. 207 Rn. 18; Lorenz FamRZ 1987, 646.

336. Curti Gialdino RCADI Bd. 137 S. 854 ff.; Ferid S. 145 Rn. 6-22; Stoll Rechtswahlvoraussetzungen S. 76; Amstutz/Vogt/Wang Art. 116 Rn. 28; Sonnenberger FS Ferid S. 379; Hambro IntCompLQ 1957, 594 f.

337. Usunier Rev. crit. DIP 2010, 37; Jacquet JDI 2006, 174; Guez Élection de for S. 48; Deumier RDC 2005, 455; Bollée in: L'efficacité économique du droit S. 133.

338. Mayer/Heuzé/Remy S. 519 Rn. 744; Jacquet Rép. int. Rn. 38; Ancel/Deumier/Laazouzi S. 166 Rn. 221; Giuliano RCADI Bd. 158 S. 212; Lequette RCADI Bd. 387 S. 103 Rn. 64; Kropholler S. 296; Henry Kollisionsrechtliche Rechtswahl S. 23; Kohler RCADI Bd. 360 S. 339 Rn. 41; Maultzsch RabelsZ 2011, 67; Hammje Rev. crit. DIP 2011 Rn. 22; Corneloup in: Die Wahl ausländischen Rechts im Familien- und Erbrecht S. 18; de Vareilles-Sommières FS Mayer S. 872; Moser Vertragsabschluss S. 203; Weller/Benz/Thomale ZEuP 2017, 265.

339. Maultzsch RabelsZ 2011, 67; Vischer/Huber/Oser S. 42.

340. Geimer/Schütze/Geimer Art. 23 EuGVVO Rn. 39.

Die zweite Rechtfertigung für eine Gerichtsstands- oder Rechtswahl in internationalen Sachverhalten liegt in der Möglichkeit, ein neutrales Gesetz³⁴¹ oder einen neutralen Richter³⁴² zu wählen. Da inländische Sachverhalte nur Beziehungen zu einer einzigen Rechtsordnung aufweisen, kann dieses Argument für sie allerdings nicht eingreifen.

Eine dritte Rechtfertigung umfasst die Möglichkeit für die Parteien, einen Richter oder ein Recht zu wählen, der oder das ihren Bedürfnissen genau entspricht.³⁴³ Das gleiche Bedürfnis kann sich bei inländischen Sachverhalten ergeben. Im Hinblick auf das anwendbare Recht kann es nämlich im Interesse der Parteien sein, ein detaillierteres, moderneres oder geeigneteres ausländisches Recht wählen zu können.³⁴⁴ Bezüglich des zuständigen Gerichts haben besonders J. Dammann und H. Hansmann die Meinung vertreten, dass den Parteien jegliche staatliche Gerichte für vertragliche Streitigkeiten in Handelssachen, einschließlich inländischer Streitigkeiten, zur Verfügung stehen sollten.³⁴⁵ Dies würde es den Parteien, die normalerweise nur Zugang zu einem qualitativ minderwertigen Justizsystem haben, ermöglichen, sich an einen funktionelleren Richter zu wenden.³⁴⁶ Auch könnten die Parteien ein Interesse daran haben, ein ausländisches Gericht zu wählen, das in bestimmten komplexen Streitfällen eine größere Erfahrung besitzt als der inländische Richter oder bessere Garantien für Unabhängigkeit, schnellere Fallbearbeitungszeiten³⁴⁷, niedrigere Gerichtsgebühren oder eine größere Vertraulichkeit des Verfahrens bietet.³⁴⁸

2. Die für inländische Sachverhalte spezifischen Begründungen

Ein Bedarf an eine Gerichtsstands- oder Rechtswahlmöglichkeit bei inländischen Sachverhalten könnte zudem in der Gewährung der Kohärenz des anwendbaren Rechts liegen. Als Beispiel kann der Fall genannt werden, in dem ein inländischer Vertrag Teil einer Vertragskette³⁴⁹, einer Vertragsgruppe³⁵⁰ oder eines komplexen Handelsabkommens³⁵¹ ist, zu dem auch internationale, einem ausländischen Recht unterliegende Verträge gehören. Hinzu kommt der Fall inländischer Verträge, bei denen die Parteien Zugang zu einem bestimmten internationalen Marktplatz wünschen, der einem ausländischen Recht unterliegt.³⁵² Die Verweigerung der Möglichkeit der Wahl eines ausländischen Rechts in solchen Verträgen hätte nämlich zur Folge, dass den Parteien der Zugang zu diesem Marktplatz verwehrt würde.

341. Mayer/Heuzé/Remy S. 519 Rn. 744; Giuliano RCADI Bd. 158 S. 213; Lequette RCADI Bd. 387 S. 468 Rn. 303; Neuhaus Grundbegriffe S. 258.

342. Remy JDI 2011, 51 f.; Lequette RCADI Bd. 387 S. 452 Rn. 292.

343. Hellgardt RabelsZ 2018, 672; Kropholler S. 296; Remy JDI 2011, 51 f.

344. Neumayer Rev. crit. DIP 1957, 599 f.

345. Dammann/Hansmann Cornell L. Rev. 2008, 1 ff.

346. Loc. cit.

347. Ibid. S. 7.

348. Aull Geltungsanspruch S. 136.

349. Schwander FS Keller S. 478.

350. Leborgne Groupes de contrats Rn. 174.

351. Hambro IntCompLQ 1957, 595.

352. Cuniberti in: Global private international law : adjudication without frontiers S. 465.

II. Die Modalitäten der Anerkennung

Die Anerkennung einer Gerichtsstands- und Rechtswahlmöglichkeit bei inländischen Sachverhalten, in denen die Parteien ein berechtigtes Interesse daran haben, das anwendbare Recht oder das zuständige Gericht zu wählen, muss nicht notwendigerweise durch die Aufhebung der Internationalitätsvoraussetzung erfolgen. Es gibt indirekte Möglichkeiten, um eine solche Wahl zu ermöglichen.

1. Die Anwendung der Rom I- und Rom II-Verordnungen

a. Die Wirkungen der Rechtswahl bei inländischen Sachverhalten

In der Lehre ist umstritten, ob in den Rom I- und Rom II-Verordnungen die Wahl eines ausländischen Rechts in einem inländischen Sachverhalt eine materiellrechtliche oder eine kollisionsrechtliche Wirkung haben soll. Diese Unterscheidung hat einen Einfluss auf die Auswirkungen einer Inhaltsänderung des gewählten Rechts³⁵³, auf den Beweis und die Auslegung des gewählten Rechts³⁵⁴ und auf die Bedingungen, unter denen eine solche Wahl in Allgemeinen Geschäftsbedingungen getroffen werden kann.³⁵⁵

Die Materialien zum Römischen Übereinkommen ermöglichen es, zwischen der These der materiellrechtlichen und der These der kollisionsrechtlichen Verweisung zu entscheiden.³⁵⁶ Die Gespräche in der Expertengruppe zeigen die Hauptmeinung auf, dass die Wahl des anwendbaren Rechts internationalen Sachverhalten vorbehalten sein sollte.³⁵⁷ Die Delegation des Vereinigten Königreichs argumentierte jedoch, dass die Beschränkung der Rechtswahl an internationale Verträge eine zu radikale Lösung sei, denn im Fall einer Rechtswahl in einem inländischen Vertrag reiche es aus, die Anwendung der zwingenden Bestimmungen dieses inländischen Rechts zu gewährleisten.³⁵⁸ Die Expertengruppe nahm daraufhin eine Kompromisslösung an und entschied, dass die Internationalität in Bezug auf den Sachverhalt und nicht auf den Vertrag zu beurteilen sei.³⁵⁹ Der Kompromiss bestand also nicht darin, eine Rechtswahl mit kollisionsrechtlicher Wirkung in inländischen Sachverhalten zu ermöglichen, mit der Beschränkung, dass die Anwendung der zwingenden Bestimmungen dieses Rechts davon unberührt bleibt.

b. Der Beitrag der Rom I- und Rom II-Verordnungen

Die identifizierten Hypothesen einer berechtigten Anerkennung der Rechtswahlmöglichkeit in inländischen Sachverhalten sind: Vertragswerke, die sowohl inländische als auch internatio-

353. Kassis S. 248 Rn. 247.

354. Loc. cit.; Mäsch Rechtswahlfreiheit S. 79.

355. Mäsch Rechtswahlfreiheit S. 83.

356. Siehe Ibid. S. 86 ff.

357. EG-Kommission XI/727/75 S. 10; EG-Kommission XI/79/76 S. 7.

358. EG-Kommission XI/104/76 S. 3.

359. EG-Kommission XI/514/76 S. 9.

nale Verträge umfassen (1); inländische Verträge, deren Parteien sich Zugang zu einem internationalen, einem ausländischen Recht unterliegenden Markt wünschen (2); inländische Sachverhalte, die sich möglicherweise internationalisieren werden (3); die größere Eignung des ausländischen Rechts an die Bedürfnisse der Parteien (4).

Die Rom I-Verordnung kann im Falle eines Vertragswerks, das einem ausländischen Recht unterliegt, keine Lösung bieten. Artikel 3 III schreibt nämlich die Anwendung der zwingenden Bestimmungen des inländischen Rechts auf den inländischen Vertrag vor und ermöglicht somit keine Einheit des anwendbaren Rechts. Dasselbe Hindernis dürfte im zweiten Fall auftreten. Im dritten Fall hingegen kann durch eine Rechtswahl einem durch die Internationalisierung des Sachverhalts bedingten Wechsel des anwendbaren Rechts vorgebeugt werden, da nach Artikeln 3 III und 14 II der Rom I- und Rom II-Verordnungen die Internationalität zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder des schadensbegründenden Ereignisses beurteilt wird. Im letzten Fall kann eine Rechtswahl nur dann hilfreich sein, wenn sich die Unzulänglichkeit des inländischen Rechts aus dessen Lücken oder aus ungeeigneten dispositiven Vorschriften ergibt. Geht sie indes aus zwingenden Bestimmungen hervor, können diese nicht durch die Rechtswahl ersetzt werden.

2. Die Ausweitung des Begriffs der Internationalität

Die Ausweitung des Begriffs der Internationalität ermöglicht die Anerkennung einer Rechtswahlmöglichkeit für inländische Verträge, die Teil eines internationalen Vertragswerks sind, sowie für Parteien eines inländischen Vertrags, die Zugang zu einem internationalen Markt erhalten möchten. Im ersten Fall besteht die Möglichkeit, die ökonomische Definition der Internationalität zu verwenden. Dadurch könnte der inländische Vertrag als international qualifiziert werden, in Anbetracht der Tatsache, dass er Teil einer globalen internationalen Transaktion ist. Möglich ist aber auch, den internationalen Charakter des Vertrags aufgrund seiner Verbindung mit einem internationalen Vertrag anzuerkennen.

Im zweiten Fall könnte wiederum die ökonomische Definition der Internationalität zur Hilfe genommen werden. Der inländische Vertrag wäre demnach international, da er mit dem Ziel geschlossen wurde, an einem internationalen Finanzmarkt teilzunehmen.³⁶⁰ Eine andere Möglichkeit besteht darin, den Wortlaut des Art. 3 III der Rom I-Verordnung zu nutzen und die Internationalität in Bezug auf den Sachverhalt und nicht auf den Vertrag zu beurteilen. Auf diese Weise könnte der Tatsache Rechnung getragen werden, dass der Vertrag im Zusammenhang mit einem internationalen Markt geschlossen wurde.³⁶¹

360. Cuniberti in: *Global private international law : adjudication without frontiers* S. 468.

361. *Ibid.* S. 468 f.

3. Die Anpassung des Zeitpunkts der Qualifikation der Internationalität

Diese Lösung kann insbesondere für inländische Sachverhalte genutzt werden, bei denen mit einer Internationalisierung zu rechnen ist. So könnte die Internationalität nicht zum Zeitpunkt der Entstehung des Sachverhalts beurteilt werden, sondern zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts.

4. Die Voraussetzung des legitimen Interesses der Parteien an der Wahl

Es verbleiben zwei Hypothesen, für die noch keine Lösung gefunden wurde: diejenige, in der sich die Parteien einem geeigneteren Richter oder Gesetz unterwerfen wollen, und diejenige, in der sie sich vor der exorbitanten Zuständigkeit eines ausländischen Richters schützen wollen. Für diese beiden Fälle könnte die Lösung darin bestehen, die Internationalitätsvoraussetzung durch die Voraussetzung des berechtigten Interesses der Parteien an der Wahl zu ersetzen, wie es einige deutsche Autoren vorschlagen haben.³⁶²

a. Die Charakterisierung des Interesses der Parteien

Das Interesse der Parteien an der Gerichtsstands- oder Rechtswahl in den genannten Hypothesen ist leicht erkennbar. Sie haben ein offensichtliches Interesse daran, sich gegen die exorbitante Zuständigkeit eines ausländischen Richters zu schützen. Dies rechtfertigt aber streng genommen nur die Wahl der inländischen Gerichte. Ebenso haben die Parteien ein objektives Interesse daran, sich auf einen funktionelleren Richter oder ein qualitativ besseres Recht zu einigen.

b. Die Charakterisierung der Legitimität des Interesses

i. Die Rechtswahl

Ein bedeutender Teil der Lehre spricht sich gegen die Anerkennung einer Rechtswahlmöglichkeit in inländischen Sachverhalten aus – mit der Begründung, dass dies den Parteien ermöglichen würde, sich von der Anwendung zwingender inländischer Bestimmungen zu befreien.³⁶³ Wäre eine solche Möglichkeit anerkannt, könnte eine Zunahme der Zahl der Eingriffsnormen befürchtet werden, die sich auch auf die internationalen Sachverhalte auswirken würde.³⁶⁴

Für die Anerkennung einer Rechtswahlmöglichkeit spricht hingegen, dass selbst bei der Wahl eines ausländischen Rechts in einem inländischen Sachverhalt die Parteien einem Korpus zwin-

362. Ferid S. 290; Sonnenberger FS Ferid S. 379.

363. Bureau/Muir Watt Bd. 1 S. 302 Rn. 895; Jacquet Rép. int. Rn. 84; Heuzé Réglementation S. 132 Fn. 96; Batiffol Rép. int. S. 563 Rn. 5; Niboyet Fasc. 552-30 Rn. 29; Audit Rev. crit. DIP 2006, 415; Fontaine in: Le contrat économique international S. 24 no 21; Loussouarn/Bredin S. 503 Rn. 111; Ancel/Deumier/Laazouzi S. 7 Rn. 12; Niboyet RCADI Bd. 16 S. 18; d'Avout D. 2008 Rn. 4; Kindler RIW 1987, 661; Mayer RCADI Bd. 327 S. 94 Rn. 77.

364. Heuzé Réglementation S. 132 Fn. 96.

gender Normen – nämlich denen des ausländischen Rechts – unterliegen werden.³⁶⁵ Es wurde auch die Auffassung vertreten, dass das internationale Privatrecht über ausreichende Rechtsinstrumente verfügt, wie etwa die Eingriffsnormen und den Ordre-public-Vorbehalt, um die Einhaltung der zwingendsten inländischen Vorschriften zu gewährleisten.³⁶⁶ Schwache Parteien würden zudem durch die besonderen Bestimmungen der Rom I-Verordnung geschützt.³⁶⁷

Die Frage der Anerkennung einer Rechtswahlmöglichkeit bei inländischen Sachverhalten erfordert also einen Ausgleich zwischen zwei gegensätzlichen Interessen: dem Interesse der Parteien und dem Interesse des Staates, die zwingenden Bestimmungen seines inländischen Rechts zu schützen. Erstens ist dahingehend zu bedenken, dass es selbst in europäischen Ländern keine Gewährleistung dafür gibt, dass die inländischen Rechtsvorschriften auf ausreichend engen Grundlagen beruhen, um die Wahl eines ausländischen Rechts für den inländischen Staat akzeptabel zu machen. Die sog. „inländische Rechtswahl“ des französischen Rechts, die es den Parteien erlaubt, sich einer nicht anwendbaren inländischen Regelung zu unterwerfen³⁶⁸, ist ein gutes Beispiel dafür. Den Parteien ist es in der Tat nicht gestattet, sich von den im Normalfall anwendbaren zwingenden Normen zu befreien, obwohl sich ihre Wahl auf eine inländische Regelung bezieht.³⁶⁹ Zweitens gewährleistet selbst die kombinierte Anwendung von Eingriffsnormen, Ordre-public-Vorbehalt und Regeln zum Schutz schwächerer Parteien nicht, dass alle inländischen zwingenden Normen betrachtet werden.

De lege lata ist es also nicht möglich, eine zufriedenstellende Kompromisslösung zu finden, die die Anerkennung der Rechtswahl in inländischen Sachverhalten ermöglicht. Diese Anerkennung würde nämlich immer zu einem zumindest teilweisen Verlust des zwingenden Charakters des inländischen zwingenden Rechts führen.

ii. Die Gerichtsstandsvereinbarung

Die Anerkennung einer Wahlmöglichkeit des zuständigen Gerichts in inländischen Sachverhalten kann der gleichen Kritik ausgesetzt werden wie die Rechtswahl. Dies hätte zur Folge, dass der inländischen Rechtsordnung die Möglichkeit genommen würde, rein inländische Streitigkeiten zu verhandeln.³⁷⁰ Darüber hinaus würde es den Parteien unter Umständen ermöglichen, zwingende Bestimmungen des inländischen Rechts zu umgehen.³⁷¹ Es bestünde auch das Risiko, einer der Parteien den Zugang zur Justiz zu erschweren oder sogar zu verwehren.³⁷²

365. Curti Gialdino RCADI Bd. 137 S. 856 Rn. 43.

366. Loc. cit.; Amstutz/Vogt/Wang Art. 116 Rn. 28; Keller/Kren Kostkiewicz Art. 116 Rn. 44.

367. Lorenz RIW 1987, 574.

368. Bureau FS Malaurie S. 125; Lemaire RRJ 2001, 1431 f.; Seube FS Calais-Auloy S. 1010; Pérès-Dourdou S. 158 Rn. 174.

369. Romano JDI 2007 Rn. 12; Bureau FS Malaurie S. 132 Rn. 11; Lemaire RRJ 2001, 1445; Seube FS Calais-Auloy S. 1013; Pérès-Dourdou S. 161 Rn. 176.

370. Jodlowski RCADI Bd. 143 S. 548.

371. Bollée in: L'efficacité économique en droit S. 142; Frauenberg-Pfeiler FS Rechberger S.132; Killias Gerichtsstandsvereinbarungen S. 71; Maultzsch FS v. Hoffmann S. 310.

372. Guez Élection de for S. 71; Bollée in: L'efficacité économique en droit S. 139.

Es wurde zugunsten der Anerkennung einer Wahlmöglichkeit in inländischen Sachverhalten darauf hingewiesen, dass die Wahl eines ausländischen Gerichts den Parteien grundsätzlich nicht erlaubt, sich den zwingenden inländischen Bestimmungen zu entziehen³⁷³, insbesondere wenn Artikel 3 III und 14 IV der Rom I- und Rom II-Verordnungen beachtet werden.³⁷⁴ Die Anwendung dieser Bestimmungen würde auch für schwächere Parteien durch Artikeln 6 II und 8 I der Rom I-Verordnung sichergestellt.³⁷⁵ Darüber hinaus haben die Parteien die Möglichkeit, auf ein inländisches Schiedsverfahren zurückzugreifen, was bedeutet, dass die inländische Rechtsordnung bereits annimmt, dass ihre Streitigkeit dem inländischen Richter entgehen kann.³⁷⁶ Schließlich könnten die Staaten selbst von der Anerkennung dieser Wahlmöglichkeit profitieren, denn der daraus resultierende Wettbewerb zwischen staatlichen Gerichten könnte zur Verbesserung ihrer Justizsysteme beitragen.³⁷⁷

Aus der Gegenüberstellung dieser Argumente ergibt sich, dass die Gerichtsstandswahl in inländischen Sachverhalten annehmbarer ist als die Rechtswahl. Die Anerkennung dieser Möglichkeit könnte jedoch nur unter zwei Bedingungen stattfinden. Erstens sollte die Wahl eines ausländischen Gerichts nicht das Recht der Parteien auf Zugang zum Gericht beeinträchtigen. Die Wahl sollte also nur im gegenseitigen Einvernehmen und für Parteien in einem gleichberechtigten Machtverhältnis erlaubt sein. Zweitens sollte gesichert werden, dass das ausländische Gericht das inländische Recht anwendet.

Gegenwärtig besteht allerdings keine Möglichkeit, ein ausländisches Gericht dazu zu zwingen, inländisches Recht auf einen inländischen Sachverhalt anzuwenden. Es ist auch nicht gewährleistet, dass der inländische Staat die Anerkennung oder Vollstreckung der Entscheidung des ausländischen Gerichts versagen kann, denn lediglich Art. 20 des Haager Übereinkommens von 2005 erlaubt es ihm, einer ausländischen Entscheidung, die in einem inländischen Rechtsstreit ergangen ist, aus diesem Grund die Anerkennung oder Vollstreckung zu verweigern. De lege lata gibt es also keine ausreichende Garantie dafür, dass das ausländische Gericht inländisches Recht anwenden wird oder dass die inländische Rechtsordnung die Anerkennung oder Vollstreckung des ausländischen Urteils verweigern könnte, wenn ausländisches Recht angewendet wurde. Aus diesen Gründen erscheint die Wahl eines ausländischen Richters in inländischen Sachverhalten derzeit nicht annehmbar.

373. Gaudemet-Tallon *Prorogation volontaire* S. 196 Rn. 308.

374. Frauenberg-Pfeiler FS Rechberger S. 135.

375. *Loc. cit.*; Benecke *Teleologische Reduktion* S. 83; Aull *Geltungsanspruch* S. 137.

376. Rigaux RCADI Bd. 213 S. 173 Rn. 121.

377. Dammann/Hansmann *Cornell L. Rev.* 2008, 12.

Kapitel VI

Die Regelung besonderer Formen der Internationalität

Die Globalisierung und die europäische Regionalisierung haben maßgeblich zur Entstehung und Vervielfachung der Anzahl besonderer Formen der Internationalität beigetragen. Es stellt sich nun die Frage, wie diese neuen Formen der Internationalität angemessen zu regeln sind.

A. Die Regelung europäischer Sachverhalte

Europäische Sachverhalte haben die Besonderheit, dass sie strukturell internationale Sachverhalte sind, aber zu einem inneren Raum gehören, der in mancher Hinsicht dem Territorium eines Staates ähnelt. Diese Besonderheit gibt Anlass dafür, die Legitimität einer unterschiedlichen Behandlung sowohl zwischen europäischen und internationalen Sachverhalten als auch zwischen europäischen und inländischen Sachverhalten in Frage zu stellen.

I. Die Unterscheidung zwischen europäischen und internationalen Sachverhalten

Europäische Sachverhalte besitzen die gleichen Merkmale und leiden unter den gleichen Schwierigkeiten wie internationale Sachverhalte. Allerdings sieht das EU-Recht oft eine spezifische Regelung vor, die europäischen Sachverhalten vorbehalten ist, was eine Ungleichbehandlung innerhalb der Kategorie der internationalen Sachverhalte schafft.

1. Der Zweck der für europäische Sachverhalte spezifischen Regelung

Die für europäische Sachverhalte spezifische Regelung kann im Allgemeinen zwei Zwecke verfolgen. Erstens hat das EU-Recht Regelungen geschaffen, die sich mit den spezifischen Schwierigkeiten der Internationalität befassen. Zum einen sind dies die Vorschriften und die Rechtsprechung, die darauf abzielen, die Anerkennung von Urteilen, öffentlichen Urkunden und Sachverhalten innerhalb der Europäischen Union zu erleichtern. Zum anderen gehören hierzu die europäischen Verordnungen und Richtlinien, die sich mit Verfahrensschwierigkeiten befassen, die der Internationalität eigen sind. Neben den Vorschriften zur Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen ist die Sonderregelung für Rechtshängigkeit und Konnexität der Brüssel-Ia-Verordnung zu nennen. Hinzu kommen die Verordnungen und Richtlinien über die

Prozesskostenhilfe, das europäische Mahnverfahren, geringfügige Forderungen und die vorläufige Kontenpfändung.

Zweitens ist die besondere Regelung, die das EU-Recht für europäische Sachverhalte vorsieht, manchmal nur das Ergebnis der Verfolgung einer besonderen Politik in den Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten. Dies ist der Fall beim Verbot des Rückgriffs auf exorbitante Zuständigkeitsgründe in der Brüssel-Ia-Verordnung und deren Ausweitung auf außereuropäische Streitigkeiten. Gleiches gilt für die europäischen Eingriffsnormen, die sich aus der *Ingmar*-Rechtsprechung ergeben; für die Artikel 3 IV und 14 III der Rom I- und Rom II-Verordnungen, die die Wirkungen der Wahl des Rechts eines Drittstaates in rein europäischen Sachverhalten begrenzen, und für die *Arblade*-Rechtsprechung, die es ermöglicht, die Anwendung von Eingriffsnormen der Mitgliedstaaten in europäischen Sachverhalten auszuschließen.

2. Rechtfertigungen für die Beschränkung der spezifischen Regelung des EU-Rechts auf europäische Sachverhalte

a) *Die Zuständigkeitsgrundlage der Europäischen Union.* Die Untersuchung der Zuständigkeitsgrundlage der Union, als sie sich noch auf Artikel 65 EGV stützte, hatte einige Autoren dazu veranlasst, die Ansicht zu vertreten, dass die IPR-Verordnungen wegen des Verweises auf das „reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts“ im genannten Artikel nur auf Sachverhalte Anwendung finden sollten, an denen mindestens zwei Mitgliedstaaten beteiligt sind.³⁷⁸ Nun sieht Artikel 81 AEUV eine Zuständigkeit der Union im Bereich des internationalen Privatrechts „insbesondere“ dann vor, wenn dies für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts erforderlich ist, sodass sich das Handeln der Union nicht mehr allein auf die europäischen Beziehungen beschränken muss.³⁷⁹ Die Zuständigkeitsgrundlage der Union stellt also keine Rechtfertigung für die Beschränkung der spezifischen Regelung des EU-Rechts auf europäische Sachverhalte mehr dar.³⁸⁰

b) *Das politische Mandat der Europäischen Union.* Das Handeln der Europäischen Union wird allerdings von ihrer eigenen politischen Agenda bestimmt, zu der insbesondere die Vollendung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gehört. Das Tampere-Programm von 1999³⁸¹, das Haager Programm von 2004³⁸², das Stockholmer Programm von 2009³⁸³ und das Brüsseler Programm von 2014³⁸⁴, die sich alle auf die Verwirklichung des europäischen Rechtsraums beziehen, zeigen, dass sich das Handeln der Union vollständig auf die Mitgliedstaaten, ihre Rechtssysteme, ihre Gerichte, ihre Unternehmen und ihre Bürger konzentriert. Die

378. Borrás RCADI Bd. 315 S. 339 Rn. 17; Heuzé JCP G 2008.I.166 Rn. 3; Lequette FS Gaudemet-Tallon S. 510 Rn. 7; Gaudemet-Tallon in: 1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir S. 769 Rn. 28.

379. Barrière Brousse JDI 2010 Rn. 5.

380. Fallon RCADI Bd. 253 S. 191 Rn. 108.

381. Conseil européen de Tampere, Conclusions de la Présidence, 15 et 16 oct. 1999.

382. Conseil européen de Bruxelles, Conclusions de la Présidence, 4 et 5 nov. 2004.

383. Conseil européen, Le Programme de Stockholm – Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens.

384. Conseil européen, Conclusions de la Présidence, 26 et 27 juin 2014.

Errichtung des europäischen Rechtsraums verlangt daher an sich eine Unterscheidung zwischen europäischen und außereuropäischen Sachverhalten.

c) Die Besonderheit der Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten. Europäische Sachverhalte haben schließlich ein Merkmal, das sie von rein internationalen Sachverhalten unterscheidet und das in der Identität der Staaten liegt, mit denen sie verbunden sind. So finden die Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten der Union im Rahmen einer Rechts-³⁸⁵ und einer Kulturgemeinschaft³⁸⁶ statt und werden vom Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens bestimmt.³⁸⁷ Diese Besonderheit erklärt, warum bestimmte spezifische Regelungen des EU-Rechts ausschließlich europäischen Sachverhalten vorbehalten sind, denn diese Regelungen kommen nur in den Beziehungen zwischen Staaten in Betracht, die ein besonderes Vertrauen in die Justizsysteme und Verwaltungen der jeweils anderen Staaten haben.

3. Die Angemessenheit der Beschränkung der spezifischen Regelung des EU-Rechts auf europäische Sachverhalte

Die Angemessenheit dieser Beschränkung ist unterschiedlich zu beurteilen, je nachdem, ob die durch das EU-Recht geschaffene spezifische Regelung zumindest teilweise auf bestimmte, durch die Internationalität bedingte Schwierigkeiten ausgerichtet ist oder ob sie nur eine europäische Politik durchsetzt. Wenn das EU-Recht eine spezifische Regelung für europäische Sachverhalte festlegt, die bezweckt oder bewirkt, dass bestimmte, der Internationalität eigene Schwierigkeiten angegangen werden, schafft dies eine Ungleichbehandlung zwischen europäischen und internationalen Sachverhalten. Personen oder Unternehmen in einem außereuropäischen Sachverhalt sind in der Tat mit den gleichen Schwierigkeiten konfrontiert wie in einem europäischen Sachverhalt. So bedauerlich diese unterschiedliche Behandlung erscheinen mag, erklärt sie sich allerdings durch die oben dargestellten Rechtfertigungen. Wenn sich die durch das EU-Recht geschaffene spezifische Regelung ausschließlich durch die Verfolgung einer europäischen Politik erklärt, ist allerdings die eingeführte unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt. Denn die Europäische Union besitzt keine Legitimität, ihre politischen Ziele internationalen Sachverhalten aufzuzwingen, die keine Verbindung zu ihr aufweisen.

II. Die Unterscheidung zwischen europäischen und inländischen Sachverhalten

Die Europäische Union weist die Besonderheit auf, sowohl ein eigenes Territorium als auch eine eigene Bürgerschaft zu besitzen. Die internationalen Sachverhalte, die Teil des europäischen Raumes sind, können daher in ihrer Konfiguration mit rein inländischen Sachverhalten verglichen werden. Die Legitimität der Gleichstellung zwischen europäischen und inländischen Sachverhalten kann demnach in Frage gestellt werden.

385. Muir Watt Arch. phil. droit 2001, 283.

386. Ancel/Muir Watt Rev. crit. DIP 2001 Rn. 24.

387. Pataut FS Normand S. 380; Gaudemet-Tallon FS Droz S. 93; Barrière Brousse JDI 2010 Rn. 8; Deumier/Laazouzi/Treppoz RCD 2013, 1037 f.

1. Die Gleichstellung europäischer Sachverhalte mit inländischen Sachverhalten

a. Die zwingende Anwendung des EU-Rechts

Aufgrund ihres Gleichlaufs mit den Artikeln 3 III und 14 IV stellen die Artikel 3 IV und 14 III der Rom I- und Rom II-Verordnungen die offenkundigste Erscheinung der Gleichstellung europäischer Sachverhalte mit inländischen Sachverhalten dar. Diese Gleichstellung wurde teilweise gebilligt³⁸⁸, teilweise aber auch mit der Begründung kritisiert, dass sie eine Leugnung der Internationalität der europäischen Sachverhalte zur Folge hat.³⁸⁹ Es wurde auch geltend gemacht, dass die Europäische Union keine Föderation ist.³⁹⁰ Diese letzte Kritik erscheint besonders gerechtfertigt, da die genannte Gleichstellung europäischer Sachverhalte mit inländischen Sachverhalten nicht im Einklang mit dem gegenwärtigen Stand der europäischen Integration steht.³⁹¹ Dasselbe gilt für die europäischen Eingriffsnormen, die sich aus der *Ingmar*-Rechtsprechung ergeben, und für die im Sekundärrecht enthaltenen Beschränkungen der Rechtswahl zu Gunsten eines Drittstaates.

b. Die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedsstaaten

Eine andere Art der Gleichstellung europäischer Sachverhalte mit inländischen Sachverhalten ergibt sich aus der Abschaffung der Formalitäten für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile in der Union. Somit wird nämlich jegliche Unterscheidung zwischen inländischen und internationalen Rechtsstreitigkeiten aufgehoben.³⁹² Dasselbe gilt für die Anerkennung von öffentlichen Dokumenten und Rechtslagen. Auch die Regelung der Rechtshängigkeit und Konnexität, die mit der Brüssel-Ia-Verordnung speziell für europäische Rechtsstreitigkeiten eingeführt wurde, nähert sich immer mehr einer inländischen Regelung an³⁹³, insbesondere durch die Verwendung eines strengen chronologischen Kriteriums für die Rechtshängigkeit. Schließlich sind bestimmte Mechanismen der justiziellen Zusammenarbeit zu nennen, wie etwa die Verweisungsmöglichkeit eines Falles an das Gericht eines anderen Mitgliedsstaates in der Brüssel-IIb-Verordnung oder die Möglichkeit für ein Gericht, Beweismittel nach der Verordnung Nr. 1206/2001 in einem anderen Mitgliedstaat selbst zu erheben.

Diese zweite Art der Gleichstellung europäischer Sachverhalte mit inländischen Sachverhalten rechtfertigt sich durch die Grundsätze des gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Anerkennung. Sie ist weniger problematisch als die erste, weil sie auf Zusammenarbeit und Offenheit beruht; sie drückt kein Misstrauen oder Protektionismus gegenüber außereuropäischen Staaten und ihrem Recht aus und kann also gutgeheißen werden.

388. Bucher FS Schnitzer Rn. 10; Gaudemet-Tallon Fasc. 552-15 Rn. 21; Lagarde/Tenenbaum Rev. crit. DIP 2008 S. 727 Rn. 10.

389. Jacquet FS Gaudemet-Tallon S. 745.

390. Mayer RCADI Bd. 327 S. 93 Rn. 76.

391. Collas LPA 1994, 1 ff.; Gruber LPA 11.10.2000, 6 ff.; Torcol/Maubernard/Hanan RUE 2019, 256 ff.

392. Pataut FS Normand S. 47 f.

393. Moissinac-Massenat S. 127 Rn. 186.

2. Die Gleichstellung inländischer Sachverhalte mit europäischen Sachverhalten

a. Die Schaffung einer einheitlichen Regelung

Die Europäische Kommission hat mehrere erfolglose Versuche unternommen, das auf europäische und inländische Sachverhalte anwendbare Recht zu vereinheitlichen. Ein Beispiel ist das EU-Projekt zum Vertragsrecht. Die Kommission befürwortete die Annahme eines optionalen Instruments für Verträge zwischen Kaufleuten, das den Parteien sowohl europäischer als auch inländischer Verträge offen gestanden hätte.³⁹⁴ Sie war nämlich der Auffassung, dass die Koexistenz zweier getrennter materiellrechtlicher Regelungen für diese beiden Kategorien von Verträgen dem Ziel eines einheitlichen europäischen Rechtsraums zuwiderlaufen und zu Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt führen würde.³⁹⁵ Dazu wurde in der Lehre die Auffassung vertreten, dass die Unterscheidung zwischen inländischen und europäischen Sachverhalten der Idee eines Binnenmarkts zuwiderlaufe³⁹⁶ und dass der Ausschluss inländischer Verträge vom europäischen Regelwerk zu einer Ungleichbehandlung führen könnte.³⁹⁷

Die Vereinheitlichung der Regelung der inländischen und europäischen Sachverhalte im Rahmen des EU-Projekts zum Vertragsrecht rufte jedoch mehrere Vorbehalte hervor. Erstens ist nicht eindeutig zu belegen, dass die mangelnde Einheitlichkeit des materiellen Rechts das Haupthindernis für die Vollendung des Binnenmarkts darstellt.³⁹⁸ Zweitens könnte die rechtliche Zuständigkeit der Union zur Regelung inländischer Sachverhalte Schwierigkeiten bereiten, da Artikel 81 AEUV³⁹⁹ und Artikel 114 AEUV⁴⁰⁰ nicht angewendet werden können und Artikel 352 AEUV die Einstimmigkeit des Rates für die Erlassung des Instruments erfordert.⁴⁰¹ Schließlich ist eine vollständige Vereinheitlichung der für inländische und europäische Sachverhalte geltenden Regelung nicht unbedingt angebracht, da dies den Besonderheiten der Internationalität nicht Rechnung tragen würde. Sollte der Stand der europäischen Integration die Vereinheitlichung des materiellen Rechts für inländische und europäische Sachverhalte jemals erlauben, so sollte die Möglichkeit offengelassen werden, bestimmte, der Internationalität eigene Regeln in dieses Regelwerk aufzunehmen.

b. Die Wahl des zuständigen Gerichts und des anwendbaren Rechts

Die Frage nach der Anerkennung einer Wahlmöglichkeit des zuständigen Gerichts oder des anwendbaren Rechts in inländischen Sachverhalten könnte im spezifischen Rahmen der Euro-

394. EU-Kommission COM(2010)348 final S. 12.

395. EU-Kommission COM(2004)173 final/3 S. 7.

396. Basedow FS Lorenz S. 109; MPI für ausländisches und internationales Privatrecht *RabelsZ* 2011 S. 420 Rn. 121.

397. Herrestahl *EuZW* 2011, 9; Doralt *RCD* 2011, 1313 ff.

398. Balensi/Baumgartner *RCD* 2012, 1400 ff.

399. MPI für ausländisches und internationales Privatrecht *RabelsZ* 2011 S. 387 Rn. 38.

400. Leible *BB* 2008, 1474; Balensi/Baumgartner *RCD* 2012, 1400 ff.; Herrestahl *EuZW* 2011, 9; MPI für ausländisches und internationales Privatrecht *RabelsZ* 2011 S. 388 Rn. 41.

401. Balensi/Baumgartner *RCD* 2012, 1400 ff.

päischen Union anders ausfallen. Es wurde nämlich die Meinung vertreten, dass die Besonderheit des europäischen Raums und der Beziehungen der Mitgliedstaaten es rechtfertigen könnte, die Wahl des Rechts eines anderen Mitgliedsstaates in inländischen Verträgen zuzulassen.⁴⁰² Der Verzicht auf die Anwendung zwingender Bestimmungen des inländischen Rechts könnte in den Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten annehmbarer erscheinen: Diese Staaten sind nämlich durch eine Rechts- und Kulturgemeinschaft⁴⁰³ und das Prinzip des gegenseitigen Vertrauens⁴⁰⁴ vereint und die inhaltlichen Unterschiede zwischen ihren materiellen Rechten nehmen tendenziell infolge der vom europäischen Gesetzgeber verfolgten Harmonisierungspolitik ab.⁴⁰⁵ Trotz dieser Argumente wird es aber für die Anerkennung einer Rechtswahlmöglichkeit in inländischen Sachverhalten notwendig sein, ein fortgeschrittenes Stadium des europäischen Aufbaus abzuwarten, da eine solche Rechtswahl immer noch mit einem Verlust des zwingenden Charakters des inländischen zwingenden Rechts verbunden ist.

Die Frage nach der Anerkennung einer Wahlmöglichkeit des zuständigen Gerichts erfordert allerdings eine offenere Antwort, da Urteile aus den Mitgliedsstaaten bereits eine grundsätzliche völlige Freizügigkeit im Anwendungsbereich der Brüssel-Ia- und Brüssel-IIb-Verordnungen genießen – ungeachtet dessen, ob sie in einer Rechtsstreitigkeit ergangen sind, die nur Verbindungen mit einem anderen Mitgliedsstaat aufwies. Darüber hinaus besteht prinzipiell nur ein sehr geringes Risiko, dass der ausländische Richter das inländische Recht nicht anwendet, da die Kollisionsnormen innerhalb der Union weitgehend vereinheitlicht worden sind.

B. Die Regelung von transnationalen Sachverhalten

Die Globalisierung hat das Entstehen einer spezifischen Kategorie von internationalen Sachverhalten ermöglicht, die als transnational bezeichnet werden können und durch ihre Loslösung von Staatsgebieten gekennzeichnet sind. Aufgrund ihrer Eigenschaften stellen diese Sachverhalte teilweise die klassischen Regeln des internationalen Privatrechts in Frage. Es wird nachfolgend untersucht, wie das internationale Privatrecht angemessene Lösungen für diese Sachverhalte bieten könnte.

I. Die Anpassung der Regeln des internationalen Privatrechts

Transnationale Phänomene haben nicht notwendigerweise zur Folge, dass die Methoden des internationalen Privatrechts komplett in Frage gestellt werden, denn eine Anpassung dieser Regeln kann ausreichen, um sie angemessen zu regeln.

402. Witz in: *L'internationalité: bilan et perspectives* S. 61 f.

403. Muir Watt Arch. phil. droit 2001, 283.

404. Witz in: *L'internationalité: bilan et perspectives* S. 62.

405. Loc. cit.

1) *Gebiete ohne staatliche Souveränität.* Die Regelung transnationaler Sachverhalte durch das internationale Privatrecht kann zunächst durch eine Änderung der Kollisionsnorm oder der Zuständigkeitsregel, insbesondere durch die Wahl eines geeigneten Anknüpfungspunktes, gewährleistet werden. Die Rechtsprechung des EuGH zeigt somit, dass angepasste Anknüpfungspunkte für Sachverhalte, die in Gebieten ohne staatliche Souveränität stattfinden, entwickelt werden können, z. B. zur Bestimmung des anwendbaren Rechts im Falle eines Schadenseintritts in einem solchen Gebiet.⁴⁰⁶

Sollte man der Ansicht sein, dass die Anpassung der Kollisionsnorm oder der Zuständigkeitsregel keine zufriedenstellende Methode darstellt, so bleibt die Möglichkeit, besondere Sachnormen für diese Sachverhalte zu schaffen. Diese Methode bringt den doppelten Vorteil mit sich, sowohl die Lokalisierung der transnationalen Sachverhalte als auch die Anwendung eines inländischen Rechts, dessen Inhalt unangemessen sein könnte, zu vermeiden. Die Anwendung dieser Methode wurde somit in der Lehre im Hinblick auf Gebiete ohne Souveränität unterstützt.⁴⁰⁷

2) *Internet.* Internationale Sachverhalte, die im Internet entstehen, ermöglichen immer noch eine staatliche Lokalisierung anhand des Wohnsitzes oder der Staatsangehörigkeit der Parteien und die Bestimmung des zuständigen Gerichts oder des anwendbaren Rechts durch die Wahl der Parteien.⁴⁰⁸ Ferner besteht die Möglichkeit, neue Anknüpfungspunkte zu entwickeln.⁴⁰⁹ Die Rechtsprechung – besonders des EuGH – hat somit bereits begonnen, die klassischen Lösungen des internationalen Privatrechts im Vertrags- und Deliktsrecht durch eine „Reterritorialisierung“ des Internets anzupassen.⁴¹⁰ Zu nennen sind z. B. die *eDate Advertising*-⁴¹¹, *Bolagsupplysningen*-⁴¹² und *Pammer und Hotel Alpenhof*⁴¹³-Urteile.

Ungeachtet der Tatsache, dass die Anpassung der Kollisionsnorm oder der Zuständigkeitsregel auf diese Weise eine angemessene Regelung der Sachverhalte, die im Internet entstehen oder auftreten, ermöglicht, unterstützen einige Autoren die Entwicklung eines *lex informatica*⁴¹⁴, die mit der Errichtung spezieller anationale Gerichte für Internet-Streitigkeiten einhergehen könnte.⁴¹⁵ Diese Lösung, die nur begrenzt bleiben kann⁴¹⁶, erscheint überdies nicht erforderlich.

406. Basedow *RabelsZ* 2010, 132 f.

407. Basedow *RabelsZ* 2010 S. 124 ff.

408. Michaels in: *Globalisation and Jurisdiction* S. 115; Mayer in: *La relativité du contrat* S. 131 Rn. 9.

409. Kessedjian FS Lagarde S. 512; Gössl *Internetspezifisches Kollisionsrecht* S. 279; Niboyet/de Geouffre de la Pradelle S. 137 Rn. 169; Michaels in: *International civil litigation in Europe and relations with third States* S. 145; Fauvarque-Cosson in: *Le droit international de l'internet* S. 58.

410. Treppoz FS *Audit* S. 657.

411. EuGH, Urt. v. 25.10.2011, *eDate Advertising*, C-509/09, C-161/10.

412. EuGH Urt. v. 17.10.2017, *Bolagsupplysningen*, C-194/16.

413. EuGH Urt. v. 7.12.2010, *Pammer und Hotel Alpenhof*, C-585/08, C-144/09.

414. Berman Univ. Penn. *Law Rev.* (151) 2002, 371; Poillot-Peruzzetto in: *Le contrat électronique* S. 51; Gaudemet-Tallon *RCADI* Bd. 312 S. 225 Rn. 213; Fauvarque-Cosson in: *Le droit international de l'internet* S. 56; Vivant *Rép. int.* Rn. 10; Gössl *Internetspezifisches Kollisionsrecht* S. 247 f.

415. Fauvarque-Cosson in: *Le droit international de l'internet* S. 56; Guillaumé *Affaiblissement* S. 255 Rn. 545.

416. Ancel in: *Internet et le droit international* S. 182.

3) *Transnationale Verträge und Unternehmensgruppen*. Transnationale Verträge oder Unternehmensgruppen können zunächst die Anwendung eines nichtstaatlichen Rechts⁴¹⁷ oder die Anrufung nichtstaatlicher Gerichte erfordern, um der Unzulänglichkeit des staatlichen Rechts zur Regelung solcher Sachverhalte Rechnung zu tragen. Den Parteien steht somit ein „transnationales Recht“ zur Verfügung⁴¹⁸, vorausgesetzt, sie koppeln diese Wahl mit einer Schiedsklausel, sodass ihr volle Wirkung verliehen werden kann.

Aktueller erscheint die Frage, wie das Verhalten von transnationalen Unternehmensgruppen reguliert werden kann. Das internationale Privatrecht bietet auch in dieser Hinsicht geeignete Instrumente.⁴¹⁹ Erstens existieren ausreichende gerichtliche Zuständigkeitsgründe, um die Zuständigkeit eines Staates gegenüber einer transnationalen Unternehmensgruppe zu gründen.⁴²⁰ Im Hinblick auf das anwendbare Recht gibt es sowohl präventive Mechanismen, die z.B. auf der Wachsamkeitspflicht der Muttergesellschaft basieren⁴²¹, als auch repressive Mechanismen, insbesondere im Falle von Menschenrechtsverletzungen.⁴²² Schließlich existieren auch soft law-Regeln⁴²³, die einen Rahmen für die Verantwortung von transnationalen Unternehmensgruppen bieten könnten, wenn die Staaten akzeptieren würden, ihnen Rechtskraft zu verleihen.⁴²⁴

II. Die Erneuerung der Methoden des Internationalen Privatrechts

Mehrere Autoren haben Alternativen zur territorialen Lokalisierung von Rechtsverhältnissen vorgeschlagen. In Anbetracht der Tatsache, dass der geographische Raum nicht der einzige Raum ist, in dem ein Rechtsverhältnis lokalisiert werden kann, hat R. Michaels eine Lokalisierung vorgeschlagen, die nicht mehr ausschließlich territorialer Natur ist.⁴²⁵ J. Guillaumé unterbreitete den Vorschlag, bei der Lokalisierung des Sachverhalts die Rechtsordnung zu suchen, die im Rahmen der Normenpyramide am geeignetsten erscheint, um den Sachverhalt zu regeln.⁴²⁶ Der Sachverhalt würde folglich nicht unbedingt durch ein staatliches Recht geregelt, sondern der Rechtsordnung unterliegen, die das größte Interesse an ihrer Regelung hat.⁴²⁷ Ein letzter Vorschlag ist der von G. Teubner und A. Fischer-Lescano, die sich für eine neue Methodik des Kollisionsrechts aussprechen, die auf der Identifizierung des funktionalen Regimes beruht, zu dem der Sachverhalt gehört.⁴²⁸

417. Batiffol *Aspects philosophiques* S. 98 f.; Peyrefitte D. 1965, 114.

418. Bucher RCADI Bd. 330 S. 87 Rn. 45; Loquin RCADI Bd. 322 S. 83 f. Rn 170 f.

419. D'Avout RCADI Bd. 397 S. 9 ff.

420. Ibid. S. 450 ff. Rn. 243 ff.; Pataut in: *L'entreprise multinationale et le droit international* S. 79; Trilha Schappo *Angles morts* S. 210 ff. Rn. 286 ff.

421. Kessedjian in: *Réciprocité et universalité: sources et régimes du droit international des droits de l'homme* S. 1333.

422. Ibid. S. 1332.

423. Pataut in: *L'entreprise multinationale et le droit international* S. 85.

424. Kessedjian in: *Réciprocité et universalité: sources et régimes du droit international des droits de l'homme* S. 1332; d'Avout RCADI Bd. 397 S. 488 ff., Rn. 265 ff.

425. Michaels in: *Globalisation and Jurisdiction* S. 129.

426. Guillaumé *Affaiblissement* S. 277 Rn. 700.

427. Ibid. S. 277 Rn. 703.

428. Fischer-Lescano/Teubner *RIDE* 2013/1, 207.

All diese Vorschläge würden eine tiefgreifende Änderung der gegenwärtigen Lösungen des internationalen Privatrechts verursachen. Es ist jedoch fraglich, ob die durch die Transnationalität verursachten Schwierigkeiten eine derart radikale Lösung rechtfertigen. Es scheint de lege lata ausreichend, neue Anknüpfungspunkte oder Sachnormen für transnationale Sachverhalte zu entwickeln, die den Besonderheiten dieser Sachverhalte Rechnung tragen.

Kapitel VII

Der Schutz der Grenze zwischen inländischen und internationalen Sachverhalten

Um zu verhindern, dass Parteien eines inländischen Sachverhalts ungerechtfertigterweise von der oft günstigeren Regelung profitieren, die das internationale Privatrecht internationalen Sachverhalten vorbehält, ist es notwendig, eine Internationalitätsvoraussetzung für die Anwendung der Regeln des internationalen Privatrechts festzulegen, wann immer dies erforderlich ist, und der artifiziellen Internationalisierung von inländischen Sachverhalten entgegenzutreten.

A. Das Erfordernis einer Internationalitätsvoraussetzung

I. Unterscheidung nach den Regeln des internationalen Privatrechts

1. Die Nutzlosigkeit einer autonomen Internationalitätsvoraussetzung

Die Nutzlosigkeit einer autonomen Internationalitätsvoraussetzung kann sich entweder aus der Formulierung der Regel des internationalen Privatrechts ergeben, weil die Internationalität aus der Regel abgeleitet werden kann⁴²⁹, oder aus ihrer Funktionsweise, weil die Regel auf einen inländischen Sachverhalt angewendet werden kann, ohne ein unerwünschtes Ergebnis zu produzieren.

a. Die Formulierung der Regel des internationalen Privatrechts

Eine autonome Internationalitätsvoraussetzung ist zunächst für die Regeln der Rechtshängigkeit und Konnexität sowie der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile überflüssig. Diese Vorschriften gelten per definitionem nur dann, wenn die Gerichte zweier verschiedener Staaten angerufen werden oder wenn eine ausländische Entscheidung im Inland anerkannt oder vollstreckt werden muss. Dasselbe gilt für einige materiell- und verfahrensrechtliche Sachnormen, je nachdem, wie sie formuliert werden. Als Beispiel können die Regelungen zur internationalen Zustellung von Schriftstücken genannt werden, die nur dann Anwendung finden können,

429. Ancel FS Foyer S. 47 Rn. 29.

wenn das Schriftstück im Ausland zugestellt werden muss, die Regelungen zur internationalen Beweisaufnahme und bestimmte Bestimmungen bezüglich Verfahrensfristen in internationalen Angelegenheiten.

b. Die Funktionsweise der Regel des internationalen Privatrechts

i) Kollisionsnormen. In der Lehre wurde die Frage nach der Notwendigkeit einer Internationalitätsvoraussetzung für die Anwendung von Kollisionsnormen kontrovers diskutiert. Viele – oft französische – Autoren sprechen sich für das Vorliegen einer Internationalitätsvoraussetzung aus.⁴³⁰ So wurde die Meinung vertreten, dass die Kollisionsnormen lange nach den ersten für inländische Sachverhalte vorgesehenen Rechtsnormen entwickelt worden sind⁴³¹ und dass die Anwendung der Kollisionsnorm auf inländische Sachverhalte aufgrund der universellen Berufung des inländischen Rechts zur Regelung inländischer Sachverhalte unnötig ist.⁴³²

Die deutsche Hauptlehre vertritt im Gegenteil die Auffassung, dass die Kollisionsnorm sowohl für inländische als auch für internationale Sachverhalte gilt.⁴³³ Zu den in diesem Rahmen vorgebrachten Argumenten gehören das Fehlen einer universellen Berufung des inländischen Rechts zur Regelung inländischer Sachverhalte⁴³⁴ und die Tatsache, dass die Relevanz eines Auslandsbezugs erst nach der Identifizierung der anwendbaren Kollisionsregel bestimmt werden kann.⁴³⁵ Im französischen Recht wurde hinzugefügt, dass sich das Erfordernis eines Auslandsbezugs nur noch aus historischen Gründen erklärt.⁴³⁶

Diese theoretische Debatte kann gleichwohl mit der Feststellung überwunden werden, dass eine Internationalitätsvoraussetzung für die Mehrheit der Kollisionsnormen keinen praktischen Nutzen hat. Die Anwendung der Kollisionsnorm auf einen inländischen Sachverhalt kann nämlich grundsätzlich nur zur Anwendung des inländischen Rechts führen.⁴³⁷ Dies gilt jedoch nur, soweit der Anknüpfungspunkt einem wesentlichen Bestandteil des Sachverhalts entspricht, und schließt damit insbesondere Kollisionsnormen aus, die das *lex fori* als nicht subsidiären Anknüpfungspunkt verwenden.

430. Bureau/Muir Watt Bd. 2 S. 331 Rn. 326; Cachard S. 145 Rn. 275; Loussouarn/Bourel/de Vareilles-Sommières S. 73 Rn. 90; Mayer/Heuzé/Remy S. 78 Rn. 90; Holleaux/Foyer/de Geouffre de la Pradelle S. 178 Rn. 276; Loquin RCADI Bd. 322 S. 73 Rn. 141; Elhoueiss JDI 2003 S. 42 Fn. 5; Lorenz FS Kegel S. 311; Koch RRA 2013, 173.

431. Francescakis Renvoi S. 12 Rn. 8.

432. Goldschmidt ZÖR 1951 S. 121 Rn. 6; Lorenz FamRZ 1987, 647; Looschelders Anpassung S. 97.

433. Kropholler S. 7; Rauscher S. 2 Rn. 4; v. Hoffmann/Thorn S. 5 Rn. 24 f.; Rauscher/von Hein Art. 3 Rom I-VO Rn. 12; Neuhaus Grundbegriffe S. 104; Goldschmidt ZÖR 1951 Rn. 6; Stoll IPRax 1984 S. 1 Rn. 1; MK/Lorenz Art. 3 EGBGB Rn. 2; Jahr RabelsZ 1999, 502; Beitzke FS Smend S. 3; Junker S. 7 Rn. 8.

434. v. Hoffmann/Thorn S. 2 Rn. 15 f.; Jahr RabelsZ 1999, 501.

435. v. Hoffmann/Thorn S. 5 Rn. 21 f.; Rauscher/von Hein Art. 3 Rom I-VO Rn. 12; Goldschmidt ZÖR 1951 Rn. 7; MK/Lorenz Art. 3 EGBGB Rn. 2.

436. Elhoueiss JDI 2003, 65.

437. Ancel/Deumier/Laazouzi S. 6 Rn. 12; Rauscher S. 2 Rn. 3 f.; Stoffel FS von Overbeck S. 433.

ii) *Internationale Zuständigkeitsregeln.* Es wird grundsätzlich allgemein angenommen, dass sich die Frage der internationalen Zuständigkeit nur bei internationalen Rechtsachen stellt.⁴³⁸ Eine Internationalitätsvoraussetzung erweist sich für die meisten internationalen Zuständigkeitsregeln jedoch als überflüssig, da ihre Anwendung in einer inländischen Rechtsache die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit nicht verzerrt. Dies gilt sowohl für die Zuständigkeitsregeln, die nur die allgemeine Zuständigkeit bestimmen⁴³⁹, sofern sie keinen exorbitanten Zuständigkeitsgrund verwenden, als auch für die Zuständigkeitsregeln, die die besondere Zuständigkeit bestimmen, sofern sie mit der örtlichen Zuständigkeit übereinstimmen.⁴⁴⁰ Eine Ausnahme besteht für die Zuständigkeitsregel, die auf der rügelosen Einlassung des Beklagten beruht, da ihre Anwendung in einem inländischen Rechtsstreit die Zuständigkeit eines ausländischen Gerichts begründen könnte.

iii) *Anderen Methoden.* Bei einer Gerichtsstands- oder Rechtswahlmöglichkeit, die auf eine festgelegte Anzahl von Rechtsordnungen beschränkt ist, ist die Überprüfung einer autonomen Internationalitätsvoraussetzung grundsätzlich nicht erforderlich. Eine Ausnahme besteht nur, wenn die Parteien die Wahl des *lex fori*, eines exorbitanten oder eines von der örtlichen Zuständigkeit abweichenden Gerichtsstands vereinbaren können. Die Prüfung einer Internationalitätsvoraussetzung ist auch bei Eingriffsnormen und beim Ordre-public-Vorbehalt überflüssig.

2. Die Notwendigkeit einer autonomen Internationalitätsvoraussetzung

a. Unbegrenzte Gerichtsstands- und Rechtswahl

i) *Gerichtsstandsvereinbarungen.* Im französischen Recht ist die Wirksamkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen seit dem *Compagnie-de-Signaoux*-Urteil des *Cour de cassation* ausdrücklich an eine Internationalitätsvoraussetzung geknüpft.⁴⁴¹ Die Voraussetzung wird auch ausdrücklich in Artikel 1 I des Haager Übereinkommens von 2005 genannt. Im deutschen Recht ist sie im Rahmen des § 38 ZPO allerdings umstritten.⁴⁴² In Artikel 25 der Brüssel-Ia-Verordnung ist sie schließlich namentlich nicht enthalten, wird aber vom *Cour de cassation*⁴⁴³ und der deutschen

438. Audit/d'Avout S. 351 Rn. 386; Bureau/Muir Watt Bd. 1 S. 80 Rn. 59; Loussouarn/Bourel/de Vareilles-Sommières S. 689 Rn. 681; Niboyet/de Geouffre de la Pradelle S. 323 Rn. 457; Fragistas RCADI Bd. 104 S. 167; Kropholler S. 587; Rauscher S. 234 Rn. 5; Geimer/Schütze/Geimer Art. 2 EuGVVO Rn. 14.

439. Lagarde in: *L'internationalité : bilan et perspectives* S. 18.

440. Stoffel FS von Overbeck S. 448.

441. Cass. Urt. v. 17.12.1985, *Compagnie de signaux*, Rev. crit. DIP 1986, 537; Ancel FS Foyer S. 21 Rn. 2; Ancel/Lequette S. 653 Rn. 7; Ancel/Deumier/Laazouzi S. 13 Rn. 23.

442. Samtleben NJW 1971, 1596; Trinkner AWD 1973, 32; *contra* v. Hoffmann/Thorn S. 92 Rn. 87; Geimer S. 649 Rn. 1760.

443. Cass. Urt. v. 4.10.2005, Keller, D. 2005, 2626.

Rechtsprechung⁴⁴⁴ verlangt und von der französischen sowie einem Teil der deutschen Lehre befürwortet.⁴⁴⁵

ii) Rechtswahl. Nach den herrschenden französischen und deutschen Meinungen unterliegt die Rechtswahl einer Internationalitätsvoraussetzung.⁴⁴⁶ Diese Voraussetzung findet sich in den Haager Übereinkommen von 1955 über den Warenkauf und von 1978 über Vermittlungsverträge wieder. In Bezug auf die Rom I-Verordnung wurde allerdings gezeigt, dass die sprachlichen Fassungen des Textes, die den Anwendungsbereich der Verordnung auf „Sachverhalte, in denen eine Rechtskollision vorliegt“, beschränken, auch auf bestimmte inländische Verträge anwendbar sein können. In diesen Fassungen ist also die Wahl des anwendbaren Rechts nicht ausdrücklich an eine Internationalitätsvoraussetzung geknüpft. Diese Voraussetzung taucht allerdings im Rahmen des Artikels 3 III bei der Bestimmung der Wirkungen der Rechtswahl wieder auf.

b. Internationale Sachnormen

Schließlich ist eine Internationalitätsvoraussetzung für internationale Sachnormen notwendig⁴⁴⁷, wenn sich diese Voraussetzung nicht bereits aus ihrer Formulierung ergibt. Sofern diese Normen nur für internationale Sachverhalte entwickelt wurden, liegt es auf der Hand, dass ihre Anwendung diesen Sachverhalten vorbehalten bleiben muss. So enthalten auch alle Staatsverträge und EU-Verordnungen, die Sachnormen für internationale Sachverhalte beinhalten, eine Internationalitätsvoraussetzung und eine genaue Definition der Internationalität.

II. Der Sonderfall der supranationalen IPR-Instrumente

Die Schlussfolgerungen, die soeben gezogen wurden, lassen sich im Falle von supranationalen IPR-Instrumenten möglicherweise nur schwer umsetzen. Dies begründet sich dadurch, dass einige Instrumente ihren Anwendungsbereich der Bedingung der Internationalität unterwerfen, während andere keine solche Bedingung enthalten, ohne dass die Übereinstimmung zwischen

444. BAG, Urt. v. 20.10.2015 – 9 AZR 525/14, Rn. 13 f.; OLG Brandenburg, Urt. v. 26.7.2007 – 12 W 17/07; OLG Hamm, Urt. v. 18.9.1997 – 5 U 89/97; OLG Karlsruhe, Urt. v. 9.10.1992 – 15 U 67/92; LAG Düsseldorf, Urt. v. 10.1.2017 – 3 Sa 736/15, Rn. 31 f.; *contra* OLG Frankfurt-am-Main, Urt. v. 30.3.2015 – 23 U 11/14, Rn. 4.

445. Attal/Raynouard S. 192 Rn. 439; Bureau/Muir Watt Bd. 2 S. 268 Rn. 865; Alexandre/Huet Rép. int. Rn. 221; Gothot/Holleaux Convention S. 98 Rn. 167; Schockweiler in: *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe* S. 122; Gaudemet-Tallon *Compétence* S. 149 Rn. 133; Kleiner Fasc. 584-165 Rn. 32; Huet JDI 1988, 141; Heuzé Dictionnaire Joly. *Pratique des contrats internationaux* Rn. 39; Rauscher Rn. 1864 f.; Aull IPRax 1999, 228; Mark/Gärtner MDR 2009, 838; Burgstaller/Neumayr FS Schlosser S.125; Linke/Hau Rn. 6.7.

446. Bureau/Muir Watt Bd. 1 S. 331 Rn. 917; Clavel S. 531 Rn. 910; Jacquet Rép. int. Rn. 84; Batiffol Rép. int. S. 563 Rn. 1; Niboyet Fasc. 552-30 Rn. 29; Batiffol/Lagarde Bd. 2 S. 275 Rn. 575; Jacquet Principe S. 13 Rn. 372; Heuzé Réglementation S. 132 Rn. 256; Fontaine in: *Le contrat économique international* S. 22 Rn. 17; Loussouarn/Bredin S. 503 Rn. 111; Ancel/Deumier/Laazouzi S. 6 Rn. 12; Neuhaus Grundbegriffe S. 259; Kindler RIW 1987, 661; Gamillscheg AcP 157 1958/1959, 313; Simitis JuS 1966, 211; Schwimann S. 93; Firsching S. 243; Neumann Vertragsgültigkeit S. 4; Stoll Rechtswahlvoraussetzungen S. 70; Sandrock Handbuch Rn. 103; Schwander FS Keller S. 476; Amstutz/Vogt/Wang Art. 116 Rn. 7.

447. Jacquet Rép. int. Rn. 85; Loquin RCADI Bd. 322 S. 82 Rn. 168; Elhoueiss Personnalité S. 535; Mayer/Heuzé/Remy S. 27 Rn. 19; Niboyet Fasc. 552-30 Rn. 29; Batiffol/Lagarde Bd. 2 S. 276 Rn. 575; Oppetit TCFDIP 1988 S. 127; Kessedjian RCADI Bd. 300 S. 119; Kropholler S. 96; Staudinger/Sturm/Sturm Einl. zum IPR Rn. 97.

dem Vorhandensein oder Fehlen dieser Bedingung und dem Vorhandensein oder Fehlen ihrer praktischen Notwendigkeit gewährleistet ist.

1. Die Unterwerfung des Instruments an einer Internationalitätsvoraussetzung

a. Das Vorliegen einer textlichen Internationalitätsvoraussetzung

Viele europäische IPR-Verordnungen und IPR-Übereinkommen legen eine Internationalitätsvoraussetzung für ihre Anwendung fest und definieren die internationalen Sachverhalte, auf die sie anzuwenden sind. Als Beispiel können die EU-Verordnungen über das europäische Mahnverfahren, geringfügige Forderungen und die vorläufige Kontenpfändung genannt werden. Dies gilt auch für das Haager Übereinkommen von 2005 über Gerichtsstandsvereinbarungen, das CISG, die Übereinkommen von Ottawa über das internationale Finanzierungsleasing und Factoring sowie die Übereinkommen von Montreal, Genf, Bern und Athen über den internationalen Verkehr.

Andere Instrumente enthalten eine stillschweigende Internationalitätsvoraussetzung. In diesem Zusammenhang können die EU-Verordnungen über den europäischen Vollstreckungstitel, die Beweisaufnahme und die Zustellung öffentlicher Urkunden, das Haager Adoptionsübereinkommen von 1993 und das Haager Übereinkommen von 1980 über Kindesentführung aufgeführt werden. Schließlich erklären einige Übereinkommen lediglich, dass sie auf internationale Sachverhalte anwendbar sind, ohne jedoch eine Definition der Internationalität zu enthalten. Beispiele hierfür sind das Haager Übereinkommen von 2007 über die internationale Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen und das Haager Übereinkommen von 2000 über den internationalen Schutz von Erwachsenen.

b. Das Fehlen einer textlichen Internationalitätsvoraussetzung

Eine nicht unbeträchtliche Anzahl der in Frankreich und/oder Deutschland geltenden IPR-Verordnungen und Haager Übereinkommen enthalten jedoch keine Internationalitätsvoraussetzung. In der Rechtsprechung und Lehre wurde vor allem zwei Instrumenten – der Brüssel-Ia-Verordnung und der Insolvenzverordnung – Aufmerksamkeit geschenkt.

i) Die Brüssel-Ia-Verordnung. Viele Autoren, insbesondere in der deutschen Lehre, haben einmal die Auffassung vertreten, dass dem Anwendungsbereich des Brüsseler Übereinkommens keine Internationalitätsvoraussetzung zu unterwerfen sei.⁴⁴⁸ Die Hauptlehre geht heute allerdings davon aus, dass das Brüsseler Übereinkommen und seine Nachfolger nur für internationale Streitigkeiten gelten.⁴⁴⁹ Der EuGH entschied nämlich im *Owusu*-Urteil, dass die Anwendung

448. Poillot-Peruzzetto Rev. crit. DIP 2001, 546; Rauscher S. 463 Rn. 1775; Geimer/Schütze/Geimer Art. 2 Eu-GVVO Rn. 101; Aull IPRax 1999, 227; Stoffel FS von Overbeck S. 441.

449. Alexandre/Huet Rép. int. Rn. 19; Beraudo/Beraudo Fasc. 631-10 Rn. 37; Sindres Fasc. 584-125 Rn. 25; Ancel/Deumier/Laazouzi S. 71 Rn. 84; Gaudemet-Tallon Rev. crit. DIP 1993, 320 f.; Idot Europe 1/2014 Rn. 49;

der Zuständigkeitsregeln des Brüsseler Übereinkommens das Vorliegen eines Auslandsbezugs verlangt.⁴⁵⁰ Dieses Erfordernis der Internationalität wurde sodann in den *Hypoteční-banka*-⁴⁵¹ und im *Maletic*⁴⁵²-Urteilen bestätigt.

ii) Die neugefasste Insolvenzverordnung. Im Erwägungsgrund (1) der Verordnung heißt es, dass sie für grenzüberschreitende Insolvenzverfahren gilt, was so ausgelegt wurde, dass die Anwendung der Verordnung den internationalen Insolvenzverfahren vorbehalten ist.⁴⁵³ Einige französische Gerichte haben die Verordnung jedoch auf rein inländische Verfahren angewendet.⁴⁵⁴ In ähnlicher Weise eröffnen zwei Urteile des EuGH die Möglichkeit, die Insolvenzverordnung auf inländische Verfahren anzuwenden.

Das erste ist das *Schmid*-Urteil, in dem der EuGH entschied, dass zum Zeitpunkt des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Vorhandensein eines Auslandsbezuges möglicherweise nicht bekannt ist, während die Bestimmung des zuständigen Gerichts nicht aufgeschoben werden kann, bis alle Elemente des Verfahrens ausfindig gemacht worden sind.⁴⁵⁵ Diese Lösung hat demnach zur Folge, dass die Insolvenzordnung im Vorgriff auf ihre mögliche Internationalisierung auf rein inländische Verfahren angewendet sein sollte.⁴⁵⁶ Dies könnte allerdings in einer falschen Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit resultieren, weil die örtliche Zuständigkeitsregel nicht notwendigerweise zur Zuständigkeit der Gerichte des Zentrums der Hauptinteressen des Schuldners führt.⁴⁵⁷

Seit dem *Vinyls-Italia*-Urteil sind scheinbar auch die Bestimmungen der Verordnung über das anwendbare Recht nicht mehr internationalen Sachverhalten vorbehalten.⁴⁵⁸ Der EuGH entschied nämlich, dass Artikel 13 der Verordnung wirksam geltend gemacht werden kann, auch wenn die Vertragsparteien, die in demselben Mitgliedstaat ansässig sind, in dem auch alle anderen maßgeblichen Elemente des Sachverhalts belegen sind, als auf diesen Vertrag anzuwendendes Recht das Recht eines anderen Mitgliedstaats bestimmt haben.⁴⁵⁹ Diese europäische Rechtsprechung ist jedoch stark zu kritisieren, wenn man bedenkt, dass das Erfordernis eines Auslandsbezugs mehrmals im Rahmen der Brüssel-Ia-Verordnungen betont wurde.

Goldman RTD eur. 1971 S. 5 Rn. 5; Rauscher/Mankowski Vorbem zu Art 4 Brüssel Ia-VO Rn. 29; Kropholler/von Hein vor Art. 2 Brüssel I-VO Rn. 6; Magnus/Mankowski/Rogerson Article 1 Rn. 4; Staudinger RRa 2013, 3; Bülow RabelsZ 1965, 476; Arnold AWD 1969, 89; Linke/Hau Rn. 4.43 ff.; Czernich/Tiefenthaler/Czernich Art. 1 Brüssel Ia-VO Rn. 3.

450. EuGH, Urt. v. 1.3.2005, Owusu, C-281/02, Rn. 25.

451. EuGH, Urt. v. 17.11.2011, Hypoteční banka, C-327/10, Rn. 29.

452. EuGH, Urt. v. 14.11.2013, Maletic, C-478/12, Rn. 26.

453. Nabet BJE 2014, 273 f.; Henry in: Le nouveau règlement insolvabilité : quelles évolutions ? S. 8 Rn. 5; Gebauer/Wiedmann/Haibold EuInsVO Rn. 30.

454. CA Versailles, Urt. v. 11.1.2007, SA Augros, JCP E 2007.II.2309; T. com. Beaune, Urt. v. 16.7.2008, SAS Marie Brizard et Roger International, Rev. sociétés 2009, 891.

455. EuGH, Urt. v. 16.1.2014, Schmid, C-328/12, Rn. 28.

456. Henry Gaz. Pal. 1.7.2014, 19 f.; Idot Europe 2014 Nr. 143 S 1 ff.; Jault-Seseke/Robine D. 2014, 915 f.

457. Siehe CA Versailles, Urt. v. 11.1.2007 und T. com. Beaune, Urt. v. 16.7.2008.

458. EuGH, Urt. v. 8.6.2017, Vinyls Italia, C-54/16.

459. Ibid. Rn. 50.

2. Die Modalitäten der Prüfung der Internationalitätsvoraussetzung

i) *Allgemeine Richtlinien.* Im Hinblick auf die Notwendigkeit der Prüfung einer Internationalitätsvoraussetzung für supranationale IPR-Instrumente sollte kein Unterschied zwischen Instrumenten gemacht werden, die ausdrücklich eine Internationalitätsvoraussetzung enthalten, und solchen, für die dies nicht gilt. Als Instrumente des internationalen Privatrechts sollten sie in der Tat alle einer Internationalitätsvoraussetzung unterworfen werden. Die Intensität der Prüfung der Internationalität sollte allerdings für jede Regel des Instruments entsprechend angepasst werden, um den teilweise fehlenden praktischen Nutzen der Internationalitätsvoraussetzung zu berücksichtigen.

ii) *Beispiel der Brüssel-Ia-Verordnung.* Einige Bestimmungen der Verordnung können gleichgültig auf inländische Rechtssachen angewendet werden und erfordern daher nicht mehr als eine oberflächliche Prüfung der Internationalität. Dies ist der Fall bei der allgemeinen Zuständigkeit des Artikels 4⁴⁶⁰, den fakultativen Zuständigkeitsgründen des Artikels 7⁴⁶¹, bestimmten allgemeinen Zuständigkeitsregeln für Versicherte, Arbeitnehmer und Verbraucher⁴⁶², den ausschließlichen Zuständigkeiten des Artikels 24⁴⁶³ und den Vorschriften über Rechtshängigkeit und Konnexität sowie Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile. Andererseits wird die Internationalitätsvoraussetzung insbesondere für die besonderen Zuständigkeitsgründe zu prüfen sein, die für Versicherungsverträge in den Artikeln 11 und 12, für Verbraucherverträge in Artikel 18 und für Arbeitsverträge in den Artikeln 21 und 22⁴⁶⁴ enthalten sind, sowie für die aus den Artikeln 8 und 9 abgeleitete Zuständigkeit⁴⁶⁵, die *electio fori* des Artikels 25⁴⁶⁶ und die auf der rügelosen Einlassung des Beklagten beruhenden Zuständigkeit des Artikels 26.⁴⁶⁷

B. Die Regulierung der „Gefälligkeits“-Internationalisierung

Parteien können ihren Sachverhalt mit dem alleinigen Ziel internationalisieren, bestimmte Aspekte der Regelung für internationale Sachverhalte auszunutzen. Im Hinblick auf den Schutz der Grenze zwischen inländischen und internationalen Sachverhalten stellt sich die Frage, welche Mittel das internationale Privatrecht bietet, um ein solches Verhalten zu verhindern oder, falls dies nicht möglich ist, um die Auswirkungen dieses Verhaltens in der inländischen Rechtsordnung zu regulieren.

460. Droz *Compétence judiciaire* S. 25 Rn. 31.

461. *Ibid.* S. 24 Rn. 30; Mailhé S. 189 Rn. 286; Sindres Fasc. 584-125 Rn. 26; Rauscher S. 463 Rn. 1775.

462. Siehe Art. 11 I a), 18 I, II, 21 I a), II und 22 I der Brüssel Ia-VO.

463. Droz *Compétence judiciaire* S. 25 Rn. 31.

464. Sindres Fasc. 584-125 Rn. 28.

465. *Ibid.* Rn. 26.

466. Droz *Compétence judiciaire* S. 25 Rn. 32; Mailhé S. 191 Rn. 288; Rauscher S. 463 Rn. 1776.

467. Lagarde in: *L'internationalité : bilan et perspectives* S. 17 f.; Mailhé S. 191 Rn. 288.

I. Die Regulierungsmittel des internationalen Privatrechts

1. Die Simulation der Internationalität

Die Regulierung der Simulation der Internationalität bereitet nur wenige Schwierigkeiten. So ist allgemein anerkannt, dass der simulierte Auslandsbezug nicht betrachtet werden muss⁴⁶⁸, sodass der Sachverhalt als inländisch zu qualifizieren ist.

2. Die objektive Internationalisierung des Sachverhalts

Der historische Kampfmechanismus gegen die artifizielle Internationalisierung ist die Gesetzesumgehung; es können aber auch „funktionale Äquivalente“⁴⁶⁹ benutzt werden, die zu einem vergleichbaren Ergebnis führen.

a. Gesetzesumgehung und Zuständigkeitserschleichung

Die Gesetzesumgehung weist auf Konstellationen hin, in denen die Parteien das Rechtsverhältnis freiwillig mit dem alleinigen Ziel geändert haben, das zuständige Recht umzugehen.⁴⁷⁰ Sie kann entweder bei der Anwendung der Kollisionsnorm oder bei der Anerkennung einer ausländischen Entscheidung eingreifen. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, einem ausländischen Urteil wegen Zuständigkeitserschleichung die Anerkennung zu versagen, wenn die Parteien bewusst eine Entscheidung von einem ausländischen Gericht erwirkt haben, die sie im Forum nicht hätten erhalten können.⁴⁷¹

Die Gesetzesumgehung spielt im französischen internationalen Privatrecht eine größere Rolle als im deutschen Recht. Die deutsche Rechtsprechung und Lehre erkennen die Gesetzesumgehung wesentlich restriktiver an.⁴⁷² So werden manche Fälle toleriert, in denen die Parteien eine Verbindung mit einer ausländischen Rechtsordnung mit dem alleinigen Ziel geschaffen haben, die Anwendung ausländischen Rechts herbeizuführen.⁴⁷³ Dasselbe gilt für die Zuständigkeitserschleichung: Eine Manipulation des Sachverhalts mit dem alleinigen Ziel, die Zuständigkeit eines ausländischen Richters zu begründen, wird grundsätzlich angenommen.⁴⁷⁴

468. De Vareilles-Sommières Rép. int. Fraude à la loi Rn. 52; Kropholler S. 158; Kegel/Schurig S. 491; Benecke Gesetzesumgehung S. 239; MK/von Hein Einl. IPR Rn. 285.

469. Clavel TCFDIP 2010-2012 S. 259.

470. Cass. Urt. v. 17.5.1983, Lafarge, Rev. crit. DIP 1985, 346; MK/von Hein Einl. IPR. Rn. 582; MK/Dutta Vorb. Art. 20 EuErbVO Rn. 64; BeckOK/Mörsdorf Art. 13 EGBGB Rn. 47.

471. Audit Fasc. 535 Rn. 3; Clavel TCFDIP 2010-2012 S. 256; de Vareilles-Sommières Rép. int. Fraude à la loi Rn. 20.

472. MK/Dutta Vorb. Art. 20 EuErbVO Rn. 64.

473. BGH, Urt. v. 4.4.1971 – IV ZR 97/70: „Unerheblich ist, ob der Kläger ... nur deshalb den Wechsel der Staatsangehörigkeit erwirkt hat, um die Möglichkeit der Scheidung herbeizuführen“; Kropholler S. 161; Kegel/Schurig S. 481; Siehr S. 478; MK/von Hein Einl. IPR Rn. 284; MK/Dutta Vorb. Art. 20 EuErbVO Rn. 64; BeckOK/Lorenz Einl. IPR Rn. 74.

474. Benecke Gesetzesumgehung S. 333 f.

Im französischen Recht ist hingegen allgemein anerkannt, dass die Internationalisierung eines inländischen Sachverhalts eine Gesetzesumgehung darstellen kann.⁴⁷⁵ Voraussetzung ist allerdings, dass der Sachverhalt nur künstlich internationalisiert wurde⁴⁷⁶, was beispielsweise der Fall ist, wenn die Parteien nur vorübergehend ins Ausland ziehen, um das inländische Recht zu umgehen.⁴⁷⁷ Darüber hinaus kann eine Zuständigkeitserschleichung in den Fällen angenommen werden, in denen die Parteien ihren Sachverhalt künstlich internationalisiert haben, um die Zuständigkeit eines ausländischen Richters zu begründen⁴⁷⁸, was auch oftmals darauf abzielt, das inländische Recht umzugehen.⁴⁷⁹ Der große Nachteil der Gesetzesumgehung oder Zuständigkeitserschleichung besteht allerdings nach wie vor darin, dass die Umgehungsabsicht der Parteien bewiesen werden muss, was oft nur schwer zu bewerkstelligen ist.⁴⁸⁰

b. Die funktionalen Äquivalente zur Gesetzesumgehung

Ein erstes alternatives Mittel, um die Anerkennung einer artifiziellen Internationalisierung zu versagen oder ihre Wirkungen in der inländischen Rechtsordnung zu regulieren, ist die Kontrolle der mittelbaren Zuständigkeit des ausländischen Richters⁴⁸¹, die im französischen und deutschen nationalen internationalen Privatrecht noch vorgesehen sind, im EU-Recht allerdings abgeschafft wurde. Diese Kontrolle ermöglicht es nämlich, die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung zu verweigern, wenn die Parteien nur eine schwache Verbindung mit der ausländischen Rechtsordnung aufwiesen.

Als zweites Mittel ist der Rückgriff auf den Ordre-public-Vorbehalt zu nennen, soweit die Internationalisierung zur Anwendung eines ausländischen Rechts führt, das im Widerspruch zu den Grundprinzipien der inländischen Rechtsordnung steht.⁴⁸² Aktuelle Beispiele sind die im Ausland vorgenommenen Leihmutterchaften und Verstoßungen.⁴⁸³ Die abgeschwächte Wirkung des Ordre public im französischen Recht und das Erfordernis einer Inlandsbeziehung im deutschen Recht sollten grundsätzlich kein Hindernis für die Sanktionierung von Fällen artifizieller Internationalisierung durch Auslandsreisen darstellen, da die abgeschwächte Wirkung des Ordre public im Falle einer Gesetzesumgehung nicht zum Tragen kommen kann⁴⁸⁴ und eine hinreichend starke Inlandsbeziehung bestehen bleiben sollte.

475. Audit Fraude S. 95 Rn. 116; Francescakis Renvoi S. 45 Rn. 42; Clavel TCFDIP 2010-2012 S. 262; Bureau FS Terré S. 289 Rn. 7; Basedow RCADI Bd. 360 S. 239 Rn. 298; Guillaumé Affaiblissement S. 451 Rn. 1081; Lequette RCADI Bd. 387 S. 603 Rn. 383; Cornut Fraude S. 237 Rn. 408.

476. Audit Fraude S. 95 Rn. 117; Francescakis Renvoi S. 45 Rn. 42; Clavel TCFDIP 2010-2012 S. 256; Lequette RCADI Bd. 387 S. 597 Rn. 379; d'Avout RCADI Bd. 397 S. 243 Rn. 126; Basedow RCADI Bd. 360 S. 285 Rn. 350; Glenn RCADI Bd. 364 S. 304 Rn. 106; Trilha Schappo Angles morts S. 144 Rn. 192.

477. Guillaumé Affaiblissement S. 456 Rn. 1088.

478. Lequette RCADI Bd. 387 S. 603 Rn. 383.

479. Loussouarn/Bourel/de Vareilles-Sommières S. 875 Rn. 874; Clavel in: Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? S. 157 Rn. 12; Sindres JDI 2015, doct. 4 Rn. 48.

480. Basedow RCADI Bd. 360 S. 286 Rn. 350; Lequette RCADI Bd. 387 S. 598 Rn. 379.

481. Audit Fasc. 535 Rn. 77.

482. Benecke Gesetzesumgehung S. 237.

483. Sindres JDI 2015, doct. 4 Rn. 47.

484. Cass. Urt. v. 17.4.1953, Rivière, Rev. crit. DIP 1953, 412.

In einem geringeren Ausmaß kann ein weiteres Mittel zur Bekämpfung der artifiziellen Internationalisierung die Anwendung von Eingriffsnormen sein, die es ermöglichen, die Auswirkungen des Sachverhalts in der inländischen Rechtsordnung zu begrenzen.⁴⁸⁵ Dasselbe gilt für die Statutenwechselsregeln, die die Anwendung des inländischen Rechts sichern könnten, wenn die Internationalisierung durch die Verlagerung ins Ausland des Anknüpfungspunkts der Kollisionsnorm stattgefunden hat.⁴⁸⁶ Ein Beispiel hierfür ist Artikel 3 I der neugefassten Insolvenzverordnung, der eine Mindestfrist für die Errichtung eines neuen Zentrums der Hauptinteressen des Schuldners im Ausland vorsieht.⁴⁸⁷

Schließlich gibt es vereinzelte Regeln oder Mechanismen, die die Anwendung bestimmter inländischer zwingender Bestimmungen sichern können. So wurden Artikel 3 III und 14 IV der Rom I- und Rom II-Verordnungen als Mechanismen zur Bekämpfung der Gesetzesumgehung zitiert.⁴⁸⁸ Darüber hinaus schaffen Artikel 6 II und 8 I der Rom I-Verordnung die Möglichkeit, den Verbraucher oder Arbeitnehmer vor einer artifiziellen Internationalisierung seines Vertrages zum Zwecke der Anwendung eines ausländischen Rechts zu schützen. Auch ist es möglich, die Anknüpfungskategorien des Kollisionsrechts zu beeinflussen, wie das Beispiel der ausländischen Briefkastenfirmen zeigt, indem der Anwendungsbereich des ausländischen *lex societatis* eingeschränkt und der Anwendungsbereich des inländischen *lex concursus* erweitert wird.⁴⁸⁹

II. Die Hindernisse für den Einsatz der Regulierungsmittel

1. Die neue Typologie der Gesetzesumgehung

Einige Autoren haben auf eine Änderung der Typologie der Gesetzesumgehung hingewiesen.⁴⁹⁰ Traditionell wurde die Gesetzesumgehung durch eine Manipulation des Anknüpfungspunkts durchgeführt, um die Anwendung eines ausländischen Rechts vor dem inländischen Richter zu erwirken.⁴⁹¹ Heutzutage ist diese Gesetzesumgehung jedoch marginal geworden und wird wesentlich häufiger durch eine Auslandsreise durchgeführt, um dort eine Rechtslage zu gründen, die in der inländischen Rechtsordnung nicht entstehen könnte.⁴⁹² Es gibt in diesem Fall keine strikte Manipulation des Anknüpfungspunkts, weshalb die klassische Auffassung der Gesetzesumgehung nicht mehr angemessen wäre.⁴⁹³ In Anbetracht dessen wurden im französischen Recht mehrere Vorschläge für die Erneuerung der Gesetzesumgehung formuliert, die die Ge-

485. Weller/Benz/Thomale ZEuP 2017, 276.

486. Trilha Schappo *Angles morts* S.157 Rn. 213.

487. Weller/Benz/Thomale ZEuP 2017, 275.

488. Lequette RCADI Bd. 387 S. 598 Rn. 379; Clavel TCFDIP 2010-2012 S. 260; d'Avout D. 2008 Rn. 6; MK/von Hein Einl. IPR. Rn. 283.

489. Weller/Benz/Thomale ZEuP 2017, 280.

490. Clavel in: *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?* S. 151 Rn. 3; Lequette RCADI Bd. 387 S. 604 Rn. 383.

491. *Audit Fraude* S. 4 Rn. 3; Clavel TCFDIP 2010-2012 S. 255; Lequette RCADI Bd. 387 S. 604 Rn. 384.

492. Clavel in: *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?* S. 153 Rn. 5.

493. Lequette RCADI Bd. 387 S. 605 Rn. 384.

meinsamkeit aufweisen, dass sie den objektiven Tatbestand der Gesetzesumgehung auf Fälle ausweiten, in denen die Rechtslage im Ausland entstanden ist.⁴⁹⁴

2. Die Förderung der internationalen Mobilität

Die Legitimität einer Regulierung der artifiziellen Internationalisierung ist heutzutage weniger offensichtlich als zu Zeiten der Prinzessin von Bauffremont. Da die Individuen und Unternehmen zunehmend ermutigt werden, von ihrer Mobilität Gebrauch zu machen, sodass sogar die Existenz eines „Anspruchs auf internationale Mobilität“ erörtert wird, mag es widersprüchlich erscheinen, die Inanspruchnahme dieser Mobilität zu sanktionieren.⁴⁹⁵ Eine „rechtliche Optimierung“ durch die Internationalisierung eines inländischen Sachverhalts wäre deshalb heute annehmbarer geworden.⁴⁹⁶ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Förderung der internationalen Mobilität nicht so zu verstehen ist, dass die Parteien ins Ausland gehen dürfen, um dort von dem zu profitieren, was sie in der inländischen Rechtsordnung nicht erhalten könnten, um dann unmittelbar in ihr Land zurückzukehren.⁴⁹⁷

3. Die Rechtsprechung der europäischen obersten Gerichte

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und der Gerichtshof der Europäischen Union haben nichtsdestoweniger die Grundrechte und die europäischen Freizügigkeitsfreiheiten als Haupthindernis für die Sanktionierung der artifiziellen Internationalisierung eingerichtet.

a. Darstellung des Hindernisses

Die Rechtsprechung der europäischen obersten Gerichte, die sich vor allem auf das *Wagner*-Urteil⁴⁹⁸ und die *Garcia-Avello*-⁴⁹⁹ und *Grunkin-Paul*⁵⁰⁰-Urteile stützt, hat dem Individuum ein „Recht auf internationale Kontinuität seiner Rechtslage“ anerkannt⁵⁰¹, das die inländische Rechtsordnung grundsätzlich dazu verpflichtet, die in einer ausländischen Rechtsordnung entstandene Rechtslage anzuerkennen. Dadurch kann die inländische Kollisionsnorm nicht mehr dazu benutzt werden, die Anerkennung der Rechtslage zu verweigern. Das *Negrepon-tis*-Urteil⁵⁰² schränkt darüber hinaus die Anwendung des *Ordre-public*-Vorbehalts ein und die

494. Audit Fraude S. 98 ff.; de Vareilles-Sommières Rép. int. Fraude à la loi Rn. 31; Clavel TCFDIP 2010-2012 S. 262; Trilha Schappo Angles morts S. 142 Rn. 190; Guillaumé Affaiblissement S. 455, Rn. 1087.

495. Guillaumé Affaiblissement S. 455 Rn. 1087; Kinsch FS Mayer S. 387; Basedow RCADI Bd. 360 S. 285 Rn. 350; BeckOK/Lorenz Einl. IPR Rn. 74.

496. Lagarde in: La reconnaissance des situations en droit international privé S. 23.

497. Guillaumé Affaiblissement S. 456 Rn. 1088.

498. EGMR Urt. v. 28.6.2007, Wagner, 76240/01.

499. EuGH Urt. v. 2.10.2003, Garcia Avello, C-148/02.

500. EuGH Urt. v. 14.10.2008, Grunkin Paul, C-353/06.

501. Lequette RCADI Bd. 387 S. 387 Rn. 250; d'Avout in: Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques S. 169.

502. EGMR Urt. v. 3.11.2011, Negrepon-tis, 56759/08.

Wagner-, *Menesson-* und *Labassée-Urteile*⁵⁰³ wirken hemmend auf die Anerkennung einer Gesetzesumgehung.⁵⁰⁴

Im Hinblick auf Gesellschaften gelangt die EuGH-Rechtsprechung zum selben Ergebnis. Die Gründung einer Briefkastengesellschaft im Ausland, die traditionell als Gesetzesumgehung analysiert wird⁵⁰⁵, ist seit den *Centros*-⁵⁰⁶, *Überseering*-⁵⁰⁷ und *Inspire-Art*⁵⁰⁸-Urteilen weitgehend erlaubt: Die Mitgliedsstaaten dürfen grundsätzlich die Anerkennung einer solchen Gesellschaft nicht verweigern.⁵⁰⁹ Seit den *Cartesio*-⁵¹⁰, *VALE-Épitési*-⁵¹¹ und *Polbud*⁵¹²-Urteilen gilt nun dasselbe im Rahmen der Sitzverlegung der Gesellschaft.⁵¹³

b. Umgehung des Hindernisses

Die Rechtsprechung der europäischen obersten Gerichte stellt allerdings kein absolutes Hindernis für die Sanktionierung der „Gefälligkeits“-Internationalisierung dar. Das EU-Recht und das EMRK-Recht selbst sehen zunächst bestimmte Anerkennungsverweigerungsgründe für im Ausland begründete Rechtslagen vor. So kann eine Verletzung von Artikel 8 EMRK durch eine Anerkennungsverweisung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitskontrolle als begründet angesehen werden.⁵¹⁴ Ebenso kann die Einschränkung der Freizügigkeit oder der Niederlassungsfreiheit durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden. So nahm der EuGH in den *Sayn-Wittgenstein*-⁵¹⁵ und *Bogendorff-von-Wolffersdorff*⁵¹⁶-Urteilen an, dass ein Mitgliedsstaat aus Gründen der öffentlichen Ordnung die Anerkennung eines in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Familiennamens verweigern kann. Schließlich hat der EuGH den Mitgliedstaaten stets die Möglichkeit offen gelassen, Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung bei der Ausübung der Freizügigkeit zu sanktionieren.⁵¹⁷ Im Bereich der Niederlassungsfreiheit ist das EuGH-Verständnis der Gesetzesumgehung jedoch so restriktiv, dass sie de facto keine Sanktionierung der artifiziellen Internationalisierung zulässt.⁵¹⁸

503. EGMR Urte. v. 26.6.2014, *Menesson*, 65192/11 und *Labassée*, 65941/11.

504. Lequette RCADI Bd. 387 S. 596 Rn. 375; d'Avout in: *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques* S. 169.

505. D'Avout RCADI Bd. 397 S. 244 Rn. 126; Guillaumé *Affaiblissement* S. 220 Rn. 467; Vrellis FS *Gaudemet-Tallon* S. 640.

506. EuGH Urte. v. 9.3.1999, *Centros*, C-212/97.

507. EuGH Urte. v. 5.11.2002, *Überseering*, C-208/00.

508. EuGH Urte. v. 30.9.2003, *Inspire Art*, C-167/01.

509. D'Avout RCADI Bd. 397 S. 245 f. Rn. 127.

510. EuGH Urte. v. 16.12.2008, *Cartesio*, C-210/06.

511. EuGH Urte. v. 12.7.2012, *VALE Épitési*, C-378/10.

512. EuGH Urte. v. 25.11.2017, *Polbud*, C-106/16.

513. D'Avout RCADI Bd. 397 S. 246 Rn. 127.

514. Muir Watt RCADI Bd. 389 S. 293 Rn. 289.

515. EuGH Urte. v. 22.12.2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09.

516. EuGH Urte. v. 2.6.2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, C-438/14.

517. Ionescu *Abus de droit* S. 31 ff., 86 ff.

518. D'Avout RCADI Bd. 397 S. 245 Rn. 127; Kegel/Schurig S. 486.

Im Ergebnis sind also die Möglichkeiten der Anerkennungsverweigerung von im Ausland begründeten Rechtslagen derart restriktiv, dass der inländische Staat häufig auf eine andere Methode zurückgreifen muss, die darin besteht, die Auswirkungen des internationalisierten Sachverhalts in seiner Rechtsordnung zumindest teilweise durch die Anwendung seines inländischen Rechts zu regulieren.

Diese Methode kann insbesondere bei ausländischen Briefkastengesellschaften verwendet werden. Nach der Rechtsprechung des EuGH steht die Niederlassungsfreiheit der Anwendung bestimmter Vorschriften des inländischen Rechts auf diese Gesellschaften nicht entgegen.⁵¹⁹ So können zuerst inländische Eingriffsnormen angewendet werden, die sich z. B. auf die Haftung der Gesellschafter beziehen.⁵²⁰ Darüber hinaus verbietet die Rechtsprechung des EuGH auch nicht die Anwendung von gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen, die sich auf die Tätigkeit des Unternehmens beziehen, oder von Bestimmungen, die nicht zum Gesellschaftsrecht gehören⁵²¹, wie durch das *Kornhaas-Urteil*⁵²² bestätigt wurde.⁵²³ Schließlich ist zu bemerken, dass die Gründung großer Unternehmen bestimmten Formalitäten, insbesondere einer behördlichen Genehmigung, unterliegt, sodass sie sich nicht als ausländische Briefkastengesellschaft gründen können.⁵²⁴

519. D'Avout RCADI Bd. 397 S. 246 f. Rn. 127.

520. Weller DStR 2003,1804.

521. Ibid. S.1803; d'Avout RCADI Bd. 397 S. 252 Rn. 129.

522. EuGH Urt. v. 10.12.2015, Kornhass, C-594/14.

523. D'Avout RCADI Bd. 397 S. 256 f. Rn. 131.

524. Ibid. S. 235 f. Rn. 120.

Kapitel VIII

Die Lösung der Probleme der Erfassung des Begriffs der Internationalität

Eine bessere Erfassung des Begriffs der Internationalität kann dadurch erreicht werden, dass der Gegenstand, der Zeitpunkt der Beurteilung und die prozessuale Stellung der Internationalität genauer festgestellt werden.

A. Der Gegenstand der Internationalität

I. Kollisionsrecht und internationale Zuständigkeit

Die erste Unterscheidung in Bezug auf den Gegenstand der Internationalität entspricht der *summa divisio* zwischen Kollisionsrecht und internationaler Zuständigkeit. Im Bereich des Kollisionsrechts sollte die Internationalität in Bezug auf das Rechtsverhältnis der Parteien beurteilt werden: Es ist nämlich der einzig denkbare Gegenstand, da sich die Frage des anwendbaren Rechts auch außerhalb jedes gerichtlichen Rechtsstreits stellt. Im Bereich der internationalen Zuständigkeit sollte die Internationalität in Bezug auf den Rechtsstreit der Parteien qualifiziert werden, da hier die Verfahrensgestaltung entscheidend ist, in der sich der Sachverhalt dem Richter darstellt.

Die Internationalität des Rechtsverhältnisses und die Internationalität des Rechtsstreits fallen grundsätzlich zusammen. Ausnahmsweise könnte jedoch ein internationales Rechtsverhältnis zu einem inländischen Rechtsstreit führen, wenn sich die Streitigkeit nur auf einen inländischen Teilaspekt des Rechtsverhältnisses bezieht, und ein inländisches Rechtsverhältnis könnte zu einem internationalen Rechtsstreit führen, insbesondere wenn die Parteien des Rechtsverhältnisses und die Parteien des Rechtsstreits voneinander abweichen.

II. Rechtswahl- und Gerichtsstandsvereinbarungen

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Rechtswahl oder Gerichtsstandsvereinbarung kommen potenziell vier verschiedene Internationalitätsgegenstände in Betracht. Die liberalste Posi-

tion besteht darin, die Internationalität in Bezug auf die Klausel zu qualifizieren⁵²⁵, was bedeutet, dass sie bereits durch die Wahl eines ausländischen Gerichts oder eines ausländischen Rechts charakterisiert wäre.⁵²⁶ Aus diesem Grund ist schon diese erste Möglichkeit abzulehnen. Die Internationalität kann zweitens in Bezug auf den Sachverhalt qualifiziert werden, was die gebräuchlichste Lösung bei der Rechtswahl darstellt.⁵²⁷ Es ist hier nicht angebracht, eine Unterscheidung zwischen dem Sachverhalt und dem Vertrag vorzunehmen⁵²⁸, da hierdurch eine unnötige Komplexität in die Charakterisierung des Gegenstands der Internationalität eingeführt würde. Drittens kann die Internationalität in Bezug auf den Rechtsstreit beurteilt werden. Dies ist der Gegenstand, den die Lehre im Hinblick auf Gerichtsstandsvereinbarungen nennt.⁵²⁹ Die Logik sollte aber zu einer Beurteilung der Internationalität in Bezug auf das Rechtsverhältnis führen. Hierbei handelt es sich nämlich um die einzige Lösung, um die Wirksamkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung zu beurteilen, bevor ein Rechtsstreit zwischen den Parteien entsteht.

B. Der Zeitpunkt der Beurteilung der Internationalität

I. Das spätere Auftreten der Internationalität

1. Die Risiken eines späteren Auftretens der Internationalität

Die Internationalisierung eines inländischen Sachverhalts kann für die Parteien zwei wesentliche Folgen haben: Sie kann sie entweder zwingen, ihren Prozess vor einem ausländischen Richter zu führen, oder zur Anwendung eines ausländischen Rechts führen. Diese Risiken verwirklichen sich jedoch nur dann, wenn der befassende Richter den Zuständigkeitsgrund der internationalen Zuständigkeitsregel und den Anknüpfungspunkt der Kollisionsnorm zu einem Zeitpunkt nach der Internationalisierung des Sachverhalts beurteilt.

Nach dem derzeitigen Stand des französischen und deutschen Rechts ist dieses Risiko im Bereich der internationalen Zuständigkeit zwar gering, existiert aber dennoch. Es besteht erstens dann, wenn die Zuständigkeitsregel einen Zuständigkeitsgrund verwendet, der sich im Laufe der Zeit ändern kann, und sich der in der Zuständigkeitsregel genannte Beurteilungszeitpunkt auf einen Zeitpunkt nach der Internationalisierung des Sachverhalts beziehen kann. Als Beispiel kann Artikel 8 I der Brüssel-IIa-Verordnung genannt werden, der im Bereich der elterlichen Verantwortung den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes zum Zeitpunkt der Anrufung des Ge-

525. Lagarde TCFDIP 1964/66 S. 151 Rn. 156; Droz Compétence judiciaire S. 129 Rn. 207.

526. Droz. S. 129 Rn. 207; Burgstaller/Neumayr FS Schlosser S. 122; kritisch Ancel/Lequette S. 653 Rn. 7; Gothot/Holleaux Convention S. 99 Rn. 167.

527. Bureau/Muir Watt Bd. 1 S. 331 Rn. 917; Niboyet Fasc. 552-30 Rn. 29; Jacquet Rép. int. Rn. 84; Batiffol Rev. crit. DIP 1956, 687.

528. Böhle ZEuP 2019, 80.

529. Bureau/Muir Watt Bd. 1 S. 77 Rn. 56; Loussouarn/Bourel/de Vareilles-Sommières S. 689 Rn. 681; Mayer/Heuzé/Remy S. 199 Rn. 285; Niboyet/de Geouffre de la Pradelle S. 291 Rn. 402; Arrue Montenegro Autonomie S. 195; Gaudemet-Tallon Rép. int. Dalloz Rn. 1; Schack S. 3 Rn. 8; Koberg S. 51; Markus S. 11 Rn. 41.

rechts als Zuständigkeitsgrund verwendet. Das Risiko besteht zweitens auch dann, wenn sich der Zuständigkeitsgrund im Laufe der Zeit ändern kann und die Zuständigkeitsregel keinen besonderen Zeitpunkt für die Beurteilung des Zuständigkeitsgrunds nennt, der also grundsätzlich zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts beurteilt wird.

Im Bereich des Kollisionsrechts besteht lediglich dann ein Risiko, wenn die Kollisionsnorm einen Anknüpfungspunkt verwendet, der sich im Laufe der Zeit ändern kann, und sie keinen Hinweis auf den Zeitpunkt der Beurteilung des Anknüpfungspunkts enthält. In diesem Fall, der vergleichsweise häufig eintritt, gelten nämlich die Regeln des Statutenwechsels, die oft die sofortige Anwendbarkeit oder sogar die Rückwirkung des ausländischen Rechts vorsehen.

2. Die Übernahme der Risiken eines späteren Auftretens der Internationalität

Die Risiken, die mit dem späteren Auftreten der Internationalität verbunden sind, könnten zunächst verringert werden, wenn die internationalen Zuständigkeitsregeln und die Kollisionsregeln systematisch den Zeitpunkt der Beurteilung des Zuständigkeitsgrundes oder des Anknüpfungspunktes vorsehen würden. Die effizienteste Lösung würde jedoch darin bestehen, den Parteien die Wahl des zuständigen Gerichts und des anwendbaren Rechts im Vorgriff auf die Internationalisierung ihres Sachverhalts zu erlauben.

a. Die Vorbeugung des Risikos durch eine Gerichtsstandsvereinbarung

Die Anerkennung der Möglichkeit einer Gerichtsstandswahl könnte es den Parteien ermöglichen, die Zuständigkeit der inländischen Gerichte zu vereinbaren oder sich sogar bereits auf die Zuständigkeit eines ausländischen Gerichts zu einigen, wenn die Internationalisierung des Sachverhalts in naher Zukunft stattfinden soll. Die Schwierigkeit besteht jedoch darin, dass der Sachverhalt zum Zeitpunkt der Wahl noch nicht international ist, sodass die Parteien grundsätzlich keine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung treffen können.

Es sind jedoch mehrere Lösungen denkbar, um die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung anzuerkennen. Die erste bestünde darin, auf das Erfordernis der Internationalität zu verzichten. Diese Lösung wäre aber grundsätzlich zu radikal, da sie die Wahl eines ausländischen Gerichts auch in inländischen Sachverhalten ermöglichen würde, die sich später nicht internationalisieren werden. Eine Ausnahme kann jedoch anerkannt werden, wenn die Zuständigkeit der inländischen Gerichte vereinbart wird oder die Gerichtsstandswahl auf bestimmte festgelegte Rechtsordnungen beschränkt ist. In diesem Fall besteht nämlich nicht das Risiko, dass der Rechtsstreit von einem ausländischen Richter entschieden wird, wenn sich der Sachverhalt nicht internationalisiert.

Eine zweite Lösung bestünde darin, die Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung auf der Grundlage anzuerkennen, dass sie im Vorgriff auf eine mögliche Internationalisierung des Sach-

verhalts geschlossen wurde.⁵³⁰ Diese Lösung würde jedoch Schwierigkeiten bereiten, insbesondere bei der Charakterisierung der Absicht der Parteien und falls der Sachverhalt sich letztlich nicht internationalisieren sollte.

Schließlich sieht die letzte Lösung vor, die Internationalität zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts zu beurteilen.⁵³¹ Diese Lösung ist mit dem deutschen, europäischen und staatsvertraglichen internationalen Privatrecht durchaus vereinbar. Sie steht jedoch im Widerspruch zur Rechtsprechung des *Cour de cassation*, der die Internationalität zum Zeitpunkt des Abschlusses der Rechtswahlvereinbarung beurteilt.⁵³² Eine Änderung dieser Rechtsprechung ist folglich angebracht, um eine Option hinsichtlich des Zeitpunkts der Beurteilung der Internationalität einzuführen, damit die Interessen der Parteien im Einzelfall am besten gewahrt werden.

b. Die Vorbeugung der Risiken durch eine Rechtswahlvereinbarung

Die Rom I- und Rom II-Verordnungen bieten bereits die Möglichkeit, dem Risiko einer Internationalisierung auf das anwendbare Recht durch eine Rechtswahl vorzubeugen. Sie lassen eine solche Rechtswahl bereits zu und begrenzen nur ihre Auswirkungen, wenn der Sachverhalt zum Zeitpunkt der Rechtswahl oder des Eintritts des schadensbegründenden Ereignisses keinen internationalen Charakter aufweist.

Außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Instrumente sind die Lösungen grundsätzlich die gleichen wie bei Gerichtsstandsvereinbarungen. So wäre erstens der Verzicht auf die Internationalitätsvoraussetzung nur denkbar, wenn sich die Rechtswahl auf das inländische Recht bezöge oder wenn die Rechtswahl auf eine limitative Anzahl von Rechtsordnungen beschränkt wäre, die eine objektive Verbindung mit dem Sachverhalt aufweisen. Nicht geeignet erscheint allerdings eine zweite Lösung, die darin bestünde, die kurz- oder mittelfristige Änderung des anwendbaren Rechts als relevanten Auslandsbezug zu betrachten.⁵³³

Die letzte Lösung wäre wiederum die Beurteilung der Internationalität zum Zeitpunkt der Anrufung des zuständigen Gerichts.⁵³⁴ Diese Lösung wäre zwar mit dem geltenden Recht vereinbar, da dieses keinen Zeitpunkt für die Beurteilung der Internationalität im Falle einer Rechtswahl vorsieht. Sie weist jedoch mehrere Mängel auf. Wählen die Parteien ein ausländisches Recht, können sie nämlich vor der Internationalisierung ihres Sachverhalts nicht wissen, ob sie ihr Verhalten nach diesem Recht wirksam gestalten können. Darüber hinaus ist nicht sicher, dass überhaupt ein Rechtsstreit zwischen den Parteien entstehen wird, was bedeutet, dass die Beurteilung der Internationalität teilweise zu einem anderen Zeitpunkt erfolgen muss, und zwar dann,

530. Gaudemet-Tallon *Compétence* S. 150 Rn. 135.

531. Droz *Compétence judiciaire* S. 120 Rn. 190; Gothot/Holleaux *Convention* S. 100 Rn. 168; Usunier *Rev. crit. DIP* 2010 Rn. 10; Arrue *Montenegro Autonomie* S. 204; Benecke *Teleologische Reduktion* S. 86; Magnus *ZEuP* 2018, 536.

532. Cass. Urt. v. 4.10.2005, Keller, D. 2005, 2626.

533. Hüßtege/Mansel/Gruber Art. 1 Rom III Rn. 90.

534. Corneloup *Droit européen du divorce* S. 501; Gaudemet-Tallon *RTD eur.* 1981 S. 234 Rn. 27.

wenn sich die Frage der Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung zum ersten Mal stellt. Es liegt also im Interesse der Parteien, das inländische Recht zu wählen, um Schwierigkeiten in Bezug auf diese beiden Punkte zu umgehen.

II. Der spätere Ausfall der Internationalität

Der spätere Ausfall der Internationalität kann grundsätzlich zwei Schwierigkeiten hervorrufen: Erstens könnten die Parteien dadurch überrascht werden, dass sie ihren Rechtsstreit nicht vor ein inländisches Gericht bringen können oder das inländische Recht nicht angewendet wird. Zweitens kann es Zweifel an der Gültigkeit von Gerichtsstands- und Rechtswahlvereinbarungen geben, wenn diese geschlossen wurden, als der Sachverhalt noch international war.

1. In Ermangelung einer Gerichtsstands- oder Rechtswahlvereinbarung

Im Bereich der internationalen Zuständigkeit besteht de lege lata de facto kein Risiko, dass die Parteien eines ursprünglich internationalen Sachverhalts, der seine Internationalität verloren hat, ihre Streitigkeit nicht vor ein inländisches Gericht bringen können oder dass der Beklagte sich gezwungen sieht, sich vor einem ausländischen Gericht zu verteidigen.

Im Bereich des Kollisionsrechts kann sich das Risiko der Anwendung eines ausländischen Rechts erstens aus der Verwendung eines Anknüpfungspunkts ergeben, der sich im Laufe der Zeit ändern kann und dessen Beurteilung durch die Kollisionsnorm zu einem Zeitpunkt festgelegt wurde, als der Sachverhalt noch einen internationalen Charakter besaß. Artikel 15 des Haager Übereinkommens vom 13. Januar 2000 gibt hierfür ein Beispiel: Er sieht vor, dass auf eine Vorsorgevollmacht das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Erwachsenen zum Zeitpunkt der Vereinbarung anzuwenden ist. Wenn der Zeitpunkt der Beurteilung des Anknüpfungspunkts nicht durch die Kollisionsnorm festgelegt wird, können darüber hinaus die Statutenwechselregeln zur Anwendung eines ausländischen Rechts hauptsächlich in Bezug auf das Entstehen des Sachverhalts oder seine bereits eingetretenen Auswirkungen führen, was die Parteien jedoch nicht überraschen sollte.

Der spätere Ausfall der Internationalität in Ermangelung einer Gerichtsstands- oder Rechtswahlvereinbarung bringt somit nur wenige Schwierigkeiten hinsichtlich der Vorhersehbarkeit des zuständigen Gerichts oder des anwendbaren Rechts mit sich, sodass die Entwicklung spezifischer Lösungen für diese Hypothese unnötig erscheint.

2. Im Falle einer Gerichtsstands- oder Rechtswahlvereinbarung

Da Gerichtsstands- oder Rechtswahlvereinbarungen Instrumente der Vorhersehbarkeit sind, ist es essenziell, dass der spätere Ausfall der Internationalität ihre Wirksamkeit nicht in Frage stellt. Die Lehre spricht sich somit für die Aufrechterhaltung ihrer Gültigkeit aus, soweit die Internationalität zum Zeitpunkt ihres Zustandekommens vorlag, auch wenn sie später ausgefallen

ist.⁵³⁵ Unter bestimmten Umständen kann diese Regel jedoch zur Wirksamkeitsanerkennung einer Rechtswahlvereinbarung führen, wobei indes keine Vorhersehbarkeitsprobleme des anwendbaren Rechts mehr bestehen.⁵³⁶ Die Lösung hätte z. B. die Wirksamkeit einer Rechtswahl zu Gunsten eines ausländischen Rechts zur Folge, die die Parteien während eines kurzen Auslandsaufenthalts getroffen haben. Jahre, nachdem der Sachverhalt seinen internationalen Charakter verloren hat, erscheint die Rechtfertigung dieser Rechtswahl jedoch fragwürdig. Dieser Nachteil ist allerdings nicht groß genug, um generell die Charakterisierung der Internationalität zum Zeitpunkt des Zustandekommens der Rechtswahl in Frage zu stellen.

C. Die verfahrensrechtliche Stellung der Internationalität

Die verfahrensrechtliche Stellung der Internationalität könnte schließlich durch mehrere einfache Prinzipien deutlich verbessert werden. Zunächst sollte – soweit nicht schon im geltenden Recht enthalten – eine Verpflichtung für den Richter eingeführt werden, seine internationale Zuständigkeit von Amts wegen zu überprüfen, die Kollisionsnorm in den Bereichen, in denen eine Rechtswahl zum Zwecke des Verfahrens nicht zugelassen ist, von Amts wegen anzuwenden und die Parteien auf die Anwendbarkeit eines ausländischen Rechts in den Bereichen, in denen diese Wahl zugelassen ist, hinzuweisen. Darüber hinaus sollte der Richter generell dazu verpflichtet sein, sich den in der Akte befindlichen Auslandsbezügen anzunehmen, und die Parteien sollten wiederum die Pflicht haben, den Richter über alle bestehenden Auslandsbezüge zu informieren.

Sobald die Internationalität charakterisiert ist und ihre Folgen ermittelt sind, sollten die Parteien dennoch die Möglichkeit besitzen, das Ergebnis, das sich normalerweise aus der Anwendung der Zuständigkeitsregel oder der Kollisionsnorm ergeben würde, zu unterlassen, indem sie die Zuständigkeit des inländischen unzuständigen Gerichts durch die rügelose Einlassung des Beklagten erweitern oder eine nachträgliche Rechtswahl zugunsten des inländischen Rechts schließen. Allerdings sollten die stillschweigende Erweiterung der Zuständigkeit des inländischen Gerichts durch die rügelose Einlassung des Beklagten ohne seine vorherige Unterrichtung und die Anwendung des inländischen Rechts durch die Anerkennung einer stillschweigenden nachträglichen Rechtswahl nicht zugelassen werden, da beide Mechanismen zum Nachteil einer oder beider Parteien wirken können.

535. Audit Rev. crit. DIP 2006, 420; Gaudemet-Tallon Compétence S. 150 Rn. 135; Corneloup Droit européen du divorce S. 501; Arrue Montenegro Autonomie S. 204; Hüßtege/Mansel/Gruber Art. 1 Rom III Rn. 87 f.; Gonzalez Beilfuss in: International civil litigation in Europe and relations with third States S. 554; Raupach Ehescheidung S. 100.

536. Hammje Rev. crit. DIP 2011 Rn. 16.

Kapitel IX

Die funktionale Definition der Internationalität

Die Internationalität ist als ein funktionaler Begriff⁵³⁷ zu betrachten und muss daher unter Berücksichtigung ihrer Funktion definiert werden.⁵³⁸ Es ist somit erforderlich, für jede spezifische Regelung, die für internationale Sachverhalte aufgestellt wurde, die Gründe zu ermitteln, die zu dieser Regelung geführt haben, um dann die internationalen Sachverhalte identifizieren und definieren zu können, die diesen spezifischen Regelungsbedarf aufweisen.

A. Die Funktion der ökonomischen Definition der Internationalität

I. Im nationalen internationalen Privatrecht

1) *Kollisionsrecht*. Nach der französischen Lehre sollte die juristische Definition der Internationalität dem Kollisionsrecht und insbesondere der Beurteilung der Wirksamkeit von Rechtswahlvereinbarungen vorbehalten bleiben⁵³⁹, während die ökonomische Definition zur Beurteilung der Anwendung der Sachnormen im internationalen Handelsrecht herangezogen werden sollte.⁵⁴⁰ Diese Unterscheidung entstand in der Rechtsprechung des *Cour de cassation*, der die ökonomische Definition der Internationalität für die genannten Sachnormen entwickelte.⁵⁴¹ Die Rechtsprechung ließ danach aber gewisse Zögerlichkeiten⁵⁴² oder gar Widersprüche⁵⁴³ bei der Anwendung der beiden Definitionen der Internationalität erkennen. Ebenso halten sich nicht alle Autoren an eine strikte Funktionszuordnung zwischen den beiden Kriterien und nehmen insbe-

537. Loquin JDI 1986, 1044; Mayer RCADI Bd. 327 S. 80 Rn. 63; Synvet JDI 1984, 609; Boucobza in: La relativité du contrat S. 103; Malaurie D. 1959, 363; Tronel Internationalité S. 19.

538. Mayer RCADI Bd. 327 S. 80 Rn. 63; Loquin JDI 1986, 1041; Synvet JDI 1984, 609; Tronel Internationalité S. 21.

539. Jacquet Principe Rn. 371; Niboyet Fasc. 552-30 Rn. 30; Loquin JDI 1986, 1044; Guez Élection de for S. 75; Boucobza in: La relativité du contrat S. 103; Ancel/Deumier/Laazouzi S. 8 Rn. 16.

540. Jacquet Rép. int. Rn. 88; Niboyet Fasc. 552-30 Rn. 30; Loquin JDI 1986, 1044; Batiffol Rev. crit. DIP 1956, 687; Mercadal/Janin S. 38 Rn. 58; Guez Élection de for S. 75; Boucobza in: La relativité du contrat S. 103; Ancel/Deumier/Laazouzi S. 8 Rn. 16.

541. Loquin JDI 1986, 1044; Guez Élection de for S. 74 f.

542. Cass. Urt. v. 18.5.1971, Impex, D. 1972, 32.

543. CA Paris, Urt. v. 19.6.1970, Hecht, Rev. crit. DIP 1971, 682.

sondere an, dass eine Rechtswahl auch bei einer bloßen ökonomischen Internationalität wirksam sein könne.⁵⁴⁴

Die Verwendung der ökonomischen Definition der Internationalität für die Anwendung der Sachnormen im internationalen Handelsrecht wird im Allgemeinen durch die Notwendigkeit gerechtfertigt, auf eine qualifiziertere, anspruchsvollere Internationalität zurückzugreifen als bei der Beurteilung der Wirksamkeit einer Rechtswahl.⁵⁴⁵ Die ökonomische Internationalität würde nämlich dem internationalen Vertrag eine gewisse Besonderheit verleihen.⁵⁴⁶ Anders formuliert wird sie verwendet, weil die genannten Sachnormen durch die Bedürfnisse des internationalen Handels begründet sind.⁵⁴⁷

Die Verwendung der ökonomischen Definition für die Wirksamkeitsprüfung der Rechtswahl wird zu Recht ausgeschlossen.⁵⁴⁸ Als Grund hierfür wird das Fehlen einer Verbindung zwischen einer wirtschaftlichen Analyse der Auswirkungen des Vertrags und der Befugnis der Parteien, das anwendbare Recht zu wählen, angeführt.⁵⁴⁹ Unter der Annahme, dass die ökonomische Definition in die juristische Definition einbezogen werden kann, besteht auch kein praktisches Interesse daran, die erste zu verwenden. Auch kann die ausschließliche Verwendung der ökonomischen Definition zur Beurteilung der Wirksamkeit der Rechtswahl nicht unterstützt werden, da dies in der Praxis zur Folge hätte, dass alle Verträge, die keine Handelsverträge sind, von dieser Rechtswahl ausgeschlossen wären.

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass die einzige Funktion, die für die ökonomische Definition der Internationalität anerkannt werden kann, die Beurteilung der Anwendbarkeit von Sachnormen ist, die im französischen Recht speziell für Verträge des internationalen Handels entwickelt wurden.

2) *Internationale Zuständigkeit*. Im Hinblick auf die internationale Zuständigkeit wird von einigen Autoren angenommen, dass die ökonomische Definition der Internationalität verwendet werden könne, um die Wirksamkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen zu beurteilen.⁵⁵⁰ Der *Cour de cassation* machte von dieser Definition in den Mardelé- und Dambricourt-Urteilen⁵⁵¹ Gebrauch. Im verwandten Bereich der Schiedsklauseln ist dies sogar die einzige verwendete Definition der Internationalität.⁵⁵² Andere Autoren sprechen sich allerdings zu Recht gegen die Verwendung dieser Definition aus⁵⁵³, da die gleichen Gründe, die für die Rechtswahl angeführt

544. Jacquet Rép. int. Rn. 89.

545. Ancel/Deumier/Laazouzi S. 8 Rn. 16; Kassis S. 63 Rn. 52.

546. Batiffol RCADI Bd. 139 S. 109.

547. Ancel/Deumier/Laazouzi S. 8 f.

548. Loquin JDI 1986, 1044; Mayer RCADI Bd. 327 S. 89 f. Fn. 73.

549. Mayer in: La relativité du contrat S. 127 Rn. 5.

550. Ancel FS Foyer S. 27 Rn. 78; Gaudemet-Tallon Rép. int. Dalloz Rn. 105; Ancel/Deumier/Laazouzi S. 14 Rn. 24.

551. Cass. Urt. v. 19.2.1930, Mardelé und 27.1.1931, Dambricourt, Rev. crit. DIP 1931, 541.

552. Art. 1504 CPC.

553. Niboyet/de Geouffre de la Pradelle S. 320 Rn. 427.

wurden, ihren Ausschluss und die alleinige Verwendung der juristischen Definition der Internationalität zur Beurteilung der Wirksamkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen rechtfertigen.

II. Im supranationalen internationalen Privatrecht

Die in Vertragssachen abgeschlossenen staatsvertraglichen und europäischen Instrumente, die eine ausdrückliche Definition der Internationalität vorsehen, verwenden allesamt die juristische Definition der Internationalität. Was Instrumente anbelangt, die die Internationalität nicht definiert, so wurde erstens für das Haager Kaufrechtsübereinkommen von 1955 die Auffassung vertreten, dass jeder Vertragsstaat seine eigene Auffassung der Internationalität anwenden können sollte.⁵⁵⁴ Da jedoch nur die juristische Definition der Internationalität allen Staaten bekannt ist und da das Übereinkommen Kollisionsnormen und keine Sachnormen enthält, soll die ökonomische Definition ausgeschlossen werden. Zweitens zeigt auch die Rom I-Verordnung eine klare Präferenz für die juristische Definition der Internationalität, soweit sich ihr Anwendungsbereich auf „Sachverhalte, in denen eine Rechtskollision vorliegt“, bezieht.

B. Die Konkretisierung der juristischen Definition der Internationalität

I. Die Verwertung von Internationalitätsgraden

Mehrere Autoren haben vorgeschlagen, die verschiedenen Grade der Internationalität zu bewerten, um jedem Grad eine bestimmte Methode des internationalen Privatrechts zuzuordnen.

1. Die Unterscheidung zwischen absoluter und relativer Internationalität

In der Lehre wurde die Ansicht vertreten, dass das Vorliegen eines relativ internationalen Sachverhalts ausreichen würde, um die Anwendung der Kollisionsnorm herbeizuführen⁵⁵⁵, während das Vorliegen eines absolut internationalen Sachverhalts die Anwendung von Sachnormen⁵⁵⁶ sowie eine Gerichtsstands- und Rechtswahl⁵⁵⁷ ermöglichen würde. Dieser Theorie kann grundsätzlich zugestimmt werden. Allerdings ist die Unterscheidung zwischen relativer und absoluter Internationalität zu weit gefasst, als dass sie für die Konkretisierung der juristischen Definition der Internationalität von wirklichem Interesse sein könnte.

2. Die Berücksichtigung weiterer Internationalitätsgrade

I. Schwander hat eine Unterscheidung zwischen absolut inländischen, vorwiegend inländischen, gemischten, vorwiegend ausländischen, absolut ausländischen und absolut internationa-

554. Heuzé Vente S. 23 Rn. 21.

555. Neuhaus Grundbegriffe S. 23 f.; Mayer RCADI Bd. 327 S. 88 Rn. 70.

556. Neuhaus Grundbegriffe S. 23 f.

557. Mayer/Heuzé/Remy S. 28 Rn. 5.

len Sachverhalten vorgeschlagen.⁵⁵⁸ Die Kollisionsnorm würde hauptsächlich auf vorwiegend inländische, vorwiegend ausländische und gemischte Sachverhalte angewendet.⁵⁵⁹ Absolut inländische oder ausländische Sachverhalte wären das bevorzugte Anwendungsgebiet für Eingriffsnormen⁵⁶⁰ und absolut internationale Sachverhalte das der internationalen Sachnormen.⁵⁶¹ Einige dieser Behauptungen müssen jedoch in Frage gestellt werden. Erstens kann die Anwendung der Eingriffsnormen auch auf Sachverhalte mit einem starken Auslandsbezug erfolgen. Zweitens eignet sich die Kollisionsnorm nicht nur für absolut inländische, absolut ausländische oder gemischte Sachverhalte, sondern auch für überwiegend inländische oder überwiegend ausländische Sachverhalte.

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, dass der funktionale Ansatz, der auf dem Grad der Internationalität basiert, nicht zu ausreichend präzisen Ergebnissen führt, um sinnvoll eingesetzt werden zu können.

II. Die Identifizierung der relevanten Auslandsbezüge

Die Identifizierung der relevanten Auslandsbezüge durch einen funktionalen Ansatz ist die am besten geeignete Methode, um die juristische Definition der Internationalität zu präzisieren. Aus praktischen Gründen werden nur die Fälle untersucht, in denen eine autonome Internationalitätsvoraussetzung geprüft werden muss.

1. Die Annahme einer relevanten, nicht näher präzisierten Internationalität

a. Die betroffenen Regeln

i. Internationale Zuständigkeitsregeln

Eine funktionale Überlegung zum Begriff der Internationalität lässt sich erstens für exorbitante Zuständigkeitsregeln unmöglich durchführen, da diese nicht durch Besonderheiten der Internationalität gerechtfertigt sind. Damit diese Regeln nicht auf inländische Rechtssachen angewendet werden, ist es folglich ausreichend, eine relevante, nicht näher präzisierte Internationalität zu verlangen.

Im Hinblick auf die besonderen internationalen Zuständigkeitsregeln, die einen anderen Zuständigkeitsgrund als die inländische örtliche Zuständigkeit verwenden, ist zweitens nach ihrer Quelle zu unterscheiden. Handelt es sich um eine nationale Regel, muss der Grund identifiziert werden, aus dem die Zuständigkeitsregel angepasst wurde. Mit den Worten des *Cour de cassation* geht es darum, die „besonderen Erfordernisse der internationalen Beziehungen“⁵⁶² zu

558. Schwander *Lois d'application immédiate* S. 243.

559. *Loc. cit.*

560. *Loc. cit.*

561. *Loc. cit.*

562. Cass. Urt. v. 3.12.1985, *bull. civ.* 1985 I Nr. 329.

ermitteln, die die Anpassung der Zuständigkeitsregel rechtfertigten. Dabei ist es erforderlich, genau die Auslandsbezüge zu identifizieren, die diese Anpassung rechtfertigen, da die Anwendung der Zuständigkeitsregel auf einen Sachverhalt, der eine solche Anpassung nicht erfordert, unerwünschte Ergebnisse erzeugen kann.

Handelt es sich bei der internationalen Zuständigkeitsregel um eine internationale Regel, ergibt sich der mögliche Unterschied zwischen der internationalen und örtlichen Zuständigkeit grundsätzlich nicht aus einer Anpassung der letzteren an die Besonderheiten der Internationalität, sondern vielmehr aus einem politischen Konsens über die internationalen Zuständigkeitsgründe. Aus diesem Grund kann keine funktionale Überlegung über den Begriff der Internationalität angestellt werden, sondern nur eine relevante, nicht näher präzierte Internationalität verlangt werden.

ii. Kollisionsnormen

Die Unterwerfung eines Sachverhalts unter ein ausländisches Recht durch Anwendung der Kollisionsnorm stellt nur eine gerechtfertigte Sonderbehandlung internationaler Sachverhalte dar, wenn die Kollisionsnorm auf einem relevanten Anknüpfungspunkt beruht. Daraus ergibt sich, dass die Anwendung einer Kollisionsnorm, die das *lex fori* als nicht rein subsidiären Anknüpfungspunkt verwendet, nur dann gerechtfertigt ist, wenn der Sachverhalt eine relevante Verbindung mit dem Forumstaat aufweist. Eine solche Definition der Internationalität wäre jedoch in der Praxis nicht praktikabel, da sie zur Folge hätte, dass keine Kollisionsnorm für internationale Sachverhalte, die keine relevante Verbindung zum Forum aufweisen, zur Verfügung stehen würde. Deshalb kann auch hier nur eine relevante, nicht näher präzierte Internationalität verlangt werden.

iii. Eingeschränkte Rechtswahl

Unter der Annahme, dass die Hauptfunktion der eingeschränkten Rechtswahl darin besteht, die Vorhersehbarkeit des anwendbaren Rechts zu gewährleisten, muss konsequenterweise die Rechtswahl auf diejenigen Rechtsordnungen beschränkt werden, die eine objektive Verbindung zu dem Sachverhalt aufweisen.⁵⁶³ Die relevante Internationalität ist daher als diejenige zu definieren, die sich aus dem Vorhandensein relevanter Verbindungen mit dem Forum und mindestens einer anderen Rechtsordnung ergibt. Die Internationalitätsvoraussetzung sollte jedoch nur überprüft werden, wenn die Parteien das zur Verfügung stehende *lex fori* ausgewählt haben, da andernfalls die eingeschränkte Rechtswahl für internationale Sachverhalte ausgeschlossen würde, die zwar keine Verbindung zum Forum aufweisen, aber in denen die Parteien eine der anderen verfügbaren Rechtsordnungen gewählt haben, zu der sie eine objektive Verbindung aufweisen.

563. Audit RCADI Bd. 305 S. 300 Rn. 300.

iv. Uneingeschränkte Gerichtsstandsvereinbarung

Das positive Recht enthält keine Definition der Internationalität im Hinblick auf Gerichtsstandsvereinbarungen. Die Lehre hat in diesem Zusammenhang allerdings mehrere funktionelle Definitionsansätze vorgeschlagen.

a) Funktionale Definition im Rahmen der Brüssel-Ia-VO. Eine funktionale Definition der Internationalität wurde im spezifischen Rahmen des EuGVÜ vorgeschlagen: Die Internationalität der Gerichtsstandsvereinbarung ergebe sich daraus, dass die Parteien die Zuständigkeit eines nach dem Übereinkommen zuständigen Mitgliedstaats derogiert und gleichzeitig die Zuständigkeit eines anderen Mitgliedstaats prorogiert haben.⁵⁶⁴

Dieser funktionale Ansatz lässt jedoch zwei Nachteile erkennen: Erstens verursacht er eine schwerfällige Prüfung der Internationalität, indem er grundsätzlich eine Überprüfung aller in der Verordnung verwendeter Zuständigkeitsgründe verlangt, um feststellen zu können, ob die Zuständigkeit eines nach dem Übereinkommen zuständigen Mitgliedstaats derogiert wurde.⁵⁶⁵ Zweitens läuft dieser funktionale Ansatz darauf hinaus, die Wahl eines ausländischen Richters als relevanten Auslandsbezug anzunehmen, was de facto Gerichtsstandsvereinbarungen in objektiv inländischen Sachverhalten zulässt.⁵⁶⁶ Das kumulative Erfordernis der Derogation und Prorogation der Zuständigkeit der Gerichte zweier Mitgliedsstaaten garantiert nämlich nicht den internationalen Charakter des Sachverhalts, der möglicherweise keine Verbindung zum prorogierten Staat aufweist.

β) Allgemeine funktionale Definition. Ein überzeugenderer funktionaler Ansatz besteht darin, die Internationalität unter Bezugnahme auf die Existenz der potentiellen Zuständigkeit mehrerer Rechtsordnungen zu definieren.⁵⁶⁷ Genauer gesagt besteht eine solche potentielle Zuständigkeit, wenn mehrere Staaten die Zuständigkeit ihrer Gerichte aufgrund der objektiven Lokalisierung des Rechtsstreits legitim geltend machen können⁵⁶⁸, d. h. wenn der Rechtsstreit eine relevante Verbindung zu mehreren Staaten aufweist.⁵⁶⁹

Dieses Ergebnis kann im Hinblick auf die Hauptfunktion der Gerichtsstandsvereinbarungen gutgeheißen werden, die darin besteht, die Vorhersehbarkeit des zuständigen Gerichts zu gewährleisten. Allerdings müssen auch die anderen Funktionen dieser Vereinbarungen berücksichtigt

564. Droz *Compétence judiciaire* S. 121 Rn. 191; Ancel *FS Foyer* S. 39 f. Rn. 21; Laazouzi *RDC* 2014 Rn. 9; Rauscher Rn. 1865; Aull *IPRax* 1999, 228; Kohler *IPRax* 1983, 266; Wiczorek/Schütze/Hausmann Art. 17 *EuGVÜ* Rn. 6; Burgstaller/Neumayr *FS Schlosser* S. 123; Benecke *Teleologische Reduktion* S. 67 ff.; Aull *Geltungsanspruch* S. 139; Layon/Mercer Rn. 20.006.

565. Samtleben *NJW* 1971, 1594.

566. Gothot/Holleaux *Convention* S. 99 Rn. 167; Gaudemet-Tallon/Ancel *Compétence* S. 148 Rn. 133; Beraudo/Beraudo *Fasc.* 3011 Rn. 9; Kohler *IPRax* 1983, 266; Burgstaller/Neumayr *FS Schlosser* S. 123; Jung *Vereinbarungen* S. 53.

567. Bollée in: *L'efficacité économique en droit* S. 133; Usunier *Régulation* S. 242 Rn. 297.

568. Usunier *Régulation* S. 242 Rn. 297.

569. *Loc. cit.*

werden. So ist das Bedürfnis nach einem neutralen Richter dann gegeben, wenn die Parteien in verschiedenen Ländern ansässig sind⁵⁷⁰ oder verschiedene Staatsangehörigkeiten besitzen.⁵⁷¹ Im Hinblick auf das Bedürfnis nach einem angemesseneren Richter existiert gleichwohl eine Vielzahl von Gründen, nach denen die Parteien ein Gericht für besonders geeignet halten dürften. Im Übrigen handelt es sich hierbei streng genommen nicht um eine Funktion, die der Internationalität eigen ist, da das Bedürfnis auch in einem inländischen Sachverhalt entstehen kann.⁵⁷²

Im Ergebnis führen alle Funktionen der Gerichtsstandsvereinbarungen nicht zu den gleichen Ergebnissen.⁵⁷³ Die einzige praktikable Lösung besteht somit darin, sich am weitesten gefassten Kriterium, nämlich dem der ersten Funktion, zu orientieren, was damit einhergeht, eine relevante, nicht näher präzierte Internationalität zu verlangen.

v. Unbeschränkte Rechtswahl

α. Vertragsrecht

Der Begriff des internationalen Vertrags sollte vorzugsweise durch die Analyse der Gründe für die Anerkennung einer Rechtswahl oder, mit anderen Worten, der Funktionen dieser Rechtswahl definiert werden. So wurde die Ansicht vertreten, dass die stärkste Rechtfertigung der Rechtswahl die Tatsache sei, dass die Parteien ihre Niederlassung in zwei verschiedenen Staaten haben, da dies Misstrauen in Bezug auf die Anwendung des Rechts der anderen Partei erzeuge, was wiederum den Vertragsabschluss erschwere.⁵⁷⁴ Aus dem gleichen Grund sollte im Falle einer unselbstständigen Tochtergesellschaft der Sitz der Muttergesellschaft, die den Vertrag aushandelt, als relevanter Auslandsbezug berücksichtigt werden.⁵⁷⁵ Darüber hinaus sollten der ausländische Erfüllungsort des Vertrags⁵⁷⁶ und die Tatsache, dass der Vertrag in einer einem ausländischen Recht unterliegenden Vertragsgruppe enthalten ist⁵⁷⁷, als relevante Auslandsbezüge angenommen werden, da es für die Parteien bequemer sei, diesem Recht zu unterliegen.

Die anderen Funktionen der Rechtswahl sollten zu dieser Analyse hinzugefügt werden. Angesichts der Funktion der Neutralität des anwendbaren Rechts sollte auch die Staatsangehörigkeit der Parteien als relevanter Auslandsbezug betrachtet werden. Wurde die Rechtswahl genutzt, um ein angemesseneres Recht zu vereinbaren, so handelt es sich wie bei Gerichtsstandsvereinbarungen nicht um eine Funktion der Rechtswahl, die für internationale Sachverhalte spezifisch ist. Hatte die Rechtswahl das Ziel, die Vorhersehbarkeit des anwendbaren Rechts zu sichern, so beruht die relevante Internationalität allgemein auf dem Vorhandensein objektiver Verbindun-

570. Bollée in: *L'efficacité économique en droit* S. 133 Fn. 3.

571. Remy JDI 2011, 57.

572. Loc. cit.

573. Ibid. S 58.

574. Mayer RCADI Bd. 327 S. 91 Rn. 75.

575. Loc. cit.

576. Mayer FS Tercier S. 880 Rn. 9.

577. Loc. cit.

gen zu mehreren Rechtsordnungen. Eine letzte Funktion der Rechtswahl könnte schließlich bei internationalen Handelsverträgen in der Notwendigkeit der Teilnahme der Staaten am internationalen Handel gesehen werden.⁵⁷⁸ Die Berücksichtigung dieser Funktion würde hier auch zu einer relevanten, nicht näher präzisierten Internationalität führen.

Angesichts der unterschiedlichen Ergebnisse, die durch die verschiedenen Funktionen der Rechtswahl zustande kommen, ist der am weitesten gehende Ansatz der Internationalität zu wählen, nämlich derjenige, der auf dem Vorliegen von relevanten, nicht näher präzisierten Berührungspunkten zu mehreren staatlichen Rechtsordnungen beruht.

β. Deliktsrecht

Im Zusammenhang mit der Rom II-Verordnung wurde vorgeschlagen, die Internationalität unter Bezugnahme auf die in der Verordnung verwendeten Anknüpfungspunkte zu definieren⁵⁷⁹, was zur Folge hätte, auch alle Auslandsbezüge zu berücksichtigen, die im Rahmen der in der Verordnung enthaltenen Ausnahmeklauseln Einfluss auf das anwendbare Recht haben können.⁵⁸⁰ Es ist auch dahingehend wieder eine funktionale Definition der Internationalität vorzuziehen. Nach dem Erwägungsgrund (31) besteht die Hauptfunktion der Rechtswahl darin, die Vorhersehbarkeit des anwendbaren Rechts zu sichern. Dies führt also wie im Vertragsrecht zur Annahme einer relevanten, nicht näher präzisierten Internationalität.

b. Die Beurteilung der Relevanz des Auslandsbezugs

Da die funktionale Überlegung zum Begriff der Internationalität oft die Schlussfolgerung mit sich bringt, dass lediglich eine relevante, nicht näher präzisierte Internationalität zu verlangen ist, muss bestimmt werden, wie diese Relevanz zu bewerten ist. Wenngleich eine erschöpfende Liste relevanter Auslandsbezüge nicht erstellt werden kann, lassen sich gleichwohl einige Leitlinien zur Bestimmung ihrer Relevanz formulieren.

i) Die immanente Relevanz des Auslandsbezugs. Alle Auslandsbezüge sind nicht an sich gleichwertig. Als Karikatur-Beispiel kann aufgeführt werden, dass der ausländischen Niederlassung einer Vertragspartei nicht die gleiche Bedeutung wie dem ausländischen Ursprung des Papierblattes, auf dem der Vertrag unterzeichnet wurde, beigemessen werden kann.⁵⁸¹ Es müssen demnach zunächst alle irrationalen Auslandsbezüge ausgeschlossen werden.

ii) Die Sachverhaltskategorie. Ein Auslandsbezug kann für eine Sachverhaltskategorie relevant und für eine andere irrelevant sein. Somit sind z. B. die Auslandsbezüge, die die Internationalität eines Vertrags begründen können, nicht immer dieselben, die die Internationalität einer

578. Audit RCADI Bd. 305 S. 296 f. Rn. 297 f.

579. MK/Junker Art. 14 Rom II-VO Rn. 40; Palandt/Spickhoff Art. 14 Rom II-VO Rn. 8; JurisPK/Wurmnest Art. 14 Rom II-VO Rn. 26; Hüßtege/Mansel/Gebauer Art. 14 Rom II-VO Rn. 47.

580. Erman/Hohloch Art. 14 Rom II-VO Rn. 14; Palandt/Spickhoff Art. 14 Rom II-VO Rn. 8.

581. Lalive RCADI Bd. 155 S. 18.

Ehe qualifizieren. Es muss also bei der Charakterisierung der Relevanz des Auslandsbezugs auch die Sachverhaltskategorie beachtet werden.

iii) Die Verwendung des Auslandsbezugs durch das internationale Privatrecht. Es könnte angenommen werden, dass alle vom internationalen Privatrecht verwendeten Auslandsbezüge relevant genug sind, um die Internationalität zu charakterisieren. Dabei ginge es präziser um die Auslandsbezüge, die zur Bestimmung des Anwendungsbereichs supranationaler IPR-Instrumente verwendet werden, sowie um die Auslandsbezüge, die von der Kollisionsnorm als Anknüpfungspunkte oder von der internationalen Zuständigkeitsregel als Zuständigkeitsgrund verwendet werden. Im zweiten Fall könnten entweder nur die in der Materie verwendeten Auslandsbezüge oder alle Auslandsbezüge des internationalen Privatrechts angenommen werden.

Diese erste Lösung wäre jedoch zu restriktiv, wenn es darum geht, über die Wirksamkeit einer Gerichtsstands- oder Rechtswahl zu bestimmen. Darüber hinaus sind nicht unbedingt alle Auslandsbezüge, die als Anknüpfungspunkte oder Zuständigkeitsgründe verwendet werden, relevant, wie die Existenz exorbitanter Zuständigkeitsgründe beweist. Die zweite Lösung, alle vom internationalen Privatrecht verwendeten Auslandsbezüge als relevant zu betrachten, ist auch nicht geeigneter. Einerseits ist dieser Ansatz ebenso zu restriktiv, weil er die Einbeziehung bestimmter eigenartiger Auslandsbezüge nicht zulassen würde. Andererseits ist er zu weit gefasst, da die Relevanz des Auslandsbezugs auch je nach Kategorie, zu dem der Sachverhalt gehört, variiert.

Es bleibt allerdings festzuhalten, dass die Verwendung einiger Auslandsbezüge durch das internationale Privatrecht ein gutes Gesamtbild der Relevanz der Auslandsbezüge darstellt und unter diesem Gesichtspunkt nützlich sein kann.

iv) Die Kombination mehrerer Auslandsbezüge. Eine vierte zu berücksichtigende Tatsache ist, dass die Relevanz der Internationalität nicht nur qualitativ, sondern auch quantitativ bewertet wird.⁵⁸² Das bedeutet, dass sich die Internationalität aus der Kombination mehrerer wenig relevanten Auslandsbezüge ergeben kann.

v) Die Typologie der IPR-Regel. Schließlich muss die Typologie der anzuwendenden IPR-Regel berücksichtigt werden, da diese ein abschließendes Urteil über die Relevanz des Auslandsbezugs im Hinblick auf die Funktion der Internationalität im gegebenen Fall ermöglicht.

2. Das Erfordernis einer präzisierten Internationalität

Spezielle Sachnormen für internationale Sachverhalte erfordern eine präzise Definition der Internationalität. Aufgrund ihrer praktischen Bedeutung werden nur die im französischen und deutschen Recht gebräuchlichsten materiellrechtlichen internationalen Übereinkommen und verfahrensrechtlichen EU-Verordnungen untersucht.

582. Jacquet Principe Rn. 380; Pommier Principe d'autonomie S. 313.

a. Das Vertragsrecht

i) *Internationaler Kauf*. Das CISG gilt nur für internationale Kaufverträge, die zwischen Parteien geschlossen werden, die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben. Diese Definition der Internationalität erweist sich jedoch als zu restriktiv.⁵⁸³ Sie ist nicht durch die vom Übereinkommen verfolgten Ziele gerechtfertigt, die generell in der Beseitigung rechtlicher Hindernisse für den internationalen Handel und in der Förderung der Entwicklung dieses Handels liegen.⁵⁸⁴ Um den Begriff des internationalen Kaufs besser zu erfassen, könnten zwei weitere relevante Auslandsbezüge berücksichtigt werden: der Ort der Lieferung⁵⁸⁵ und der Ort der Belegenheit der Waren.⁵⁸⁶ Somit würde eine vollständigere Definition des internationalen Kaufs erreicht, die gleichzeitig eine zufriedenstellende Rechtssicherheit bei der Beurteilung des Anwendungsbereichs des CISG bieten würde.

ii) *Internationales Factoring*. Das Übereinkommen von Ottawa vom 28. Mai 1988 findet Anwendung, wenn die im Rahmen eines Factoring-Vertrags abgetretenen Forderungen aus einem Warenkaufvertrag zwischen einem Lieferanten und einem Schuldner entstehen, die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben. Diese Definition zieht somit die Tatsache in Betracht, dass der Hauptzweck des internationalen Factorings die Abtretung von Forderungen aus internationalen Verträgen ist.⁵⁸⁷ Sie deckt also die in der Praxis existierenden Formen des internationalen Factorings.⁵⁸⁸ Dem ist hinzuzufügen, dass die fehlende Berücksichtigung der Niederlassung des Faktors ohne Bedeutung ist, da der Faktor in den meisten Fällen im Land des Schuldners oder des Lieferanten ansässig ist.⁵⁸⁹ Ist dies nicht der Fall, so ist der Kaufvertrag trotzdem höchstwahrscheinlich international, da die Verwendung eines ausländischen Faktors für einen inländischen Kaufvertrag kaum einen Sinn ergäbe.

Die Definition könnte jedoch unter einem besonderen Gesichtspunkt verbessert werden. Dem Lieferanten und dem Faktor ist nämlich die Internationalität des Kaufvertrags zum Zeitpunkt des Abschlusses des Factoringvertrags möglicherweise nicht bekannt⁵⁹⁰, was zu einer unerwarteten Anwendung des Übereinkommens führen kann. Es könnte folglich ein Vorbehalt ähnlich dem im CISG enthaltenen eingeführt werden, der wie folgt lauten würde: „Nicht berücksichtigt wird die Tatsache, dass der Lieferant und der Schuldner ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben, wenn sie den Parteien des Factoringvertrags zum Zeitpunkt seines Abschlusses unbekannt war.“

583. Kahn Fasc. 565-A-5 Rn. 34; Witz in: *L'internationalité: bilan et perspectives* S. 63.

584. Präambel des CISG.

585. Witz in: *L'internationalité: bilan et perspectives* S. 63; Lagarde RIDE 1985, 331; Dölle *RabelsZ* 1952, 167.

586. Witz in: *L'internationalité: bilan et perspectives* S. 63; Lagarde RIDE 1985, 331.

587. MK/Ferrari Art. 2 FactÜ Rn. 10; Rebmann *RabelsZ* 1989, 605.

588. MK/Ferrari Art. 2 FactÜ Rn. 11 ff.

589. *Ibid.* Rn. 14.

590. *Ibid.* Rn. 7.

iii) *Internationales Leasing*. Das Übereinkommen von Ottawa vom 28. Mai 1988 definiert den internationalen Finanzierungsleasingvertrag als einen Vertrag, bei dem der Leasinggeber und der Leasingnehmer ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben. Die Lehre stimmt darin überein, dass diese Form des Finanzierungsleasings die gebräuchlichste Form des internationalen Finanzierungsleasings darstellt.⁵⁹¹ Das Übereinkommen wurde dennoch kritisiert, weil es eine zu restriktive Definition der Internationalität annimmt, indem es sich ausschließlich auf die Beziehung zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer konzentriert.⁵⁹² Die Kritik ist damit zu begründen, dass ein anderes übliches internationales Finanzierungsleasing besteht, bei dem der Lieferant in einem Land ansässig ist und die Leasinggeber und -nehmer in einem anderen.⁵⁹³

Da das Übereinkommen sehr allgemeine Ziele in Bezug auf die Beseitigung „bestimmter rechtlicher Hindernisse für das internationale Finanzleasing“ und die „Notwendigkeit, den Zugang zum internationalen Finanzleasing zu erleichtern“⁵⁹⁴, formuliert, gibt es keinen Grund, bestimmte Formen des internationalen Finanzleasings auszuschließen. Es wäre dementsprechend geeigneter, die Internationalität des Finanzleasings allgemein auf der Grundlage des ausländischen Niederlassungsortes einer der Parteien zu definieren.⁵⁹⁵

b. Das Verfahrensrecht

i) *Prozesskostenhilfe*. Die Anwendung der Richtlinie 2002/8/EG ist Streitigkeiten vorbehalten, in denen die Partei, die die Prozesskostenhilfe beantragt, ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat hat als dem Staat des Gerichtsstands oder dem Staat, in dem die Entscheidung vollstreckt werden soll.⁵⁹⁶ Ein Vergleich dieser Definition mit den Zielen und Bestimmungen der Richtlinie zeigt jedoch, dass die Internationalität zu eng gefasst ist. Kosten im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden Charakter der Rechtsache, die sich auf Dolmetscherleistungen, die Übersetzung von Dokumenten oder Reisekosten beziehen⁵⁹⁷, können bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten anfallen, die jedoch nicht der in der Richtlinie festgelegten Definition entsprechen. Es wäre somit angemessener, die grenzüberschreitende Streitigkeit als „jede Streitigkeit, die eine relevante Verbindung zu einem anderen Mitgliedstaat als dem Staat des Gerichtsstands aufweist“, zu definieren.

ii) *Geringfügige Forderungen*. Die Verordnung für geringfügige Forderungen gilt nur für Rechtssachen, bei denen mindestens eine der Parteien ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat als dem Mitgliedstaat des Gerichts hat. Diese Definition wurde als zu eng gefasst betrachtet.⁵⁹⁸ Insbesondere wurde kritisiert, dass die Anwendung der

591. Bourdeaux Fasc. 572-25 Rn. 58; Gavalda TCFDIP 1988-89 S. 62 Rn. 10; Poczobut RabelsZ 1987, 698.

592. Bourdeaux Fasc. 572-25 Rn. 58; Beraudo JCP E 1995.I.458 Rn. 3.

593. Bourdeaux Fasc. 572-25 Rn. 67; Gavalda TCFDIP 1988-89 S. 61 Rn. 3; Beraudo JCP E 1995.I.458 Rn. 3.

594. Präambel des Übereinkommens.

595. Gavalda TCFDIP 1988-89 S. 61 Rn. 3.

596. Richtlinie, Art. 2 I.

597. Richtlinie, Art. 7.

598. Rauscher/Varga Art 3 BagatellVO Rn. 10.

Verordnung ausgeschlossen ist, wenn der Schuldner, der im selben Mitgliedstaat wie der Gläubiger ansässig ist, über pfändbare Vermögenswerte im Ausland verfügt.⁵⁹⁹ Die Europäische Kommission hatte daher 2013 in ihrem Vorschlag zur Überarbeitung der Verordnung vorgeschlagen, die Verordnung grundsätzlich für alle Streitsachen anwendbar zu machen, es sei denn, der Wohnsitz oder gewöhnliche Aufenthalt der Parteien, der Erfüllungsort des Vertrages, der Ort des Eintritts der anspruchsbegründenden Ereignisse, der Ort der Vollstreckung des Urteils und das zuständige Gericht befänden sich im Hoheitsgebiet desselben Mitgliedstaates.⁶⁰⁰

Die Analyse der Ziele der Verordnung offenbart, dass der Begriff der grenzüberschreitenden Rechtssache tatsächlich zu eng gefasst ist. Die Verordnung wurde nämlich verabschiedet, um den Zugang zum Recht bei grenzüberschreitenden Rechtsstreitigkeiten mit geringem Streitwert zu erleichtern⁶⁰¹, ihre Beilegung zu vereinfachen und zu beschleunigen und ihre Kosten zu senken.⁶⁰² Sie bezieht sich insbesondere auf die zusätzlichen Kosten, die sich aus dem grenzüberschreitenden Charakter des Rechtsstreits ergeben, und die die gleichen sind, die im Rahmen der Prozesskostenhilfe-Richtlinie berücksichtigt werden. Es wäre daher auch hier angemessener, die grenzüberschreitende Rechtssache als die Rechtssache zu definieren, „die zumindest eine relevante Beziehung zu einem anderen Mitgliedstaat als dem Mitgliedstaat des angerufenen Gerichts aufweist.“

iii) Mahnverfahren. Die Mahnverfahrensverordnung gilt für Rechtssachen, bei denen mindestens eine der Parteien ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat als dem Mitgliedstaat des Gerichts hat. Der Zweck der Verordnung ist „die Vereinfachung und Beschleunigung der grenzüberschreitenden Verfahren im Zusammenhang mit unbestrittenen Geldforderungen und Verringerung der Verfahrenskosten“ (1) und die „Ermöglichung des freien Verkehrs Europäischer Zahlungsbefehle“ (2).

(1) Was den ersten Gegenstand der Verordnung anbelangt, so ist das Kriterium des ausländischen Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts einer der Parteien in Bezug auf das angerufene Gericht angemessen. Die Verordnung soll nämlich den Schwierigkeiten abhelfen, die sich aus der Unkenntnis des Rechtssystems des angerufenen Gerichts, den sprachlichen Unterschieden zwischen Gericht und Parteien oder zwischen den Parteien selbst und der Verlängerung der Zustellungsfrist von Schriftstücken ergeben.

(2) Im Hinblick auf den zweiten Gegenstand der Verordnung ist die Definition der Internationalität jedoch ungeeignet, da sie eine wesentliche Konfiguration der grenzüberschreitenden Beitreibung von Forderungen ausschließt, nämlich diejenige, in der sich der Auslandsbezug aus der Belegenheit des Vermögens des Schuldners im Ausland ergibt.⁶⁰³ Der Ort der Belegenheit

599. Loc. cit.; Hau JuS 2008 S. 1057 Fn. 15; BeckOK/Wolber EuMVVO Art. 3 Rn. 2.

600. EU-Kommission, COM(2013) 794 final S. 6 f.

601. Verordnung, EG 7.

602. Verordnung, Art. 1.

603. Lopez de Tejada/d'Avout Rev. crit. DIP 2007, 739.

des Vermögens des Schuldners ist sogar hier der einzige relevante Auslandsbezug. Die Verwendung des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts des Gläubigers oder des Schuldners ist unangebracht, da sie nichts über die Belegenheit der zu pfändenden Vermögenswerte und damit über die Internationalität der Schuldenbeitreibung aussagt.

Um den beiden Gegenständen der Verordnung Rechnung zu tragen, kann die Internationalität alternativ definiert werden. Eine grenzüberschreitende Rechtssache liegt somit vor, „wenn mindestens eine der Parteien ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat als dem Mitgliedstaat des angerufenen Gerichts hat oder; der Schuldner über pfändbares Vermögen in einem anderen Mitgliedstaat als dem Mitgliedstaat des angerufenen Gerichts verfügt.“

iv) Vorsorgliche Pfändung von Bankkonten. Die EU-Verordnung Nr. 655/2014 gilt für Rechts-sachen, bei denen das Bankkonto in einem anderen Mitgliedstaat als dem Mitgliedstaat des angerufenen Gerichts oder des Wohnsitzes des Gläubigers geführt wird. Zweck der Verordnung ist es, die grenzüberschreitende Beitreibung von Forderungen zu erleichtern, indem sichergestellt wird, dass „diese Beitreibung nicht dadurch gefährdet wird, dass Gelder bis zu dem im Beschluss angegebenen Betrag, die vom Schuldner oder in seinem Namen auf einem Mitgliedstaat geführten Bankkonto geführt, überwiesen oder abgehoben werden“.

Angesichts dieses Gegenstands ist die Verwendung des Ortes, an dem sich das Bankkonto befindet, als Auslandsbezug sehr naheliegend. Ihre alternative Beurteilung in Bezug auf den Staat des angerufenen Gerichts oder den Staat des Wohnsitzes des Gläubigers kann jedoch kritisiert werden, da grundsätzlich nur die unterschiedliche Lokalisierung zwischen dem Wohnsitz des Gläubigers und dem Ort, an dem sich die Bankkonten befinden, von Bedeutung ist. Gerade dieser Unterschied führt nämlich zu besonderen Schwierigkeiten auf der Ebene des Verfahrens oder der Kontenpfändung selbst. So erscheint es geeigneter, die grenzüberschreitende Rechtssache als die Sache zu definieren, bei der „sich das Bankkonto, das aufgrund des Pfändungsbeschlusses Gegenstand einer vorläufigen Kontenpfändung sein soll, in einem anderen Mitgliedstaat als dem Mitgliedstaat befindet, in dem der Gläubiger seinen Wohnsitz hat“.

Schlussfolgerung

Ziel dieser Arbeit war es, eine erneute Überlegung zum Begriff und zur Regelung der Internationalität im internationalen Privatrecht durchzuführen – sowohl angesichts der wachsenden Zahl internationaler Sachverhalte als auch der neuen Herausforderungen, die die Phänomene der Regionalisierung und Transnationalisierung für letztere mit sich bringen.

Die erzielten Ergebnisse sind unterschiedlicher Art. Im Hinblick auf die Regelung internationaler Sachverhalte sollte zunächst das internationale Privatrecht die Koexistenz der internationalen Sachverhalte mit inländischen Sachverhalten besser beachten, um keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung dieser beiden Sachverhaltskategorien zu erzeugen. Dieses Ergebnis ließe sich leicht erreichen, wenn sich das internationale Privatrecht lediglich mit den Besonderheiten internationaler Sachverhalte befassen würde und die Verfolgung spezieller materiellrechtlicher Ziele für internationale Sachverhalte so weit wie möglich einschränken würde, weil diese Ziele früher oder später mit der von den Staaten bei der Regelung ihrer inländischen Sachverhalte verfolgten gesetzgeberischen Politik in Konflikt geraten. Dadurch entsteht nämlich eine Ungleichbehandlung, die durch den inländischen oder internationalen Charakter der betreffenden Sachverhalte nicht gerechtfertigt werden kann.

Was insbesondere die für bestimmte Formen internationaler Sachverhalte spezifische Regelung angeht, so ist einerseits das internationale Privatrecht durchaus in der Lage, transnationale oder sogar anationale Phänomene zu behandeln, auch wenn dies die Anpassung bestehender Methoden oder Regeln erfordert, ohne dass jedoch auf eine völlige methodologische Erneuerung der Materie gedrängt werden muss. Andererseits wirft die Entstehung europäischer Sachverhalte kein besonderes methodisches Problem auf, sondern eher die Frage nach der Zweckmäßigkeit der Einführung einer unterschiedlichen Behandlung für diese Sachverhalte, die zwar bedauerlich erscheinen könnte, sich aber aus den Zielen des europäischen Aufbauwerks und der Besonderheit der Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten der Union erklärt.

Das Verständnis des Begriffs der Internationalität wird von Regionalisierungs- und Transnationalisierungsbewegungen kaum berührt. Die transnationalen Phänomene bewirken zwar, dass die Verwendung bestimmter staatlicher Bezüge neutralisiert wird, indem sie diese entweder aufheben oder bestehen lassen, ihnen aber jegliche Relevanz nehmen. Sie führen aber nie zur Entstehung rechtlicher Sachverhalte, die in keiner Weise mehr mit Staaten in Verbindung gebracht werden können, sodass die Internationalität immer bestimmbar bleibt. Ebenso wirft die Entstehung europäischer Sachverhalte keine neuen Probleme bei der Definition der Internationalität auf, da

europäische Sachverhalte strukturell klassische internationale Sachverhalte sind; Sie erfordern lediglich die Bestimmung der relevanten Verbindungspunkte mit der Europäischen Union, die es ermöglichen, sie von den rein internationalen Sachverhalten zu unterscheiden.

Bezüglich des Begriffs der Internationalität selbst ist schließlich die Feststellung ihrer großen Relativität oder gar Unfassbarkeit nicht unvermeidlich. Der Begriff kann nämlich zunächst durch eine klare Bestimmung seines Gegenstands, des Zeitpunkts seiner Charakterisierung und seiner Verfahrensstellung geklärt werden. Somit können zumindest die Unsicherheiten beseitigt werden, die sich aus seiner zeitlichen Relativität und seiner schwankenden Berücksichtigung im Rahmen von Gerichtsverfahren ergeben. Darüber hinaus sollte ein funktionaler Ansatz des Begriffs gewählt werden, der es erlaubt, die Definition der Internationalität für jede Regel, Methode oder jedes Instrument des internationalen Privatrechts anzupassen, die eine ausdrückliche Überprüfung der Internationalität erfordern. In den meisten Fällen resultiert dieser funktionale Ansatz in einer weit gefassten Definition der Internationalität, die einfach auf dem Vorhandensein relevanter Verbindungen zu mehreren Rechtsordnungen beruht, mit der bemerkenswerten Ausnahme der für internationale Sachverhalte speziell gebildeten Sachnormen, für die eine genauere Definition des Begriffs erforderlich ist, die aus der Identifizierung einer begrenzten Anzahl relevanter Auslandsbezüge besteht.

Bibliographie

La bibliographie est à jour au 1^{er} septembre 2020.

Ouvrages généraux

Références en langue française

- ANCEL, B. et LEQUETTE, Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, Paris, 2006.
- ARMINJON, P., *Précis de Droit international privé. I. Les notions fondamentales du droit international privé*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 1947.
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT et al., *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., PUF, Paris, 2020.
- ATTAL, M. et RAYNOUARD, A., *Droit international privé. Tome I : Principes généraux*, Larcier, Bruxelles, 2013.
- AUDIT, B. et D'AVOUT, L., *Droit international privé*, 8^e éd., L.G.D.J Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2018.
- BARTIN, E.-A., *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, t. 1, Domat-Montchrestien, Paris, 1930.
- BATIFFOL, H. et LAGARDE, P., *Droit international privé. Tome II*, 7^e éd., L.G.D.J, Paris, 1983.
- *Traité de droit international privé. Tome I. Sources - Nationalité. Condition des étrangers. Conflits de lois théorie générale*, 8^e éd., L.G.D.J, Paris, 1993.
- BUREAU, D. et MUIR WATT, H., *Droit international privé. Tome I. Partie générale*, 4^e éd., PUF, Paris, 2017.
- *Droit international privé. Tome II. Partie spéciale*, 4^e éd., PUF, Paris, 2017.
- CACHARD, O. et KLÖTGEN, P., *Droit international privé*, 8^e éd., Bruylant, Bruxelles, 2019.
- CHAINAIS, C. et al., *Procédure civile : droit interne et européen du procès civil*, 34^e éd., Dalloz, Paris, 2018.
- CLAVEL, S., *Droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, Paris, 2018.
- COURBE, P., *Droit international privé*, Hachette Supérieur, Paris, 2007.
- GRAULICH, P., *Principes de droit international privé. Conflit de lois. Conflit de juridictions*, Dalloz, Paris, 1961.
- HOLLEAUX, D., FOYER, J. et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G., *Droit international privé*, Masson, Paris, New York, 1987.

- JACQUET, J.-M., DELEBECQUE, Ph. et CORNELOUP, S., *Droit du commerce international*, Dalloz, Paris, 2014.
- JITTA, J., *La méthode du droit international privé*, Belinfante Frères, La Haye, 1890.
- KITIC, D., *Droit international privé*, Ellipses, Paris, 2003.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, P. et LOUSSOUARN, Y., *Droit international privé*, 9^e éd., Dalloz, Paris, 1970.
- LOUSSOUARN, Y., BOUREL, P. et VAREILLES-SOMMIÈRES, P. de, *Droit international privé*, 10^e éd., Dalloz, Paris, 2013.
- LOUSSOUARN, Y. et BREDIN, J.-D., *Droit du commerce international*, Sirey, Paris, 1969.
- MAYER, P., HEUZÉ, V. et RÉMY, B., *Droit international privé*, 12^e éd., L.G.D.J Lextenso éditions, Paris, 2019.
- MEYZEAUD-GARAUD, M.-Chr., *Droit international privé*, 3^e éd., Bréal, Rosny-sous-Bois, 2011.
- MONÉGER, F., *Droit international privé*, 6^e éd., LexisNexis, Paris, 2012.
- MOREAU DEFARGES, Ph., *La mondialisation*, 10^e éd., PUF, Paris, 2016.
- NIBOYET, J.-P., *Cours de droit international privé français*, 2^e éd., Sirey, Paris, 1949.
- *Traité de droit international privé français. Tome I. Sources - Nationalité - Domicile*, 2^e éd., Sirey, Paris, 1947.
- *Traité de droit international privé français. Tome III. Conflits de lois, d'autorités et de juridictions (théorie générale)*, Sirey, Paris, 1944.
- NIBOYET, M.-L. et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G., *Droit international privé*, 6^e éd., L.G.D.J, Paris, 2017.
- PILLET, A., *Traité pratique de droit international privé. Tome Premier. Introduction générale. Nationalité. Domicile. Condition des étrangers. Compétence judiciaire. Lois d'état et de capacité. Droit de la famille. Propriété*, Sirey, Paris, Grenoble, 1923.
- REVILLARD, M., *Droit international privé et européen : pratique notariale*, 9^e éd., Defrénois, Lextenso, Paris, 2018.
- RIGAUX, F., *Droit international privé. Tome I. Théorie générale*, 2^e éd., Larcier, Bruxelles, 1987.
- SAVATIER, R., *Cours de droit international privé*, 2^e éd., L.G.D.J, Paris, 1953.
- THÉRY, Ph. et PERROT, R., *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2013.
- VIGNAL, Th., *Droit international privé*, 4^e éd., Sirey, Paris, 2017.

Références en langues allemande et anglaise

- BAR, Chr. von, *Internationales Privatrecht. Band II. Besonderer Teil*, C.H. Beck, München, 1991.
- BAR, Chr. von et MANKOWSKI, P., *Internationales Privatrecht. Band I. Allgemeine Lehren*, 2^e éd., C.H. Beck, München, 2003.
- DÖLLE, H., *Internationales Privatrecht. Eine Einführung in seine Grundlagen*, 2^e éd., C.F. Müller, Karlsruhe, 1972.
- FERID, M., *Internationales Privatrecht. Ein Leitfaden für Studium und Praxis*, J. Schweitzer, Berlin, 1975.

- FIRSCHING, K., *Einführung in das internationale Privatrecht*, 2^e éd., C.H. Beck, München, 1981.
- GEIMER, R., *Internationales Zivilprozessrecht*, 8^e éd., Otto Schmidt, Köln, 2020.
- HOFFMANN, B. v. et THORN, K., *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundzüge des internationalen Zivilverfahrensrechts*, 9^e éd., C.H. Beck, München, 2007.
- JUNKER, A., *Internationales Privatrecht*, 3^e éd., C.H. Beck, München, 2019.
- KEGEL, G. et SCHURIG, K., *Internationales Privatrecht : ein Studienbuch*, 9^e éd., C.H. Beck, München, 2004.
- KROPHOLLER, J., *Internationales Privatrecht : einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, 6^e éd., Mohr Siebeck, Tübingen, 2006.
- LINKE, H. et HAU, W., *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 7^e éd., Otto Schmidt, Köln, 2018.
- MARKUS, A. R., *Internationales Zivilprozessrecht*, Stämpfli, Bern, 2014.
- NAGEL, H. et GOTTWALD, P., *Internationales Zivilprozessrecht*, 7^e éd., Otto Schmidt, Köln, 2013.
- NEUHAUS, P. H., *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2^e éd., Mohr Siebeck, Tübingen, 1976.
- RAUSCHER, Th., *Internationales Privatrecht : mit internationalem Verfahrensrecht*, 5^e éd., C.F. Müller, Heidelberg, 2017.
- ROSENBERG, L., SCHWAB, K. H. et GOTTWALD, P., *Zivilprozessrecht*, 18^e éd., C.H. Beck, München, 2018.
- SCHACK, H., *Internationales Zivilverfahrensrecht : mit internationalem Insolvenz- und Schiedsverfahrensrecht ; ein Studienbuch*, 7^e éd., C.H. Beck, München, 2017.
- SCHNYDER, A. K. et LIATOWITSCH, M., *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht*, 2^e éd., Schulthess, Zürich, Basel, Genf, 2006.
- SCHWANDER, I., *Einführung in das internationale Privatrecht*, Dike, St. Gallen, Lachen, 2000.
– *Einführung in das internationale Privatrecht. Zweiter Band : Besonderer Teil*, Dike, St. Gallen, Lachen, 1997.
- SCHWIMANN, M., *Internationales Privatrecht : einschließlich Europarecht*, 2^e éd., Manz, Wien, 1999.
- SIEHR, K., *Internationales Privatrecht : deutsches und europäisches Kollisionsrecht für Studium und Praxis*, C.F. Müller, Heidelberg, 2001.
- VISCHER, F., HUBER, L. et OSER, D., *Internationales Vertragsrecht*, 2^e éd., Stämpfli, Bern, 2000.
- WEATHERILL, S. et BEAUMONT, P., *EU Law*, 3^e éd., Penguin Books, London, 1999.
- WOLFF, M., *Private International Law*, 2^e éd., Oxford University Press, London, 1950.

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses, cours

Références en langue française

- ANCEL, M.-E., DEUMIER, P. et LAAZOUZI, M., *Droit des contrats internationaux*, Dalloz, Paris, 2020.

- ARRUE MONTENEGRO, C. A., *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, L.G.D.J Lextenso éditions, Paris, 2011.
- AUBY, J.-B., *La décentralisation et le droit*, L.G.D.J, Paris, 2006.
- AUDIT, B., *La fraude à la loi*, Dalloz, Paris, 1974.
- *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, L.G.D.J, Paris, 1990.
 - « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : (sur la crise des conflits de lois) » in *Rec. cours La Haye*, vol. 186, 1984, p. 219.
 - « Le droit international privé en quête d'universalité » in *Rec. cours La Haye*, vol. 305, 2003, p. 9.
- BATIFFOL, H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, 1956.
- « Le pluralisme des méthodes en droit international privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 139, 1973, p. 75.
- BORRÁS, A., « Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir » in *Rec. cours La Haye*, vol. 315, 2005, p. 313.
- BRASSEUL, J., *Petite histoire des faits économiques. Des origines à nos jours*, 4^e éd., Armand Colin, Paris, 2016.
- BUCHER, A., « La dimension sociale du droit international privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 330, 2011, p. 1.
- CACHARD, O., *La régulation internationale du marché électronique*, L.G.D.J., Paris, 2002.
- CAPRIOLI, E., *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique : tribunal compétent, loi applicable, droit pénal international, arbitrage en ligne*, Litec, Paris, 2002.
- CARILLO SALCEDO, J. A., « Le renouveau du particularisme en droit international privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 160, 1978, p. 181.
- CHATILLON, S., *Le contrat international*, 3^e éd., Vuibert, Paris, 2007.
- COIPEL-CORDONNIER, N., *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, L.G.D.J, Paris, 1999.
- CORBION, L., *Le déni de justice en droit international privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 2004.
- CORNUT, E., *Théorie critique de la fraude à la loi. Étude de droit international privé de la famille*, Defrénois, E.J.A., Paris, 2006.
- CURTI GIALDINO, A., « La volonté des parties en droit international privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 137, 1972, p. 743.
- D'AVOUT, L., « L'entreprise et les conflits internationaux de lois » in *Rec. cours La Haye*, vol. 397, 2019, p. 9.
- DRAETTA, U., *Internet et commerce électronique : en droit international des affaires*, Forum européen de la communication, Bruylant, Paris, Bruxelles, 2003.
- DROZ, G. A. L., *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté Economique Européenne selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, thèse Paris, 1972.

- DROZ, G. A. L., *Pratique de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Le nouveau régime de la compétence judiciaire et des effets des jugements dans l'Europe des six*. Dalloz, Paris, 1973, p. 191.
- ELHOUEISS, J.-L., *Personnalité et territorialité en droit international privé*, thèse Paris II, 2000.
- ELKORDY, G. M., *Les règles matérielles en droit international privé. Étude du particularisme et de l'universalisme d'une nouvelle méthode*, thèse Toulouse, 1993.
- FALLON, M., « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré » in *Rec. cours La Haye*, vol. 253, 1995, p. 9.
- FAUVARQUE-COSSON, B., *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, L.G.D.J, Paris, 1996.
- FLORIMOND, G., *Droit et Internet : de la logique internationaliste à la logique réaliste*, Mare & Martin, Paris, 2016.
- FRAGISTAS, C. N., « La compétence internationale en droit privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 104, 1961, p. 159.
- FRANDESCAKIS, Ph., *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, Paris, 1958.
- FULLI-LEMAIRE, S., *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, thèse Paris II, 2018.
- GAUDEMET-TALLON, H., *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Dalloz, Paris, 1965.
- « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général » in *Rec. cours La Haye*, vol. 312, 2005, p. 1.
- GAUDEMET-TALLON, H. et ANCEL, M.-E., *Compétence et exécution des jugements en Europe. Matières civile et commerciale. Règlements 44/2001 et 1215/2012. Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 6^e éd., L.G.D.J Lextenso éditions, Paris, 2018.
- GIULIANO, M., « La loi applicable aux contrats : problèmes choisis » in *Rec. cours La Haye*, vol. 158, 1978, p. 183.
- GLENN, P. A., « La conciliation des lois. Cours général de droit international privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 364, 2011, p. 187.
- GOTHOT, P. et HOLLEAUX, D., *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Jupiter, Paris, 1985.
- GUEZ, Ph., *L'élection de for en droit international privé*, thèse Paris X, 2000.
- GUILLAUMÉ, J., *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, L.G.D.J Lextenso éditions, Paris, 2011.
- GUILLEMARD, S., *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Bruylant, Bruxelles, 2006.
- GUTZWILLER, M., « Le développement historique du droit international privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 29, 1929, p. 287.
- HEUZÉ, V., *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, GLN éditions, Paris, 1990.
- *La vente internationale des marchandises. Droit uniforme*, GLN Joly éditions, Paris, 1992.

- HEYMANN, J., *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Economica, Paris, 2010.
- HUNTZINGER, J., *Le globe et la loi : 5 000 ans de relations internationales : une histoire de la mondialisation*, éditions du Cerf, Paris, 2019.
- IONESCU, R. N., *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2012.
- JACQUET, J.-M., *Le contrat international*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 1999.
- *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, Paris, 1983.
- JODLOWSKI, J., « Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile » in *Rec. cours La Haye*, vol. 143, 1974, p. 475.
- JORGE, M., *Les rattachements alternatifs en droit international privé*, thèse Paris I, 1989.
- JOUBERT, N., *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, LexisNexis Litec, Paris, 2008.
- KASSIS, A., *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, L.G.D.J., Paris, 1993.
- KESSEDIAN, C., « Codification du droit commercial international et droit international privé : de la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales » in *Rec. cours La Haye*, vol. 300, 2002, p. 79.
- KINSCH, P., « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 318, 2005, p. 9.
- KOHLER, Chr., « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes » in *Rec. cours La Haye*, vol. 360, 2013, p. 285.
- LAGARDE, P., « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain ; cours général de droit international privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 196, 1986, p. 9.
- LALIVE, P., « Tendances et méthodes en droit international privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 155, 1977, p. 3.
- LEBORGNE, F., *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats : étude de droit interne et de droit international privé*, thèse Rennes I, 1995.
- LEQUETTE, Y., « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? » in *Rec. cours La Haye*, vol. 387, 2015, p. 9.
- LEWALD, M. H., « Règles générales des conflits de lois. Contribution à la technique du droit international privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 69, 1939, p. 1.
- LOQUIN, E., *L'amicable composition en droit comparé et international. Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Librairies Techniques, Paris, 1980.
- « Les règles matérielles internationales » in *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2008, p. 1.
- MAILHÉ, F., *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. La compétence face à la mondialisation économique*, Economica, Paris, 2016.
- MAYER, P., « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 327, 2007, p. 1.
- MEEUSEN, J., « Le droit international privé et le principe de non-discrimination » in *Rec. cours La Haye*, vol. 353, 2012, p. 9.
- MERCADAL, B. et JANIN, Ph., *Les contrats de coopération inter-entreprises*, Éditions juridiques Lefebvre, Paris, 1974.

- MOISSINAC-MASSENAT, V., *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 2007.
- MUIR WATT, H., « Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions) » in *Rec. cours La Haye*, vol. 307, 2004, p. 25.
- « Discours sur les méthodes du droit international privé (Des formes juridiques de l'inter-altérité). Cours général de droit international privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 389, 2018, p. 125.
- NAJM, M.-C., *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations : relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Dalloz, Paris, 2005.
- NIBOYET, J.-P., « La théorie de l'autonomie de la volonté » in *Rec. cours La Haye*, vol. 16, 1927, p. 9.
- 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*, Librairie de l'Université Georg & Cie, Genève, 1985.
- POMMIER, J.-Chr., *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Economica, Paris, 1992.
- PÉRÈS-DOURDOU, C., *La règle supplétive*, L.G.D.J., Paris, 2004.
- PULJAK, M.-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, PUAM, Aix-en-Provence, 2003.
- RASS-MASSON, L., *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, thèse Paris II, 2015.
- RIGAUX, F., *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Pedone, Paris, 1977.
- « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours général de droit international privé » in *Rec. cours La Haye*, vol. 213, 1989, p. 9.
- SINDRES, D., *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, L.G.D.J. Lextenso éditions, Paris, 2008.
- SKAPSKI, J., « Les obligations en droit international privé dans le cadre du commerce extérieur des pays socialistes » in *Rec. cours La Haye*, vol. 136, 1972, p. 499.
- TRILHA SCHAPPO, K., *Les angles morts d'un monde juridiquement hétérogène. Essai sur l'exercice stratégique de la volonté en droit international privé contemporain*, thèse IEP Paris, 2016.
- TRONEL, V., *L'internationalité de l'arbitrage, étude de droit international privé*, thèse Aix-Marseille, 2015.
- USUNIER, L., *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica, Paris, 2008.

Références en langues allemande et anglaise

- ANHÄUSSER, V., *Das internationale Obligationenrecht in der höchstrichterlichen Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts*, Peter Lang, Frankfurt am Main, Bern, New York, 1986.

- AULL, J. M., *Der Geltungsanspruch des EuGVÜ. "Binnensachverhalte" und internationales Zivilverfahrensrecht in der Europäischen Union ; zur Auslegung von Art. 17 Abs. 1 S. 1 EuGVÜ*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1996.
- BASEDOW, J., « The Law of Open Societies : Private Ordering and Public Regulation of International Relations : General Course on Private International Law » in *Rec. cours La Haye*, vol. 360, 2012, p. 9.
- BEITZKE, G., *Grundgesetz und Internationalprivatrecht. Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 3. März 1961*, de Gruyter, Berlin, 1961.
- BENECKE, L., *Die teleologische Reduktion des räumlich-persönlichen Anwendungsbereichs von Art. 2 ff. und Art. 17 EuGVÜ*, thèse Bielefeld, 1993.
- BENECKE, M., *Gesetzesumgehung im Zivilrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004.
- DE BOER, T. M., « Facultative choice of law : the procedural status of choice-of-law rules and foreign law » in *Rec. cours La Haye*, vol. 257, 1996, p. 223.
- GROLIMUND, P., *Drittstaatenproblematik des europäischen Zivilverfahrensrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000.
- GÖSSL, S. L., *Internetspezifisches Kollisionsrecht? Anwendbares Recht bei der Veräußerung virtueller Gegenstände*, Nomos, Baden-Baden, 2014.
- HÜBNER, R., *Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten. Grundlagen und europäische Perspektiven der Ermittlung ausländischen Rechts im gerichtlichen Verfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.
- HENRY, D. P., *Kollisionsrechtliche Rechtswahl - Eine Untersuchung ihrer Wirkungen und Grenzen*, Dike, Zürich, St. Gallen, 2009.
- HESSLER, H.-J., *Sachrechtliche Generalklausel und internationales Familienrecht. Zu einer zweistufigen Theorie des internationalen Privatrechts*, C.H. Beck, München, 1985.
- JUNG, H., *Vereinbarungen über die Internationale Zuständigkeit nach dem EWG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen und nach § 38 Abs. 2 ZPO*, Brockmeyer, Bochum, 1980.
- KEGEL, G., « The crisis of conflict of laws » in *Rec. cours La Haye*, vol. 112, 1964, p. 91.
- KILLIAS, L., *Die Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Lugano-Übereinkommen*, Schulthess, Zürich, 1993.
- KOBERG, A.-K., *Zivilprozessuale Besonderheiten bei Sachverhalten mit Auslandsberührung*, Dike, St. Gallen, 1992.
- KOERNER, D., *Fakultatives Kollisionsrecht in Frankreich und Deutschland*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1995.
- KÖRBER, T., *Grundfreiheiten und Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004.
- KREUZER, K., *Das internationale Privatrecht des Warenkaufs in der deutschen Rechtsprechung*, Metzner, Frankfurt am Main, Berlin, 1964.
- LOOSCHELDERS, D., *Die Anpassung im Internationalen Privatrecht. Zur Methodik der Rechtsanwendung in Fällen mit wesentlicher Verbindung zu mehreren nicht miteinander harmonisierenden Rechtsordnungen*, C.F. Müller, Heidelberg, 1995.
- MANSEL, H.-P., *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität. International-privat- und verfahrensrechtliche Untersuchung zu Mehrstaaten, einer Ausweichklausel für die Staat-*

- sangehörigkeitsanknüpfung und zum innerdeutschen Kollisionsrecht, C.H. Beck, München, 1988.
- MOSER, R., *Vertragsabschluss, Vertragsgültigkeit und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht*, Verlag der Fehr'schen Buchhandlung, St. Gallen, 1948.
- MÄSCH, G., *Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz. Eine Untersuchung zu den Art. 29 I, 27 III und 34 EGBGB*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993.
- NEHNE, T., *Methodik und allgemeine Lehren des europäischen Internationalen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- NEUMANN, K., *Vertragsgültigkeit und Parteiwille in Lehre und Rechtsprechung des internationalen Schuldrechts*, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1930.
- PFEIFFER, Th., *Internationale Zuständigkeit und Prozessuale Gerechtigkeit. Die internationale Zuständigkeit im Zivilprozess zwischen effektivem Rechtsschutz und nationaler Zuständigkeitspolitik*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1995.
- PÜLS, J., *Parteiautonomie. Die Bedeutung des Parteiwillens und die Entwicklung seiner Schranken bei Schuldverträgen im deutschen Rechtsanwendungsrecht des 19. und 20. Jahrhunderts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1995.
- RAUPACH, C., *Ehescheidung mit Auslandsbezug in der Europäischen Union*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.
- RÖMER, G., *Gesetzesumgehung im deutschen Internationalen Privatrecht*, de Gruyter, Berlin, 1955.
- ROGOZ, Th., *Ausländisches Recht im deutschen und englischen Zivilprozess*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- SANDROCK, O., *Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung. Band I*, Verl. Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1980.
- SCHRÖDER, J., *Internationale Zuständigkeit. Entwurf eines Systems von Zuständigkeitsinteressen im zwischenstaatlichen Privatverfahrensrecht aufgrund rechtshistorischer, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Betrachtungen*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1971.
- SCHURIG, K., *Kollisionsnorm und Sachrecht. Zu Struktur, Standort und Methode des internationalen Privatrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981.
- SCHWANDER, I., *Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht*, Schulthess, Zürich, 1975.
- STEINDORFF, E., *Sachnormen im internationalen Privatrecht*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1958.
- STOLL, U., *Die Rechtswahlvoraussetzungen und die Bestimmung des auf internationale Schuldverträge anwendbaren Rechts nach den allgemeinen Kollisionsregeln des US-amerikanischen UCC und des deutschen Rechts*, Peter Lang, Frankfurt am Main, Berlin, New York, 1986.
- SVANTESSON, D. J. B., *Private International Law and the Internet*, 2^e éd., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012.
- TRAUTMANN, C., *Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.

WENGLER, W., « The general principles of private international law » in *Rec. cours La Haye*, vol. 104, 1961, p. 273.

Commentaires, encyclopédies

Références en langue française

- ALEXANDRE, D. et HUET, A., *Rép. int. Dalloz*, V^o Compétence judiciaire européenne, reconnaissance et exécution des décisions en matières civile et commerciale, 2019 (actual. 2020).
- ANCEL, B., *Rép. int. Dalloz*, V^o Conflits de lois dans le temps, 2000 (actual. 2013).
- AUDIT, B., *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 535 : Fraude à la loi, 2016.
- *Rép. int. Dalloz*, V^o Vente, 2011 (actual. 2016).
- BATIFFOL, H., *Rép. int. Dalloz*, V^o Contrats et conventions, 1^{re} éd., 1968.
- BERAUDE, J.-P. et BERAUDO, M.-J., *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 631-10 : Convention de Bruxelles ; conventions de Lugano ; règlement (CE) n^o 44/2001, (UE) n^o 1215/2012. – Généralités et champs d’application, 2013.
- *J.-Cl. Europe Traité*, Fasc. 3011 : Convention de Bruxelles, conventions de Lugano, règlements (CE) n^o 44/2001 et (UE) n^o 1215/2012. – Compétence. – Prorogation volontaire de compétence, 2018.
- BERGÉ, J.-S., PORCHERON, D. et VIERA DA COSTA CERQUEIRA, G., *Rép. int. Dalloz*, V^o Droit international privé et droit de l’Union européenne, 2017.
- BLÉRY, C. et REICHLING, N., *J.-Cl. proc. civ.* Fasc. 500-35 : Principes directeurs du procès. – Office du juge. – Fondement des prétentions litigieuses, 2020.
- BOURDEAUX, G., *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 572-15 : Affacturage international, 2015.
- *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 572-25 : Crédit-bail international, 2015.
- BOURDELOIS, B., *Rép. int. Dalloz*, V^o Mariage, 2019.
- CARREAU, D., *Rép. int. Dalloz*, V^o État, 2010 (actual. 2013).
- CÉLÉRIEN, L., *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 549-50 : Aliments. – Juridiction compétente. – Droit applicable, 2019.
- FOHRER-DEDEURWAERDER, E., *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 539-10 : Conflit de lois. – Loi étrangère devant les juridictions françaises. – Application d’office de la règle de conflit de lois. – Établissement d’office du contenu de la loi étrangère, 2010.
- FONGARO, E. et HECTOR, P., *Rép. eur. Dalloz*, V^o Obligation alimentaire, 2018.
- FOYER, J., *Rép. int. Dalloz*, V^o Adoption, 2003 (actual. 2020).
- FOYER, J. et COURBE, P., *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 533-2 : Conflits mobiles, 2015.
- FRANCO, S., *Rép. int. Dalloz*, V^o Règlement Rome I : obligations contractuelles, 2013 (actual. 2016).
- FRIGNATI, A. et MUIR WATT, H., *Rép. int. Dalloz*, V^o Loi étrangère : autorité de la règle de conflit de lois, 2017.

- GAUDEMET-TALLON, H., *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 552-11 : Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement Rome I du 17 juin 2008. – Champ d’application. – Clauses générales, 2020.
- *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 552-15 : Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement Rome I du 17 juin 2008. – Détermination de la loi applicable. – Domaine de la loi applicable, 2020.
- *Rép. int. Dalloz*, V° Compétence internationale : matière civile et commerciale, 2019 (actual. 2020).
- HEUZÉ, V., *Dictionnaire Joly. Pratique des contrats internationaux*, Livre IX. Conflit de juridictions et contrats internationaux, 2010.
- HUET, A., *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 481-41 : 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, 2016.
- *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 581-21 : Compétence des tribunaux français à l’égard des litiges internationaux. – Compétence internationale ordinaire. – Règles de compétence purement internationale, 2016.
- *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 581-42 : 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, 2017.
- *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 583-10 : Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux. – Règles matérielles de procédure internationale. – Notifications internationales. – Durée des délais de procédure, 2019.
- JACQUET, J.-M., *Rép. int. Dalloz*, V° Contrats, 1998 (actual. 2015).
- KAHN, Ph., *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 565-A-5 : Vente commerciale internationale, 2000.
- *Rép. int. Dalloz*, V° Vente commerciale, 1^{re} éd., 1969.
- KLEINER, C., *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 584-165 : Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale. – Compétence. – Prorogations de compétence. – Vérification de la compétence et de la recevabilité. – Articles 25 à 28 du règlement (UE) n° 1215/2012, 2015.
- LAGARDE, P., *Rép. eur. Dalloz*, V° Convention de Rome : obligations contractuelles, 1992 (actual. 2012).
- LARDEUX, G., *J.-Cl. Contrats - Distribution*, Fasc. 65 : Système juridique applicable au contrat, 2006 (actual. 2016).
- LATINA, M., *Rép. civ. Dalloz*, V° Contrats : généralités, 2017 (actual. 2020).
- MAYER, P., *Rép. int. Dalloz*, V° Lois de police, 2009.
- MOLINIER, J., *Rép. eur. Dalloz*, V° Principes généraux, 2011 (actual. 2019).
- MOREAU, B. et al., *Rép. com. Dalloz*, V° Arbitrage commercial, 2013 (actual. 2019).
- MUIR WATT, H., *Rép. int. Dalloz*, V° Loi étrangère, 2014.
- NIBOYET, M.-L., *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 552-30 : Contrats internationaux. – Détermination du droit applicable. – Le principe d’autonomie (sa portée), 1998 (actual. 2018).
- SINDRES, D., *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 584-125 : Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale. – Compétence. – Règles ordinaires de com-

pétence. - Dispositions générales. – Article 4 du règlement (UE) n° 1215/2012, 2014 (actual. 2018).

THÉRY, Ph., *Rép. int. Dalloz*, V° Voies d'exécution, 2013.

TIRVAUDEY-BOURDIN, C., *J.-Cl. proc. civ.* Fasc. 600-90 : Compétence. - Exception d'incompétence, 2018.

USUNIER, L., *J.-Cl. dr. int.* Fasc. 584-170 : Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale. – Compétence. – Exceptions à l'exercice de la compétence. – Conflits de procédures. – Articles 29 à 34 du règlement (UE) n° 1215/2012, 2015.

VAREILLES-SOMMIÈRES, P. de, *Rép. int. Dalloz*, V° Fraude à la loi, 1998 (actual. 2019).

– *Rép. int. Dalloz*, V° Jugement étranger (matières civile et commerciale), 2013 (actual. 2020).

VIVANT, M., *Rép. int. Dalloz*, V° Internet, 2017.

WEILLER, L., *Rép. proc. civ. Dalloz*, V° Principes directeurs du procès, 2015 (actual. 2020).

Références en langues allemande et anglaise

ALTHAMMER, Chr., « Art. 1 Rom III » in *Brüssel IIa. Rom III. Kommentar zu den Verordnungen (EG) 2201/2003 und (EU) 1259/2010*, sous la dir. de Chr. ALTHAMMER, C.H. Beck, München, 2014.

AMSTUTZ, M., VOGT, N. P. et WANG, M., « Art. 116 » in *Basler Kommentar. Internationales Privatrecht*, 2^e éd., Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2007.

ANDRAE, M., *Internationales Familienrecht*, 4^e éd., Nomos, Baden-Baden, 2019.

BACH, I., « Art. 14 Rome II » in *Rome II Regulation. Pocket Commentary*, sous la dir. de P. HUBER, sellier european law publishers, München, 2011.

BORK, R., « § 38 » in *Kommentar zur Zivilprozessordnung : ZPO, Band 1 : Einleitung, §§ 1-77*, sous la dir. de F. STEIN et M. JONAS, 23^e éd., Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.

BURSCHEL, H.-O., « FamFG § 26 Ermittlung von Amts wegen » in *Beck'scher Online-Kommentar FamFG*, sous la dir. de M.-M. HAHNE, J. SCHLÖGEL et R. SCHLÜNDER, 37^e éd., C.H. Beck, München, 2020.

CZERNICH, D., « Art. 1 Brüssel Ia-VO » in *Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht : Brüssel Ia-Verordnung (EuGVVO 2012) und Übereinkommen von Lugano 2007*, sous la dir. de D. CZERNICH, G. E. KODEK et P. G. MAYR, 4^e éd., LexisNexis ARD Orac, Wien, 2015.

– « Art. 25 Brüssel Ia-VO » in *Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht : Brüssel Ia-Verordnung (EuGVVO 2012) und Übereinkommen von Lugano 2007*, sous la dir. de D. CZERNICH, G. E. KODEK et P. G. MAYR, 4^e éd., LexisNexis ARD Orac, Wien, 2015.

DUTTA, A., « Vorbemerkung zu Art. 20 EuErbVO » in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch : BGB, Band 12 : Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-26)*, 8^e éd., C.H. Beck, München, 2020.

- FERRARI, F., « Art. 2 FactÜ » in *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch : HGB, Band 6 : Bankvertragsrecht : Recht des Zahlungsverkehrs, Kapitalmarkt- und Wertpapiergeschäft, Ottawa Übereinkommen über Internationales Factoring*, sous la dir. de K. SCHMIDT et C. HERRESTHAL, 4^e éd., C.H. Beck, München, 2019.
- « Art. 3 VO (EG) 593/2008 » in *Internationales Vertragsrecht : Rom I-VO, CISG, CMR, FactÜ : Kommentar*, sous la dir. de F. FERRARI et al., 3^e éd., C.H. Beck, München, 2018.
- GEBAUER, M., « Art. 14 Rom II » in *Bürgerliches Gesetzbuch : BGB, Band 6 : Rom-Verordnungen - EuGüVO - EuPartVO - HUP - EuErbVO*, sous la dir. de R. HÜBTEGE et H.-P. MANSEL, 3^e éd., Nomos, Baden-Baden, 2019.
- « EuGVVO Überblick » in *Zivilrecht unter europäischem Einfluss : die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze. Kommentierung der wichtigsten EU-Verordnungen*, sous la dir. de M. GEBAUER et Th. WIEDMANN, 2^e éd., Boorberg, Stuttgart, 2010.
- GEIMER, R., « Art. 2 EuGVVO » in *Europäisches Zivilverfahrensrecht : Kommentar*, sous la dir. de R. GEIMER et R. A. SCHÜTZE, 4^e éd., C.H. Beck, München, 2020.
- « Art. 25 EuGVVO » in *Europäisches Zivilverfahrensrecht : Kommentar*, sous la dir. de R. GEIMER et R. A. SCHÜTZE, 4^e éd., C.H. Beck, München, 2020.
- « Art. 4 EuGVVO » in *Zöller: Zivilprozessordnung mit FamFG (§§ 1-185, 200-270, 433-484) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen. Kommentar*, 33^e éd., Otto Schmidt, Köln, 2020.
- GRUBER, U. P., « Art. 1 Rom III » in *Bürgerliches Gesetzbuch : BGB, Band 6 : Rom-Verordnungen - EuGüVO - EuPartVO - HUP - EuErbVO*, sous la dir. de R. HÜBTEGE et H.-P. MANSEL, 3^e éd., Nomos, Baden-Baden, 2019.
- HAUBOLD, J., « EuInsVO » in *Zivilrecht unter europäischem Einfluss : die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze. Kommentierung der wichtigsten EU-Verordnungen*, sous la dir. de M. GEBAUER et Th. WIEDMANN, 2^e éd., Boorberg, Stuttgart, 2010.
- HAUSMANN, R., « Art. 17 EuGVÜ » in *Zivilprozessordnung und Nebengesetze. Großkommentar. Band 12 : §§ 1067-1109 ; Internationales Zivilprozessrecht ; Rechtsquellen und Materialien*, sous la dir. de B. WIECZOREK et R. SCHÜTZE, 4^e éd., de Gruyter, Berlin, New York, 2013.
- « Art 3 EGBGB » in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. EGBGB/IPR : Art 3, 3a, 4 EGBGB ; Anhang zu Art 4 EGBGB (IPR - Anwendungsbereich, Renvoi und Länderberichte)*, Otto Schmidt, de Gruyter, Berlin, 2019.
- *Internationales und Europäisches Familienrecht*, 2^e éd., C.H. Beck, München, 2018.
- HEIN, J. von, « Art. 3 EGBGB » in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch : BGB, Band 12 : Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-26)*, 8^e éd., C.H. Beck, München, 2020.
- « Art 3 Rom I-VO » in *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/ EuIPR, Band III : Rom I-VO, Rom II-VO*, sous la dir. de Th. RAUSCHER, 4^e éd., Otto Schmidt, sellier european law publishers, Köln, 2016.

- HEIN, J. von, « Art. 6 EGBGB » in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch : BGB, Band 12 : Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-26)*, 8^e éd., C.H. Beck, München, 2020.
- « Einleitung zum Internationalen Privatrecht » in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch : BGB, Band 12 : Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-26)*, 8^e éd., C.H. Beck, München, 2020.
- HEINRICH, Chr., « ZPO § 27 Besonderer Gerichtsstand der Erbschaft » in *Zivilprozessordnung : ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar*, sous la dir. de H.-J. MUSIELAK et W. VOIT, 17^e éd., Franz Vahlen, München, 2020.
- « ZPO § 38 Zugelassene Gerichtsstandsvereinbarung » in *Zivilprozessordnung : ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar*, sous la dir. de H.-J. MUSIELAK et W. VOIT, 17^e éd., Franz Vahlen, München, 2020.
- HOHLOCH, G., « Art. 14 Rom II-VO » in *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch : Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBVG, VersAusglG und WEG*, sous la dir. de H. P. WESTERMANN, B. GRUNEWALD et G. MAIER-REIMER, 16^e éd., Otto Schmidt, Köln, 2020.
- « Art. 3 EGBGB » in *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch : Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBVG, VersAusglG und WEG*, sous la dir. de H. P. WESTERMANN, B. GRUNEWALD et G. MAIER-REIMER, 16^e éd., Otto Schmidt, Köln, 2020.
- « Art. 6 EGBGB » in *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch : Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBVG, VersAusglG und WEG*, sous la dir. de H. P. WESTERMANN, B. GRUNEWALD et G. MAIER-REIMER, 16^e éd., Otto Schmidt, Köln, 2020.
- JUNKER, A., « Art. 14 Rom II-VO Freie Rechtswahl » in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch : BGB. Band 10 : Internationales Privatrecht, Rom I-Verordnung, Rom II-Verordnung, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-24)*, 6^e éd., C.H. Beck, München, 2015.
- KELLER, M. et KREN KOSTKIEWICZ, J., « Art. 116 » in *IPRG Kommentar. Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, Schulthess, Zürich, 1993.
- KROPHOLLER, J. et HEIN, J. von, « Art. 23 Brüssel I-VO » in *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zur EuGVVO, Lugano-Übereinkommen und Europäischen Vollstreckungstitel*, 9^e éd., Verl. Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, 2011.
- « vor Art. 2 Brüssel I-VO » in *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zur EuGVVO, Lugano-Übereinkommen und Europäischen Vollstreckungstitel*, 9^e éd., Verl. Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, 2011.
- LAYTON, A. et MERCER, H., *European Civil Practice*, 2^e éd., Sweet & Maxwell, London, 2004.
- LEIBLE, S., « Art. 3 Rom I » in *Bürgerliches Gesetzbuch : BGB, Band 6 : Rom-Verordnungen - EuGüVO - EuPartVO - HUP - EuErbVO*, sous la dir. de R. HÜBTEGE et H.-P. MANSEL, 3^e éd., Nomos, Baden-Baden, 2019.

- LOOSCHELDERS, D., « Art. 27 EGBGB » in *Internationales Privatrecht - Art. 3-46 EGBGB*, Springer, Berlin, 2004.
- « Art. 3 EGBGB » in *Internationales Privatrecht - Art. 3-46 EGBGB*, Springer, Berlin, 2004.
- LORENZ, E., « Art. 3 EGBGB » in *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. Band 5 : §§ 1922-2385, CISG, IPR, EGBGB*, sous la dir. de H. G. BAMBERGER et al., 4^e éd., C.H. Beck, München, 2020.
- LORENZ, S., « Einl. EGBGB » in *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. Band 5 : §§ 1922-2385, CISG, IPR, EGBGB*, sous la dir. de H. G. BAMBERGER et al., 4^e éd., C.H. Beck, München, 2020.
- LUDWIG, I., « Art. 1 Rom III-VO » in *Juris-PraxisKommentar BGB. 6. Internationales Privatrecht und UN-Kaufrecht*, sous la dir. de M. WÜRDINGER, 9^e éd., Juris, Saarbrücken, 2020.
- MAGNUS, U., « Art 1 Rom I-VO » in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. EGBGB/IPR : Einleitung zu Rom I-VO ; Art 1-10 Rom I-VO (Internationales Vertragsrecht 1)*, Sellier-de Gruyter, Berlin, 2016.
- « Art 3 Rom I-VO » in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. EGBGB/IPR : Einleitung zu Rom I-VO ; Art 1-10 Rom I-VO (Internationales Vertragsrecht 1)*, Sellier-de Gruyter, Berlin, 2016.
- « Article 25 » in *Brussels Ibis Regulation*, sous la dir. d'U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, sellier european law publishers, Otto Schmidt, München, Köln, 2016.
- MANKOWSKI, P., « Art 25 Brüssel Ia-VO » in *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/ EuIPR, Band I : Brüssel Ia-VO*, sous la dir. de Th. RAUSCHER, 4^e éd., Otto Schmidt, sellier european law publishers, Köln, 2016.
- « Vorbem zu Art 4 Brüssel Ia-VO » in *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/ EuIPR, Band I : Brüssel Ia-VO*, sous la dir. de Th. RAUSCHER, 4^e éd., Otto Schmidt, sellier european law publishers, Köln, 2016.
- MARTINY, D., « Art. 3 Rom I-VO Freie Rechtswahl » in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch : BGB. Band 10 : Internationales Privatrecht, Rom I-Verordnung, Rom II-Verordnung, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-24)*, 7^e éd., C.H. Beck, München, 2018.
- MÜNCH, J., « ZPO § 1051 Anwendbares Recht » in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Band 3 : §§ 946-1117, EGZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, Internationales und Europäisches Zivilprozessrecht*, sous la dir. de W. KRÜGER et Th. RAUSCHER, 5^e éd., C.H. Beck, München, 2017.
- MÖRSDORF, J., « Art. 13 EGBGB » in *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. Band 5 : §§ 1922-2385, CISG, IPR, EGBGB*, sous la dir. de H. G. BAMBERGER et al., 4^e éd., C.H. Beck, München, 2020.
- PATZINA, R., « ZPO § 12 Allgemeiner Gerichtsstand » in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Band I : §§ 1-354*, sous la dir. de W. KRÜGER et Th. RAUSCHER, 6^e éd., C.H. Beck, München, 2020.
- « ZPO § 23 Besonderer Gerichtsstand des Vermögens und des Gegenstands » in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen.*

- Band I : §§ 1-354*, sous la dir. de W. KRÜGER et Th. RAUSCHER, 6^e éd., C.H. Beck, München, 2020.
- PRÜTTING, H., « ZPO § 293 Fremdes Recht ; Wohnheitsrecht ; Statuten » in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Band I : §§ 1-354*, sous la dir. de W. KRÜGER et Th. RAUSCHER, 6^e éd., C.H. Beck, München, 2020.
- RINGE, W.-G., « Art. 1 Rom I-VO » in *Juris-PraxisKommentar BGB. 6. Internationales Privatrecht und UN-Kaufrecht*, sous la dir. de M. WÜRDINGER, 9^e éd., Juris, Saarbrücken, 2020.
- « Art. 3 Rom I-VO » in *Juris-PraxisKommentar BGB. 6. Internationales Privatrecht und UN-Kaufrecht*, sous la dir. de M. WÜRDINGER, 7^e éd., Juris, Saarbrücken, 2015.
- ROGERSON, P., « Article 1 » in *Brussels Ibis Regulation*, sous la dir. d’U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, sellier european law publishers, Otto Schmidt, München, Köln, 2016.
- SPICKHOFF, A., « Art. 14 Rom II-VO » in *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*, 74^e éd., C.H. Beck, München, 2015.
- « Art. 3 Rom I-VO » in *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*, 74^e éd., C.H. Beck, München, 2015.
- « Art. 3 Rom I-VO » in *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. Band 5 : §§ 1922-2385, CISG, IPR, EGBGB*, sous la dir. de H. G. BAMBERGER et al., 4^e éd., C.H. Beck, München, 2020.
- STAUDINGER, A., « Rom II Art. 3 » in *Zivilrecht unter europäischem Einfluss : die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze. Kommentierung der wichtigsten EU-Verordnungen*, sous la dir. de M. GEBAUER et Th. WIEDMANN, 2^e éd., Boorberg, Stuttgart, 2010.
- STURM, F. et STURM, G., « Einl zum IPR » in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. EGBGB/IPR : Internationales Privatrecht (Einleitung zum IPR)*, Sellier-de Gruyter, Berlin, 2012.
- SUJECKI, B., « EuGFVO » in *Zivilrecht unter europäischem Einfluss : die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze. Kommentierung der wichtigsten EU-Verordnungen*, sous la dir. de M. GEBAUER et Th. WIEDMANN, 2^e éd., Boorberg, Stuttgart, 2010.
- TOUSSAINT, G., « ZPO § 15 Allgemeiner Gerichtsstand für extraterritoriale Deutsche » in *Beck’scher Online-Kommentar ZPO*, sous la dir. de V. VORWERK et Chr. WOLF, 37^e éd., C.H. Beck, München, 2020.
- « ZPO § 23 Besonderer Gerichtsstand des Vermögens und des Gegenstands » in *Beck’scher Online-Kommentar ZPO*, sous la dir. de V. VORWERK et Chr. WOLF, 37^e éd., C.H. Beck, München, 2020.
- VARGA, I., « Art 3 BagatellVO » in *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/ EuIPR, Band II : EG-VollstrTitelVO, EG-MahnVO, EG-BagatellVO, EU-KPfVO, HProrogÜbk 2005, EG-ZustVO 2007, EG-BewVO, EG-InsVO*, sous la dir. de Th. RAUSCHER, 4^e éd., Otto Schmidt, sellier european law publishers, Köln, 2015.
- « Einl BagatellVO » in *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/ EuIPR, Band II : EG-VollstrTitelVO, EG-MahnVO, EG-BagatellVO, EU-KPfVO, HProrogÜbk 2005, EG-ZustVO 2007, EG-BewVO, EG-InsVO*, sous la dir. de Th. RAUSCHER, 4^e éd., Otto Schmidt, sellier european law publishers, Köln, 2015.

- VOIT, W., « ZPO § 1051 Anwendbares Recht » in *Zivilprozessordnung : ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar*, sous la dir. de H.-J. MUSIELAK et W. VOIT, 17^e éd., Franz Vahlen, München, 2020.
- WILSKE, S. et MARKERT, L., « ZPO § 1051 Anwendbares Recht » in *Beck'scher Online-Kommentar ZPO*, sous la dir. de V. VORWERK et Chr. WOLF, 37^e éd., C.H. Beck, München, 2020.
- WOLBER, J., « EuMVVO Art. 3 Grenzüberschreitende Rechtssachen » in *Beck'scher Online-Kommentar ZPO*, sous la dir. de V. VORWERK et Chr. WOLF, 37^e éd., C.H. Beck, München, 2020.
- WURMNEST, W., « Art. 14 Rom II-VO » in *Juris-PraxisKommentar BGB. 6. Internationales Privatrecht und UN-Kaufrecht*, sous la dir. de M. WÜRDINGER, 9^e éd., Juris, Saarbrücken, 2020.

Ouvrages collectifs, mélanges, colloques

Références en langue française

- ALFONSIN, Q., « Contribution à l'étude de la relation juridique en droit international privé » in *Mélanges offerts à Jacques Maury. Tome I. Droit international privé et public*, Dalloz, Sirey, Paris, 1960, p. 27.
- ANCEL, M.-E., « La compétence législative à la croisée de deux logiques » in *Internet et le droit international*, sous la dir. de SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, Pedone, Paris, 2014, p. 181.
- « L'internationalité à la lumière de la convention d'electio foris » in *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, sous la dir. de P. COURBE et al., Economica, Paris, 2008, p. 21.
- AUDIT, B., « Le critère d'application des conventions judiciaires multilatérales » in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p. 19.
- BERGÉ, J.-S., « La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », *Trav. com. fr. DIP 2004-2007*, p. 29.
- BOLLÉE, S., « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) » in *L'efficacité économique en droit*, Economica, Paris, 2010, p. 121.
- BOUCOBZA, X., « Le contrat et l'espace » in *La relativité du contrat*, sous la dir. d'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, L.G.D.J, Paris, 2000, p. 97.
- BRUNET, L., « Le droit français face au défi des pratiques de gestation pour autrui : que reste-t-il de l'ordre public ? » in *La gestation pour autrui. Approches juridiques internationales*, sous la dir. de V. BOILLET, M. ROCA et E. de LUZE, Helbing & Lichtenhahn, Anthemis, Bâle, 2018, p. 71.
- BUCHER, A., « Sur les règles de rattachement à caractère substantiel » in *Liber Amicorum Adolf F. Schnitzer offert à l'occasion de son 90^e anniversaire le 30 juillet 1979 par la Faculté de Droit de l'Université de Genève*, Librairie de l'Université Georg & Cie, Genève, 1979, p. 37.

- BUREAU, D., « L'extension conventionnelle d'un statut impératif. Contribution du droit international privé à la théorie du contrat » in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie : liber amicorum*, Defrénois, Paris, 2005, p. 125.
- « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Dalloz, Éditions du Juris-Classeur, Paris, 1999, p. 285.
- CLAVEL, S., « La fraude » in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, sous la dir. de T. AZZI et O. BOSKOVIC, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 151.
- « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *Trav. com. fr. DIP* 2010-2012, p. 255.
- CORNELOUP, S., « L'application facultative de la loi étrangère dans les situations de disponibilité du droit et l'application uniforme des règles de conflit d'origine européenne » in *L'application du droit étranger*, sous la dir. de Ph. LAUVAUX et J. MASSOT, Société de législation comparée, Paris, 2018, p. 75.
- « Règlement Rome III. Article premier » in *Droit européen du divorce. European divorce law*, sous la dir. de S. CORNELOUP, LexisNexis, Dijon, 2013, p. 493.
- COUCHEZ, G., « Les nouveaux textes de la procédure civile et la compétence internationale », *Trav. com. fr. DIP* 1977-1979, p. 113.
- D'AVOUT, L., « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé » in *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, sous la dir. d'E. DUBOUT et S. TOUZÉ, Pedone, Paris, 2010.
- FALLON, M., « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes » in *La loyauté : mélanges offerts à Etienne Cerexhe*, sous la dir. de J. VERHOEVEN, Larcier, Bruxelles, 1997, p. 165.
- FALLON, M. et FRANCO, S., « La coopération judiciaire civile et le droit international privé » in *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union Européenne*, sous la dir. d'O. DE SCHUTTER et P. NIHOUL, Larcier, Bruxelles, 2004, p. 239.
- FARGE, M., « Chapitre 512. Détermination du droit applicable » in *Dalloz action Droit de la famille*, Dalloz, Paris, 2016.
- FAUVARQUE-COSSON, B., « Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux » in *Le droit international de l'internet*, sous la dir. de G. CHATILLON, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 71.
- FONTAINE, M., « Introduction » in *Le contrat économique international. Stabilité et évolution. Travaux des VII^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées à Louvain-la-Neuve, les 22-23 novembre 1973, publiés sous les auspices du Centre Charles De Visscher pour le Droit international*, Bruylant, Pedone, Bruxelles, Paris, 1975, p. 17.
- FRANK, R., « Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères en droit international privé allemand » in *Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères. Actes du colloque austro-franco-germano-suisse de droit international privé comparé des 22 et 23 mai 1986*, L.G.D.J, Paris, 1988, p. 86.

- GANNAGÉ, L., « Le contrat sans loi devant les tribunaux étatiques. Retour sur un mal-aimé » in *Le monde du droit : écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, Paris, 2008, p. 417.
- GAUDEMET-TALLON, H., « Droit international privé et Code civil » in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, Paris, 2004, p. 749.
- « Les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen : quelques repères » in *E pluri-bus unum. Liber amicorum Georges A.L. Droz. On the Progressive Unification of Private International Law. Sur l'unification progressive du droit international privé*, sous la dir. d'A. BORRAS et al., M. Nijhoff Publishers, La Haye, 1996, p. 85.
 - « L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple des Conventions de La Haye) » in *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, Paris, 1994, p. 181.
- GAVALDA, Chr., « Le crédit-bail international », *Trav. com. fr. DIP* 1988-1989, p. 59.
- HAMMJE, P., « L'ordre public de rattachement », *Trav. com. fr. DIP* 2006-2008, p. 153.
- HENRY, L.-C., « Le champ d'application territorial du Règlement » in *Le nouveau règlement insolvabilité : quelles évolutions ?*, sous la dir. de F. JAULT-SESEKE et D. ROBINE, Joly éditions, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 2015, p. 7.
- HEUZÉ, V., « La notion de contrat en droit international privé », *Trav. com. fr. DIP* 1995-1998, p. 319.
- HUET, J., « Le droit applicable dans les réseaux numériques » in *Le droit international de l'internet*, sous la dir. de G. CHATILLON, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 55.
- IDOT, L., « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé » in *Le droit international privé communautaire : émergence et incidences*, sous la dir. de S. POILLOT-PERUZZETTO, LPA, 12 déc. 2002, p. 27.
- JACQUET, J.-M., « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution » in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, p. 727.
- « Rapport introductif » in *L'internationalité : bilan et perspectives*, sous la dir. de S. POILLOT-PERUZZETTO, suppl. Lamy Droit des affaires, 2002, p. 5.
- JAULT-SESEKE, F., « Internet, vecteur d'affinement des règles de compétence juridictionnelle » in *Internet et le droit international*, sous la dir. de SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, Pedone, Paris, 2014, p. 167.
- JOUBERT, N., « Les règles matérielles en dehors du droit du commerce international » in *Droit sans frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Éric Loquin*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 747.
- KAHN, Ph., « L'essor du non-droit dans les relations commerciales internationales et le contrat sans loi » in *L'hypothèse du non-droit. XXX^e séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977*, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de l'Université de Liège, Liège, 1978, p. 231.
- « L'internationalisation de la vente » in *L'internationalité dans les institutions et le droit. Convergences et défis. Études offertes à Alain Plantey*, Pedone, Paris, 1995, p. 297.

- KESSEDIAN, C., « Le droit tendre (soft law) est-il apte à encadrer la responsabilité des entreprises pour leurs violations des droits de l'homme ? » in *Réciprocité et universalité : sources et régimes du droit international des droits de l'homme : mélanges en l'honneur du professeur Emmanuel Decaux*, Pedone, Paris, 2017, p. 1323.
- « Le principe de proximité vingt ans après » in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p. 507.
- KINSCH, P., « Principe d'égalité et conflits de lois », *Trav. com. fr. DIP 2002-2004*, p. 117.
- « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Lextenso, Paris, 2015, p. 377.
- « Sur la question de la discrimination inhérente aux règles de conflit de lois. Développements récents et interrogations permanentes » in *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, G. Giapichelli Editore, Turin, 2014, p. 195.
- KIRSCH, I., « La loi la plus favorable. Réflexions à propos de l'article 9(3), 2 de la loi uniforme Benelux » in *Ius et lex. Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1959, p. 373.
- LAGARDE, P., « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés » in *La reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de La Haye du 18 janvier 2013*, Pedone, Paris, 2013, p. 19.
- « La convention de La Haye du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for », *Trav. com. fr. DIP 1964-1966*, p. 151.
- « La nouvelle convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises » in *Journées de la Société de législation comparée. Année 1985*, RIDC, n° spécial vol. 7, 1985, p. 327.
- « L'internationalité du point de vue de l'ordre international » in *L'internationalité : bilan et perspectives*, sous la dir. de S. POILLOT-PERUZZETTO, suppl. Lamy Droit des affaires, 2002, p. 17.
- « Rapport de synthèse » in *Le droit international privé communautaire : émergence et incidences*, sous la dir. de S. POILLOT-PERUZZETTO, LPA, 12 déc. 2002, p. 44.
- LALIVE, P., « Sur une notion de "Contrat international" » in *Multum non multa. Festschrift für Kurt Lipstein aus Anlaß seines 70. Geburtstages*, sous la dir. de P. FEUERSTEIN, C.F. Müller, Heidelberg, 1980, p. 135.
- LARRIEU, J., « Internationalité et Internet » in *L'internationalité : bilan et perspectives*, sous la dir. de S. POILLOT-PERUZZETTO, suppl. Lamy Droit des affaires, 2002, p. 41.
- LEQUETTE, Y., « De Bruxelles à La Haye (Acte II) » in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, p. 503.
- MAYER, P., « La délocalisation du contrat » in *La relativité du contrat. Travaux de l'association Henri Capitant. Tome IV/Nantes-1999. Actes du colloque organisé avec le concours de la Maison des Sciences de l'Homme Ange Guépin*, L.G.D.J., Paris, 2000, p. 123.
- « L'office du juge dans le règlement des conflits de lois », *Trav. com. fr. DIP 1975-1977*, p. 233.

- MAYER, P., « Réflexions sur la notion de contrat international » in *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, sous la dir. de P. GAUCH, F. WERRO et P. PICHONNAZ, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2008, p. 873.
- MUIR WATT, H., « La globalisation et le droit international privé » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Lextenso, Paris, 2015, p. 591.
- « L'internationalité et droit de la famille » in *L'internationalité : bilan et perspectives*, sous la dir. de S. POILLOT-PERUZZETTO, suppl. Lamy Droit des affaires, 2002, p. 51.
- OPPETIT, B., « Le développement des règles matérielles », *Droit international privé. Travaux du comité français de droit international privé. Journée du cinquantième. Problèmes actuels de méthode en Droit international privé* 1988, p. 121.
- PATAUT, E., « De Bruxelles à La Haye. Droit international privé communautaire et droit international privé conventionnel » in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p. 661.
- « Les rattachements de l'entreprise multinationale : le point de vue du droit international privé » in *L'entreprise multinationale et le droit international : actes du 50^e colloque de la Société française pour le droit international, 19-21 mai 2016, Université Paris 8 Vincennes - Saint-Denis*, sous la dir. de L. DUBIN et al., Pedone, Paris, 2017, p. 73.
- « L'espace judiciaire européen : un espace cohérent ? » in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, sous la dir. d'A.-M. LEROYER et E. JEULAND, Dalloz, Paris, 2004, p. 31.
- « Qu'est-ce qu'un litige "intracommunautaire" ? Réflexions autour de l'article 4 du Règlement Bruxelles I » in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Litec, Paris, 2003, p. 365.
- POILLOT-PERUZZETTO, S., « La loi applicable au contrat électronique » in *Le contrat électronique : Journées nationales, Toulouse, 2000*, sous la dir. d'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Éd. Panthéon-Assas, Paris, 2002.
- PONSARD, A., « La jurisprudence de la Cour de cassation et le droit commercial international » in *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1987, p. 241.
- ROMANO, G. P., « Règles internationalement supplétives et règles internationalement disponibles » in *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel. Colloques d'Aix, le 12 octobre 2006 et de Lausanne, 28 septembre 2007 ; organisés par le Centre de droit économique de l'Université Paul Cézanne d'Aix-Marseille ; le Centre de droit comparé, européen et international de l'Université de Lausanne et l'Institut suisse de droit comparé de Lausanne*, PUAM, Aix-en-Provence, 2009, p. 243.
- SCHOCKWEILER, F., « Clauses attributives de juridiction. Rapport de Fernand Schockweiler » in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe. Actes du colloque sur l'interprétation de la Convention de Bruxelles par la Cour de justice européenne dans la perspective de l'espace judiciaire européen. Luxembourg, les 11 et 12 mars 1991*, sous la dir. de COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Butterworths, Londres, Dublin, Édimbourg, 1993, p. 121.

- SEUBE, J.-B., « L'electio juris en droit interne. Ou la soumission volontaire des parties à un droit protecteur » in *Liber amicum Jean Calais-Auloy. Études de droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 2004, p. 1009.
- STOFFEL, W. A., « Le rapport juridique international » in *Conflits et harmonisation. Kollision und Vereinheitlichung. Conflicts and Harmonization. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck à l'occasion de son 65^{ème} anniversaire*, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1990, p. 421.
- STURM, F., « La Zugewinnngemeinschaft et les régimes conventionnels du droit allemand » in *Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé : actes du colloque de Lausanne du 30 septembre 2005*, sous la dir. d'A. BONOMI et M. STEINER, Librairie Droz, Genève, 2006, p. 79.
- TREPOZ, E., « L'extraterritorialité des injonctions portant sur un site internet » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, sous la dir. de L. D'AVOUT, D. BUREAU et H. MUIR WATT, L.G.D.J Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2014, p. 657.
- VAREILLES-SOMMIÈRES, P. de, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Lextenso, Paris, 2015, p. 869.
- « Localisation et globalisation en droit international privé. Esprit de Savigny, es-tu là ? » in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, sous la dir. de M.-E. ANCEL et al., L.G.D.J, Iprolex, Paris, Madrid, 2018, p. 1555.
 - « L'ordre public » in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, sous la dir. de T. AZZI et O. BOSKOVIC, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 169.
- VRELLIS, S., « “Abus” et “fraude” dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes » in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, p. 633.
- WEILL, A., « Les conventions de La Haye sur la vente à caractère international d'objets mobiliers corporels », *Trav. com. fr. DIP 1958-1959*, p. 37.
- WITZ, C., « L'internationalité et le contrat » in *L'internationalité : bilan et perspectives*, sous la dir. de S. POILLOT-PERUZZETTO, suppl. Lamy Droit des affaires, 2002, p. 59.
- WYLER, E. et PAPAUX, A., « Extranéité de valeurs et de systèmes en droit international privé et en droit international public » in *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique. Actes du colloque des 27 et 28 novembre 1997 organisé par l'Institut d'études de droit international de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne*, sous la dir. d'E. WYLER et A. PAPAUX, Pedone, Paris, 1999, p. 239.

Références en langues allemande et anglaise

- AVASILENCEI, C., « Balancing between domestic and international contracts in the post-crisis global financial markets » in *Global private international law : adjudication without frontiers*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2019, p. 457.
- BASEDOW, J., « Der Versicherungsbinnenmarkt und ein optionales europäisches Vertragsgesetz » in *Kontinuität und Wandel des Versicherungsrechts. Festschrift für Egon Lorenz zum 70. Geburtstag*, sous la dir. de M. WANDT et al., Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2004, p. 93.
- BEITZKE, G., « Betrachtungen zur Methodik im Internationalprivatrecht » in *Rechtsprobleme in Staat und Kirche. Festschrift für Rudolf Smend zum 70. Geburtstag ; 15. Januar 1952 ; dargebracht von Freunden, Schülern und Kollegen*, Schwartz, Göttingen, 1952, p. 1.
- BURGSTALLER, A. et NEUMAYR, M., « Beobachtungen zu Grenzfragen der internationalen Zuständigkeit : Von forum non conveniens bis Notzuständigkeit » in *Grenzüberschreitungen. Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtbarkeit. Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, p. 119.
- CORNELOUP, S., « Grundlagen der Rechtswahl im Familien- und Erbrecht » in *Die Wahl ausländischen Rechts im Familien- und Erbrecht*, sous la dir. d'A. ROTH, Nomos, Baden-Baden, 2013, p. 15.
- CUNIBERTI, G., « Choice of law in domestic contracts : towards a right to access foreign financial markets ? » in *Global private international law : adjudication without frontiers*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2019, p. 464.
- DE NOVA, R., « Wann ist ein Vertrag "international" ? » in *Konflikt und Ordnung. Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag*, sous la dir. d'A. HELDRICH, C.H. Beck, München, 1978, p. 307.
- DETHLOFF, N., « Surrogacy in German Law » in *La gestation pour autrui. Approches juridiques internationales*, sous la dir. de V. BOILLET, M. ROCA et E. de LUZE, Helbing & Lichtenhahn, Anthemis, Bâle, 2018, p. 29.
- FISCHER, G., « Gemeinschaftsrecht und kollisionsrechtliches Staatsangehörigkeitsprinzip » in *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, sous la dir. de Chr. von BAR, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, 1991, p. 157.
- FRAUENBERGER-PFEILER, U., « Der "reine Binnensachverhalt", Art. 23 EuGVVO und der öOGH » in *Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag*, Springer, Wien, 2005, p. 125.
- GONZALEZ BEILFUSS, C., « EC Legislation in matters of parental responsibility and Third States » in *International civil litigation in Europe and relations with third States*, sous la dir. d'A. NUYTS et N. WATTÉ, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 493.
- GRUBER, U. P., « Rechtswahl in der Rom III-Verordnung » in *Die Wahl ausländischen Rechts im Familien- und Erbrecht*, sous la dir. d'A. ROTH, Nomos, Baden-Baden, 2013, p. 33.
- HAUSMANN, R., « Anwendbares Recht vor deutschen und italienischen Schiedsgerichten - Bindung an die Rom I-Verordnung oder Sonderkollisionsrecht ? » in *Grenzen überwinden - Prin-*

- zipien bewahren. *Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag*, Giesecking, Bielefeld, 2011, p. 971.
- HESSLER, H.-J., « Datum-Theorie und Zweistufigkeit des internationalen Privatrechts » in *Albert A. Ehrenzweig und das internationale Privatrecht. Symposium am 17. Juli 1984*, Winter, Heidelberg, 1986, p. 137.
- JAYME, E., « Der Gerechtigkeitsgehalt des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens (EuGVÜ) » in *Europäisches Kollisionsrecht. Die Konventionen von Brüssel, Lugano und Rom. Ausländische Erfahrungen und österreichische Perspektiven*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1993, p. 33.
- JUNKER, A., « Deutsche Schiedsgerichte und Internationales Privatrecht (§ 1051 ZPO) » in *Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag*, Verl. Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 2000, p. 971.
- KIENINGER, E.-M., « Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts » in *Brauchen wir eine Rom-0-Verordnung? : Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*, sous la dir. de S. LEIBL, JWV, Jena, 2013, p. 479.
- LORENZ, E., « Zum neuen internationalen Vertragsrecht aus versicherungsvertraglicher Sicht » in *Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag, 26. Juni 1987*, sous la dir. de H.-J. MUSIELAK et K. SCHURIG, Kohlhammer, Stuttgart, 1987, p. 303.
- LUTZI, T., « Private Ordering, the Platform Economy, and the Regulatory Potential of Private International Law » in *Conflict of laws in the maze of digital platforms*, sous la dir. d'I. PRETELLI, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2018, p. 129.
- MAGNUS, U., « Anmerkungen zum sachlichen Anwendungsbereich der Rom I-Verordnung » in *Festschrift für Gunther Kühne zum 70. Geburtstag*, sous la dir. de J. F. BAUR, Verl. Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, 2009, p. 779.
- MAULTZSCH, F., « Parteiautonomie bei reinen Inlandsfällen im Internationalen Privat-, Prozess- und Schiedsverfahrensrecht » in *Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag*, Giesecking, Bielefeld, 2011, p. 304.
- MICHAELS, R., « Globalization and Law : Law Beyond the State » in *Law and Social Theory*, sous la dir. de R. BANAKAR et M. TRAVERS, 2^e éd., Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 3.
- « Re-placements. Jurisdiction for contracts and torts under the Brussels I Regulation when Arts. 5 (1) and 5 (3) do not designate a place in a Member State » in *International civil litigation in Europe and relations with third States*, sous la dir. d'A. NUYTS et N. WATTÉ, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 129.
- « Territorial jurisdiction after territoriality » in *Globalisation and Jurisdiction*, sous la dir. de P. J. SLOT et M. BULTERMAN, Kluwer Law International, Leiden, 2004, p. 105.
- SCHWANDER, I., « Zur Rechtswahl im IPR des Schuldvertragsrechts » in *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, Schulthess, Zürich, 1989, p. 473.
- SONNENBERGER, H. J., « Bemerkungen zum IPR im AGB-Gesetz » in *Konflikt und Ordnung. Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, München, 1978, p. 377.
- WENGLER, W., « Das Gleichheitsprinzip im Kollisionsrecht » in *Eranion in honorem Georgii S. Maridakis. Volumen III : Ius Gentium, Varia*, Klissunus, Athènes, 1964.

WENGLER, W., « Rechtsgleichheit und Vielheit der Rechte » in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages. 1860-1960*, sous la dir. d'E. von CAEMMERER, E. FRIESENHAHN et R. LANGE, C.F. Müller, Karlsruhe, 1960, p. 239.

Articles de revue

Références en langue française

- ANCEL, B. et MUIR WATT, H., « Aliments sans frontières. Le règlement CE n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 457.
- « La désunion européenne : le Règlement dit "Bruxelles II" », *Rev. crit. DIP* 2001, p. 403.
 - « L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le Règlement Bruxelles II bis », *Rev. crit. DIP* 2005, p. 569.
- AUDIT, B., « Le droit international privé à la fin du XX^e siècle : progrès ou recul ? », *RIDC* 1998, p. 421.
- « Qualification et droit international privé », *Droits* 1993, p. 55.
- BALENSI, Y. et BAUMGARTNER, F., « Opportunité et légitimité du projet de règlement relatif à un droit commun européen de la vente », *RDC* 2012, p. 1400.
- BARRIÈRE BROUSSE, I., « Le Traité de Lisbonne et le droit international privé », *JDI* 2010, p. 1.
- BEHAR-TOUCHAIS, M., FAUVARQUE-COSSON, B. et JACQUEMIN, Z., « Droit commun européen de la vente : l'unité sans l'uniformisation », *RDC* 2012, p. 191.
- BERAUDO, J.-P., « Le nouveau droit du crédit-bail international et de l'affacturage international (1^{er} mai 1995) », *JCP E* 1995, 458.
- BERGEL, J.-L., « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255.
- BUREAU, D., « Définition de l'arbitrage international et exclusion des voies de recours », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 455.
- BUTRUILLÉ-CARDEW, C., « Le couple et la mondialisation », *AJ fam.* 2008, p. 67.
- COLLAS, P., « Les institutions européennes : essai d'identification », *LPA* 25 mai 1994, p. 19.
- D'AVOUT, L., « La "reconnaissance" de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassée », *D.* 2014, p. 1806.
- « Le contrat artificiellement internationalisé devant la Cour de justice (un naufrage juridique) », *JCP G* 2017, p. 1655.
 - « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2165.
 - « Vers l'itinérance inconditionnelle (ou nomadisme) des sociétés en Europe ? », *D.* 2017, p. 2512.
- DEVERS, A. et FARGE, M., « Le nouveau droit international privé du divorce. À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce », *JCP G* 2012, 778.

- DORALT, W., « De quelques conditions de succès d'un instrument optionnel en droit européen des contrats », *RDC* 2011, p. 1313.
- DROZ, G. A. L., « Entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles révisée sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements », *Rev. crit. DIP* 1987, p. 252.
- ELHOUEISS, J.-L., « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », *JDI* 2003, p. 39.
- FISCHER-LESCANO, A. et TEUBNER, G., « Collisions de régimes : la recherche vaine de l'unité juridique face à la fragmentation du droit mondial », *RIDE* 2013/1, p. 187.
- FRANCO, S., « Le règlement "Rome I" sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De quelques changements... », *JDI* 2009, p. 41.
- GANNAGÉ, L., *Le contrat sans loi en droit international privé*, 2007, URL : <http://www.ejcl.org/113/article113-10.pdf>.
- GAUDEMET-TALLON, H., « Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la Convention CEE n° 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980) », *RTD eur.* 1981, p. 215.
- GOLDMAN, B., « Un traité fédérateur : La Convention entre les États membres de la C.E.E. sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *RTD eur.* 1971, p. 1.
- GRUBER, A., « Les perspectives d'avenir de l'Union européenne : analyses et réflexions », *LPA* 11 oct. 2000, p. 6.
- GUERCHOUN, F. et PIEDELIÈVRE, S., « Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II") (1^{ère} partie) », *Gaz. Pal.* 23 oct. 2007, p. 4.
- GUINCHARD, E., « L'Europe, la procédure civile et le créancier : l'injonction de payer européenne et la procédure européenne de règlement des petits litiges », *RTD com.* 2008, p. 465.
- HAMMJE, P., « « Mariage pour tous » et droit international privé. Dits et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 773.
- « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *Rev. crit. DIP* 2011, p. 291.
- HEUZÉ, V., « D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflits de lois », *JCP G* 2008, I, 166.
- « La volonté en droit international privé », *Droits* 1999, p. 113.
- HUET, A., « Le nouveau Code de Procédure civile du 5 décembre 1975 et la compétence internationale des tribunaux français », *JDI* 1976, p. 342.
- LAAZOUZI, M., « Opposabilité d'une clause d'*electio fori* et caractère interne ou international de la situation : une question sans intérêt ? », *RDC* 2014, p. 434.
- LAGARDE, P. et TENENBAUM, A., « De la convention de Rome au règlement Rome I », *Rev. crit. DIP* 2008, p. 727.
- LEBOULANGER, Ph., « La notion d'"intérêts" du commerce international », *Rev. arb.* 2005, p. 487.

- LECUYER, H., « Les régimes matrimoniaux : le droit international privé modèle du droit interne ? », *LPA* 28 mars 2001, p. 49.
- LEFRANC, D., « La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé », *Rev. crit. DIP* 2005, p. 413.
- LEMAIRE, S., « Le choix de la loi du contrat en droit interne », *RRJ* 2001, p. 1431.
- LEQUETTE, Y., « L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 octobre 1988) », *Rev. crit. DIP* 1989, p. 277.
- LISANTI, C., « La professio juris dans le règlement Successions du 4 juillet 2012 », *Gaz. Pal.* 15 juin 2013, p. 23.
- LOPEZ DE TEJADA, M. et D'AVOUT, L., « Les non-dits de la procédure européenne d'injonction de payer. Règlement (CE) n° 1896/2006 du 12 décembre 2006 », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 717.
- LOUIS-LUCAS, P., « Portée de la distinction entre droit privé interne et droit international privé », *JDI* 1962, p. 858.
- MEYER-FABRE, N., « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *Rev. crit. DIP* 1994, p. 259.
- MUIR WATT, H., « Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale », *RIDE* 2013/1, p. 59.
- « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé), L'américanisation du droit », *Arch. phil. droit* 2001, p. 271.
- NABET, P., « Étude sur le champ d'application spatial du règlement européen sur l'insolvabilité », *BJE* 2014, p. 273.
- NEUMAYER, K. H., « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Rev. crit. DIP* 1957, p. 579.
- NIBOYET, M.-L., « Office du juge : vérification et exercice de la compétence », *Droit et Patrimoine* 1^{er} mai 2015, p. 75.
- NIBOYET, M.-L., REIN-LESCASTEREYRES, I. et DIMITROV, L., « La « désinternationalisation » du nouveau divorce par consentement mutuel ? », *Gaz. Pal.* 4 avril 2017, p. 74.
- OPPETIT, B., « Autour du contrat international », *Droits* 1990, p. 107.
- PARISOT, V., « Les classifications des conflits internes de lois à l'épreuve de leur solution », *Rev. crit. DIP* 2014, p. 469.
- PATAUT, E., « Chronique Citoyenneté de l'Union européenne - Reconnaissance des documents publics : vers un état civil européen ? (Proposition de règlement visant à favoriser la libre circulation des citoyens et des entreprises en simplifiant l'acceptation de certains documents publics dans l'UE du 24 avril 2013, COM (2013) 228 final) », *RTD eur.* 2013, p. 920.
- « Détachement et fraude à la loi. Retour sur le détachement de travailleurs salariés en Europe », *Rev. trav.* 2014, p. 23.
- PEYREFITTE, L., « Le problème du contrat dit "sans loi" », *D.* 1965, p. 113.
- REMY, B., « De la profusion à la confusion : réflexions sur les justifications des clauses d'élection de for », *JDI* 2011, p. 51.
- ROMANO, G. P., « Le choix des Principes UNIDROIT par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives », *JDI* 2007, p. 473.

- SINDRES, D., « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *JDI* 2015, p. 429.
- « Retour sur la loi applicable à la validité de la clause d'élection de for », *Rev. crit. DIP* 2016, p. 787.
- STRUYCKEN, A. V. M., « Le droit international privé d'origine communautaire et les États tiers », *Rev. aff. eur.* 2001-2002, p. 469.
- TORCOL, S., MAUBERNARD, Chr. et HANAN, Q., « Le fédéralisme (quel fédéralisme) pour sauver l'Europe ? (Première partie) », *RUE* 2019, p. 256.
- TUORI, K., « Vers une théorie du droit transnational », *RIDE* 2013/1, p. 9.
- TUSSEAU, G., « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *RFDA* 2009, p. 641.
- 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.
- VAREILLES-SOMMIÈRES, P. de, « Autonomie et ordre public dans les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux », *JDI* 2016, p. 409.
- « La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires », *Rev. crit. DIP* 1996, p. 397.
- VEDEL, G., « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP G* 1950, I, 851.
- VOGENAUER, S. et WEATHERILL, S., « La compétence de la Communauté européenne pour harmoniser le droit des contrats - une analyse empirique », *RDC* 2005, p. 1215.
- WENGLER, W., « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *Rev. crit. DIP* 1963, p. 202, 502.

Références en langues allemande et anglaise

- ALTHAMMER, Chr., « Grundsatz des Internationalen Schuldvertragsrechts : Artt. 27 ff. EGBGB, der Kommissionsvorschlag für eine "Rom I"-Verordnung und der abschließende Verordnung im Überblick », *JA* 2008, p. 772.
- ARNDT, K. et al., « Zur Verbesserung der deutschen Zivilrechtsprechung in internationalen Sachen. Denkschrift vom 26. August 1970 », *RabelsZ* 1971, p. 323.
- ARNOLD, H., « Das EWG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen vom 27.9.1968 », *AWD* 1969, p. 89.
- BASEDOW, J., « Rome II at Sea – General Aspects of Maritime Torts – », *RabelsZ* 2010, p. 118.
- « Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts », *RabelsZ* 2011, p. 32.
- BERMAN, P. S., « The Globalization of Jurisdiction », *Univ. Penn. Law Rev.* 151 2002, p. 311.
- BÖHLE, J., « Die Abwahl zwingenden Rechts vor staatlichen Gerichten in Inlandsfällen », *ZEuP* 2019, p. 72.
- BIRK, R., « Die Bedeutung der Parteiautonomie im internationalen Arbeitsrecht », *RdA* 1989, p. 201.
- BÜLOW, A., « Vereinheitlichtes internationales Zivilprozessrecht in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Der Entwurf eines Abkommens über die internationale Zuständigkeit,

- die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen », *RabelsZ* 1965, p. 473.
- CORNELOUP, S., « Rechtsermittlung im Internationalen Privatrecht der EU : Überlegungen aus Frankreich », *RabelsZ* 2014, p. 844.
- DAMMANN, J. et HANSMANN, H., « Globalizing Commercial Litigation », *Cornell L. Rev.* 94 2008, p. 1.
- DÖLLE, H., « Die 7. Haager Konferenz », *RabelsZ* 1952, p. 161.
- DORALT, W., « Rote Karte oder grünes Licht für den Blue Button? Zur Frage eines optionalen europäischen Vertragsrechts », *AcP* 2011, p. 1.
- DROBNIG, U., « Verstößt das Staatsangehörigkeitsprinzip gegen das Diskriminierungsverbot des EWG-Vertrages? », *RabelsZ* 1970, p. 636.
- FLESSNER, A., « Fakultatives Kollisionsrecht », *RabelsZ* 1970, p. 547.
- GAMILLSCHEG, F., « Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmaßlicher Parteiwille im internationalen Vertragsrecht », *AcP* 1958/1959, p. 303.
- GEBAUER, M., « Drittstaaten- und Gemeinschaftsbezug im europäischen Recht der internationalen Zuständigkeit », *ZEuP* 2001, p. 943.
- « Europäisches Vertragsrecht als Option – der Anwendungsbereich, die Wahl und die Lücken des Optionalen Instruments », *GPR* 2011, p. 227.
- GOLDSCHMIDT, W., « Zur ontologisch-logischen Erfassung des Internationalen Privatrechts », *ÖZöR* 1951, p. 121.
- HAMBRO, E., « Autonomy in the International Contract Law of the Nordic States », *IntCompLQ* 1957, p. 589.
- HAU, W., « Das neue europäische Verfahren zur Beitreibung geringfügige Forderungen », *JuS* 2008, p. 1056.
- HELLGARDT, A., « Das Verbot der kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Rechts und das Unionsgrundrecht der Privatautonomie », *RabelsZ* 2018, p. 654.
- HERRESTAHL, C., « Ein europäisches Vertragsrecht als Optionales Instrument », *EuZW* 2011, p. 7.
- HOFFMANN, B. von, « Das EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen », *AWD* 1973, p. 57.
- JAHR, G., « Internationale Geltung nationalen Rechts : Zur Relevanz internationalrechtlicher Fragestellungen für Praxis und Theorie des Rechts », *RabelsZ* 1999, p. 481.
- KINDLER, P., « Zur Anknüpfung von Handelsvertreter- und Vertragshändlerverträgen im neuen bundesdeutschen IPR », *RIW* 1987, p. 660.
- KOCH, H., « Internationale Zuständigkeit und Auslandsbezug », *RRa* 2013, p. 173.
- KOHLER, Chr., « Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen : Liberalität und Rigorismus im EuGVÜ », *IPRax* 1983, p. 265.
- LEIBLE, S., « Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht? - Plädoyer für ein optionales Instrument », *BB* 2008, p. 1469.
- LEMHÖFER, B., « Die Beschränkung der Rechtsvereinheitlichung auf internationale Sachverhalte », *RabelsZ* 1960, p. 401.

- LORENZ, E., « Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht. Grundsatz und Grenzen », *RIW* 1987, p. 569.
- « Die Reform des deutschen IPR. Bemerkungen zu ihren Grundlagen », *ZRP* 1982, p. 148.
 - « Zur Zweistufentheorie des IPR und zu ihrer Bedeutung für das neue internationale Versorgungsausgleichsrecht », *FamRZ* 1987, p. 645.
- LUTZI, T., « Internet Cases in EU Private International Law - Developing a coherent approach », *IntCompLQ* 2017, p. 687.
- MAGNUS, U., « Der grenzüberschreitende Bezug als Anwendungsvoraussetzung im europäischen Zuständigkeits- und Kollisionsrecht », *ZEuP* 2018, p. 507.
- MANKOWSKI, P., « Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht », *RabelsZ* 1999, p. 203.
- MARK, J. et GÄRTNER, O., « Gerichtsstandsvereinbarungen zwischen Kaufleuten im internationalen Rechtsverkehr », *MDR* 2009, p. 837.
- MAULTZSCH, F., « Rechtswahl und ius cogens im Internationalen Schuldvertragsrecht », *RabelsZ* 2011, p. 60.
- MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, « Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization », *RabelsZ* 2004, p. 1.
- « Policy Options for Progress Towards a European Contract Law. Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final », *RabelsZ* 2011, p. 371.
- MAYER, F. C., « Recht und Cyberspace », *NJW* 1996, p. 1782.
- MEHREN, A. T. von, « Special Substantive Rules for Multistate Problems : Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology », *Harv. L. Rev.* 1974, p. 347.
- MICHAELS, R., « Globalizing Savigny? The State in Savigny's Private International Law and the Challenge of Europeanization and Globalization », *Duke Law School Legal Studies Paper No. 74* 2005, p. 121.
- « Welche Globalisierung für das Recht? Welches Recht für die Globalisierung? », *RabelsZ* 2005, p. 525.
- NEUHAUS, P. H. et KROPHOLLER, J., « Das Elend mit dem Internationalen Privatrecht. Gedanken zur anstehenden Gesetzesreform », *FamRZ* 1980, p. 753.
- PARRISH, A., « Judicial Jurisdiction : The Transnational Difference », *Va. J. Int'l L.* (59) 2019.
- PFEIFFER, Th., « Die Abwahl des deutschen AGB-Rechts in Inlandsfällen bei Vereinbarung eines Schiedsverfahrens », *NJW* 2012, p. 1169.
- POCZOBUT, J., « Internationales Finanzierungsleasing : Das UNIDROIT-Projekt – vom Entwurf (Rom 1987) zum Übereinkommen (Ottawa 1988) », *RabelsZ* 1987, p. 681.
- REBMANN, E., « Das UNIDROIT-Übereinkommen über das internationale Factoring (Ottawa 1988) », *RabelsZ* 1989, p. 599.
- ROTH, W.-H., « Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht », *RabelsZ* 1991, p. 623.

- SAMTLEBEN, J., « Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem EWG-Übereinkommen und nach der Gerichtsstandsnovelle », *NJW* 1971, p. 1590.
- SANDROCK, O., « Die Bedeutung des Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts für die Unternehmenspraxis », *RIW* 1986, p. 841.
- « Die objektive Anknüpfung von Verträgen nach § 1051 Abs. 2 ZPO », *RIW* 2000, p. 321.
- SCHURIG, K., « Zwingendes Recht, “Eingriffsnormen” und neues IPR », *RabelsZ* 1990, p. 217.
- SIEHR, K., « General Problems of Private International Law in Modern Codifications - De Lege Lata and De Lege Europea Ferenda », *YbPIL* 2005, p. 17.
- « Wechselwirkungen zwischen Kollisionsrecht und Sachrecht », *RabelsZ* 1973, p. 466.
- SIMITIS, S., « Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht », *JuS* 1966, p. 201.
- STOLL, H., « Bemerkungen zu den Vorschriften über den “Allgemeinen Teil” im Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des IPR (Art. 3-9, 11-12) », *IPRax* 1984, p. 1.
- WAGNER, G., « Fakultatives Kollisionsrecht und prozessuale Parteiautonomie », *ZEuP* 1999, p. 6.
- WEGEN, G. et ASBRAND, D., « Nichtstaatliches Recht als Gegenstand einer Rechtswahlklausel? », *RIW* 2016, p. 557.
- WELLER, M.-Ph., « “Inspire Art” : Weitgehende Freiheiten beim Einsatz ausländischer Briefkastengesellschaften », *DStR* 2003, p. 1800.
- « Vom Staat zum Menschen : Die Methodentrias des Internationalen Privatrechts unserer Zeit », *RabelsZ* 2017, p. 747.
- WELLER, M.-Ph., BENZ, N. et THOMALE, C., « Rechtsgeschäftsähnliche Parteiautonomie », *ZEuP* 2017, p. 250.
- WENGLER, W., « Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Studie », *ZVglRWiss* 1941, p. 168.

Notes de jurisprudence et chroniques

Références en langue française

- AUDIT, B., « note sous CA Paris, 3^e ch., 11 avril 1972, Aliments Piéto c/ Société Eurosoya », *JDI* 1974, p. 620.
- AUDIT, M., « La validité d’une clause attributive de juridiction est subordonnée au caractère international de la situation. Cour de cassation (1^{re} Ch. civ.) - 4 octobre 2005, Keller Grundbau GmbH c. Électricité de France et Spie Citra Île-de-France », *Rev. crit. DIP* 2006, p. 413.
- BATIFFOL, H., « note sous Tribunal civil de la Seine, 7 juin 1956, Eddie Constantine et Tercinet c/ Buck et Dolivet », *Rev. crit. DIP* 1956, p. 683.
- BOICHÉ, A., « Compétence des juridictions françaises pour statuer sur une demande en partage d’un immeuble indivis situé en France appartenant à des époux résidant à l’étranger », *AJ fam.* 2020, p. 313.

- BUREAU, D., « Compétence en cas d'action révocatoire dans une procédure d'insolvabilité », *Rev. crit. DIP* 2014, p. 670.
- DAMMANN, R. et BLEICHER, V., « Interrogations sur les effets extraterritoriaux du règlement d'insolvabilité n° 1346/2000/CE », *D.* 2014, p. 1708.
- D'AVOUT, L. et BOLLÉE, S., « Droit du commerce international. Juillet 2006 - août 2007 », *D.* 2007, p. 2562.
- DEBOISSY, F. et WICKER, G., « Droit des sociétés. Chronique », *JCP E* 2018, 1174.
- DEUMIER, P., « Compétence internationale : exercice de pédagogie autour de la Convention de Bruxelles », *RDC* 2005, p. 1186.
- « Conditions de validité d'une clause attributive de juridiction », *RDC* 2008, p. 900.
- GAUDEMET-TALLON, H., « De la détermination de la compétence internationale du juge saisi d'un litige d'ordre international intra-communautaire. Cour de cassation (Ch. mixte), 11 mars 2005, Société Codéviandes c. M. B. Maillard », *Rev. crit. DIP* 2005, p. 732.
- « Le professionnel, cessionnaire des droits d'un particulier, n'est pas un consommateur au sens de l'art. 13 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. - Cour de justice des Communautés européennes. - 19 janvier 1993, Shearson Lehmann Hutton Inc. c. TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH », *Rev. crit. DIP* 1993, p. 320.
- « note sous CA Paris, 14 nov. 1990, Sieur et Dame Nahas c/ Banque arabe et internationale d'investissement », *JDI* 1991, p. 734.
- HENRY, L.-C., « Domaine d'application du règlement européen d'insolvabilité et action révocatoire », *Gaz. Pal.* 1^{er} juil. 2014, p. 19.
- HOLLEAUX, D., « note sous CA Paris, 25 avr. 1979, Mosbacher et Société Uniputz c/ Banque nationale de Paris », *JDI* 1980, p. 352.
- HUET, A., « note sous CA Paris, 27 mars 1987, Ollo c/ Caisse de Crédit mutuel de Brest Recouvrance », *JDI* 1988, p. 140.
- IDOT, L., « Champ d'application territorial du règlement », *Europe* 2014, comm. 143.
- JACQUET, J.-M., « Conflit de juridictions. Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. – Article 17. – Clause attributive de juridiction. – Exigence d'internationalité du litige international. », *JDI* 2006, p. 169.
- « note sous CA Paris, 1^{ère} ch. suppl., 26 avril 1985 », *JDI* 1986, p. 175.
- JAULT-SESEKE, F., « Clause attributive de juridiction dans les relations internationales : exigence de l'internationalité du contrat », *AJ Contrats d'affaires, Concurrence, Distribution* 2014, p. 377.
- « Mise en œuvre de l'article 13 du règlement Insolvabilité. CJUE 8 juin 2017, aff. C-54/16 », *Rev. crit. DIP* 2017, p. 594.
- JAULT-SESEKE, F. et ROBINE, D., « L'application du règlement "insolvabilité" dans les relations avec un État tiers », *D.* 2014, p. 915.
- LAZOUZI, M., « Protéger les paiements de la période suspecte dans un contrat interne par le recours au droit étranger choisi par les parties ? L'inquiétant anti-guide-âne de la Cour de justice », *RDC* 2017, p. 638.

- LIBCHABER, R., « La convention de Bruxelles ne s'applique pas au litige en matière de consommation si le professionnel est domicilié dans un État non-contractant. Cour de justice des Communautés européennes (5^e Ch.). - 15 septembre 1994, W. Brenner et P. Noller c. Dean Witter Reynolds Inc. », *Rev. crit. DIP* 1995, p. 754.
- LOQUIN, E., « note sous CA Paris, 9 nov. 1984 », *JDI* 1986, p. 1039.
- MALAURIE, Ph., « note sous Cass. com., 4 nov. 1958 », *D.* 1959, p. 361.
- MENJUCQ, M., « Une jurisprudence en forme de tâche d'huile... frelatée. Note sous Tribunal de commerce de Beaune, 16 juillet 2008, 8 jugements », *Rev. sociétés* 2008, p. 891.
- MESTRE, J., « note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 oct. 1980, Tardieu c/ Soc. Bourdon », *Rev. crit. DIP* 1981, p. 313.
- MUIR WATT, H., « De la loi applicable au divorce d'un couple franco-allemand », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 353.
- OPPETIT, B., « note sous CA Paris, 13 déc. 1975, Menicucci c/ Mahieux », *Rev. crit. DIP* 1976, p. 508.
- « note sous CA Paris, 19 juin 1970, Hecht c/ Soc. Buisman's », *JDI* 1971, p. 833.
 - « note sous CA Paris, 30 nov. 1972, S.O.C.E.A., S.P.I.E. Batignolles, Entrepouse c/ C.A.P.A.G.-C.E.T.R.A. », *JDI* 1973, p. 390.
- POILLOT-PERUZZETTO, S., « Application de la Convention de Bruxelles à une lettre de confort. Cour de cassation (Ch. com.). - 30 janvier 2001, ING Bank NV Paris c. Soc. Mantel Holland Beheer BV », *Rev. crit. DIP* 2001, p. 539.
- SYNVET, H., « note sous CA Toulouse, 26 oct. 1982, Sieur Behar c/ Sté Monoceram », *JDI* 1984, p. 603.
- VALLENS, J.-L., « Actions en nullité : la CJUE étend la compétence du tribunal au-delà des frontières de l'Union européenne. (À propos de CJUE, 16 janv. 2014, aff. C-328/12, Schmid) », *Rev. proc. coll.* 2014/4, p. 12.
- VERDOT, A., « L'applicabilité de la règle de conflit de lois d'origine conventionnelle en question », *D.* 2006, p. 260.

Références en langues allemande et anglaise

- AULL, J. M., « Zur isolierten Prorogation nach Art. 17 Abs. 1 LugÜ (zur OLG Hamm, 18.9.1997 - 5 U 89/97) », *IPRax* 1999, p. 226.
- RAUSCHER, Th. et FEHRE, A., « Das Ende des forum non conveniens unter dem EuGVÜ und der Brüssel I-VO? Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 1. März 2005 », *ZEuP* 2006, p. 459.
- STAUDINGER, A., « Anwendbarkeit des Verbraucherschutzgerichtsstandes der Brüssel I-VO bei Pauschalreisen im "unechten Inlandsfall" – zugleich Anmerkung zum Vorlagebeschluss des LG Feldkirch vom 20.9.2012, 3 R 233/12f », *RRa* 2013, p. 2.
- THIELE, Chr., « Forum non conveniens im Lichte europäischen Gemeinschaftsrechts. Anmerkung zu Court of Appeal - Civil Division, Vorlage-Entscheidung vom 19.6.2002 Owusu v. Jackson and Others », *RIW* 2002, p. 696.

TRINKNER, R., « note sous Landesarbeitsgericht Düsseldorf/Köln, Urteil vom 16.5.1972 — A Sa 126/72 », *AWD* 1973, p. 31.

Rapports explicatifs, documents législatifs

BUNDESREGIERUNG, *Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 19. Juni 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht*, Drucksache 10/503, 1983.

COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN, *Avis du Comité économique et social européen sur le thème « Le 28^e régime – une option pour moins légiférer au niveau communautaire » (avis d’initiative)*, CESE 758/2010, 27 mai 2010.

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Avis de la délégation allemande concernant l’avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles*, XI/412/75, 11 juin 1975.

– *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen : Reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale*, COM(2000) 495 final, 2000.

– *Compte rendu de la réunion du groupe d’experts gouvernementaux « Droit international privé »*, XI/79/76, 17-19 déc. 1975.

– *Compte rendu de la réunion du groupe d’experts gouvernementaux « Droit international privé »*, XI/727/75, 22-23 sept. 1975.

– *Compte rendu de la réunion du groupe d’experts gouvernementaux « Droit international privé »*, XI/514/76, 23-30 juin 1976.

– *Livre vert sur une procédure européenne d’injonction de payer et sur des mesures visant à simplifier et à accélérer le règlement des litiges portant sur des montants de faible importance*, COM(2002) 746 final, 2002.

– *Memoranda n° 6 et 7 des experts britanniques relatif aux artt. 2 al. 2 et 7 de l’avant-projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles*, XI/104/76, 1976.

– *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne d’injonction de payer (présentée par la Commission)*, COM (2004) 173 final/3, 2004.

– *Proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »)*, COM(2003) 427, 2003.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 11 juillet 2001 concernant le droit européen des contrats*, JO n° C 255, p. 1, 2001.

– *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil. Droit européen des contrats et révision de l’acquis : la voie à suivre*, COM(2004) 651 final, 2004.

– *Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d’un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*, COM(2010) 348 final, 2010.

- COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil instituant une procédure européenne pour les demandes de faible importance*, COM(2005) 87 final, 2005.
- *Proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges et le règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer*, COM(2013) 794 final, 2013.
 - *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale*, COM(2011) 445 final, 2011.
 - *Proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, COM(2005) 650 final, 2005.
 - *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil visant à favoriser la libre circulation des citoyens et des entreprises en simplifiant l'acceptation de certains documents publics dans l'Union Européenne, et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012*, COM(2013) 228 final, 2013.
 - *Rapport de la Commission. Deuxième rapport sur l'état d'avancement du Cadre commun de référence*, COM(2007) 447 final, 2007.
- CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Gutachten des Juristischen Dienstes. Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen – Rechtsgrundlage*, 10748/05, 2005.
- CONSEIL EUROPÉEN DE BRUXELLES, *Conclusions de la Présidence*, 4 et 5 nov. 2004.
- CONSEIL EUROPÉEN DE TAMPERE, *Conclusions de la Présidence*, 15 et 16 oct. 1999.
- EVRIGENIS, D. et KERAMEUS, K. D., *Rapport relatif à l'adhésion de la République hellénique à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, 1986.
- GIULIANO, M. et LAGARDE, P., *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, 1980.
- HARTLEY, T. et DOGAUCHI, M., *Rapport explicatif sur la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for*, 2013.
- JÉNARD, P., *Rapport sur la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, 1979.
- PARLEMENT EUROPÉEN, *Résolution du 4 juillet 2017 contenant des recommandations à la Commission relatives à des normes minimales communes pour les procédures civiles dans l'Union européenne (2015/2084(INL))*, P8_TA(2017)0282, 2017.
- PARRA-ARANGUREN, G., *Rapport explicatif sur la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, 1994.

POCAR, F., *Rapport explicatif sur la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée à Lugano le 30 octobre 2007*, 2009.

PÉREZ-VERA, E., *Rapport explicatif sur la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, 1982.

SCHLOSSER, P., *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, ainsi qu'au protocole concernant son interprétation par la Cour de justice (signée à Luxembourg le 9 octobre 1978)*, 1979.

TUNC, A., *Commentaire des Conventions de La Haye du 1^{er} juillet 1964 sur la vente internationale des objets mobiliers corporels et sur la formation des contrats de vente*, 2014.

Table de jurisprudence

Jurisprudence française

Juridictions du fond

- CA Rabat, 24 oct. 1950, *Machet*, *Rev. crit. DIP* 1952, p. 89, note Ph. FRANCESCOAKIS; *JDI* 1951, p. 898, note B. GOLDMAN.
- CA Paris, 19 mars 1965, *Banque ottomane*, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 85, note P. LAGARDE; *JDI* 1966, p. 118, note B. GOLDMAN.
- CA Paris, 19 juin 1970, *Hecht*, *Rev. crit. DIP* 1971, p. 682, note P. LEVEL ; *JDI* 1971, p. 835, note B. OPPETIT; *JCP G* 1971, II, 16927, note B. GOLDMAN; *Rev. arb.* 1972, p. 67, note Ph. FOUCHARD.
- CA Paris, 14 nov. 1990, *Nahas*, *JDI* 1991, p. 734, note H. GAUDEMET-TALLON.
- CA Versailles, 11 janv. 2007, *SA Augros*, *JCP E* 2007, 2309, note P. NABET.
- T. com. Beaune, 16 juil. 2008, *SAS Marie Brizard et Roger International*, *Rev. sociétés* 2009, p. 891, note M. MENJUCQ.

Cour de cassation

- Cass. req., 19 déc. 1864, *Falguières*, *S.* 1865.I.217, note LABBÉ.
- Cass. civ., 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont*, *D.* 1878, I, 201, concl. CHARRINS; *S.* 1878, I, 193, note LABBÉ; *GADIP* n° 6.
- Cass. civ., 5 déc. 1910, *American Trading Company*, *S.* 1911, p. 129, note Ch. LYON-CAEN; *GADIP* n° 11.
- Cass. civ., 17 mai 1927, *Pélessier du Besset*, *DP* 1928.I.25, concl. MATTER, note H. CAPITANT; *S.* 1927, I, 289, note P. ESMEIN.
- Cass. civ., 19 févr. 1930, *Mardelé* et 27 janv. 1931, *Dambricourt*, *Rev. crit. DIP* 1931, p. 541; *S.* 1933, I, 41, note J.-P. NIBOYET.
- Cass. civ., 14 févr. 1934, *Banque hypothécaire franco-argentine*, *DP* 1934.I.78; *S.* 1934, I, 297, note A. MESTRE.
- Cass. civ., 21 juin 1950, *Messageries maritimes*, *D.* 1951, p. 749, note J. HAMEL; *Rev. crit. DIP* 1950, p. 609, note H. BATIFFOL; *S.* 1952, I, 1, note J.-P. NIBOYET; *JCP* 1950, II, 5812, note J.-Ph. LÉVY; *GADIP* n° 22.

Cass. 1^{re} civ., 17 avril 1953, *Rivière*, *Rev. crit. DIP* 1953, p. 412, note H. BATIFFOL ; *JDI* 1954, p. 860, note M. PLAISANT ; *JCP* 1953, II, 7863, note J. BUCHET, *RabelsZ* 1955, p. 520, note Ph. FRANCESCAKIS ; GADIP n° 26.

Cass. 1^{re} civ., 11 juil. 1961, *Bertoncini*, *Rev. crit. DIP* 1962, p. 124, note H. BATIFFOL ; *JDI* 1962, p. 132, note B. GOLDMAN ; GADIP n°s 32-34.

Cass. 1^{re} civ., 19 févr. 1963, *Chemouni*, *Rev. crit. DIP* 1963, p. 559, note D. HOLLEAUX ; *JDI* 1963, p. 986, note A. PONSARD ; *Rec. gén. lois* 1963, p. 315, note G. A. L. DROZ ; GADIP n°s 30-31.

Cass. 1^{re} civ., 28 mai 1963, *Charlie Chaplin*, *Rev. crit. DIP* 1964, p. 513, note Y. LOUSSOUARN ; *JDI* 1963, p. 1004, note B. GOLDMAN ; *JCP G* 1963, II, 13347, note Ph. MALAURIE ; *Rec. gén. lois* 1963, p. 633, note G. A. L. DROZ ; GADIP n° 40.

Cass. 1^{re} civ., 2 mai 1966, *Galakis*, *D.* 1966, p. 575, note J. ROBERT ; *Rev. crit. DIP* 1967, p. 553, note B. GOLDMAN ; *JDI* 1966, p. 648, note P. LEVEL ; GADIP n° 44.

Cass. 1^{re} civ., 18 mai 1971, *Impex*, *D.* 1972, p. 32, note D. ALEXANDRE ; *Rev. crit. DIP* 1972, p. 346, note E. MEZGER ; *JDI* 1972, p. 62, note B. OPPETIT.

Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 1975, *Menicucci*, *Rev. crit. DIP* 1976, p. 507, note B. OPPETIT ; *JDI* 1977, p. 107, note É. LOQUIN ; *Rev. arb.* 1977, p. 147, note Ph. FOUCHARD.

Cass. com., 19 janv. 1976, *Cipelletti*, *Rev. crit. DIP* 1977, p. 503, note H. BATIFFOL ; *JDI* 1977, p. 651, note A. LYON-CAEN.

Cass. 1^{re} civ., 16 janv. 1979, *JDI* 1981, p. 66, note J. FOYER.

Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1980, *Tardieu*, *Rev. crit. DIP* 1981, p. 313, note J. MESTRE ; *JCP G* 1980, II, 19480, concl. R. GULPHE.

Cass. 1^{re} civ., 17 mai 1983, *Lafarge*, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 346, note B. ANCEL.

Cass. 1^{re} civ., 6 févr. 1985, *Simitch*, *D.* 1985, p. 469, note J. Massip ; *ibid.* I.R. p. 497, obs. B. AUDIT ; *Rev. crit. DIP* 1985, p. 243, chr. Ph. FRANCESCAKIS ; *JDI* 1985, p. 460, note A. HUET ; GADIP n° 70.

Cass. soc., 8 juil. 1985, *Allard*, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 113, note H. GAUDEMET-TALLON.

Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 1985, *Cognacs and Brandies from France*, *D.* 1986, p. 362, note J. PRÉVAULT ; *Rev. crit. DIP* 1986, p. 712, note Y. LEQUETTE ; *JDI* 1986, p. 719, note A. HUET ; *JCP G* 1987, II, 20810, note P. COURBE ; GADIP n° 71.

Cass. 1^{re} civ., 3 déc. 1985, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 766 ; *D.* 1986, I.R. p. 269, obs. B. AUDIT.

Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1985, *Compagnie de signaux*, *D.* 1986, I.R. p. 265, obs. B. AUDIT ; *Rev. crit. DIP* 1986, p. 537, note H. GAUDEMET-TALLON ; GADIP n° 72.

Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1986, *Siaci*, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 396, note H. GAUDEMET-TALLON ; *DMF* 1987, p. 706, note P.-Y. NICOLAS ; *ibid.* 1988, p. 156, obs. P. BONASSIES.

Cass. 1^{re} civ., 19 avril 1988, *Roho*, *D.* 1989, somm. p. 345, obs. B. AUDIT ; *Rev. crit. DIP* 1989, p. 68, note H. BATIFFOL.

Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1988, *Rebouh et Schule*, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 277, chron. Y. LEQUETTE ; *JDI* 1989, p. 349, note D. ALEXANDRE ; *ibid.* 1990, p. 317, chron. D. BUREAU ; *Defrénois* 1989, p. 310, obs. J. MASSIP ; GADIP n^{os} 74-78.

Cass. 1^{re} civ., 6 juin 1990, *Bull. civ.* 1990, I, n^{os} 137 et 139.

Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 1990, *Coveco*, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 558, note M.-L. NIBOYET-HOEGY ; *JDI* 1991, p. 371, note D. BUREAU ; GADIP n^{os} 74-78.

Cass. 1^{re} civ., 18 nov. 1992, *Makhlouf*, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 276, note B. ANCEL ; *JDI* 1993, p. 309, note Y. LEQUETTE ; *D.* 1993, p. 213, note P. COURBE ; *Defrénois* 1993, art. 35611, obs. J. MASSIP.

Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 1997, *Gordon & Breach* ; *Rev. crit. DIP* 1997, p. 504, note J.-M. BISCHOFF ; *JCP G* 1997, II, 22903, note H. MUIR WATT.

Cass. 1^{re} civ., 6 mai 1997, *Hannover International*, *Rev. crit. DIP* 1997, p. 514, note B. FAUVARQUE-COSSON ; *JDI* 1997, p. 804, note D. BUREAU ; GADIP n^o 84.

Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999, *Mutuelle du Mans et Belaid*, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 707, note H. MUIR WATT ; *JCP G* 1999, II, 10192, note F. MÉLIN ; *Defrénois* 1999, p. 1261, obs. J. MASSIP ; GADIP n^{os} 74-78.

Cass. com., 30 janv. 2001, *Mantel*, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 539, note S. POILLOT-PERUZZETTO ; *JCP G* 2001, I, 356, obs. P. SIMLER ; *Dr. et patr.* 2001, p. 111, obs. D. MAINGUY ; *BJS* 2001, p. 516, note M. MENJUCQ.

Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 2003, *RDC* 2004, p. 769, obs. D. BUREAU.

Cass. mixte, 11 mars 2005, *Codéviandes*, *D.* 2005, p. 1332, note J.-G. MAHINGA ; *Rev. crit. DIP* 2005, p. 732, note H. GAUDEMET-TALLON ; *Gaz. Pal.* 27 mai 2005, p. 28, avis av. gén. M. FOERST ; *RDC* 2005, p. 1186, obs. P. DEUMIER.

Cass. 1^{re} civ., 31 mai 2005, *D.* 2006, p. 1729, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2005, p. 465, note P. LAGARDE.

Cass. 1^{re} civ., 4 oct. 2005, *Keller*, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 413, note B. AUDIT ; *JDI* 2006, p. 169, note J.-M. JACQUET ; *Gaz. Pal.* 25 févr. 2006, p. 24, obs. M.-L. NIBOYET ; *RTD com.* 2006, p. 252, note Ph. DELEBECQUE ; *Proc.* 2006, comm. 79 par C. NOURISSAT.

Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 2006, *Wörther*, *Bull. civ.* 2006, I, n^o 522.

Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 2007, *Cornelissen*, *D.* 2007, p. 891, obs. P. CHAUVIN ; *ibid.* p. 1115, note L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 420, note B. ANCEL et H. MUIR WATT ; *JDI* 2007, p. 1195, note F.-X. TRAIN ; *Gaz. Pal.* 3 mai 2007, p. 2, note M.-L. NIBOYET ; *LPA* 27 avril 2007, p. 13, note J.-G. MAHINGA ; *Dr. fam.* 2007, comm. 97 par M. FARGE.

Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2008, *JCP G* 2008, II, 10092, note C. BOISMAIN ; *RDC* 2008, p. 900, note P. DEUMIER.

Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2008, *Monster Cable*, *D.* 2009, p. 200, note F. JAULT-SESEKE ; *JDI* 2009, p. 599, note M.-N. JOBARD-BACHELLIER et F.-X. TRAIN ; *JCP G* 2008, II, 10187, note L. D'AVOUT ; *Gaz. Pal.* 21 févr. 2009, p. 27, note Ph. GUEZ.

Cass. 1^{re} civ., 3 mars 2010, *D.* 2010, p. 709, obs. I. GALLMEISTER; *ibid.* 2011, p. 1374, obs. F. JAULT-SESEKE; *AJ fam.* 2010, p. 232, obs. A. BOICHÉ.

Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 2013, *Gazprombank*, *D.* 2013, p. 1503, note F. JAULT-SESEKE; *ibid.* p. 1574, obs. A. LEBORGNE; *ibid.* p. 1706, obs. P. CROCQ; *ibid.* p. 2293, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE; *JCP E* 2013, 1160, obs. D. AKCHOTI; *RTD com.* 2013, p. 389, obs. Ph. DELEBECQUE.

Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, *D.* 2015, p. 1481, note S. BOLLÉE; *ibid.* p. 1819, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON; *JCP G* 2015, 1614, note A. GOUTTENOIRE; *RTD civ.* 2015, p. 581, note J. HAUSER; *AJ fam.* 2015, p. 496, note F. CHÉNEDÉ; *Dr. fam.* 2015, comm. 145 par C. NEIRINCK.

Cass. 1^{re} civ., 5 juil. 2017, *D.* 2017, p. 1737, note H. FULCHIRON; *ibid.* p. 1727, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE; *ibid.* 2018, p. 528, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS; *ibid.* p. 641, obs. M. DOUCHY-LOUDOT; *ibid.* p. 765, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT; *ibid.* p. 966, obs. S. CLAVEL et F. JAULT-SESEKE; *Rev. crit. DIP* 2018, p. 143, note S. BOLLÉE; *JDI* 2017, comm. 14 par J. GUILLAUMÉ; *AJ fam.* 2017, p. 482, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2019, *D.* 2020, p. 426, note S. PARICARD; *ibid.* p. 506, obs. M. DOUCHY-LOUDOT; *JDI* 2020, comm. 9 par D. SINDRES; *RTD civ.* 2020, p. 81, note A.-M. LEROYER; *AJ fam.* 2020, p. 9, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE; *Dr. fam.* 2020, comm. 39 par J.-R. BINET.

Cass. 1^{re} civ., 4 mars 2020, *AJ fam.* 2020, p. 313, note A. Boiché; *Dr. fam.* 2020, comm. 97 par A. DEVERS.

Jurisprudence allemande

La convention de citation allemande a été majoritairement conservée.

Juridictions du fond

AG Köln, 6 nov. 2008, aff. 71 IN 487/08.

OLG Karlsruhe, 9 oct. 1992, aff. 15 U 67/92.

OLG Hamm, 18 sept. 1997, aff. 5 U 89/97.

OLG Brandenburg, 26 juil. 2007, aff. 12 W 17/07.

OLG Frankfurt-am-Main, 30 mars 2015, aff. 23 U 11/14.

LAG Düsseldorf/Köln, 16 mai 1972, aff. A Sa 126/72.

LAG Düsseldorf, 10 janv. 2017, aff. 3 Sa 736/15.

Juridictions suprêmes

BGH, 7 juil. 1960, aff. II ZR 209/58, MDR 1960, 907 = VersR 1960, 727 = DB 1960, 949.

BGH, 14 juin 1965, aff. GSZ 1/65, BGHZ 44, 46 = NJW 1965, 1665 = MDR 1965, 723.

BGH, 27 mars 1968, aff. VII ZR 10/66, BGHZ 50, 32 = NJW 1968, 1569 = MDR 1968, 659 = DB 1968, 794.

BGH, 1^{er} juil. 1970, aff. VIII ZR 24/69, BGHZ 54, 214 = NJW 1970, 1733 = MDR 1970, 920 = DB 1970, 1482.

BGH, 4 avril 1971, aff. IV ZR 97/70, NJW 1971, 2124 = MDR 1971, 914.

BGH, 6 nov. 1973, aff. VI ZR 199/71, NJW 1974, 1045 (Ls.) = NJW 1974, 410 = MDR 1974, 300 = VersR 1974, 197 = WM 1974, 182 = DB 1974, 427 = DB 1974, 428 = JR 1974, 149.

BGH 17 mars 1981, aff. VI ZR 286/78, BGHZ 80, 199 = NJW 1981, 1606 = MDR 1981, 744 = VersR 1981, 636 = WM 1981, 548 = JR 1981, 377.

BGH, 26 mai 1982, aff. IVb ZR 675/80, NJW 1982, 1940 = MDR 1982, 1002 = FamRZ 1982, 795.

BGH, 30 mai 1983, aff. II ZR 135/82, NJW 1983, 2772 = ZIP 1983, 1466 = MDR 1984, 121 = VersR 1983, 1077 = WM 1983, 1083.

BGH, 12 mars 1984, aff. II ZR 10/83, NJW 1984, 2037 = ZIP 1984, 1461 = MDR 1984, 1006.

BGH, 18 avril 1985, aff. VII ZR 359/83, BGHZ 94, 156 = NJW 1985, 2090 = MDR 1985, 835 = WM 1985, 790 = BauR 1985, 475.

BGH, 15 juin 1987, aff. II ZR 124/86, NJW 1987, 3193 = NJW-RR 1988, 173 (Ls.) = ZIP 1987, 1373 = MDR 1988, 121 = WM 1987, 1153.

BGH, 22 déc. 1987, aff. VI ZR 6/87, NJW-RR 1988, 534 = MDR 1988, 488 = VersR 1988, 466.

BGH, 12 oct. 1989, aff. VII ZR 339/88, BGHZ 109, 29 = NJW 1990, 317 = NJW-RR 1990, 312 (Ls.) = MDR 1990, 233 = EuZW 1990, 38 = EuZW 1991, 36 = WM 1989, 1936 = BB 1990, 658 = BB 1990, 661 = DB 1990, 828.

BGH, 7 avril 1993, aff. XII ZR 266/91, NJW 1993, 2305 = MDR 1993, 766 = FamRZ 1993, 1051 = WM 1993, 1600 = BB 1993, 585.

BGH, 20 avril 1993, aff. XI ZR 17/90, NJW 1993, 2683 = ZIP 1993, 1000 = MDR 1994, 1146 = WM 1993, 1109 = BB 1993, 670 = DB 1993, 2020.

BGH, 6 mars 1995, aff. II ZR 84/94, NJW 1995, 2097 = MDR 1995, 861 = MDR 1995, 862 = WM 1995, 1060 = BB 1995, 944.

BGH, 21 sept. 1995, aff. VII ZR 248/94, NJW 1996, 54 = NJW-RR 1996, 372 (Ls.) = MDR 1996, 105 = EuZW 1996, 160 = VersR 1996, 199 = WM 1995, 2113 = BB 1995, 1027.

BGH, 11 déc. 1996, aff. VIII ZR 154/95, BGHZ 134, 201 = NJW 1997, 870 = NJW-RR 1997, 636 (Ls.) = ZIP 1997, 519 = MDR 1997, 387 = NJ 1997, 223 = WM 1997, 985 = BB 1997, 421 = DB 1997, 572.

BGH, 13 déc. 2007, aff. IX ZB 238/06, LSK 2008, 40405 (Ls.) = IBRRS 2008, 4625 = EWIR 2008, 181.

BGH, 15 juil. 2008, aff. VI ZR 105/07, BGHZ 177, 237 = NJW 2009, 916 = MDR 2008, 1210 = NZV 2009, 134 (Ls.) = NZV 2009, 226 (Ls.) = NJ 2008, 512 = VersR 2008, 1358.

BGH, 5 sept. 2012, aff. VII ZR 25/12, BB 2012, 3103 = GWR 2012, 486.

BGH, 10 déc. 2014, aff. XII ZB 463/13, BGHZ 203, 350 = NJW 2015, 479 = MDR 2015, 93 = DNotZ 2015, 296 = FGPrax 2015, 69 (Ls.) = FamRZ 2015, 240 = Rpfleger 2015, 268 = JR 2016, 130.

BAG, 20 oct. 2015, aff. 9 AZR 525/14, NZA 2016, 254 = BB 2016, 308.

BGH, 5 sept. 2018, aff. XII ZB 224/17, NJW-RR 2018, 1473 = MDR 2018, 1316 = DNotZ 2019, 54 = FamRZ 2018, 1846 = JR 2019, 509.

BGH, 20 mars 2019, aff. XII ZB 530/17, BGHZ 221, 300 = NJW 2019, 1605 = MDR 2019, 610 = FamRZ 2019, 892 = JR 2020, 241.

Jurisprudence anglaise

La convention de citation anglaise a été conservée.

Dexia Crediop S. p. A. v Comune di Prato [2017] EWCA Civ 428.

Banco Santander Totta S.A. v Transport Companies [2017] W.L.R. 1323.

Jurisprudence européenne

Cour de justice de l'Union européenne

CJCE, 3 déc. 1974, *Van Binsbergen*, aff. C-33/74, *Rec.* 1299.

CJCE, 6 oct. 1976, *Tessili*, aff. C-12/76, *Rev. crit. DIP* 1977, p. 761, note P. GOTHOT et D. HOLLEAUX; *JDI* 1977, p. 702, obs. J.-M. BISCHOFF et A. HUET, *ibid.* p. 714, obs. A. HUET.

CJCE, 21 juin 1978, *Bertrand*, aff. C-150/77, *Rec.* I 1432.

CJCE, 22 nov. 1978, *Somafer*, aff. C-33/78, *D.* 1979 I.R. 458, obs. B. AUDIT; *JDI* 1979, p. 672, obs. A. HUET.

CJCE, 15 mai 1990, *Kongress Agentur Hagen*, aff. C-365/88, *Rev. crit. DIP* 1990, p. 568, obs. H. GAUDEMET-TALLON; *JDI* 1991, p. 498, obs. A. HUET; *Cah. dr. eur.* 1990, p. 701, obs. H. TAGARAS.

CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *D.* 1999, p. 550, note M. MENJUCQ; *JDI* 2000, p. 484, obs. M. LUBY; *JCP E* 1999, 1285, obs. Y. REINHARD; *RTD com.* 2000, p. 224, obs. G. JAZOTTES; *Rev. sociétés* 1999, p. 386, obs. G. PARLÉANI; *BJS* 1999, p. 705, note J.-Ph. DOM.

CJCE, 23 nov. 1999, *Arblade*, aff. C-369/96 et C-376/96, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 710, note M. FALLON; *JDI* 2000, p. 493, obs. M. LUBY.

CJCE, 13 juil. 2000, *Group Josi*, aff. C-412/98, *JDI* 2002, p. 623, note F. LECLERC; *RGDA* 2000, p. 931, note V. HEUZÉ; *ibid.* 2002, p. 937, note P. HEITZMANN et J. BARUN.

CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, aff. C-381/98, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 107, note L. IDOT ; *JDI* 2001, p. 511, note J.-M. JACQUET ; *JCP G* 2001, II, 1159, note L. BERNARDEAU ; *JCP E* 2001, 12, note J. RAYNARD ; *Europe* 2011, comm. 24 par L. IDOT ; *DMF* 2001, p. 491, note P. PESTEL-DEBORD.

CJCE, 6 juin 2002, *Italian Leather*, aff. C-80/00, *Rev. crit. DIP* 2002, p. 704, note H. MUIR WATT.

CJCE, 5 nov. 2002, *Überseering*, aff. C-208/00, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 508, note P. LAGARDE ; *JCP G* 2003, II, 10032, note M. MENJUCQ ; *Gaz. Pal.* 26 juin 2003, p. 27, obs. M.-L. NIBOYET ; *BJS* 2003, p. 452, note M. LUBY ; *Rev. sociétés* 2003, p. 315, note J.-Ph. DOM ; *Europe* 2003, comm. 19 par L. IDOT.

CJCE, 30 sept. 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01, *D.* 2004, p. 491, note É. PATAUT ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 151, note H. MUIR WATT ; *JDI* 2004, p. 284, note M. MENJUCQ ; *JCP G* 2004, II, 10002, note M. LUBY ; *JCP E* 2004, 252, note V. MAGNIER ; *Rev. sociétés* 2004, p. 135, note J.-Ph. DOM.

CJCE, 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, *D.* 2004, p. 1476, note M. AUDIT ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 184, note P. LAGARDE ; *JDI* 2004, p. 582, obs. M. LUBY ; *RTD civ.* 2004, p. 62, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.* 2004, p. 559, note A. ILIOPOULOU.

CJCE, 1^{er} mars 2005, *Owusu*, aff. C-281/02, *D.* 2006, p. 1259, obs. C. NOURISSAT ; *ibid.* p. 1495, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2005, p. 698, note C. CHALAS ; *JDI* 2005, p. 1177, note G. CUNIBERTI et M. WINKLER ; *Gaz. Pal.* 28 mai 2005, p. 31, note M.-L. NIBOYET ; *Procédures* 2006, comm. 74 par C. NOURISSAT ; *Europe* 2005, comm. 189 par L. IDOT ; *Cah. dr. eur.* 2006, p. 175, note G. P. ROMANO ; *ibid.* 2006, p. 507, note H. TAGARAS ; *Rev. aff. eur.* 2005, p. 307, note A. KOSTOVA-BOURGEX ; *RJ com.* 2005, p. 337, note A. RAYNOUARD ; *ibid.* 2006, p. 220, note M. NADAUD.

CJCE, 14 oct. 2008, *Grunkin-Paul*, aff. C-353/06, *D.* 2009, p. 845, note F. BOULANGER ; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 80, note P. LAGARDE ; *JDI* 2009, p. 577, note L. D'AVOUT ; *JCP G* 2009, II, 10071, note A. DEVERS ; *AJ fam.* 2008, p. 481, note A. BOICHÉ ; *Dr. fam.* 2009, comm. 50 par F. VIANGALLI ; *Europe* 2008, comm. 397 par F. KAUFF-GAZIN.

CJCE, 16 déc. 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, *D.* 2009, p. 465, note R. KOVAR ; *JCP G* 2009, II, 10027, note M. MENJUCQ ; *JCP E* 2009, 1208, note F. MÉLIN ; *Gaz. Pal.* 24 mars 2009, p. 12, note Th. MASTRULLO ; *Europe* 2009, comm. 82 par L. IDOT.

CJCE, 14 mai 2009, *Ilsinger*, aff. C-180/06, *D.* 2010, p. 1585, obs. F. JAULT-SESEKE ; *RTD com.* 2009, p. 825, note A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST ; *Europe* 2009, comm. 290 par L. IDOT ; *RLDA* 2009, n° 42, p. 63, note J.-S. QUEGUINER.

CJCE, 7 déc. 2010, *Pammer et Hotel Alpenhof*, aff. C-585/08 et C-144/09, *D.* 2011, p. 990, note M.-É. PANCAZI ; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 414, note O. CACHARD ; *JDI* 2011, p. 915, note V. PIRONON ; *JCP G* 2011, 129, note L. D'AVOUT ; *RDC* 2011, p. 511, note É. TREPPOZ et C. AUBERT DE VINCELLES ; *RJ com.* 2011, p. 274, obs. M.-É. ANCEL ; *Europe* 2011, comm. 96 par L. IDOT ; *RLDA* 2011, p. 57, note M. COMBET.

CJUE, 22 déc. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, *RTD civ.* 2011, p. 98, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.* 2011, p. 571 ; obs. É. PATAUT ; *Constitutions* 2011, p. 332, obs. A. LEVADE.

- CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn*, aff. C-391/09, *RTD civ.* 2011, p. 507, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.* 2011, p. 571, obs. É. PATAUT ; *ibid.* 2012, p. 405, obs. F. BENOÎT-ROHMER ; *AJ fam.* 2011, p. 332, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *Europe* 2011, comm. 238 par D. SIMON ; *Constitutions* 2011, p. 332, obs. A. LEVADE.
- CJUE, 25 oct. 2011, *eDate Advertising et Martinez*, aff. C-509/09 et C-161/10, *D.* 2012, p. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *ibid.*, p. 2331, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; *Rev. crit. DIP* 2012, p. 389, note H. MUIR WATT ; *JDI* 2012, p. 197, note G. GUIZIOU ; *JCP G* 2012, 28, note S. FRANCO ; *RTD eur.* 2011, p. 847, obs. É. TREPPOZ ; *RTD com.* 2012, p. 423, obs. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST ; *ibid.* p. 554, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *Europe* 2011, comm. 499 par L. IDOT.
- CJUE, 17 nov. 2011, *Hypoteční banka*, aff. C-327/10, *D.* 2012, p. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2012, p. 411, note M. REQUEJO et G. CUNIBERTI ; *Europe* 2012, comm. 53 par L. IDOT.
- CJUE, 12 juil. 2012, *VALE Építési*, aff. C-378/10, *D.* 2012, p. 2332, note L. D'AVOUT ; *ibid.* p. 3009, note P.-H. CONAC ; *JCP G* 2012, 1089, note M. MENJUCQ ; *JCP E* 2012, 1547, note Th. Mastrullo ; *Europe* 2012, comm. 386 par L. IDOT ; *Rev. sociétés* 2012, p. 645, note G. PARLEANI ; *RLDA* 2012, n° 76, p. 10, note C. CATHIARD et D. PORACCHIA ; *Dr. sociétés* 2012, étude 18 par T. ALLAIN ; *Rev. aff. eur.* 2012, p. 653, note M. HO-DAC.
- CJUE, 19 juil. 2012, *Mahamdia*, aff. C-154/11, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 223, note É. PATAUT ; *JDI* 2013, p. 494, note F. DOPAGNE ; *JCP S* 2012, 1491, note J.-Ph. TRICOIT ; *Europe* 2012, comm. 10 par L. IDOT ; *Procédures* 2012, comm. 282 par C. NOURISSAT.
- CJUE, 14 nov. 2013, *Maletic*, aff. C-478/12, *D.* 2014, p. 1068, obs. F. JAULT-SESEKE ; *Europe* 2014, comm. 49 par L. IDOT ; *Procédures* 2014, comm. 8 par C. NOURISSAT.
- CJUE, 19 déc. 2013, *Corman-Collins*, aff. C-9/12, *D.* 2014, p. 1068, obs. F. JAULT-SESEKE ; *JCP G* 2014, 180, obs. P. BERLIOZ ; *Europe* 2014, comm. 109 par L. IDOT.
- CJUE, 16 janv. 2014, *Schmid*, aff. C-328/12, *D.* 2014, p. 915, note F. JAULT-SESEKE et D. ROBINE ; *ibid.* p. 1708, note R. DAMMANN et V. BLEICHER ; *Rev. crit. DIP* 2014, p. 670, note D. BUREAU ; *JCP G* 2014, 264, note F. MÉLIN ; *Gaz. Pal.* 1^{er} juil. 2014, p. 19, note L.-C. HENRY ; *Europe* 2014, comm. 143 par L. IDOT ; *BJE* 2014, p. 273, note P. NABET ; *RJ com.* 2014, p. 204, note J.-P. SORTAIS ; *Rev. proc. coll.* 2014, étude 16 par J.-L. VALLENS ; *ibid.* 2015, comm. 141 par M. MENJUCQ.
- CJUE, 28 janv. 2015, *Kolassa*, aff. C-375/13, *D.* 2015, p. 770, note L. D'AVOUT ; *Gaz. Pal.* 15 mars 2015, p. 37, note J. MOREL-MAROGER ; *Europe* 2015, comm. 133 par L. IDOT ; *Procédures* 2015, comm. 79 par C. NOURISSAT.
- CJUE 10 déc. 2015, *Kornhaas*, aff. C-594/14, *JCP G* 2016, 241, obs. M. MENJUCQ ; *JCP G* 2016, 304, note L. D'AVOUT ; *Rev. sociétés* 2016, p. 311, note G. PARLÉANI ; *Europe* 2016, comm. 84 par L. IDOT ; *Rev. proc. coll.* 2016, comm. 171 par Th. MASTRULLO.
- CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, aff. C-438/14, *Rev. crit. DIP* 2017, p. 278, note L. RASS-MASSON ; *RTD civ.* 2016, p. 820, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.* 2016, p. 648, obs. É. PATAUT ; *Europe* 2016, comm. 261 par D. SIMON ; *JDE* 2016, p. 317, obs. É. CUSAS.

CJUE, 18 oct. 2016, *Nikiforidis*, aff. C-135/15, *D.* 2017, p. 1011, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE; *ibid.* p. 2054, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE; *Rev. crit. DIP* 2017, p. 238, note D. BUREAU et H. MUIR WATT; *JDI* 2017, p. 1483, obs. P. KINSCH; *Dr. soc.* 2017, p. 196, note L. PAILLER.

CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, aff. C-541/15, *D.* 2018, p. 966, obs. S. CLAVEL et F. JAULT-SESEKE; *Rev. crit. DIP* 2017, p. 549, note P. HAMMJE; *RTD eur.* 2017, p. 589, obs. É. PATAUT; *Europe* 2017, comm. 18 par D. SIMON.

CJUE, 8 juin 2017, *Vinyls Italia*, aff. C-54/16, *D.* 2017, p. 2073, note R. DAMMANN et A. HUCHOT; *Rev. crit. DIP* 2017, p. 594, note F. JAULT-SESEKE; *JCP G* 2017, 947, note L. D'AVOUT; *Gaz. Pal.* 9 oct. 2018, p. 62, note G.-C. GIORGINI; *RDC* 2017, p. 59, note M. LAZOUZI; *Europe* 2017, comm. 337 par L. IDOT; *Procédures* 2017, comm. 194 par C. NOURISSAT; *Rev. proc. coll* 2018, comm. 106 par Th. MASTRULLO; *ibid.* 2019, comm. 16 par G. BLANC.

CJUE 25, oct. 2017, *Polbud*, aff. C-106/16, *D.* 2017, p. 2512, note L. D'AVOUT; *JCP G* 2017, 1352, note M. COMBET; *JCP E* 2018, 1014, note M. MENJUCQ; *Rev. sociétés* 2018, p. 47, note G. PARLÉANI; *BJS* 2018, p. 19, note Th. MASTRULLO.

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 28 juin 2007, *Wagner*, aff. 76240/01, *D.* 2007, p. 2700, note F. MARCHADIER; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 807, note P. KINSCH; *JDI* 2008, p. 183, note L. D'AVOUT; *Gaz. Pal.* 22 mars 2008, p. 31, note M.-L. NIBOYET; *RTD civ.* 2007, p. 738, obs. J.-P. MARGUÉNAUD; *AJDA* 2007, p. 1920, obs. J.-F. FLAUSS.

CEDH, 9 mars 2010, *Ammdjadi*, aff. 51625/08.

CEDH, 3 mai 2011, *Négrépontis*, aff. 56759/08, *D.* 2012, p. 1228, note H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 817, note P. KINSCH; *JDI* 2012, p. 213, note A. DIONISI-PEYRUSSE; *JCP G* 2011, 839, obs. A. GOUTTENOIRE.

CEDH, 4 oct. 2012, *Harroudj*, aff. 43631/09, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 146, note S. CORNELOUP; *JCP G* 2012, 1145, note G. GONZALEZ; *ibid.* 2013, 64, obs. F. SUDRE; *RTD civ.* 2013, p. 105, obs. J. HAUSER; *AJ fam.* 2012, p. 546, obs. A. BOICHÉ; *Dr. fam.* 2012, comm. 187 par M. FARGE; *Procédures* 2012, comm. 327 par N. FRICERO.

CEDH, 26 juin 2014, *Menesson*, aff. 65192/11 et *Labassée*, aff. 65941/11, *D.* 2014, p. 1787, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE; *ibid.* p. 1797, note F. CHÉNÉDÉ; *ibid.* p. 1806, note L. D'AVOUT; *ibid.* 2015, p. 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS; *ibid.* p. 755, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT; *ibid.* p. 1007, obs. REGINE, *ibid.* p. 1056, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE; *Rev. crit. DIP* 2015, p. 1, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON; *RTD civ.* 2014, p. 616, obs. J. HAUSER; *ibid.* p. 835, obs. J.-P. MARGUÉNAUD; *AJ fam.* 2014, p. 396, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE; *ibid.* p. 499, obs. B. HAFTTEL.

Index

- accord procédural, 119, 406
- adaptation
 - compétence internationale, 67, 211
 - compétence territoriale, 72
 - droit matériel, 79, 227
 - prise en compte de l'internationalité en tant que fait, 83, 231
 - technique de l'adaptation, 82, 230
 - Zwei-Stufen-Theorie, 66
- adoption, 40, 41
- affacturage, 40, 452
- aide judiciaire, 44, 81, 155, 457
- arbitrage, 96, 417

- compétence de l'Union européenne, 275, 291
- compétence exclusive ou impérative, 62
- compétence exorbitante, 171, 236, 273
- condition d'internationalité, 313
- confiance mutuelle, 171, 278
- conflit mobile, 355, 389
- contrat international, 29, 49, 80, 206, 228, 412, 440
- contrat transnational, 304
- contrôle de la compétence indirecte, 351
- convention attributive de juridiction
 - adéquation, 238
 - approche fonctionnelle, 432
 - général, 87, 327, 382, 392, 403
 - neutralité, 237
 - prévisibilité, 234
 - règlement Bruxelles I bis, 87, 138, 433
 - situation interne, 138, 232, 295
- convention de choix de loi applicable
 - adéquation, 238
 - approche fonctionnelle, 439
 - général, 90, 328, 382, 396, 403
 - neutralité, 237
 - prévisibilité, 233
 - règlement Rome I, 136, 243, 329, 396
 - règlement Rome II, 136, 396, 442
 - situation interne, 135, 232, 293
- coopération judiciaire, 173
- crédit-bail, 40, 455

- documents publics, 165, 271, 285
- droit au respect de la vie privée et familiale, 147, 362
- droit européen des contrats, 288
- droit international privé, 2
- droit non-étatique, 94, 95, 97
- droits fondamentaux, 143, 147, 362

- élément d'extranéité
 - généralités, 20
 - objectivité, 25, 38
 - pertinence, 22, 39, 425, 444
- enlèvement d'enfants, 40
- espace judiciaire européen, 276
- espaces sans souveraineté, 177, 298
- exception d'ordre public international
 - effet atténué, 353
 - général, 64, 352
- forme des actes juridiques, 221
- fraude au jugement, 347
- fraude à la loi
 - général, 346, 357
 - équivalents fonctionnels, 351
- gestation pour autrui, 141, 354, 359, 366, 369

groupes internationaux de sociétés, 304

impérativité de la règle de compétence internationale, 115, 406

impérativité de la règle de conflit de lois, 117, 406

injonction de payer, 44, 155, 164, 272, 462

insolvabilité, 161, 337, 355

internationalisation de complaisance, 140, 344

internationalité simulée, 344

internet, 178, 299

libertés de circulation européennes, 143, 145, 147, 168, 272, 286, 362, 367

libre circulation des jugements, 145, 174, 271, 285

litige transfrontalier, 44

litispendance et connexité, 172, 286, 315

lois de police

- européennes, 145, 167, 274, 284
- général, 64, 325, 354

mobilité internationale, 359

mondialisation, 5, 176

méthode de la reconnaissance, 143, 147, 272, 286

noms de famille, 168, 367

notion

- approche fonctionnelle, 411
- approche juridique, 19
- approche mixte, 34
- approche économique, 28, 412
- droit conventionnel, 36
- droit européen, 43
- définition négative, 36
- définition positive, 37
- internationalité absolue, 111, 421
- internationalité relative, 111, 421
- langage courant, 1
- objet, 106, 379

obligations alimentaires, 162

obtention des preuves, 173, 229, 286, 317

option de législation, 92, 325, 431

partenariats enregistrés, 162

petits litiges, 44, 155, 164, 272

principe d'égalité, 213

reconnaissance et exécution des jugements, 315

relativité spatiale, 111

relativité temporelle

- apparition de l'internationalité, 385
- disparition de l'internationalité, 400
- général, 113, 235, 385

renvoi juridictionnel, 173, 286

règle de compétence internationale, 322, 426

règle de conflit de lois

- approche fonctionnelle, 430
- coloration matérielle, 75, 219, 221
- général, 213, 318

règlement Bruxelles I bis

- champ d'application, 155, 157, 333, 342

règlement Rome I

- champ d'application, 45

règlement Rome II

- champ d'application, 45

règlement Rome III

- champ d'application, 48

règles matérielles

- approche fonctionnelle, 450
- commerce international, 227, 413
- général, 79, 227, 316, 330

règles procédurales, 81, 229, 272, 316, 457

régimes matrimoniaux, 162

régionalisation européenne, 7

répudiation, 354

saisie conservatoire des comptes bancaires, 45, 155, 164, 273, 465

signification et notification des actes, 81, 173, 229, 316

situation comportant un conflit de lois, 45
situations anationales, 6
situations européennes
 définition allégée, 157
 définition modérée, 155
 définition stricte, 154
 régime, 144, 164, 269
situations transnationales, 6, 185, 297
sociétés boîte aux lettres, 141, 364, 368,
 370
statut procédural
 général, 115, 406
 internationalité hors du débat, 127
 internationalité invoquée, 121
 internationalité non invoquée, 123
successions, 162

théorie de la réduction, 155
titre exécutoire européen, 174
transport, 42

vente commerciale, 37, 41, 108, 451

Table des matières

Avertissement	I
Remerciements	III
Sommaire	V
Table des abréviations	VII
Introduction	1
Partie I La conception classique de l'internationalité.....	11
Titre I La présentation de la conception classique de l'internationalité....	15
Chapitre I La notion d'internationalité.....	19
<i>Section I. Les modèles d'approche de la notion d'internationalité.....</i>	19
§ 1. L'approche juridique, approche principale de l'internationalité	19
A. La présence de liens de rattachement avec plusieurs ordres juridiques étatiques	20
B. Les caractères de l'élément d'extranéité	22
1. La pertinence de l'élément d'extranéité	22
2. L'objectivité de l'élément d'extranéité	25
§ 2. Les alternatives à l'approche juridique de l'internationalité	28
A. L'approche économique de l'internationalité	28
1. La présentation de l'approche économique	29
2. La comparaison des approches juridique et économique	31
B. L'approche mixte de l'internationalité	34
<i>Section II. Les définitions concrètes de la notion d'internationalité</i>	36
§ 1. La notion d'internationalité en droit conventionnel	36
A. Les techniques de définition de l'internationalité	36
1. La définition négative de l'internationalité.....	36
2. La définition positive de l'internationalité	37
B. Les points communs des définitions conventionnelles	38
1. L'exclusion d'une internationalité subjective	38
2. L'exigence d'une internationalité qualifiée	39
a. La prédominance du critère de l'établissement ou de la résidence habituelle des parties	39

i.	L'emploi exclusif du critère de l'établissement ou de la résidence habituelle des parties	39
ii.	L'emploi combiné du critère de l'établissement ou de la résidence habituelle des parties	41
b.	L'emploi d'autres éléments d'extranéité.....	42
§ 2.	Les notions propres au droit européen	43
A.	La notion de « litige transfrontalier ».....	44
B.	La notion de « situation comportant [ou impliquant] un conflit de lois »	45
§ 3.	La réflexion doctrinale sur la notion de contrat international.....	49
A.	L'identification des éléments d'extranéité pertinents.....	50
B.	La remise en cause de certains éléments d'extranéité	53
<i>Conclusion du chapitre I</i>		55
Chapitre II Le traitement de l'internationalité		57
<i>Section I. Le traitement identique de l'interne et de l'international</i>		57
§ 1.	Le fonctionnement de la règle de conflit.....	58
A.	La nationalisation de l'internationalité	58
B.	L'effacement de l'internationalité au profit de l'extranéité	60
§ 2.	La protection des intérêts de l'ordre juridique interne	61
A.	La compétence exclusive ou impérative des tribunaux internes	62
B.	Les lois de police internes et l'exception d'ordre public international	64
<i>Section II. Le traitement spécifique de l'international</i>		66
§ 1.	L'adaptation du droit matériel interne.....	66
A.	L'adaptation conflictuelle à l'internationalité.....	66
1.	Les règles de compétence juridictionnelle	67
a.	Les techniques d'adaptation de la règle de compétence	67
i.	L'extension ou la restriction de la règle de compétence	68
ii.	La création d'une nouvelle règle de compétence.....	69
b.	Les justifications de l'adaptation de la règle de compétence	72
2.	Les règles de conflit de lois à coloration matérielle	75
B.	L'adaptation matérielle à l'internationalité	79
1.	Les règles matérielles	79
2.	Les autres techniques d'adaptation matérielle	82
§ 2.	La soumission à un ordre juridique étranger.....	84
A.	Le résultat de la mise en œuvre de la règle de conflit	84
B.	Le jeu de la volonté des parties.....	86
1.	La soumission à une juridiction étrangère.....	87
2.	La soumission à une loi étrangère	90
§ 3.	Le dépassement de tout cadre étatique	93

A. Devant les juridictions étatiques.....	94
B. Devant les juridictions arbitrales	96
<i>Conclusion du chapitre II</i>	99
Titre II La remise en cause partielle de la conception classique de l'internationalité.....	101
Chapitre I Le brouillage de la distinction entre l'interne et l'international. 105	
<i>Section I. Les facteurs classiques de brouillage</i>	105
§ 1. L'appréhension de la notion d'internationalité	106
A. Le caractère pluriel de l'internationalité	106
1. La pluralité d'objets	106
2. La pluralité de définitions.....	108
a. Au sein d'un même ordre juridique.....	108
b. Dans les relations entre ordres juridiques différents	109
B. Le caractère relatif de l'internationalité	111
1. La relativité spatiale	111
2. La relativité temporelle	113
§ 2. Le statut procédural de l'internationalité	115
A. L'absence d'application de la règle de droit international privé	115
1. L'impérativité de la règle de droit international privé pour le juge	115
a. La règle de compétence internationale	115
b. La règle de conflit de lois	117
2. L'accord procédural des parties.....	119
B. L'absence de prise en compte de l'élément d'extranéité	121
1. L'internationalité invoquée	121
2. L'internationalité dans le débat mais non invoquée.....	123
a. En matière de compétence internationale	124
b. En matière de conflit de lois	125
3. L'internationalité hors du débat.....	127
<i>Section II. Les facteurs modernes de brouillage</i>	131
§ 1. L'assimilation de l'interne à l'international.....	132
A. L'extension du régime réservé aux situations internationales.....	132
1. L'extension du traitement matériel de l'internationalité.....	132
2. L'ouverture des prérogatives réservées aux situations internationales.....	135
a. Le choix de la loi applicable dans les situations internes	135
b. Le choix du juge compétent dans les situations internes	138
B. L'internationalisation de complaisance des situations internes	140
§ 2. L'assimilation de l'international à l'interne.....	144

A.	L'assimilation des situations européennes aux situations internes	144
B.	L'incidence des droits fondamentaux et des libertés de circulation.....	147
	<i>Conclusion du chapitre I</i>	151
	Chapitre II L'apparition de nouvelles formes d'internationalité	153
	<i>Section I. L'incidence de la régionalisation européenne</i>	153
§ 1.	La notion de situation européenne	153
A.	Définition stricte : le rattachement exclusif aux États membres	154
B.	Définition modérée : le rattachement à au moins deux États membres.....	155
C.	Définition allégée : le rattachement à au moins un État membre	157
§ 2.	Le traitement des situations européennes	164
A.	En matière de loi applicable	164
1.	L'instauration d'un régime matériel spécifique	164
2.	L'application impérative du droit dérivé de l'Union.....	167
3.	Les libertés de circulation européennes	168
B.	En matière de conflit de juridictions	171
1.	La compétence juridictionnelle et les conflits de procédures	171
2.	La coopération judiciaire entre États membres	173
3.	La libre circulation des jugements	174
	<i>Section II. L'incidence de la mondialisation</i>	176
§ 1.	Les difficultés de localisation de l'élément d'extranéité	177
A.	Les cas classiques	177
B.	Le cas particulier de l'internet	178
1.	L'incidence sur la notion d'internationalité	179
2.	L'incidence sur le traitement de l'internationalité	181
§ 2.	La perte de pertinence de l'élément d'extranéité	184
A.	L'émergence d'un espace économique mondial	185
1.	L'incidence sur la notion d'internationalité	185
2.	L'incidence sur le traitement de l'internationalité	187
B.	La délocalisation de la vie personnelle et familiale	188
	<i>Conclusion du chapitre II</i>	191
	Partie II La conception repensée de l'internationalité	193
	Titre I L'examen renouvelé du traitement de l'internationalité	197
	Chapitre I La redéfinition de la distinction entre l'interne et l'international	201
	<i>Section I. Le traitement propre aux situations internationales</i>	202
§ 1.	La nature des situations internes et internationales.....	203

A.	La variabilité de la nature des situations internationales	203
B.	Les spécificités de l'internationalité	205
1.	Le cas particulier des contrats internationaux	206
2.	Le cas général des situations internationales	208
C.	Proposition de synthèse	209
§ 2.	La légitimité de la différence de traitement entre situations internes et internationales	210
A.	L'adaptation de la règle de compétence juridictionnelle	211
B.	L'application de la règle de conflit de lois	213
1.	La soumission à un droit étranger	213
a.	La conformité de principe au principe d'égalité	213
b.	La réserve de la pertinence du facteur de rattachement	217
2.	La poursuite d'objectifs matériels	219
a.	La prise en charge exclusive des spécificités de l'internationalité	221
b.	La poursuite exclusive d'un objectif de politique législative	224
C.	L'adaptation du droit matériel interne	227
<i>Section II. Le choix du juge compétent et de la loi applicable dans les situations internes</i> 232		
§ 1.	Les justifications de la reconnaissance d'une faculté de choix	232
A.	L'extension des justifications propres aux situations internationales	233
1.	L'argument de la prévisibilité	233
a.	Présentation de l'argument	233
b.	Confrontation de l'argument aux besoins des situations internes	235
2.	L'argument de la neutralité	237
3.	L'argument de l'adéquation	238
B.	L'existence de justifications propres aux situations internes	240
§ 2.	Les modalités de reconnaissance d'une faculté de choix	242
A.	L'application des règlements Rome I et Rome II	243
1.	La valeur du choix de la loi applicable dans les situations internes	243
2.	L'apport des règlements Rome I et Rome II	247
B.	L'élargissement de l'acceptation de la notion d'internationalité	249
C.	L'adaptation du moment d'appréciation de l'internationalité	252
D.	La condition de l'intérêt légitime au choix du juge compétent ou de la loi applicable	254
1.	La caractérisation de l'intérêt des parties	254
2.	La caractérisation de la légitimité de l'intérêt des parties	255
a.	L'ouverture du choix de la loi applicable aux situations internes	255
i.	Arguments défavorables	255
ii.	Arguments favorables	257
iii.	Confrontation des arguments	258
b.	L'ouverture du choix du juge compétent aux situations internes	260
i.	Arguments défavorables	260
ii.	Arguments favorables	262

iii. Confrontation des arguments	264
<i>Conclusion du chapitre I</i>	267
Chapitre II Le traitement des formes particulières d'internationalité	269
<i>Section I. Le traitement des situations européennes</i>	269
§ 1. La distinction de l'europpéen et de l'international	270
A. Les finalités du régime propre aux situations européennes	270
1. La prise en charge des spécificités de l'internationalité	271
a. La reconnaissance des jugements, documents publics et situations juridiques .	271
b. La prise en charge des difficultés procédurales	272
2. La seule poursuite d'une politique européenne	273
B. Les justifications du cantonnement du régime spécifique de droit européen aux situations européennes	275
1. La compétence de l'Union européenne.....	275
2. Le mandat politique de l'Union européenne	276
3. La nature particulière des rapports entre États membres	278
C. L'opportunité du cantonnement du régime spécifique de droit européen aux situations européennes	279
1. La prise en charge des spécificités de l'internationalité	280
2. La poursuite exclusive d'une politique européenne	281
§ 2. La distinction de l'europpéen et de l'interne	282
A. L'assimilation de l'europpéen à l'interne	283
1. La protection de l'application du droit européen	283
2. La coopération entre États membres	285
B. L'assimilation de l'interne à l'europpéen.....	287
1. L'alignement du régime des situations européennes et internes.....	288
2. Le cas particulier du choix du juge compétent et de la loi applicable	293
a. Le choix de la loi applicable	293
b. Le choix du juge compétent.....	295
<i>Section II. Le traitement des situations transnationales</i>	297
§ 1. L'adaptation des règles de droit international privé	297
A. Les espaces sans souveraineté	298
B. L'internet	299
C. Les contrats et groupes de sociétés transnationaux	304
§ 2. Le renouvellement des méthodes du droit international privé	306
<i>Conclusion du chapitre II</i>	311
Chapitre III La protection de la distinction entre l'interne et l'international. 313	

<i>Section I. L'exigence d'une condition d'internationalité</i>	313
§ 1. La prise en compte du type de règle de droit international privé	314
A. L'inutilité d'une condition autonome d'internationalité	314
1. La formulation de la règle de droit international privé	314
a. Les règles de litispendance et connexité internationales et de reconnaissance et exécution des jugements étrangers	315
b. Les règles matérielles de fond et de procédure	316
2. Le fonctionnement de la règle de droit international privé	318
a. La règle de conflit de lois	318
i. Le débat théorique sur l'existence d'une condition d'internationalité	318
ii. L'inutilité pratique d'une condition d'internationalité	321
b. La règle de compétence juridictionnelle	322
c. Les autres méthodes de droit international privé	325
B. La nécessité d'une condition autonome d'internationalité	326
1. Les règles fondées sur l'autonomie de la volonté	326
a. Les conventions attributives de juridiction	327
b. Les conventions de choix de loi applicable	328
2. Les règles matérielles	330
§ 2. Le cas particulier des instruments supranationaux de droit international privé	331
A. La soumission de l'instrument à une condition d'internationalité	331
1. L'existence d'une condition textuelle d'internationalité	331
2. L'absence de condition textuelle d'internationalité	333
a. Le règlement Bruxelles I bis	333
i. L'absence de condition d'internationalité	334
ii. L'existence d'une condition d'internationalité	335
b. Le règlement <i>insolvabilité</i> refondu	337
B. Les modalités de vérification de la condition d'internationalité	341
1. Directives générales	341
2. L'exemple du règlement Bruxelles I bis	342
 <i>Section II. La gestion de l'internationalisation de complaisance</i>	 344
§ 1. Les outils de lutte offerts par le droit international privé	344
A. La simulation de l'internationalité	344
B. La création objective de l'internationalité	345
1. La fraude	345
2. Les équivalents fonctionnels à la fraude	351
a. Le contrôle de la compétence indirecte	351
b. L'exception d'ordre public international	352
c. Les lois de police	354
d. Les règles de conflit mobile	355
e. L'application du droit interne	356

§ 2. Les obstacles à l'emploi des outils de lutte du droit international privé.....	357
A. L'évolution de la fraude par internationalisation de complaisance	357
B. L'encouragement à la mobilité internationale	359
C. La jurisprudence des cours suprêmes européennes.....	361
1. La présentation de l'obstacle.....	362
2. Le contournement de l'obstacle	365
a. Les exceptions à la reconnaissance	365
b. L'application du droit interne	369
<i>Conclusion du chapitre III</i>	373
Titre II La concrétisation de la notion d'internationalité.....	375
Chapitre I La résolution des problèmes d'appréhension de l'internationalité	379
<i>Section I. L'objet de l'internationalité</i>	379
§ 1. Conflit de lois et conflit de juridictions	379
§ 2. Conventions de choix du juge compétent et de la loi applicable	382
<i>Section II. Le moment d'appréciation de l'internationalité</i>	385
§ 1. L'apparition postérieure de l'internationalité	385
A. La mesure des risques liés à l'internationalisation	385
1. Le moment d'appréciation du chef de compétence	386
2. Le moment d'appréciation du facteur de rattachement	388
B. La prise en charge des risques liés à l'internationalisation.....	391
1. L'anticipation par une convention attributive de juridiction	392
2. L'anticipation par une convention de choix de loi applicable	396
a. Dans le cadre des règlements Rome I et Rome II	396
b. En dehors des règlements Rome I et Rome II.....	397
§ 2. La disparition postérieure de l'internationalité	400
A. En l'absence de choix du juge compétent ou de la loi applicable.....	401
1. Le moment d'appréciation du chef de compétence	401
2. Le moment d'appréciation du facteur de rattachement	402
B. En cas de choix du juge compétent ou de la loi applicable	403
<i>Section III. Le statut procédural de l'internationalité</i>	406
<i>Conclusion du chapitre I</i>	409
Chapitre II L'approche fonctionnelle de la notion d'internationalité	411
<i>Section I. La fonction du critère économique de l'internationalité</i>	412
§ 1. En droit international privé commun.....	412
A. En matière de conflit de lois	413

B.	En matière de conflit de juridictions	417
§ 2.	En droit international privé européen et conventionnel	419
<i>Section II. La concrétisation du critère juridique de l'internationalité</i>		421
§ 1.	L'exploitation des degrés d'internationalité	421
A.	La distinction entre internationalité absolue et relative	421
B.	La prise en compte de degrés d'internationalité supplémentaires	423
§ 2.	L'identification des éléments d'extranéité	425
A.	L'exigence d'éléments d'extranéité pertinents mais quelconques	426
1.	Les règles de droit international privé concernées	426
a.	La règle de compétence internationale directe	426
b.	La règle de conflit de lois	430
c.	L'option de législation.....	431
d.	Le choix illimité du juge compétent	432
i.	L'approche fonctionnelle propre à la convention de Bruxelles	433
ii.	L'approche fonctionnelle retenue	436
e.	Le choix illimité de la loi applicable.....	439
i.	La matière contractuelle	440
ii.	La matière délictuelle	442
2.	L'appréciation de la pertinence des éléments d'extranéité	444
a.	La nature intrinsèque de l'élément d'extranéité	445
b.	Le type de situation concernée	445
c.	L'utilisation de l'élément d'extranéité par le droit international privé	446
d.	Le cumul de plusieurs éléments d'extranéité	448
e.	Le type de règle de droit international privé appliquée	449
B.	L'exigence d'éléments d'extranéité particuliers	450
1.	La matière contractuelle.....	450
a.	La vente internationale	451
b.	L'affacturage international	452
c.	Le crédit-bail international	455
2.	La matière procédurale	457
a.	L'internationalité en matière d'aide judiciaire	457
b.	L'internationalité en matière de petits litiges	459
c.	L'internationalité en matière d'injonction de payer	462
d.	L'internationalité en matière de saisie des comptes bancaires.....	465
<i>Conclusion du chapitre II</i>		469
Conclusion générale		471
Résumé en langue allemande		473
Einleitung		475

Kapitel I. Der Begriff der Internationalität	477
Kapitel II. Die Behandlung der Internationalität	485
Kapitel III. Die Verwischung der Unterscheidung zwischen inländischen und internationalen Sachverhalten.....	494
Kapitel IV. Die Erscheinung neuer Internationalitätsformen	505
Kapitel V. Die Neubestimmung der Grenze zwischen inländischen und internationalen Sachverhalten	514
Kapitel VI. Die Regelung besonderer Formen der Internationalität	526
Kapitel VII. Der Schutz der Grenze zwischen inländischen und internationalen Sachverhalten	535
Kapitel VIII. Die Lösung der Probleme der Erfassung des Begriffs der Internationalität ...	548
Kapitel IX. Die funktionale Definition der Internationalität	554
Schlussfolgerung	567
Bibliographie	569
Ouvrages généraux	569
Ouvrages spéciaux, monographies, thèses, cours	571
Commentaires, encyclopédies	578
Ouvrages collectifs, mélanges, colloques	585
Articles de revue.....	593
Notes de jurisprudence et chroniques	599
Rapports explicatifs, documents législatifs	602
Table de jurisprudence	605
Index	615
Table des matières.....	619

Titre : L'internationalité en droit international privé

Mots clés : internationalité, droit international privé, conflit de lois, conflit de juridictions, élément d'extranéité

Résumé : L'internationalité est une notion centrale du droit international privé, que celui-ci n'est pourtant jamais parvenu à définir précisément. La construction européenne et la déspatialisation induite par la mondialisation en ont compliqué encore davantage l'appréhension, en introduisant une différenciation entre les situations européennes et les situations purement internationales et en remettant partiellement en cause la localisation étatique de certaines situations juridiques, qualifiables de transnationales voire d'anationales. Les difficultés de définition qui ont toujours affecté la notion d'internationalité gagnent en outre aujourd'hui en visibilité et en importance en raison de l'accroissement du nombre de situations internationales. Dans ce contexte, sont premièrement proposées certaines solutions aux problèmes d'appréhension les plus courants de l'internationalité, ainsi que l'adoption d'une approche fonctionnelle de la notion, qui permet d'en définir les contours avec une précision

satisfaisante. Partant ensuite du constat que l'existence de l'internationalité déclenche l'application des règles de droit international privé, qui conduisent à un régime juridique souvent différent et plus favorable que celui qui est réservé aux situations internes par le droit interne, il est démontré que cette différence de traitement résultant de l'internationalité n'est pas toujours justifiée, en ce qu'elle n'est pas toujours commandée par la prise en charge de besoins propres à l'internationalité. S'agissant de l'influence de la régionalisation européenne et de la déspatialisation sur le régime des situations internationales, est enfin partiellement remise en cause l'opportunité de l'instauration par le droit de l'Union européenne d'un régime juridique différent pour les situations européennes et les situations purement internationales, d'une part, et conclu à l'adéquation des méthodes actuelles de droit international privé pour réglementer les situations transnationales, d'autre part.

Title : Internationality in Private International Law

Keywords : internationality, private international law, conflict of laws, international jurisdiction, foreign element

Abstract : Internationality is a central concept of private international law, which has however never been clearly defined. The construction of Europe and the despatialization brought about by globalization have made it even more difficult to grasp by introducing a differentiation between European and truly international situations and by partially calling into question the spatial localization of certain legal situations, qualified as transnational or even anational. The definitional difficulties that have always affected the notion of internationality are also gaining in visibility and importance as a result of the increase in the number of international situations. In this context, we first propose certain solutions to the most common problems of apprehension of internationality, as well as the adoption of a functional approach to the concept, which makes it possible to define its contours with satisfactory precision. Secondly, starting from the observation that the existence of internationality triggers

the application of the rules of private international law, which lead to a legal regime that is often different and more favorable than that reserved for internal situations by domestic law, it is shown that this difference in treatment resulting from internationality is not always justified, in that it is not driven by the needs specific to internationality. Similarly, the appropriateness of establishing a legal regime specific to European situations as compared with truly international situations is partly questioned. With regard to the influence of European regionalization and despatialization on the regime of international situations, we finally partially question the appropriateness of the establishment by EU-law of a different legal regime for European situations and truly international situations, on the one hand, and conclude that the current methods of private international law are adequate to regulate transnational situations, on the other hand.