



# Livres

SOUS LA DIRECTION DE **Toni Marzal**

DANS **REVUE CRITIQUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ 2018/4 N° 4**, PAGES 1013 À 1085  
ÉDITIONS **DALLOZ**

ISSN 0035-0958

ISBN 9782995418046

DOI 10.3917/rcdip.184.1013

Date de mise en ligne : 07/06/2020

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-critique-de-droit-international-prive-2018-4-page-1013?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...  
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



**Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.**

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur [cairn.info/copyright](https://cairn.info/copyright).

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

## Livres

Sous la direction de  
**Toni Marzal**

Lecturer à l'Université de Glasgow

Dans l'esprit de la nouvelle rubrique bibliographique, les publications récentes faisant l'objet d'une recension contiennent une grande variété de regards, et incluent des ouvrages sur des thématiques traditionnelles au droit international privé ainsi que d'autres qui, bien que situés dans d'autres champs disciplinaires, présentent un intérêt majeur pour les conflictualistes. La sélection de ce numéro, particulièrement riche, reflète également les principales préoccupations et tendances qui traversent la discipline. Sont ainsi explorées les connexions entre droit et religion (*International Law and Religion ; Human Rights and Islam. An Introduction to Key Debates between Islamic Law and International Human Rights Law*), ce qui avait fait aussi l'objet d'ouvrages précédemment recensés (*Sharia Tribunals, Rabbinical Courts, and Christian Panels—Religious Arbitration in America and the West*, Rev. crit. DIP 2018. 184, compte rendu F.-X. Licari). D'autres ouvrages montrent ensuite la pertinence des regards pluralistes et sociologiques (*Is International Law International? ; Legalized Families in the Era of Borderless Globalization*), ce dont les pages de cette Revue s'étaient aussi déjà fait écho (*In Pursuit of Pluralist Jurisprudence*, Rev. crit. DIP 2018. 385, compte rendu H. Muir Watt). Nous trouvons aussi une nouvelle preuve de l'intérêt grandissant des juges pour le droit international privé et de l'intérêt de tisser un dialogue entre eux et la doctrine internationaliste (*Le juge et la mondialisation dans la jurisprudence de la Cour de cassation – Cour de cassation, Étude annuelle*

2017 ; cf. *Droit comparé et territorialité du droit, Cycle de conférences du Conseil d'État*, Rev. crit. DIP 2018. 380, compte rendu T. Marzal). Du côté des monographies, sont abordés les dommages punitifs (*Punitive Damages in Private International Law*), la doctrine du droit international privé du XIX<sup>e</sup> siècle à la recherche de réponses aux problèmes du temps présent (*Nineteenth Century Perspectives on Private International Law*) et le contentieux transfrontalier relatif aux marchés financiers (*Dispute Resolution in Transnational Securities Transactions*), dont l'importance capitale aujourd'hui est éclairée par des recherches dans l'histoire de la pensée politique (*Calculated Values. Finance, Politics, and the Quantitative Age*). Sont ensuite recensés des ouvrages collectifs ou des actes de colloque sur des thèmes divers : le droit souple (*Le droit souple démasqué. Articulation des normes privées, publiques et internationales ; cf. Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, Rev. crit. DIP 2018. 359, compte rendu D. Bureau), la refonte du règlement Bruxelles I (*Brussels I bis Regulation. Changes and Challenges of the Renewed Procedural Scheme*), les concepts de droit privé et le droit primaire de l'Union (*Primary EU Law and Private Law Concepts*), le droit européen des faillites (*The Implementation of the New Insolvency Regulation. Improving Cooperation and Mutual Trust ; Le nouveau droit européen des faillites internationales*) et la question classique du statut du droit étranger (*L'application du droit étranger ; Contrôle de constitutionnalité et*

*de conventionnalité du droit étranger*). Enfin, sont présentés deux nouveaux manuels à vocation pratique (*Droit de la famille – Droits français, européen, international et comparé* ; *Advanced*

*Introduction to Private International Law and Procedure*). Complétant la sélection, sont simplement signalés quelques parutions récentes, dont le format se prête moins bien à la recension.

## International Law and Religion. Historical and Contemporary Perspectives, par Martti Koskenniemi, Mónica García-Salmones Rovira et Paolo Amorosa (dir.), Oxford University Press, 2017, 458 pages

Voici un ouvrage exigeant qui couvre un sujet qui n'était traité, il y a quelques décennies encore, que de façon épisodique et succincte (V. entre autres exemples, P.H. Kooijmans, *Protestantism and the Development of International Law, RCADI, 1976/IV*, vol. 152, p. 79-119 ; P. Weil, *Le judaïsme et le développement du droit international, RCADI 1973/III*, vol. 151, p. 253-335 ; A. Rechid, *l'Islam et le droit des gens, RCADI 1937*, vol. 60, p. 371-506 ; S.W. al-Zuhili, *islam and International Law, Rev. internat. de la Croix-Rouge*, juin 2005, n° 858, vol. 87, p. 269-283). Or on constate depuis une vingtaine d'années que ce thème du droit international dans ses rapports à la religion fait l'objet, au niveau international, de nombreux livres, colloques et recherches collectives. C'est une de ces recherches animée par Martti Koskenniemi, professeur de droit international à l'Université d'Helsinki et ancien président de la Commission du droit international des Nations unies, dont les résultats sont publiés par les Presses universitaires d'Oxford. Le sujet est, comme on le sait, délicat au moins pour deux raisons. Il est nourri, tout d'abord, par l'actualité avec la conséquence qu'il peut être entraîné dans les sables mouvants de la polémique ce qui ne peut que fausser la réflexion juridique visant, autant que possible, à l'objectivité. Et, d'autre part, il est indéniable que le sujet présenté tel quel, *Droit international et religion*, est incertain pour ne pas dire vague ou flou. De quoi faut-il traiter dans un tel ouvrage ? De religion

certes, mais de toutes les religions qui se partagent la planète, ou des seuls monothéismes nés au Moyen orient ? De celles qui alimentent l'actualité ou de celles plus discrètes qui vivent leur vie à l'abri des caméras ? Faut-il ne parler que de l'état actuel de ces religions ou remonter dans le temps jusqu'à leur fondement ? Faut-il ne porter attention qu'à leur présentation dogmatique et idéale ou s'attacher à leur pratique qui peut différer de façon plus ou moins considérable des principes affichés ? Quelle place faut-il accorder à l'histoire du droit international ou à la philosophie du droit ou à la philosophie de la religion ? Ce sont à toutes ces questions que les dix-neuf contributeurs et les éditeurs de l'ouvrage ont voulu répondre.

Ils ont divisé le sujet en quatre grandes parties : I) Droit naturel et *jus gentium* ; II) Droits de l'homme entre histoire, [fait] international et religion ; III) Droit international, religion et territoire au Proche orient et en Méditerranée orientale ; IV) Théologie politique et théorie du droit international. On n'ira pas jusqu'à dire que ce plan nous paraisse vraiment satisfaisant. Les titres des parties sont, pour certains d'entre eux, très vagues, les chapitres se recourent et leur présence dans telle partie plutôt qu'une autre n'est pas toujours évidente. Mais cela n'est que la conséquence d'un sujet lui-même très général et passablement imprécis. C'est peut-être ce que reconnaît Martti Koskenniemi lorsqu'il intitule son article d'ouverture « *International*

*Law and Religion: no Stable Ground* » (p. 3-21). Quoi qu'il en soit, essayons de donner quelques aperçus des thèmes traités, sans avoir l'ambition de rendre compte de tous les chapitres de cet ouvrage.

Une première impression porte sur l'importance accordée à l'histoire du christianisme et à la théologie chrétienne. Ceci n'est nullement une critique à partir du moment où on accepte que le droit international tel que nous le connaissons aujourd'hui est d'abord le fruit de l'histoire européenne et de son extension en Amérique. Or on sait le procès en eurocentrisme qu'un grand nombre d'États en développement et leurs élites intellectuelles font au droit international et à sa naissance illégitime, selon eux, en Occident (V. les réflexions de Martti Koskiennemi, p. 15-17). Quoi qu'on pense de cette critique, on s'attendrait à voir dans un ouvrage portant sur la religion et le droit international sans autre spécification, quelques chapitres consacrés à des cultures extra-euro-méditerranéennes. On se reporterait, par exemple, aux *Mélanges* offerts à Peter Haggenmacher, qui comportent plusieurs contributions traitant de ce sujet (P.-M. Dupuy et V. Chetail [éd.], *Les fondements du droit international. Liber Amicorum Peter Haggenmacher*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014 – la quatrième partie de ces *Mélanges* est consacrée aux « traditions non occidentales et [au] poids de la colonisation » et comporte pas moins de six gros articles sur le sujet, p. 599-756).

Mais on est déçu. Les religions qui font l'objet d'études directes, ou parfois indirectes, sont les trois monothéismes, christianisme, islam et judaïsme encore que pour cette dernière religion elle ne fait l'objet que d'un seul article d'Ofer Haivry, « *John Selden and the Jewish Religious Fountainhead of the International Law of the Sea* » (p. 111-131). En fait il ne s'agit pas à proprement parler d'un article sur le judaïsme mais sur la façon dont John Selden (1584-1654), consi-

déré de son vivant comme le plus grand érudit du Royaume-Uni, a construit sa doctrine du droit en général et, plus spécifiquement sa doctrine concernant le droit international de la mer (*Mare clausum* en opposition au *Mare liberum* de Grotius) à partir des sources juives bibliques et post bibliques (V. John Selden, *Mare Clausum. Of the Dominion, or Ownership of the SEA Two Books*, 1652 reprint : The Law Book exchange, Ltd, Clark, New Jersey, 2004 ; et V. C. Leben, La référence aux sources hébraïques dans la doctrine du droit de la nature et des gens au XVII<sup>e</sup> siècle, *Droits*, 2012, vol. 56, p. 179-227). Il existe encore un autre article dont on pourrait croire qu'il est en rapport avec le judaïsme, celui de Reut Yael Paz, « *If I forget thee, O Jerusalem': Religion, International Law, and Jerusalem* » (p. 269-290), qui est en fait un article d'histoire des relations internationales. Il porte sur la façon dont la question de Jérusalem a été traitée par les diplomatie européenne, ottomane et vaticane dans le cadre du concert européen au XIX<sup>e</sup> siècle. L'article va jusqu'au XX<sup>e</sup> siècle, et porte aussi sur les conséquences de la renaissance d'Israël et de sa reconnaissance par le Vatican (accord du 30 déc. 1993). L'article comporte de nombreux développements intéressants depuis les interrogations sur le fameux *statu quo* qui doit être préservé à Jérusalem sans qu'on sache exactement ce que cela recouvre ainsi que sur la question de l'« orientalisme » et sa critique controversée par Edward Saïd (1935-2003).

Quant à l'islam, deux articles lui sont consacrés. Le premier (« *Muslim Jurists' Criteria for the Division of the World into Dar al-Harb and Dar al-Islam* », p. 219-238), par Moussa Abou Ramadan, professeur de droit musulman à l'Université de Strasbourg, porte sur la question de la division du monde en deux domaines celui du *Dar al-Harb* (le domaine de la guerre qui doit être livrée pour amener des territoires toujours plus importants à la foi de l'islam) et du *Dar al-Islam* (le monde musulman où

s'applique la *charia* et/ou qui est dirigé par des autorités musulmanes). L'auteur considère que cette division n'est pas plus scandaleuse que celle opérée par les Européens au XIX<sup>e</sup> siècle entre peuples civilisés (protégés par toutes les règles du droit international) et ceux qui ne le sont pas et qui ont été voués à la colonisation. Évidemment cette distinction entre domaine de la guerre et domaine de l'islam est plus complexe qu'il n'y paraît. Les juristes introduisent parfois un troisième domaine (V. *Dar al-sulh*, p. 222). En outre le traitement du régime qui s'attache à chacun d'eux peut varier selon les quatre grandes écoles juridiques du monde sunnite (Hanafite, Malikite, Shafi'ite et Hanbalite). Mais la question se pose de la pertinence de l'approche traditionnelle sur la base des deux (ou trois) domaines dans le monde contemporain et tout spécialement en droit international. Là dessus les auteurs sont divisés mais on trouve, à côté de ceux qui « maintiennent une interprétation rigide des catégories classiques », comme les mouvements jihadistes, des juristes qui considèrent que le monde aujourd'hui « *is organized through the UN. The member states are obliged to the UN regulations and statutes* ». Et comme le Coran reconnaît le caractère obligatoire des engagements, dorénavant, soutient le professeur Ramadan, « *the entire world has turned into Dar al-'ahd* », une catégorie nouvelle qui recouvre les États avec lesquels les États musulmans ont conclu la paix. La division entre *Dar al-Harb* et *Dar al-islam* n'a plus lieu d'être (p. 232).

Il est probable que le deuxième auteur traitant du droit musulman dans notre ouvrage, Nahed Samour, ne partage pas tout à fait cette conclusion dans son article « *From Imperial to Dissent. Approaches to Territory in Islamic International Law* » (p. 239-268). L'auteur se montre extrêmement critique à l'égard du droit international qui s'est construit en Occident sans prendre en considération la tradition musulmane (« *Islamic international law concepts [had] little*

*to no influence on international law as we know it today* », p. 240). Dans ces conditions elle en appelle à un droit international « dissident » qui puisse s'opposer au droit international actuel qui n'est qu'un instrument dans les mains des puissances occidentales et anciennement coloniales. Ce droit international nouveau pourrait adopter certains concepts du droit musulman et tout particulièrement celui de *waqf*, une fondation charitable, perpétuelle et inaliénable pour gérer des biens et des terres (p. 239-240). Cette notion serait particulièrement adaptée à la lutte contre les colonisateurs qui veulent s'approprier des territoires du monde musulman. C'est le cas, en priorité, de la lutte contre Israël. L'auteur se réfère à la charte du Hamas de 1988, proclamant, dans son article 11, que « *the land of Palestine has been an Islamic Waqf throughout the generations and until the Day of Resurrection [and] no one can renounce it, or abandon it or part of it* ». Doutons pour le moins du caractère réaliste de ce droit international « dissident ». Bien des proclamations de ce type ont été faites dans le passé qui sont tombées dans les oubliettes de l'histoire (pensons, par exemple, à la critique radicale d'un droit international capitaliste et impérialiste dans les premières décennies de l'Union soviétique).

Le reste de l'ouvrage comporte de nombreux thèmes intéressants mais dont le rapport avec le sujet général, *Droit international et religion*, n'est pas toujours évident. Ils peuvent néanmoins apporter des contributions à l'intelligence de ce droit. C'est le cas des cinq ou six chapitres qui portent sur le droit naturel, abordé de plusieurs façons, dans sa liaison avec le droit des gens (*jus gentium*). On sait que ces deux notions, droit naturel d'une part, *jus gentium* de l'autre, sont loin d'être simples. Elles ont varié avec les époques et elles ont été fortement marquées par les auteurs majeurs de la chrétienté : pères de l'Église, théologiens du Moyen Âge, juristes et philosophes qui en ont fait

l'objet de leurs études et ce de l'antiquité à l'époque moderne. Les articles qui leur sont consacrés ici sont parmi les plus importants de l'ouvrage.

Citons tout d'abord la contribution de Mary M. Keys « *Religion, Empire, and Law among Nations in The City of God. From the Salamanca School to Augustine, and Back Again* » (p. 65-86). Augustin est étudié ici à partir de son œuvre majeure, la *Cité de Dieu* (*De civitate dei*), tout particulièrement par Vitoria (1483-1546) et par d'autres auteurs de l'école de Salamanque (la Seconde scolastique). Ce que Vitoria trouve chez Augustin c'est une pensée de l'empire romain et de ses responsabilités et obligations, examinées d'un point de vue chrétien. C'est à partir de cet exemple antique et des analyses de l'évêque d'Hippone que Vitoria cherche à étudier cet autre empire que s'est bâti l'Espagne depuis la fin du <sup>xv</sup><sup>e</sup> siècle. L'une des questions fondamentales est celle de la justice de la guerre ainsi que des justes causes de toute conquête de territoires et des peuples qui les habitent. L'expansion territoriale de Rome était-elle juste ? Et comment analyser les conquêtes de l'Espagne dans les nouvelles terres des Amériques ? On sait que Vitoria conclut que l'Espagne n'avait pas une juste cause pour conquérir les peuples barbares du Nouveau monde, même pas pour propager la vraie foi, si cela se faisait par la contrainte et la violence. Faut-il voir là une première fondation d'un droit des gens (*jus gentium*) refusant la licéité de la guerre si elle ne respecte pas certaines conditions juridiques, ce qui annoncerait Gentili et Grotius ?

Cette question du *jus gentium*, de sa naissance et de ses rapports avec le droit naturel fait l'objet de plusieurs contributions s'attachant à dégager les sources médiévales complexes de ce « droit des gens » qui entamera une évolution conceptuelle qui le conduira au droit international moderne. C'est ainsi que Mónica García-Salmones Rovira présente la doctrine d'Albert le Grand

(1200-1280), sous le titre de « *Natural Rights in Albert the Great: Beyond Objective and Subjectives Divides* » (p. 154-177). Elle s'attache, entre autres, à la question, capitale pour le droit, de la naissance du concept de droit subjectif. Divers auteurs sont crédités pour la naissance de ce concept évidemment capital. Michel Villey en avait accordé la paternité à Ockham (1285/1290-1309), d'autres penchent plutôt pour Gerson (1363-1429). La professeure Rovira, en analysant le *De Bono* d'Albert le Grand cherche à établir que « *Albert the Great developed a concept of natural rights, connecting individual human beings with God and defined as the individual's capacity of knowledge, inserted in nature, about what is good for the human being, materially, politically and morally* » (p. 173-174). Elle soutient, ce qui semble être une interprétation nouvelle, qu'Albert le Grand « *might have been the first theologian that produced a theory of natural rights* » et ceci un siècle avant les auteurs crédités habituellement de cette invention (p. 174).

Thomas d'Aquin fait l'objet, bien évidemment, d'une étude de fond, sous un titre déconcertant et mal explicité dans le corps du texte, par Pia Valenzuela : « *Between Scylla and Charybdis: Aquinas's Political thought and his Notion of Natural Law and *Ius Gentium** » (p. 43-63). Il n'est pas facile, comme on le sait, de bien saisir la pensée du docteur angélique et l'auteur fait de son mieux pour la présenter de façon aussi claire que possible. Elle n'y arrive pas toujours et, par exemple, s'agissant du *jus gentium*, l'analyse de sa nature (p. 53-54) ne dissipe pas les interrogations. C'est ainsi qu'elle soutient que le *jus gentium* fonde sa validité sur l'accord des hommes ainsi que sur la coutume. Ce qui en ferait un droit strictement conventionnel (si on considère la coutume comme exprimant une sorte d'accord). Mais elle se refuse à cette conclusion s'agissant de la doctrine de Thomas d'Aquin, car le droit des gens, comme tout droit humain, participe en

partie du droit naturel. En conséquence « *every human law has just so much of the nature of law, as it is derived from the natural law...* ». De sorte que le *jus gentium* est fondé à la fois sur le droit naturel et l'accord de ses sujets ce qui permet de lui attribuer, explique-t-elle, une certaine autonomie par rapport au droit naturel.

De cette analyse et, bien évidemment, d'autres qui se trouvent dans sa contribution, Pia Valenzuela tire la conclusion que Thomas d'Aquin établit et fonde théologiquement, dans sa théorie politique, la distinction entre le pouvoir spirituel et le pouvoir séculier. Il en découle que celui-ci doit bénéficier d'une certaine indépendance. Ainsi Thomas serait une figure majeure du mouvement de sécularisation (mais non pas de déchristianisation) du pouvoir politique qui commence à prendre de l'importance à la fin du XIII<sup>e</sup> siècle en Europe. « *Although the law of nations flourished later, Aquinas provided the grounds for the development of doctrines on religious freedom, human rights sociability, and property rights that were used by theologians like Francisco de Vitoria (1483-1546) and Domingo de Soto (1495-1560) in their approaches regarding rights over the new world* » (p. 61). Mais on reste sur un questionnement : quel est exactement le sens du concept de *jus gentium* tel qu'utilisé par Thomas d'Aquin dans son œuvre ? Comment ce concept a-t-il été repris par la Seconde scolastique et comment a-t-il nourri la doctrine du droit des gens telle qu'elle sera présentée à l'orée du XVII<sup>e</sup> siècle par Gentili et Grotius ? (sur l'évolution historique de la notion de *jus gentium*, V. M.-F. Renoux-Zagamé, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, PUF, 2003, p. 19-49).

Sur Grotius, l'ouvrage comporte un article très éclairant de Sarah Mortimer sur l'arrière plan politique et religieux du monde chrétien qu'il est nécessaire de connaître pour comprendre la doctrine de l'auteur du *De bello ac pacis*, y compris sa doctrine du droit des gens :

« *Law, justice, and Charity in a Divided Christendom, 1500-1625* » (p. 25-42). La période étudiée (1500-1625) est celle de la naissance du protestantisme, des guerres de religion (avec la constitution de coalitions internationales, un fait qui a eu des conséquences non négligeables sur le droit des gens), et à partir de là, la naissance d'États protestants qui ne se considèrent plus tenus par la doctrine théologique et juridique de l'Église catholique, même si intellectuellement elle sert de base à leurs réflexions. Les juristes de ces États, et Grotius est très représentatif de ceux-ci, tout comme le sont Gentili et Selden, sont donc amenés à construire un droit nouveau qui ne dépende pas du magistère de l'Église et qui puisse valoir pour l'ensemble des relations entre États même s'ils ne sont pas de la même obédience religieuse.

Leurs constructions doctrinales reposent encore sur Thomas d'Aquin tel qu'il est lu par les auteurs de la Seconde scolastique, Vitoria, Cajetan (1469-1534), Suarez (1548-1617) (p. 26-31). Mais les auteurs protestants (Gentili, Grotius, Selden, Pufendorf, pour ne citer que les principaux) cherchent à construire un droit qui mette tous les États à l'abri des interventions de la papauté et assure leur pleine souveraineté. C'est grâce à une réinterprétation du droit naturel, comme droit rationnel et donc universel, un droit qui a certes pour origine la divinité mais qui existerait même si, selon la phrase fameuse de Grotius, « nous accord[ions], [...] qu'il n'y a pas de Dieu... » (V. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, PUF, traduction Pradier-Fodéré, 1999, Prolégomène XI, p. 12 : *etiamsi daremus non esse Deum aut non curaria eo negotia humana*), que les auteurs protestants vont être à l'origine de l'essor d'un droit des gens nouveau, fait pour une communauté de royaumes, certes tous chrétiens mais d'obédiences différentes, ce qui ne devrait plus justifier des guerres nuisibles pour tous. C'est ce droit élaboré au XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle qui connaîtra l'expansion que l'on sait sur la totalité de

la planète (p. 31-34). L'article se termine par un examen de la doctrine théologique de Grotius, « *Hugo Grotius: Natural Law and Christian Charity* ». C'est peut-être là la partie la plus neuve de l'article, du moins pour ceux qui découvrent le sujet. Grotius en effet a cherché à défendre une interprétation du christianisme reposant sur une éthique rationnelle et la coexistence entre les États et les religions, un christianisme « *which ought to appeal to all human beings* » (p. 35. L'ouvrage le plus célèbre de Grotius de son vivant est son *De Veritate Religionis Christianae*, qui paraît deux ans après (en 1627) son *De jure belli ac pacis* (1625). Les deux thèmes sont liés). On peut être critique, près de quatre siècles plus tard, d'une idéologie reposant sur la seule vérité du christianisme, mais ce serait trop demander à des hommes du XVII<sup>e</sup> siècle que d'avoir une vision relativiste de la vérité religieuse. Qu'ils aient travaillé à la tolérance et à la paix peut suffire à leur gloire.

La question des droits de l'homme dans ses rapports à la religion et au droit international constitue la deuxième partie de l'ouvrage et comporte quatre chapitres qui ciblent le sujet sans doute le plus important et le plus délicat des rapports entre religion et droit international, celui de la défense des droits de l'homme, de son universalité, de ses liens avec l'Occident et de l'existence éventuelle de normes internationales qui ne seraient pas marquées par le péché de leur naissance en Occident. John Haskell, dans son article « *The Religion/Secularism Debate in Human Rights Literature. Constitutive Tensions between Christian, Islamic, and Secular Perspectives* » (p. 135-153), offre une revue critique des arguments des uns et des autres tout particulièrement des accusations faites au monde musulman sur son incapacité à introduire une doctrine des droits de l'homme en son sein. Tout l'article est sous-tendu par une approche de type structuraliste (*a structuralist jurisprudence*) où les grands noms invoqués sont Louis Althusser,

Pierre Bourdieu, James Smith, Philip Mirowski, Charles Tilly, etc. On est presque étonné de ne pas voir cités Foucault, Derrida, la déconstruction, et toute la *French Theory*.

On terminera en indiquant deux articles qui rappellent l'existence de courants chrétiens opposés aux droits de l'homme et à leur internationalisation par le droit. Pasquale Annicchino évoque dans son article « *The Past is Never Dead: Christian anti-Internationalism* » (p. 178-195) la forte opposition, lors de la création de la SDN, des milieux fondamentalistes calvinistes américains à la création d'un organisme international, « *a Satanic plan to convert ever more people into thinking that a secular world organization, without reference to the Christian plan of salvation, could solve all the problems that burdened the war torn world* » (p. 182). Ces mêmes milieux se sont également mobilisés lors de la création de l'ONU, puis lors de la rédaction et l'adoption de la Déclaration universelle des Droits de l'homme en 1948. Tout cela étant l'œuvre d'une « *new humanistic culture aimed at destroying all others by means of the imperialism of world law and police [...] a crusading missionary organization [...] a false and deadly faith [...] an Antichristian faith* » (p. 183). Tout cela pourrait paraître bien dépassé et sans importance, mais l'auteur présente deux études de cas de notre époque où on voit des États et des églises qui se réclament du christianisme et qui agissent en fonction de ce type d'idéologie. C'est ainsi que plusieurs pays africains, l'exemple donné est celui de la Zambie, refusent une protection des personnes LGBT. Les tentatives faites par les Nations unies d'améliorer leur sort sont vues comme « *a cosmic conspiracy to impose a devilish agenda on Zambia and Africa at large* » (p. 183-184).

Le second exemple est celui de la doctrine officielle de l'Église orthodoxe russe (p. 186-195). Celle-ci défend l'idée que les droits de l'homme ne peuvent pas être supérieurs aux valeurs

du monde spirituel, dans deux lettres envoyées à la Cour européenne des droits de l'homme, à propos de l'affaire *Lautsi c/ Italie* (2011, problème du maintien d'un crucifix dans les écoles publiques italiennes). Dans ces documents l'Église orthodoxe russe soutient que « *human rights are subordinate to religious teachings and should not be used as imperialistic tools by foreign governments* » (p. 188). P. Annicchino souligne que l'on est en présence d'une lutte entre deux visions de l'homme et du monde, l'une fondée sur les droits de l'homme individuel et un internationalisme libéral, et l'autre sur les valeurs communautaires, la souveraineté nationale et les enseignements religieux (p. 190). Ce conflit là, où se retrouvent, sous les yeux effarés de ceux qu'on appelle les « libéraux », des interprétations religieuses dont ils pensaient qu'elles avaient disparu depuis des siècles, n'est pas près d'être résolu.

Un mot encore sur l'« étude préliminaire » de Martti Koskeniemi. Étant

« préliminaire », il est normal de la lire pour commencer, ce que nous avons fait. Mais il nous semble que sa lecture (ou sa relecture) après avoir lu l'ouvrage est plus profitable à la compréhension de l'ensemble. L'ancien président de l'Institut de droit international donne une synthèse et une mise en perspective des principaux sujets traités dans l'ouvrage, regroupés autour de quatre grands thèmes : la naissance et l'évolution d'une vision « séculariste » du droit international, l'importance grandissante que revêt la notion moderne de souveraineté, sa séparation d'avec la notion de propriété et finalement la question lancinante du péché originel de l'eurocentrisme qui entacherait toujours le droit international contemporain. Thèmes qui mêlent tout à la fois la religion, l'histoire et la philosophie et donnent à cet ouvrage tout son intérêt pour une réflexion globale sur le droit international.

**Charles Leben**

### **Human Rights and Islam. An Introduction to Key Debates between Islamic Law and International Human Rights Law,**

par Abdullah Saeed, Cheltenham, Royaume-Uni/Northampton, MA, États-Unis, Edward Elgar Publishing, coll. « Elgar Studies in Human Rights », 2018, 239 pages

Dans les relations entre l'islam et les droits de l'homme, le diagnostic est généralement celui d'une « fracture » (G. Kepel, *La Fracture*, Gallimard, 2016), d'un conflit entre absolutisme religieux et pluralisme démocratique, lui-même signe d'un « conflit de civilisations » (S. P. Huntington, *The Clash of Civilisations*, *Foreign Affairs*, vol. 72, n° 3 (1993), p. 22-49). Pour G. Kepel par exemple, les relations entre islam et droits de l'homme seraient inextricablement liées à une guerre idéologique entre extrémisme religieux et libéralisme. Loin de suggérer une homogénéité intrinsèque au sein de l'islam et des musulmans,

G. Kepel appelle cependant à se méfier de l'instrumentalisation à laquelle se prêteraient les tensions entre islam et droits de l'homme (G. Kepel, *Beyond Terror and Martyrdom: The Future of the Middle East*, Harvard University Press, 2010). L'auteur (*La Fracture*, p. 19) cite ainsi comment les plages de la Côte d'Azur, durant l'été 2016 se sont transformées de victime, après l'attentat du 14 juillet à Nice, en bourreau, après que plusieurs femmes musulmanes vêtues d'un « burkini », un maillot de bain couvrant l'intégralité du corps, se sont vu refuser leur accès par des arrêtés municipaux, ultérieurement censurés par le

Conseil d'État (CE, ord. du 26 août 2016, nos 402742, 402777, *Ligue des droits de l'homme et autres – Association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France*). Selon G. Kepel, cette présentation manichéenne est dommageable ; de peur d'attiser les tensions, mieux vaudrait donc les nier, en évitant d'appréhender les questions liées à l'islam par un recours aux droits de l'homme. Dans ses contacts avec l'islam, la liberté religieuse serait fréquemment manipulée afin de promouvoir des valeurs communautaristes contraires au modèle républicain. Loin de se réjouir de la rencontre entre islam et droits de l'homme, il conviendrait de réagir à l'encontre de cette stratégie « entriste », par laquelle le fondamentalisme islamique adopterait le langage des droits de l'homme pour en ruiner les valeurs, de l'intérieur (G. Haarscher, *Comme un loup dans la bergerie. Les libertés d'expression et de pensée au risque du politiquement correct*, Les éditions du Cerf, 2016). Est-ce à dire que les droits de l'homme et l'islam ne pourraient jamais vivre en harmonie ?

L'ouvrage érudit d'Abdullah Saeed nous incite à plus d'optimisme. Récusant toute opposition de principe, A. Saeed adopte une démarche « harmonisatrice » : la méthode harmonisatrice reconnaît l'existence de différences entre l'islam et le discours des droits de l'homme, susceptibles d'engendrer des conflits et tensions, mais soutient qu'une conciliation est néanmoins possible. Divers concepts, théories et techniques d'interprétation sont disponibles afin de minimiser les conflits et favoriser les rapprochements. Dans le prolongement de ses travaux antérieurs, notamment de l'ouvrage qu'il a dirigé, *Islam and Human Rights*, Edward Elgar Publishing, 2012), A. Saeed suggère ainsi des pistes d'harmonisation. Ayant écarté, dans les premiers chapitres, la thèse d'obstacles dirimants entre logique islamique et raisonnement des droits de l'homme, A. Saeed examine ensuite, dans les cha-

pitres 7 à 11, des points d'achoppement habituels et propose des voies concrètes de conciliation.

Le rejet soi-disant radical par l'islam des droits de l'homme est souvent attribué à l'association des droits de l'homme à un impérialisme occidental. A. Saeed examine cet argument de l'impérialisme sous différentes facettes : l'origine occidentale de nombre de déclarations des droits de l'homme à portée universelle (chapitre 2), la concurrence entre ces déclarations et les textes islamiques protégeant les droits de l'homme dans le respect de la Sharia (chapitre 3), la thèse du conflit de civilisations (chapitre 4) et la conviction que le modèle occidental de gouvernement, démocratique et laïque (ou du moins non religieux), est indispensable au respect des droits de l'homme (chapitres 5-6). Sur tous ces points, A. Saeed réfute l'existence d'antagonismes irréductibles. L'origine soi-disant occidentale des déclarations internationales relatives aux droits de l'homme sous-estime l'apport des délégations de pays musulmans (p. 39). L'existence de déclarations islamiques relatives aux droits de l'homme serait moins le reflet d'une prise de distance des pays musulmans par rapport à un discours occidental relatif aux droits de l'homme que le signe d'une volonté de participer aux débats. Quant à la thèse des conflits de civilisation, elle est, selon A. Saeed, hors de propos. À supposer que les droits de l'homme puissent leur origine dans la civilisation occidentale, les droits de l'homme ne sont pas pour autant l'apanage d'une pensée occidentale. Le modèle démocratique de gouvernement est sans doute nécessaire au développement d'une culture politique respectueuse des droits de l'homme mais l'islam ne serait pas incompatible en tant que tel avec un régime démocratique. Enfin l'association de l'État et de la religion ne constituerait pas, selon A. Saeed, un empêchement insurmontable au respect des droits de l'homme dans la mesure où les normes religieuses elles-mêmes justifient un

attachement aux droits de l'homme. Le lecteur pourra peut-être se demander si une dissociation de la sphère politique et de la religion ne serait pas néanmoins la seule à même de garantir de manière stable les libertés individuelles dans une société multiconfessionnelle et multiculturelle (J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993, dernière éd. 2005), mais la démonstration d'une absence d'antagonisme radical entre islam et droits de l'homme emportera sans doute la conviction. Le problème, bien entendu, est qu'en dépit de cette compatibilité de principe, la réalité regorge de tensions vives.

Dans la deuxième partie de son ouvrage, A. Saeed s'attaque à quelques uns de ces problèmes concrets : la consécration de la polygamie et de la répudiation unilatérale – au profit exclusif des hommes musulmans – (chapitre 7), l'attribution rigide de l'autorité parentale en fonction de l'âge de l'enfant et de la religion de ses parents, indépendamment des circonstances (chapitre 8), la restriction de la liberté d'expression par respect pour la religion musulmane (chapitre 9), l'existence du crime d'apostasie (chapitre 10), le *Jihad* (chapitre 11). S'agissant de la polygamie par exemple, A. Saeed note qu'à l'époque de sa consécration dans le Coran (sourate 4:3), la polygamie permettait aux femmes et à leurs enfants de trouver un toit et une subsistance. Sa finalité était protectrice. De plus, sa consécration dans le Coran fut assortie de conditions qui en limitaient la pratique : alors que dans la société pré-islamique, la polygamie était pratiquée sans restrictions, le Coran limita le nombre d'épouses à quatre. Une interprétation téléologique du texte coranique plaiderait en faveur d'une prohibition de la polygamie, sa fonction protectrice ayant disparu. Ramenée au contexte actuel, la polygamie ne se justifierait plus, les femmes ayant acquis des moyens de subvenir à leurs besoins indépendamment du mariage (p. 134). Une prohibition progressive de la polygamie, conformément aux exigences

internationales d'égalité entre hommes et femmes, pourrait donc parfaitement s'inscrire dans une logique islamique.

L'approche préconisée par A. Saeed est interprétative, pluraliste et contextualiste. C'est au sein des traditions islamiques elles-mêmes, par une interprétation dynamique des normes, que A. Saeed puise des raisons d'optimisme et des vecteurs de changement. Confronté à une pluralité de sources et écoles de droit musulman, A. Saeed ne cherche pas à déterminer laquelle serait la plus légitime mais décèle au cœur de ce foisonnement normatif, au gré des questions posées, les solutions les plus compatibles avec les droits de l'homme. On sait que jusqu'aux arrêts *Jacques Vabre* (Cass, ch. mixte, 24 janv. 1975) puis *Nicolo* (CE 20 oct. 1989), qui posèrent le principe de la primauté du droit international sur les lois internes postérieures contraires, de telles techniques d'interprétation étaient utilisées afin de résorber les conflits entre droit français et droit international et européen. Une interprétation conciliatrice permet ainsi, à court terme, de tempérer les conséquences d'une application rigide en termes de hiérarchie des normes et peut, à long terme, familiariser le droit interne avec les normes internationales et encourager une incorporation progressive de celles-ci dans le droit national. L'objectif ne serait pas cependant en soi de favoriser *in fine*, de manière détournée, la primauté du droit international mais de permettre que des changements souhaitables et en ligne avec l'esprit des normes internes puissent avoir lieu, dans une quête d'harmonie de valeurs (M. Delmas-Marty, *Le Pluralisme ordonné : Les forces imaginantes du droit*, Seuil, 2006). À cette fin, A. Saeed insiste sur l'importance d'un dialogue entre pays à majorité musulmane et pays non musulmans.

L'ouvrage d'Abdullah Saeed est riche d'enseignements pour le droit international privé. La confrontation de deux logiques contradictoires opposant les

droits de l'homme à une discipline ancrée dans une tradition nationale est une problématique familière de l'internationaliste privatiste. De ce point de vue méthodologique, le droit international privé pourrait bénéficier de l'approche harmonisatrice préconisée par A. Saeed. Il s'agirait autant que possible d'éviter d'amplifier les divergences et de chercher au contraire à favoriser les points de rencontre entre raisonnements de droit international privé et droits de l'homme en puisant, dans le droit international privé, des solutions compatibles avec celles auxquelles aboutit une logique en termes de droits de l'homme. Mais il s'agirait également pour les droits de l'homme de s'inspirer de la logique coordinatrice du droit international privé, en résistant à la tentation de rigidifier les oppositions entre droits de l'homme et pratiques islamiques applicables en vertu du droit désigné par les règles de droit international privé.

À l'heure actuelle, l'opposition méthodologique entre droit international privé et droits de l'homme est aiguë. Droit international privé et droits de l'homme s'opposent en raison de la neutralité attribuée au premier, par opposition aux valeurs activement promues par les seconds (L. Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2001). En effet, le droit international privé se présente comme un ensemble de méta-normes. Détaché du droit matériel, l'objectif du droit international privé ne consiste pas traditionnellement à déterminer la réglementation la plus adéquate d'un problème donné mais à désigner le droit chargé de trancher la question, en fonction du centre de gravité de la situation dans un pays donné. Par définition, le droit international privé conduira donc à accepter, sous réserve de l'exception d'ordre public international, des situations qui ne seraient pas autorisées dans le territoire du for, dès lors qu'elles sont acceptables et conformes au regard du droit étranger reconnu compétent. La polygamie ou la

répudiation, à condition qu'elles soient autorisées par les lois applicables, seront ainsi en principe reconnues en France alors que la loi française interdirait de telles pratiques si elles étaient réalisées sur le territoire français. L'attribution de ce principe de tolérance lorsque la situation, quoique régulièrement constituée à l'étranger, entretient un lien particulier avec le for, a parfois semé le trouble (P. Lagarde, *Le principe de proximité*, RCADI 1986, vol. 196, p. 9). Cet ordre de public de proximité a pu sembler discriminatoire et contradictoire : « Si l'on admet que l'égalité entre les hommes et les femmes constitu[e] pour l'ordre juridique français [un] princip[e] de justice universelle, comment justifier que l'on réserve la protection à certains, tout en la refusant à d'autres, au motif qu'ils n'entretiennent pas de lien suffisant avec le for ? » (A. Sinay-Cytermann, *Les tendances actuelles de l'ordre public international*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p. 635-655, p. 648). À travers ce reproche, ce ne sont pas tant les ajustements complexes provoqués par l'ordre public de proximité qui sont dénoncés (cf. cependant, pour une défense du mécanisme repensé : N. Joubert, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, préf. P. Lagarde, LexisNexis, 2008, et, dans une logique multiculturelle, K. Bihanic, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, thèse dact., Paris I, 2017) ni les défaillances du rattachement au statut personnel qui sont critiquées (cf. notre thèse, *Pour une redéfinition du statut personnel*, préf. H. Muir Watt, PUAM, 2004 ; Droit des personnes et droits de l'homme : combinaison ou confrontation ?, Rev. crit. DIP 2006. 743), que la logique localisatrice et territoriale du droit international privé lui-même. Le lien avec le territoire au fond importerait moins que le respect de valeurs fondamentales. Conforme au droit de l'Union européenne (puisque, selon les règlements européens récents

en matière de droit des personnes et de la famille, toute loi étrangère normalement applicable qui contiendrait des dispositions discriminatoires devrait être écartée, indépendamment de considérations territoriales, dans son intégralité et non pas seulement, comme l'aurait exigé le raisonnement de droit classique international privé, dans celle de ses dispositions choquantes), cette insistance sur le respect de valeurs fondamentales s'inscrirait également dans la logique des droits de l'homme, puisque la Cour EDH applique les exigences de la Convention EDH avec la même vigueur, que la situation soit essentiellement localisée dans un pays membre du Conseil de l'Europe ou dans un pays tiers. L'on voit ainsi que le raisonnement de droit international privé se trouve absorbé par les exigences des droits fondamentaux. La méthode conflictuelle consistant en une localisation préalable de la situation dans un territoire ou dans un État donné céderait au profit d'un rattachement « à un espace beaucoup plus abstrait de valeurs fondamentales » (cf. notre intervention, Les figures de la mobilité : le statut de la personne, entre territorialité et extraterritorialité, *Droit comparé et territorialité du droit. Cycle de conférences du Conseil d'État*, Doc. fr., 2017, p. 222) ou d'une méthode de reconnaissance qui imposerait le respect de la situation constituée à l'étranger par respect pour les attentes des intéressés [L. d'Avout, La *Lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, op. cit., p. 15, spéc. p. 35 (critique) ; S. Bollée, La gestation pour autrui en droit international privé, *TCFDIP* 2012-1014, p. 215 (plus nuancé)]. Ce court-circuitage du raisonnement de droit international privé est problématique. Au lieu de ménager un espace de dialogue, une possibilité de rapprochement entre islam et droits de l'homme, il tend à durcir les clivages. Les droits de l'homme gagneraient donc à s'inspirer de la finalité coordinatrice du droit international privé. En ce sens,

le droit international privé semble plus proche de la technique « harmonisatrice » de A. Saeed que ne l'est le raisonnement en termes de droits de l'homme.

Encore faut-il cependant que le raisonnement de droit international privé demeure fidèle à sa raison d'être. Construit sur le modèle d'un monisme juridique, fondé sur la souveraineté étatique, le droit international privé, paradoxalement, paraît souvent inapte à penser la pluralité et à reconnaître l'autre dans sa différence (H. Muir Watt, *Globalization and Private International Law*, *Encyclopedia of Private International Law* ; Private International Law beyond the Schism, [2011] 2 *Transnational Legal Theory* 347). Comme le révèle A. Saeed dans son analyse des sources de droit musulman, la pluralité peut être source de richesses. C'est elle qui offre la flexibilité d'interprétation nécessaire à l'évolution créatrice du droit et permet une adéquation des solutions juridiques au contexte. Or le droit international privé, dans son appréhension nationaliste et étatique des relations privées internationales, semble parfois en porte-à-faux avec la réalité complexe sociologique qui le sous-tend. Le choix du droit applicable est l'apanage du droit international privé et le défi à venir pour la discipline consistera à identifier ce droit de manière suffisamment prévisible pour que la cohérence de la réglementation soit préservée mais de manière suffisamment ouverte, pour que la liberté des individus puisse être garantie et le contexte sociologique pris en compte. Ainsi conçu, le droit international privé pourrait permettre au juge d'accomplir sa mission de créativité, dans l'ouverture à l'autre (E. Rude-Antoine, *Des vies et des familles. Les immigrés, la loi et la coutume*, Odile Jacob, 1997), dans « cet espace intermédiaire, cet entre-deux nuancé qui permet au temps de faire son ouvrage » (J. Baubérot, *Vers un nouveau pacte laïque ?*, Seuil, 1990).

**Myriam Hunter-Henin**

## Is International Law International?,

par Anthea Roberts, Oxford University Press, 2017, 406 pages

Le droit international privé a incontestablement pris de nos jours la voie de l'internationalisation. Le courant qui est aujourd'hui probablement majoritaire, en Europe et ailleurs, avance dans la voie de l'uniformisation, que ce soit par le biais des super-législations européennes de droit international privé (dont on peut se demander si elles se cristalliseront éventuellement dans un code européen de droit international privé), par l'élaboration de conventions internationales dont on promeut la ratification (comme la Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for), par le biais d'un travail doctrinal de droit comparé amenant à l'identification de « principes » communs fondés sur le prétendu alignement de la pratique des États (tels que les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux), ou encore dans l'évolution des valeurs fondamentales du for (J. Foyer, *L'ordre public international est-il toujours français ?*, in *Mélanges Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 267). De façon corrélative, les résistances au dépassement des frontières nationales ont perdu aujourd'hui une grande partie de leur force, comme le montre peut-être le mieux le fait que la critique du défaut de compétence adressé à l'encontre de l'eupéanisation du droit international privé, dont le point culminant date déjà de plus de dix ans (L'Union européenne, la démocratie et l'État de droit : lettre ouverte au président de la République, JCP 2006. Act. 586, p. 2313), a été progressivement oubliée. L'on pourrait donc s'attendre à un rapprochement avec le droit international public et au brouillage de la frontière qui sépare les deux disciplines, comme l'ont par ailleurs souligné plusieurs auteurs (v. par ex. le récent ouvrage : V. Ruiz Abou-Nigm, K. McCall-Smith et D. French [éds.], *Linkages and Boundaries in Private and Public International Law*, Hart Publishing, 2018). Après tout, ces évolutions semblent remettre

en cause la longue tradition consistant à commencer un cours de droit international privé en soulignant que cette matière n'est « internationale » que par son « objet », contrairement au droit international public qui l'est aussi par sa « source ».

Hélas, le droit international public ne nous a pas attendu... Le nouveau livre de Anthea Roberts, *Is International Law International?*, nous apprend que nos cousins publicistes seraient en train de faire le chemin inverse. Tout est déjà dans le titre de l'ouvrage. L'auteur souhaite remplacer la question classique de la juridicité du droit international public, « est-ce que le droit international [public] est du droit ? » (à laquelle une réponse positive est prise pour acquise, ce qui est également significatif comme nous le verrons plus tard), traditionnellement centrale dans la matière, par la question de son internationalité, « est-ce que le droit international [public] est international ? ». Une réponse négative est déjà implicite dans la question, ou du moins une volonté de problématisation. Or, c'est surtout l'immense succès connu par cet ouvrage (auquel la *American Society of International Law* a décerné en 2018 son *Certificate of Merit for a preeminent contribution to creative scholarship*, s'ajoutant à de nombreuses recensions élogieuses et à la préface de M. Koskeniemi, également laudative), qui nous permet de penser que la vision (comme nous le verrons, pluraliste et sociologisante) qu'il véhicule est aujourd'hui représentative de l'état d'âme général de la doctrine de droit international public (ou au moins d'une partie importante de celle-ci). D'autant plus que, comme le souligne l'auteur elle-même, dans un exercice méritoire d'introspection, le contexte géopolitique actuel de fragmentation, polyarchie et régionalisation, semble favorable à un tel tournant (v. surtout chapitre 6).

L'ouvrage s'inscrit dans la continuité de la tradition du droit international comparé (v. aussi du même auteur : A. Roberts, *Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law*, 60 *Int'l & Comp. L.Q.* 57 (2011) ; A. Roberts, P.B. Stephan, P.-H. Verdier et M. Versteeg [éds.], *Comparative International Law*, Oxford University Press, 2018). Elle s'en distingue pourtant en ce que l'approche adoptée se veut, comme l'auteur elle-même le décrit, « constructiviste » : elle ne s'intéresse pas aux normes de droit international comme des objets idéaux susceptibles d'être découverts, mais à la compréhension de ces normes que s'en font les internationalistes, ainsi qu'au rapport qui existe entre les différentes expériences nationales et ces compréhensions (par exemple, ce n'est pas une coïncidence que les internationalistes allemands soient les principaux promoteurs de l'idée d'une « constitutionnalisation » du droit international, eu égard à leur formation principalement de droit public et à l'importance de la notion de constitutionnalisation dans la culture juridique allemande d'après-guerre). Il s'agit donc, essentiellement, d'une étude sur la doctrine, et aussi, quoique dans un degré moindre, des autres acteurs de droit international, comme les praticiens ou même les étudiants (mais pas les parties sur lesquelles agit directement le droit international, comme les diplomates ou les multinationales). Or, si A. Roberts s'intéresse à ces acteurs, ce n'est pas pour les soumettre à une analyse sociologique qui se justifierait en tant que telle, mais surtout pour contribuer à comprendre le droit international et remettre en cause quelques idées reçues dans son interprétation (cf. le fameux ouvrage de B. Garth et Y. Dezalay, *Dealing in Virtue. International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago University Press, 1996, qui relie justement l'émergence de la notion de *lex mercatoria* à l'émergence d'un certain champ transnational de praticiens et

universitaires). Il y a donc dans ce livre une tentative intéressante de lier analyse juridique et sociologique. Ce faisant, le livre participe d'un basculement général dans les analyses juridiques internationales, s'intéressant de moins en moins aux normes et de plus en plus aux acteurs et aux matériaux (v. aussi D. Kennedy, *A World of Struggle. How Power, Law and Expertise Shape Global Political Economy*, Princeton University Press, 2016, compte rendu T. Marzal, *Rev. crit. DIP* 2018. 161).

Dans cette perspective, tout le livre s'attèle à la remise en question de l'internationalité ou universalité de la matière, qui semblait pourtant aller de soi autant d'un point de vue doctrinal que du sens commun. Tout d'abord, par la démonstration des énormes décalages, souvent saisissants, séparant les différentes pratiques nationales du droit international (public, pour la plupart). En effet, pour des raisons sociales, politiques et culturelles que l'auteur ne cesse de mettre en relief, les pays analysés (principalement les cinq membres permanents du Conseil de sécurité des Nations unies, c'est-à-dire la Chine, les États-Unis, la France, le Royaume-Uni et la Russie) non seulement exhibent des différences irréductibles par rapport au contenu du droit international public, les formes de raisonnement légitimes, les préoccupations guidant le travail doctrinal, et la définition même de la matière, mais se caractérisent par une inconscience presque totale de ces décalages, ainsi que par un très grand isolement (dont l'intensité varie pourtant selon le pays) par rapport aux pratiques des autres. Or, A. Roberts ne se limite pas à mettre en relief ces différences. L'internationalité du droit international est aussi remise en cause par l'emprise (« *dominance* ») qu'exercent certains pays (en général les pays occidentaux, dont surtout les anglo-américains) de façon « disproportionnée » sur la construction de ce champ. Elle s'appuie ainsi sur les analyses critiques de la globalisation qui la définissent comme « *the process by*

*which a given local condition or entity succeeds in extending its reach over the globe and, by doing so, develops the capacity to designate a rival social condition or entity as local* » (p. 9, citant B. de Sousa Santos, *Towards a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*, Cambridge University Press, 2<sup>e</sup> éd., 2002).

Le contenu du livre est extrêmement riche et contient une multitude de données saisissantes, ce qui nous oblige à être sélectifs dans notre compte rendu. Dans son chapitre 3 (« *Comparing international law academics* »), A. Roberts s'attaque essentiellement à l'existence d'un « collègue indivisible de juristes internationaux » (« *invisible college of international lawyers* », selon la formule très connue d'Oscar Schachter) qui soutiendrait l'unité du droit international. Au contraire, une comparaison des profils des enseignants-chercheurs sélectionnés (qui couvre les professeurs agrégés/*tenured* de droit international – généralement public – dans les universités les plus réputées dans chaque pays) révèle que, loin de former une seule communauté, ce collègue s'avère tout à fait « divisible », chaque État étudié abritant sa propre communauté de juristes internationalistes, marquée par leur propre expérience nationale, opérant souvent dans un grand isolement et se distinguant des autres par la particularité de leurs « approches, références, hiérarchies, domaines d'expertise, et sphères d'influence » (p. 52). Ces divisions émergent d'une comparaison qui prend quatre angles différents : la circulation internationale d'étudiants et la globalisation de l'éducation juridique, les profils des universitaires en termes de diversité, la production de ces universitaires du point de vue de leurs publications, et les connexions existant entre la pratique et les milieux universitaires. Pour ne prendre que quelques éléments concernant le cas français, nous apprenons ainsi que la France reçoit le plus grand nombre d'étudiants étrangers (en nombre absolu et en pourcentage), ce

qui donne déjà une idée de l'importance de la doctrine française dans le monde, permettant à ses universitaires d'exercer une influence très considérable sur la compréhension et pratique du droit international ailleurs dans le monde (et particulièrement dans les pays francophones). À l'inverse, la composition des universitaires français est, du point de vue de leur formation, avec la Russie, la moins diverse : seuls 7 % des universitaires considérés ont obtenu des diplômes dans plus d'un pays (contrairement aux étudiants en droit français, parmi les plus voyageurs), et la proportion d'universitaires dont le premier diplôme en droit a été obtenu dans un pays étranger se réduit à 5 %. Pour souligner l'importance de ces données, rappelons que l'ouvrage ne prend en compte que les universitaires spécialisés en droit international public (ce qui nous permet de supposer que les pourcentages seraient encore plus dramatiques dans d'autres domaines, y compris le droit international privé), et considérons le fait que dans le Royaume-Uni, pour prendre l'exemple opposé, ces pourcentages s'élèvent à 77 % et 74 % respectivement. Vu la structure et pratique du concours d'agrégation et de la procédure de qualification aux fonctions de maître de conférence, nous ne saurions pas être étonnés de découvrir à quel point les universitaires éduqués à l'étranger sont empêchés de joindre les rangs des professeurs des universités françaises, ni le manque d'utilité que le fait de compléter leur formation à l'étranger présente pour ceux qui, éduqués en France, ont des ambitions académiques. Or c'est surtout l'effet de ce manque de diversité que l'ouvrage s'efforce de souligner : privés d'une formation plurinationale, ces universitaires auront tendance à « nationaliser » le droit international, c'est-à-dire à l'interpréter à travers le seul prisme des expériences, jurisprudences, références et compréhensions exclusivement nationales, creusant ainsi les divisions avec les collègues d'autres pays. Cet effet de nationalisation est visible aussi dans l'étude des articles

publiés, dont par exemple un pourcentage très élevé en France (88 %, similaire au 90 % chinois) paraît dans des journaux nationaux et en langue française, ce qui s'explique pour les mêmes raisons et contribue aussi à faire des débats doctrinaux sur le droit international des débats purement nationaux (plutôt que transnationaux). A. Roberts observe dans ce sens un dilemme intéressant. Très fréquemment, et contrairement à ce que l'on aurait pu penser, le fait de se construire une réputation dans un contexte transnational compromettra ses chances de le faire dans un contexte purement national. Or l'inverse est vrai aussi : le fait d'avoir une réputation dans un cadre national n'aide pas forcément à la posséder à l'international. Dès lors, l'internationalité constitue également souvent une forme d'insularité, les universitaires opérant dans un cadre transnational formant leur propre communauté, coupée des débats et pratiques nationales. Et cette insularité produit aussi ses propres préjugés et angles morts : leurs membres auront tendance à célébrer sans faille le droit international, ainsi que son expansion et l'internationalisation des rapports juridiques, sans que ces avis correspondent toujours aux réalités nationales.

Un autre angle d'analyse nous est donné dans le chapitre 4, qui contient une comparaison des manuels de référence, catégorie qui comprend une variété de formats dont les *casebooks*. C'est un chapitre particulièrement intéressant du point de vue du droit comparé, car l'analyse de ces ouvrages que réalise l'auteur ne sert pas seulement à illustrer la division qui règne en droit international public ; elle nous dit également beaucoup sur les cultures juridiques nationales des États sélectionnés, qui expliquent les différences majeures observées (visibles notamment dans le choix des questions traitées par les différents ouvrages, les références citées ou l'importance donnée aux pratiques nationales). Ainsi, par exemple, les manuels américains s'avèrent de loin

les plus « nationalisés », s'éloignant très considérablement des autres quatre États dans l'importance qu'ils donnent aux textes et pratiques américaines, si bien que le droit international est conçu dans ce pays pratiquement comme une branche du droit constitutionnel (insularité qui n'est pas sans rappeler le sort du droit international privé aux États-Unis, concentré comme il l'est dans les relations entre les États fédérés). À l'inverse, et de façon peu surprenante, les manuels les plus « dénationalisés » correspondent aux anciennes colonies, qui ont tendance à étudier le droit international à travers les yeux des anciens colonisateurs et sentent le besoin de justifier l'intérêt qu'ils peuvent éventuellement porter envers leurs propres pratiques nationales. Le cas de la Chine est particulièrement intéressant, puisqu'il combine une analyse du droit international très respectueux des doctrines occidentales (principalement anglo-américaines) et traduisant une vision de la matière comme une sorte de droit étranger, avec un intérêt très concentré sur certaines questions touchant aux intérêts de la Chine (dont notamment le différend en Mer de Chine méridionale), sur lesquelles la perspective adoptée est entièrement nationaliste, se limitant à présenter les avis officiels de l'État. A. Roberts s'intéresse également dans ce chapitre à la dichotomie Occident/non-Occident, dont elle montre que la puissance explicative est, contrairement aux enseignements du droit comparé classique, beaucoup plus importante que celle qui oppose la tradition continentale au *common law*.

Au-delà du droit international public en lui-même, l'un des intérêts majeurs de l'ouvrage est la possibilité qu'il ouvre de soumettre d'autres domaines juridiques aux mêmes types d'interrogations. Le droit de l'Union apparaît immédiatement comme un candidat idéal pour une telle forme d'analyse (est-ce que le droit européen est européen ?), qui dépasserait largement le cadre plus modeste et déjà très développé du pluralisme

constitutionnel [qui se focalise sur les relations non hiérarchiques entre les ordres juridiques nationaux et celui de l'Union : v. G. Davies et M. Avbelj (éds.), *Legal Pluralism and EU Law*, Edward Elgar, 2018). Est-ce que l'idéal de l'uniformité, tant promu par la Cour de justice et notamment par rapport aux règles de droit international privé, se trouve reflété dans les pratiques nationales ? Dans quelle mesure l'eupéanisation des concepts juridiques (soit l'élaboration de notions autonomes en droit de l'Union à partir d'une prétendue synthèse des traditions nationales) est contrebalancé par la « nationalisation » de ces concepts, résultant non seulement de la responsabilité interprétative des juges nationaux mais aussi, et plus fondamentalement, des différences profondes dans la compréhension du droit de l'Union, des attitudes à son égard, et de sa place dans la doctrine et l'enseignement du droit au sein des États membres ? Est-ce que les diverses expériences nationales sont reflétées dans les analyses des uns et des autres, et dans quelle mesure certaines visions nationales dominent l'élaboration et l'interprétation du droit de l'Union, ayant corrélativement par effet de le rendre plus exotique du point de vue des pays périphériques ? Une étude véritablement transnationale du droit européen, peut-elle se faire sans se déconnecter des doctrines et pratiques nationales ?

Il faut néanmoins regretter que l'auteur ne creuse pas suffisamment, ou maintienne une certaine ambiguïté, peut-être volontaire, sur les implications de son approche et des conclusions auxquelles parvient l'ouvrage. La présentation qu'elle fait de la doctrine internationaliste, comme fermement cloisonnée dans des espaces nationaux (ainsi que des îlots transnationaux), est rigoureuse et convaincante. Une question s'impose : comment est-ce que cela devrait affecter notre compréhension et pratique du droit international ? A. Roberts ne pose pas clairement la question et se limite à émettre vaguement le souhait que

« *understanding diverse perspectives will enable international lawyers to comprehend more fully the development of international law as a transnational field, both today and in the future* » (p. 16). Deux interprétations sont a priori possibles. On peut tout d'abord comprendre cette aspiration comme étant celle de contribuer à rendre la matière vraiment internationale, en permettant aux analystes de s'élever au-dessus de leurs particularismes nationaux. Ainsi, le principal obstacle à cette internationalisation serait le manque de conscience de la pluralité de regards et de l'inévitabilité de désaccords et de divisions culturelles et politiques. Ce ne serait donc qu'à partir de la reconnaissance préalable de la relativité de toute perspective nationale sur le droit international, et par conséquent de la nécessité de prendre en compte la pluralité de perspectives sur ce dernier, que l'on pourrait acquérir une vision véritablement complète et objective du droit international, surtout dans le nouveau monde multipolaire où l'Occident perd progressivement du poids (p. 279). Or, il est aussi possible de déduire une implication beaucoup plus radicale. En effet, en quoi un agrégat de subjectivités peut-il produire une objectivité ? Le cubisme nous amènerait donc vers un relativisme total. Pris au sérieux, il faudrait par exemple remettre en question le choix de traiter les pratiques nationales comme des blocs homogènes, leur soumettant à la même question qu'intitule le livre (le droit international français est-il vraiment français ?), pour arriver finalement à la conclusion que le droit international, non seulement n'est pas international, mais même n'existe tout simplement pas.

D'où en réalité un intérêt supplémentaire majeur pour le droit international privé. Nous avons commencé en soulignant que cet ouvrage constitue l'équivalent d'une douche froide par rapport à l'internationalisation qui domine les développements législatifs principaux ainsi qu'une majorité de la production doctrinale. Or, comme nous l'avons mentionné aussi,

l'opposition principale à cette tendance ne provient plus de ceux qui souhaitent maintenir cette discipline dans un cadre national. Au contraire, et attestant donc de la force de l'internationalisation qui traverse la matière, l'alternative principale provient du courant qui cherche à re-situer cette dernière sur la scène globale, en concevant le droit international privé comme un « style » ou un ensemble « d'outils » et de « techniques » plutôt qu'un agrégat de règles et principes de droit positif (v. K. Knop, R. Michaels et A. Riles, *From Multiculturalism to Technique: Feminism, Culture and the Conflict of Laws Style*, [2012] 64 *Stanford Law Review* 589-656), et en lui reconnaissant la capacité singulière d'organiser le pluralisme chaotique qui caractérise le droit global (v. p. ex. G. Teubner, *Constitutio-*

*nal Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, 2012 ; H. Muir Watt, *Conflicts of laws unbounded: the case for a legal-pluralist revival*, [2016] *Transnational Legal Theory*, 7:3, 313-353 ; C. Joerges, *The idea of a three-dimensional conflicts law as constitutional form*, RECON Online Working Paper 2010/05). Ces approches se trouvent confortées dans la mesure où le livre de A. Roberts, et la démonstration qu'elle fait de l'écartèlement du droit international par une diversité irréductible de perspectives, laisse totalement ouverte la question de l'organisation de ce pluralisme. Il reste pourtant à voir si le droit des conflits de lois saura relever le défi.

Toni Marzal

### Legalized Families in The Era of Bordered Globalization, par Daphna Hacker, Cambridge University Press, coll. « Global Law Series », 2017, 394 pages

Professeure à la faculté de droit de l'Université de Tel Aviv (*Women and Gender Studies Program*), Daphna Hacker met à profit sa double formation (Master en droit [LL.M et LL.B] et doctorat en sociologie) pour développer ses recherches dans une démarche interdisciplinaire au carrefour entre le droit et la sociologie. Son champ d'étude privilégié est celui des rapports entre la loi, les familles et le genre. Outre la publication de plusieurs articles dans des revues juridiques ou socio-juridiques, Daphna Hacker est également l'auteure de trois ouvrages examinant les liens entre le droit et les rapports familiaux, dont le dernier *Legalized Families in The Era of Bordered Globalization*, publié en 2017 et récompensé en 2018 par le prix Herbert Jacob de la *Law and Society Association*, s'intéresse plus particulièrement aux rapports entre mondialisation, frontières, famille et droit.

Dans cet ouvrage, l'auteure entend montrer comment la famille contemporaine

est affectée, tant dans sa structure et dans ses manifestations que dans ses habitudes, par ce que l'auteur appelle la *bordered globalization*, autrement dit la mondialisation dans ses rapports aux frontières, définition sur laquelle nous reviendrons. Daphna Hacker pose, en introduction, trois questions auxquelles l'ouvrage entend répondre :

- quelles sont les opportunités offertes aux familles par cette *bordered globalization* ? ;
- quels sont les difficultés et les défis rencontrés par les familles dans ce contexte de *bordered globalization* ? ;
- dans quelle mesure la loi influe-t-elle ou peut-elle influencer sur les opportunités, les difficultés et les défis ainsi rencontrés ?

Pour tenter d'y répondre, le livre est divisé en huit chapitres dont les deux premiers ont pour objet de poser le cadre conceptuel de la recherche menée par l'auteure avant, dans les six chapitres suivants, d'appliquer ce cadre à différents aspects des rapports familiaux.

Ainsi, dans le premier chapitre, l'auteure s'attache à préciser l'outil conceptuel qu'elle propose de *bordered globalization*. L'auteure, comme J.A. Scholte, utilise le terme de mondialisation (*globalization*) en ce qu'il rend compte des connexions transplanétaires qui se développent entre les individus, mais en insistant sur l'idée que cette mondialisation s'articule, au moins pour le moment, avec le maintien de frontières (*borders*), de délimitations, notamment territoriales. C'est cette idée d'interrelations entre mondialisation et frontières qu'elle restitue sous le vocable de *bordered globalization*. Les frontières dont elle entend tenir compte sont essentiellement les frontières géopolitiques sans toutefois exclure totalement les frontières sociales, parmi lesquelles elle range la loi en ce qu'elle est susceptible d'entériner et d'objectiver des inégalités économiques, de genre, ethniques ou religieuses. L'auteure conclut ce chapitre en proposant une typologie des relations entre mondialisation et frontières : des relations antagonistes, des relations de coopération et des relations de réactions réciproques pouvant aboutir à un antagonisme ou à une coopération.

Dans le deuxième chapitre, Daphna Hacker précise ce qu'elle entend par *legalised families*. Elle commence ainsi par montrer la diversité des familles et l'impossibilité de saisir toutes ces formes familiales au sein d'une définition légale unique et uniforme de la famille. Elle propose donc une synthèse des différentes conceptions de la famille qui coexistent autour de quatre axes : collectiviste/individualiste ; dogmatique/pluraliste ; harmonieuse/conflictuelle ; publique/privée. Quelle que soit la conception que l'on a de la famille, il est incontestable que toutes les familles sont potentiellement affectées par la mondialisation et les frontières, ce qui se traduit notamment par la diversité et, potentiellement, la contradiction entre les différentes lois susceptibles de saisir une situation familiale particulière (loi internationale, nationale, locale, coutu-

mière, relative au droit à la vie privée, à l'immigration, à la citoyenneté, aux impôts, etc.). La nécessité de prendre en compte les évolutions de la famille est quant à elle, et en retour, de nature à influencer l'évolution de ces mêmes lois. Ces liens entre lois et familles, que l'auteure résume sous le terme de *legalized families*, ne peuvent être étudiés, en cette ère de mondialisation, qu'avec une approche transnationale.

De fait, dans les six chapitres suivants, Daphna Hacker étudie avec une présentation de nature chronologique différents aspects des relations familiales en ne se concentrant pas sur un système juridique en particulier, mais en cherchant à montrer les tensions, difficultés existantes pour les familles dans leur dimension transnationale et en illustrant son propos par des exemples particulièrement frappants tirés de tel ou tel système juridique ou situation internationale. La structure des chapitres est homogène, chacun d'eux commençant par une introduction dans laquelle l'auteure revient sur les objectifs précis qu'elle s'est assignés, introduction suivie d'un ou deux thèmes plus circonscrits permettant, à l'aide d'exemples précis, d'asseoir son propos.

Le propos suivant un ordre chronologique, le chapitre 3 se concentre logiquement sur la reconnaissance du couple et les difficultés rencontrées par le couple dont la formation ou la séparation a été établie conformément aux règles de son état d'origine, mais ne remplit pas les conditions légales de l'État où il est actuellement implanté, par exemple. Sont naturellement évoqués ici les couples de même sexe, la polygamie, la loi applicable en cas de divorce, mais également la question du mariage religieux et de son articulation avec la reconnaissance civile du couple. L'auteure revient brièvement sur les différentes options offertes par le droit international (méthode de la reconnaissance et exception d'ordre public international) et les réactions nationales canadienne

et anglaise, aux revendications de juridictions religieuses pour trancher les litiges relatifs à la séparation de couples mariés religieusement. Elle s'interroge plus en détails sur l'opportunité des contrats pré-nuptiaux pour régir les rapports familiaux, mais conclut que ces contrats, au-delà d'une valeur pédagogique pour les couples, essentielle en période de mondialisation, procèdent d'une approche purement privatiste de la famille qui ne permet pas de saisir la réalité des enjeux attachés aux rapports familiaux et à leurs évolutions. Autrement dit, la famille ne relevant pas uniquement de la sphère privée, les contrats pré-nuptiaux ne peuvent être utilisés pour régler toutes ses dimensions. L'auteure conclut sur la relative impuissance de la loi sur ces difficultés, hormis, pour les gouvernants, à faire un effort d'accessibilité et de clarté quant aux lois applicables sur leur territoire.

Le chapitre 4 envisage quant à lui la question de la procréation au sein du couple et part du constat d'une augmentation globale de la stérilité et, corrélativement, du recours aux techniques de procréation médicalement assistée. Deux questions sont ici abordées : celle de l'avortement transfrontalier illustrée par le cas des femmes irlandaises, largement forcées d'aller au Royaume-Uni si elles souhaitent interrompre leur grossesse, et celui de la maternité de substitution pour laquelle l'auteure choisit d'étudier le cas d'Israël en tant que pays « demandeur » ayant subi la forte évolution des législations dans ses pays « fournisseurs ». L'auteure souligne ainsi l'hypocrisie de certains États qui comptent sur la mondialisation pour permettre à ses ressortissants ou résidents d'obtenir à l'étranger la satisfaction d'une demande à laquelle ils ne souhaitent pas répondre en interne. Mais surtout, la mise en parallèle de ces deux exemples lui permet d'illustrer la possibilité d'une action commune de la mondialisation et des frontières : la pression du marché et/ou du droit international combinée, le cas échéant, à la

réaffirmation nationale et efficace des frontières de la part des États « fournisseurs » du service recherché, conduit à une évolution globale des normes en vigueur dans les États « demandeurs ».

Le chapitre 5 s'interroge quant à lui sur la possibilité d'une citoyenneté familiale. En effet, la citoyenneté n'est reconnue qu'à un individu déterminé, ce qui, dans notre ère mondialisée, soulève des difficultés lorsque les membres de la famille n'ont pas tous la même nationalité. Pour montrer les incidences particulièrement graves de la restriction à la citoyenneté résultant du renforcement des frontières pour les familles transnationales et l'importance des facteurs économiques, ethniques, religieux et de genre quant à l'aptitude des individus à mobiliser les lois existantes au profit de leur famille, l'auteure s'intéresse à deux éléments. D'une part aux stratégies développées par les États pour éviter qu'un étranger obtienne la citoyenneté en raison de son union avec un national (différence de traitement entre l'époux d'un national et l'époux d'un résident étranger ; en fonction de la nature de l'union entre les individus ; contrôle de la réalité de l'union, des mariages blancs en particulier ; de l'aptitude culturelle de l'époux postulant par des tests d'intégration ; condition de ressources suffisantes pour accueillir et assumer l'époux postulant, etc.). D'autre part aux difficultés pour des parents non nationaux de maintenir une vie familiale auprès de leurs enfants dans le pays d'immigration. L'auteure s'arrête ici particulièrement sur deux exemples, celui d'Israël dont la politique vise à éviter l'installation sur son sol des enfants nés ou à naître d'une travailleuse immigrée et celui, plus connu par l'actualité récente, des États-Unis qui n'attachent aucune conséquence à la reconnaissance de la nationalité américaine aux enfants nés sur son sol sur un éventuel droit de séjour des parents étrangers de ces enfants. Ainsi, l'auteure entend montrer les limites et travers d'une citoyenneté conçue exclusivement en termes individualistes et insiste sur

le fait que les femmes en sont les premières victimes. Elle propose *in fine* d'élever la citoyenneté familiale au rang de droit fondamental tout en précisant que ce droit ne pourrait être absolu.

Après la possibilité pour les parents et les enfants de vivre ensemble, l'ouvrage passe à la question de l'entretien des enfants. Ayant rappelé les chiffres désastreux en la matière, l'auteure s'arrête sur trois solutions communément envisagées par les familles pour tenter d'échapper à la misère et d'améliorer la vie matérielle de leurs enfants : l'envoi d'argent de parents émigrés, le travail des enfants et l'adoption internationale. L'auteure montre ici une certaine inadéquation des injonctions ou préconisations internationales qui souffrent d'un biais culturel marqué par l'influence des pays développés et riches, sans considération des réalités concrètes vécues dans les pays moins favorisés.

Le chapitre 7 aborde quant à lui la triste question des violences intrafamiliales, l'auteure revenant successivement sur les violences conjugales d'une part, insistant sur l'inadéquation ou l'insuffisance des dispositifs légaux existants pour ces personnes particulièrement vulnérables que sont les femmes immigrées et les demandeurs d'asile ; sur les violences à l'encontre des enfants d'autre part. Après avoir examiné en parallèle l'excision et la circoncision, l'auteure propose trois critères permettant de distinguer les violences parentales légitimes, des violences illégales : 1/ les risques établis pour l'enfant, 2/ les avantages reconnus pour l'enfant, 3/ l'importance culturelle de la violence en question. À l'aune de ces critères, l'auteure plaide ensuite pour que soit reconnue l'illégalité des concours de beauté pour les enfants. Enfin, Daphna Hacker revient sur la question de l'enlèvement international de l'enfant par l'un de ses parents et montre comment l'évolution des règles de droit de la famille – et notamment de garde – ont conduit à un changement radical dans le profil du

kidnappeur qui n'est plus aujourd'hui majoritairement le père, mais plutôt la mère. Cette évolution fait ressortir une inadéquation des normes internationales et souvent nationales en vigueur qui ne tiennent pas compte du cas particulier des femmes victimes de violences conjugales qui, pour échapper à ces violences, fuient leur foyer en emmenant leurs enfants. La prise en compte de ces circonstances n'est en effet pas impossible, mais incertaine car entièrement soumise à la discrétion des juges.

Enfin, le dernier chapitre de l'ouvrage porte logiquement sur la question des vieux jours. L'évolution démographique conduit à ce qu'un nombre de plus en plus important de personnes soient âgées et requièrent des soins fréquents ou constants. Cette évolution rend la prise en charge de ces personnes par la solidarité nationale de plus en plus délicate et nombreux sont les pays dans lesquels la solution privilégiée est celle du recours à un (plus généralement une) travailleur immigré, moins coûteux, prenant soin de la personne âgée à domicile et dont les frais sont pris en charge soit totalement soit partiellement par la famille ou la personne âgée elle-même. S'appuyant sur le cas israélien, l'auteure montre la réification de la personne du travailleur qui en résulte : invité à venir seul pour s'occuper d'une personne âgée nationale et à quitter le territoire dès que sa mission est terminée sans considération du temps passé, de la vie privée et éventuellement familiale développée sur le territoire israélien.

Après avoir repris les grands éléments développés dans chacun des chapitres, l'auteure rappelle que la dimension fortement culturelle de la famille rend illusoire une parfaite harmonisation des règles qui la saisissent. Elle propose toutefois un ensemble de six principes pour guider, assister le législateur et le juge (p. 320) :

- la famille étant un élément important de la vie d'une personne, tout un chacun devrait pouvoir librement établir ou ne

pas établir une famille et se voir reconnaître de véritables droits en sa qualité de membre de la famille ;

- la loi devrait reconnaître les liens familiaux lorsqu'ils existent plutôt qu'entériner des notions préconçues et rigides qui ne correspondent pas nécessairement à la « famille en pratique » ;

- les principes de droit de la famille devraient irriguer les autres branches du droit affectant les familles, comme la notion d'intérêt supérieur de l'enfant en matière d'immigration par exemple ;

- les lois phallogocratiques devraient être identifiées et, quelle que soit leur source (internationale, nationale, etc.), corrigées ;

- les lois relatives à la famille devraient être élaborées sur la base de données empiriques, données qui font encore défaut concernant l'impact du jeu mondialisation-frontières sur les familles ;

- une meilleure information devrait être rendue disponible au profit des familles pour qu'elles puissent mieux saisir les enjeux en présence et construire, lorsqu'elles le peuvent, leur biographie familiale en conséquence.

Au terme de ce véritable voyage, que peut-on en retirer ? En tant que citoyen, un appel à la réflexion sur une question qui nous concerne potentiellement tous et des clés de compréhension quant aux jeux d'influence qui s'exercent sur notre famille entre mondialisation et frontières. Il s'agit d'un appel engagé politiquement de la part d'une universitaire dont le positionnement féministe et pragmatique est clairement assumé. En tant que juriste, on pourra sans doute déplorer certaines inexactitudes – comme l'intégration de l'Italie parmi une liste de pays interdisant l'avortement

(p. 122) quand cette « interdiction » n'est pas directement le fait de la loi (qui autorise l'avortement en Italie depuis 1978), mais de la pratique (refus des médecins) – ; l'absence de véritable démarche comparative malgré une analyse annoncée en introduction comme centrée sur trois systèmes nationaux (États-Unis, Royaume-Uni et Israël) ; une analyse et une présentation très parcimonieuse et parcellaire des textes juridiques pertinents ; la formulation de propositions restant relativement vagues et dont on peut douter de la véritable incidence pratique ; une mobilisation opportuniste et parfois peu convaincante des exemples. *In fine*, l'analyse de l'auteure dans cet ouvrage est d'abord sociologique, le droit ne constituant qu'un instrument subsidiaire, ce qui explique que le lecteur juriste puisse rester sur sa faim.

C'est pourquoi il convient de garder à l'esprit l'ambition initiale de l'auteure, précisée et rappelée tout au long de l'ouvrage. Il ne s'agit ni d'un manuel de droit, ni d'une recherche juridique approfondie, mais plutôt d'un panorama socio-juridique qui ne se veut pas exhaustif, mais qui a pour ambition de soulever des questions en faisant ressortir les manifestations les plus saillantes, de proposer des pistes de réflexions et d'inviter au développement d'une recherche coopérative, transdisciplinaire et internationale sur le sujet. À cet égard, l'ouvrage de Daphna Hacker s'avère pour tout un chacun une lecture des plus stimulantes, foisonnante d'informations et d'invitations à la réflexion, à l'introspection et au débat.

Elsa Supiot

**Le juge et la mondialisation dans la jurisprudence de la Cour de cassation – Cour de cassation, Étude annuelle 2017,**  
par Nathalie Blanc (dir.), La Documentation française, 2018, 301 pages

La Cour de cassation a choisi de faire porter son *Étude annuelle* pour 2017 sur le sujet : *Le juge et la mondialisation dans la jurisprudence de la Cour de cassation. L'Étude annuelle*, dont la fonction est de faire la synthèse de la jurisprudence de la Cour sur un thème transversal (le lecteur de cette Revue se souviendra en particulier du thème de l'ordre public retenu pour l'étude de l'année 2013 : *Rapport annuel 2013 de la Cour de cassation*, Doc. fr., 2014, p. 89 s.), prend désormais la forme d'une publication séparée du rapport annuel. Ce nouveau millésime de l'*Étude* mérite d'être ici signalé tant le droit international privé a partie liée avec le phénomène de la mondialisation, ce que le livre souligne d'ailleurs en consacrant de nombreux passages à des questions ressortissant à cette matière. L'*Étude* est introduite par un avant-propos d'une dizaine de pages signées de Nathalie Blanc, professeur à l'Université Paris 13, et directrice scientifique de l'ouvrage à la rédaction duquel ont en outre participé une quarantaine de magistrats de la Cour de cassation. Y est présentée la question des rapports entre le juge judiciaire et la mondialisation, introduisant ainsi à la substance du sujet, organisée en deux pôles que forment d'une part « Le dépassement des frontières » et d'autre part « La persistance des territoires ».

Le plan ainsi retenu laisse entrevoir à tout internationaliste à quel point l'*Étude* s'intéresse au droit international privé. À dire vrai, si l'on met à part les développements de droit pénal international et de droit européen qui parsèment naturellement l'ouvrage, il est peu de passages qui ne concernent pas de près ou de loin des questions de droit international privé ; et, pourrait-on ajouter, il est peu de questions de droit international privé qui ne soient abordées : à part celles de

droit de la nationalité et de condition des étrangers, laissées largement en dehors du champ de l'*Étude* – sans grande explication alors que la première, par son déclin et sa survie comme facteur de rattachement ou chef de compétence, et la seconde, par le contact qu'elle entretient avec le phénomène migratoire, ont sans doute leur mot à dire dans un discours sur la mondialisation –, le lecteur retrouvera bien des questions habituellement traitées dans la partie générale des traités ou manuels de droit international privé. Ainsi en droit des conflits de lois est présentée, non sans remonter dans le temps, l'évolution de la jurisprudence de la haute juridiction sur l'office du juge en matière d'applicabilité et de contenu de la loi étrangère, sur le conflit de conventions, sur l'applicabilité des lois de police, sur la fraude à la loi et sur l'exception d'ordre public. Quelques questions choisies de droit spécial des conflits de lois s'ajoutent à cette liste (propriété intellectuelle, faille internationale, droit du travail et de la sécurité sociale). En droit des conflits de juridictions, l'examen de « l'ouverture aux justices étrangères » conduit à des développements substantiels couvrant les exceptions de litispendance et de connexité internationale aussi bien que la réception des jugements étrangers, et ce, qu'ils se présentent en la forme ordinaire ou sous forme de titre exécutoire européen. Au chapitre de « la collaboration des justices nationales » est présentée la jurisprudence relative aux mécanismes d'entraide judiciaire internationale (commissions rogatoires internationales, notifications internationales des actes de procédure). L'émergence d'une justice mondiale est discernée à travers la consécration jurisprudentielle d'un « ordre arbitral transnational » et l'accueil réservé par les juges aux clauses attributives de juridiction. Ces

dernières ne fournissent d'ailleurs pas la seule question de droit de la compétence internationale directe abordée par l'*Étude* puisqu'on y trouve aussi des approfondissements, sous l'angle de la compétence des juridictions françaises, sur des questions comme les immunités de juridiction, l'influence d'internet, l'internationalisation des faillites, la protection des salariés, le régime du for de nécessité, les atteintes à l'environnement... On notera enfin, au titre de la procédure civile internationale, un passage conséquent sur le français, langue du procès.

Monstre ou merveille, l'*Étude* fascine. Son format en fait une sorte de chimère, empruntant ses traits au panorama de jurisprudence et au rapport de synthèse d'un colloque. Du premier, elle tire son souci de ressemblance fidèle au droit positif, nourrie qu'elle est par la jurisprudence de la Cour de cassation dans laquelle les membres de cette juridiction, actuels ou anciens, puisent comme autant de coauteurs, pour souligner les solutions qu'elle retient sur tel ou tel point en contact avec le thème. Du second provient l'impression de cristallisation des solutions positives recensées autour des grands axes qui traversent la matière et structurent l'ouvrage. Un souffle doctrinal anime l'ensemble, qu'il s'agisse du mouvement général mis en lumière par la directrice scientifique dans son avant-propos, ou des directions prises plus ponctuellement par telle ou telle jurisprudence, dont l'*Étude* montre bien que la Cour de cassation façonne son œuvre, certes au coup par coup, mais aussi dans la préoccupation de la cohérence de ses fondements systématiques. Synthèse de droit positif sur un thème pertinemment choisi et fruit d'une coopération entre l'École et le Palais, l'exercice a de quoi séduire. Mais – et cela est sans doute inévitable – l'hybridation ne permet pas de tenir l'intégralité des promesses dont chacun des modèles est porteur. Photographies du droit positif de la mondialisation devant

la Cour de cassation, certains développements sont un peu trop descriptifs de solutions classiques et connues, sans que leur lecture ne donne l'impression d'une mise en relief qu'opérerait le prisme de la mondialisation employé pour observer les mécanismes à l'œuvre (il en va ainsi par exemple des passages relatifs à l'office du juge concernant la loi étrangère, à la fraude à la loi ou à l'exception d'ordre public). Quant à l'élan théorique donné dans l'avant-propos par l'analyse doctrinale de la mondialisation dans ses rapports avec le juge de cassation, son effet sur la compréhension du droit positif ne se produit que de façon inégale. Chaque fois que le point de droit traité se conclut par le simple constat que le droit français traite le phénomène de la mondialisation et que le juge accompagne le droit dans ce traitement, la présentation reste plutôt fade et ressemble même à un catalogue incomplet puisque une telle conclusion vaut sans doute de l'ensemble du droit international privé, lequel devrait alors faire l'objet d'un rappel intégral. Au contraire, s'agit-il, sur tel autre point, de souligner que le droit évolue sous l'effet d'un phénomène de mondialisation et que le juge est acteur de cette évolution ? L'intérêt du lecteur s'accroît alors à la lecture de lignes exprimant une véritable doctrine de la Cour de cassation. Emblématique de cette situation est le passage relatif à la mondialisation de la justice arbitrale, où la reconnaissance par la Cour de cassation d'un ordre arbitral transnational est exposée et analysée, dans des développements qui ne devraient laisser indifférent aucun internationaliste, comme manifestant « l'émergence d'une justice mondiale ». On se prend alors à regretter que d'autres têtes de chapitre, sur les altérations de la localisation ou sur les avancées de l'autonomie des parties, pour ne donner que deux exemples, ne complètent pas cet intéressant et important travail.

Pascal de Vareilles-Sommières

## Punitive Damages in Private International Law. Lessons for the European Union,

par Cédric Vanleenhove, Intersentia, 2016, xiv + 260 pages

Dans l'attente de la réforme de la responsabilité civile (projet du 13 mars 2017) et de l'introduction projetée de l'amende civile en droit français (C. civ., art. 266-1°), il est instructif de se pencher sur la façon dont le droit international privé européen accueille, en première ligne, les dommages et intérêts punitifs étrangers. C'est l'objet de l'ouvrage de Cédric Vanleenhove, *Punitive Damages in Private International Law. Lessons for the European Union*, publié en 2016 et issu de la thèse qu'il a soutenue à l'Université de Gant sous la direction de la professeure Dr. Maud Piers. Dès les premiers paragraphes d'introduction, le lecteur est instruit des limites de l'analyse entreprise qui n'est en aucun cas de se demander si le droit européen, ou les États membres de l'Union européenne, devraient se doter d'un tel outil, mais se focalise sur la réception dans les pays européens des dommages et intérêts punitifs étrangers. Le but vers lequel tend l'étude est de proposer des directives concrètes aux juges européens destinées à les guider dans l'application d'une loi étrangère prévoyant des dommages et intérêts punitifs ou l'exécution d'un jugement étranger ordonnant de tels dommages. Tous les pays de l'Union européenne ne sont pas passés au crible de l'analyse, cinq sont choisis pour l'intérêt que présentent les arrêts déjà rendus par leurs tribunaux sur ces questions et notamment par leur juridiction de rang supérieur (Allemagne, Angleterre, Espagne, France et Italie).

Les dommages et intérêts punitifs objet de l'étude sont exclusivement ceux du droit américain. L'intérêt que voit l'auteur à centrer son analyse sur ces derniers tient d'abord à l'absence de convention bilatérale ou multilatérale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements entre les États-Unis et les

États européens (contrairement à ce qui se passe avec le Canada, l'Australie et la Nouvelle-Zélande), ce qui offre un large éventail de réponses nationales différentes. Ensuite, les dommages et intérêts américains sont ceux auxquels les tribunaux des États européens se trouvent le plus souvent confrontés et ceux dont le montant est le plus élevé, même si sur ce point l'auteur met à bas le mythe qui s'est construit autour du fameux arrêt *Stella Liebeck v. McDonald's Restaurant, PTS, Inc* [1995 WL 360309 (N.M. Dist. 1994)] et son montant record de 2,7 millions de dollars pour un café brûlant ayant occasionné des brûlures dont la victime a manqué de mourir alors qu'un accident semblable s'était déjà produit dans le passé (le montant a ensuite été réduit à 480 000 \$ par le *trial judge*, puis a fait l'objet d'une transaction restée confidentielle entre les parties). La moyenne des dommages et intérêts punitifs prononcés par les tribunaux américains s'établirait ainsi autour de 64 000 \$, cette tendance à une modération relative étant le fruit d'une politique jurisprudentielle et législative aussi bien fédérale qu'étatique entamée à la fin des années 80 à la présentation de laquelle plusieurs pages sont consacrées (§ 71 à 100).

Le premier chapitre des sept que compte l'ouvrage de dimension très raisonnable (243 pages) s'ouvre, ainsi, très logiquement sur une présentation du concept de *punitive damages* en droit américain, dont la forme moderne plonge ses racines dans le droit anglais médiéval, mais dont les traces les plus anciennes peuvent être décelées, semble-t-il, dans le Code d'Hammourabi (section 107), la Bible et le droit romain. Institution très débattue aux États-Unis, les dommages et intérêts punitifs poursuivent un double objectif qui fait douter de leur appartenance au droit civil : il s'agit, d'une part,

de punir l'auteur du dommage dont la conduite envers la victime a été volontairement nuisible et, d'autre part, de dissuader celui-ci ou d'autres d'adopter le même comportement. En principe limités à la responsabilité extracontractuelle, et particulièrement présents depuis ces trente dernières années dans le contentieux de la responsabilité du fait des produits, des dommages et intérêts punitifs sont accordés par les tribunaux américains dans un large éventail de cas, y compris en matière contractuelle lorsque la conduite à l'origine du manquement est constitutive d'un délit donnant lieu au versement de dommages et intérêts punitifs [*Second Restatement of Contracts*, § 355 (1981)]. Cette double fonction punitive et dissuasive des dommages et intérêts punitifs conduit l'auteur à esquisser une réflexion que l'on aurait souhaitée plus approfondie sur la fonction économique et sociale des *punitive damages* aux États-Unis en lien notamment avec ces autres outils juridiques si spécifiquement américains que sont les *class actions* et les *contingent attorney fees*.

Les trois chapitres suivants (2 à 4) sont consacrés à l'analyse des points de friction entre les dommages et intérêts punitifs du droit américain et le droit international privé des cinq États membres élus. L'auteur en identifie trois.

Le premier, consacré à l'assignation en justice d'un défendeur domicilié dans un État membre en vue d'une condamnation à des dommages et intérêts punitifs dans le cadre d'un procès aux États-Unis, constitue une découverte. Cette question ne s'est en effet posée qu'en Allemagne où elle a fait l'objet d'un traitement controversé. 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, qui lie les États-Unis aux États membres de l'Union européenne (à l'exception de Malte et de l'Autriche), vise les actes de nature civile et commerciale mais sans

définir ces termes (art. 1). Or, une telle qualification a été refusée en 2005 par la haute cour régionale de Koblenz (*Oberlandesgericht Koblenz*) au motif que, le demandeur se prévalant d'infractions au droit de la concurrence, les intérêts publics l'emportaient sur les intérêts privés et l'acte judiciaire signifié en Allemagne tombait dès lors en dehors du champ d'application de la convention. Cette jurisprudence est cependant restée minoritaire et l'auteur rejoint la position dominante en Allemagne pour considérer que les dommages et intérêts punitifs sont de nature civile, dès l'instant du moins qu'ils sont versés à la victime (ce qui n'est pas le cas dans tous les États américains où une part parfois substantielle doit être versée à l'État ou à un organisme public), et cela, quel que soit le montant réclamé, celui-ci ne devant exercer aucune influence sur la qualification de la demande. Quant au refus d'exécution d'une demande de notification opposé par la seconde chambre de la Cour constitutionnelle allemande dans le cas *Napster* sur le fondement de l'article 13.1 de la même convention pour atteinte à la souveraineté ou à la sécurité de l'État auquel la demande a été adressée, il a été vivement critiqué en Allemagne et cette décision est restée heureusement isolée (*Bundesverfassungsgericht*, 25 juill. 2003, BVerfGE 108, 238). Il est maintenant clairement établi qu'une demande de dommages et intérêts punitifs ne constitue pas en soi une atteinte à la souveraineté ou à la sécurité de l'État auquel elle est adressée pour être notifiée ou signifiée au défendeur, sauf à ce que les circonstances entourant une telle demande révèlent d'emblée un flagrant abus de procédure (*Bundesverfassungsgericht*, 4 sept. 2008, 2 BvR 1739/06, 2 BvR 1811/06). L'auteur se montre pour sa part favorable à une utilisation restrictive de l'exception : outre que la convention de La Haye a pour but de faciliter la transmission des actes judiciaires et extrajudiciaires, le stade de l'assignation n'est pas adapté à une analyse de compatibilité avec l'ordre public

de l'État auquel la demande est adressée, alors que l'octroi des dommages et intérêts punitifs réclamés et leur montant restent encore incertains et que le contrôle de la régularité du jugement rendu permettra, le cas échéant, de sanctionner en bien meilleure connaissance de cause l'atteinte portée à l'ordre public de l'État requis. En tout état de cause, on apprend qu'il est en pratique inutile de s'opposer aux dommages et intérêts punitifs américains par un refus d'assigner. D'une part, *The Schlunk doctrine* – du nom de l'arrêt rendu par la Cour suprême américaine [*Volkswagen Aktiengesellschaft v. Schlunk*, 486 US 698-706 (1988)] – établit clairement que la convention de La Haye ne doit pas nécessairement être utilisée pour assigner aux États-Unis un défendeur étranger lorsque les règles nationales de procédure le permettent, ce qui serait le cas en présence d'une agence ou d'une filiale du défendeur sur le territoire américain. D'autre part, le demandeur peut toujours, dans un premier temps, limiter sa demande à des dommages et intérêts compensatoires de façon à faciliter l'assignation à l'étranger en application de la convention puis, dans un second temps, signifier à l'avocat américain comparaisant en représentation du défendeur une demande additionnelle en dommages et intérêts punitifs.

L'exception d'ordre public retrouve, en revanche, toute sa pertinence lorsque la question des dommages et intérêts punitifs se pose à travers l'application par un juge européen d'une loi américaine les autorisant. L'auteur ne doute pas que l'article 15 c) du règlement (CE) n° 864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) doive être interprété comme soumettant au domaine de la loi applicable à la responsabilité la question de l'octroi et de l'évaluation des dommages et intérêts punitifs, ce qui les soumet donc à la même loi que les dommages et intérêts compensatoires. Peut-être le lecteur averti regrettera-t-il ici que ne soit pas abordée l'intéressante question

des conflits de lois en matière de dommages et intérêts (sur cette question, v. O. Boskovic, *Le domaine de la loi applicable*, in S. Corneloup et N. Joubert [dir.], *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, 2008, p. 183, spéc. p. 187 et s.), mais l'approche de M. Vanleenhove se veut résolument pratique et pédagogique, laissant à la marge les sujets de réflexion proprement internationalistes. En l'absence de jurisprudence européenne susceptible d'éclairer l'interprétation du considérant 32 du règlement Rome II (hormis la décision peu parlante d'une cour de district d'Amsterdam de juin 2012, § 197), l'auteur consacre quelques pages à son historique mouvementé, rapportant les difficultés rencontrées par le législateur européen dans sa tentative de formuler de façon claire et univoque sa position au regard des dommages et intérêts punitifs. Pris en tenaille entre, d'une part, la prévention allemande à l'égard de demandes de réparation allant au-delà de ce qui est nécessaire à une réparation intégrale du dommage (v. art. 40, § 3 du EGBGB) et, d'autre part, la tolérance toute naturelle de l'Irlande et de l'Angleterre envers les dommages et intérêts punitifs américains, le législateur européen a renoncé à imposer aux États membres la défense d'un « ordre public communautaire » qu'heurteraient les dommages et intérêts punitifs (v. art. 24 de la proposition de règlement du 22 juill. 2003). Vestige des débats ayant agité la Commission et le Conseil, le considérant 32 du règlement admet implicitement que la responsabilité civile peut avoir une autre fonction que la stricte réparation du dommage et laisse aux États membres la possibilité d'opposer leur ordre public à l'encontre d'une « disposition de la loi désignée par le présent règlement qui conduirait à l'octroi de dommages et intérêts exemplaires ou punitifs non compensatoires excessifs ». L'incertaine autorité normative des considérants, à laquelle s'ajoutent les doutes (que l'auteur ne lève pas) sur l'interprétation du

considérant 32, laisse le lecteur avec ses interrogations : quelle marge de liberté le considérant 32 laisse-t-il exactement aux États membres ? Signifie-t-il vraiment que les dommages et intérêts punitifs ne pourraient pas être, en eux-mêmes, contraires à l'ordre public d'un État membre s'ils ne sont pas « excessifs » ?

L'exception d'ordre public international, et son interprétation, sont également au cœur de la thématique de l'exécution en Europe des décisions américaines accordant des dommages et intérêts punitifs. Sur les cinq pays européens étudiés, les cours suprêmes de quatre d'entre eux ont pris position, ce qui permet à l'auteur de les ranger selon un classement allant de « conservateurs » (Italie et Allemagne) à « progressifs » (France et Espagne), l'Angleterre occupant le rang intermédiaire de « modéré ». L'Italie, à travers deux décisions de sa Cour suprême (*Corte Suprema di Cassazione*, 19 janv. 2007, n° 1183, *Fimez SpA* ; 8 janv. 2012, n° 1781/2012, *Soc. Ruffinatti v. Oyola-Rosado*), fait montre de fermeté en élevant au rang de valeur essentielle du droit civil italien la nature strictement compensatoire des dommages et intérêts sanctionnant la responsabilité extracontractuelle ; ce faisant, les décisions américaines accordant des dommages et intérêts non compensatoires ne peuvent recevoir exécution en Italie, quitte à priver la victime de réparation si la décision américaine ne permet pas de distinguer entre les différents postes d'indemnisation. Un tel résultat a lui-même été contesté en doctrine comme possiblement contraire aux articles 24 et 25 de la Constitution italienne et à l'ordre public... alors que ce dernier a précisément motivé le refus d'exécution (v. § 227 et les réf. citées, note 486).

En Allemagne, dans l'emblématique affaire *John Doe v. Eckhard Schmitz* (BGH, 4 juin 1992, RTD civ. 1994. 443, obs. C. Witz ; RGDA 1996. 205, note J.-M. Gardette), le *Bundesgerichtshof* s'est prononcé sur l'exécution d'une décision californienne ayant accordé

à un jeune américain victime d'abus sexuels de la part d'un citoyen germano-américain qui s'était réfugié en Allemagne, où il avait des biens, diverses sommes correspondant aux frais médicaux passés et futurs (150 260 \$) et à la réparation du préjudice de souffrance et d'anxiété (200 000 \$), auxquelles la cour californienne avait ajouté la somme de 400 000 \$ de dommages et intérêts punitifs et exemplaires, sachant que 40 % de la somme totale allouée devait couvrir les frais d'avocat engagés par la victime. Sur la nature débattue – civile ou pénale – d'une telle décision, le BGH tranche en faveur de son caractère civil tout en laissant au demeurant ouverte la question de la loi applicable à cette qualification. En principe exécutoire grâce à cette nature civile, la décision ne sera déclarée toutefois telle que pour les dommages et intérêts compensatoires (350 260 \$), tandis que la portion punitive des dommages et intérêts se voit refuser l'exécution pour contrariété à l'ordre public international allemand [art. 328 (1), 4 ZPO]. Les raisons avancées pour justifier cette contrariété sont multiples : elles tiennent à l'enrichissement de la victime, à l'atteinte portée au principe de la stricte compensation du dommage, aux objectifs – traditionnellement attribués au droit pénal – poursuivis par les dommages et intérêts punitifs, au rôle de procureur privé endossé par la victime qui vient interférer avec le monopole étatique et, enfin, à l'absence de protection du défendeur auquel ne s'appliquent pas les règles de procédure pénale. De façon surprenante, la cour allemande avance aussi le risque d'une discrimination, le créancier d'un jugement américain de dommages et intérêts punitifs exécutoire en Allemagne étant « avantage » par rapport au créancier domestique qui obtiendrait une moindre somme même en cas de dommage plus important. En renversant la perspective, on pourrait pourtant aussi bien s'interroger sur l'immunité conférée au débiteur domicilié en Allemagne, responsable d'un dommage sur le territoire américain où il agit, contre le jugement améri-

cain de dommages et intérêts punitifs. Il est également à noter dans cette affaire que le peu de liens qu'elle entretenait avec l'Allemagne n'a pas constitué un frein à la mise en œuvre de l'exception d'ordre public selon la théorie bien connue de l'*Inlandsbeziehung*, ce que l'auteur traduit comme une manifestation profonde de l'aversion allemande pour les dommages et intérêts punitifs américains. Pourtant, l'auteur décèle aussi dans cette décision des facteurs d'évolution possible. D'abord, le BGH soumet la décision américaine à un test de « proportionnalité », qu'il juge non satisfait en l'espèce dès lors que le montant des dommages et intérêts punitifs excède la somme totale des dommages et intérêts compensatoires. Ce rapport de 1 à 1, sur lequel la Cour de cassation se serait également alignée dans son fameux arrêt *Fontaine Pajot*, sera repris par l'auteur dans les propositions finales de sa thèse (v. *infra*). Ensuite, la Cour fédérale allemande admet qu'une exception soit faite pour la part compensatoire des dommages et intérêts punitifs, ce qui vise les sommes accordées au titre d'un préjudice particulièrement difficile à prouver, ou compensant des pertes qui ne sont pas compensées par d'autres types de dommages et intérêts, ou encore les sommes visant à priver le défendeur des gains qu'il dégage de son comportement délictueux. En revanche, la Cour refuse que les dommages et intérêts punitifs constituent le moyen d'indemniser le préjudice moral, lequel est réparé par des dommages et intérêts compensatoires spécifiques (*pain and suffering*), de même qu'elle refuse d'y voir le moyen de compenser le préjudice de la victime lié à l'impossibilité en droit américain de condamner son adversaire aux frais de justice, ce qui, à juste titre, est vivement regretté par l'auteur.

L'étude de la situation en Angleterre, que l'on imaginait riche d'enseignements en raison de son statut unique en Europe de pays de *common law*, ne renouvelle guère la réflexion. Tandis que les décisions étrangères accordant des

*treble damages* (triplement des dommages et intérêts compensatoires) ne peuvent tout simplement pas recevoir exécution en Angleterre en application du *Protection of Trading Interest Act* de 1980 (PTIA), la question de l'exécution des décisions accordant des dommages et intérêts punitifs « purs » n'est pas encore fermement tranchée en jurisprudence. C'est d'ailleurs la demande d'*exequatur* d'un jugement lillois ayant condamné le débiteur/défendeur anglais à payer en sus de sa dette, 10 000 F au créancier/demandeur français pour « résistance abusive » (C. civ., anc. art. 1153), qui a conduit Lord Denning à formuler l'*obiter dictum* selon lequel l'ordre public anglais ne s'oppose pas à l'exécution d'une décision ordonnant des dommages et intérêts exemplaires car ces derniers « [are] still considered to be in conformity with the public policy in the US and many of the great countries of the Commonwealth » (*S.A Consortium General Textiles v. Sun and Sand Agencies LTD* [1978] Q.B. 300). Bien que *Dicey & Morris on the Conflict of Laws* (éd. L. Collins, 14<sup>e</sup> éd., 2006, n° 14-146) fasse sienne cette opinion, le sort différent réservé aux deux catégories de dommages et intérêts ne trouve guère d'explication rationnelle, les dommages et intérêts triples étant une sous-catégorie de dommages et intérêts punitifs de moindre montant et dont la détermination est également moins fantaisiste.

Quant à la France, c'est bien entendu l'affaire *Fontaine Pajot* (Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> déc. 2010, n° 09-13.303, Rev. crit. DIP 2001. 93, note H. Gaudemet-Tallon ; D. 2011. 423, note F.-X. Licari ; JDI 2011. 614, note O. Boskovic) et ses (rares) suites (Poitiers, 4 mars 2011, n° 09/02077 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 2012, n° 11-23.871, Rev. crit. DIP 2013. 898, note L. Usunier), ainsi que les réactions doctrinales qu'elles ont suscitées, qui reçoivent toute l'attention de l'auteur. Cette décision, comme chacun sait, a déplacé le curseur de l'ordre public international du principe même du versement de dommages et intérêts

punitifs (Paris, 9 nov. 2006, n° 04/22000) vers une appréciation quantitative du montant versé. Le « test de proportionnalité » que pose la Cour de cassation dans cet arrêt fondateur, mais sans donner de directives précises sur sa mise en œuvre, fournira à l'auteur la substance de sa thèse (v. *infra*). Enfin, l'Espagne, dont la rare jurisprudence sur le sujet apparaît laxiste et peu lisible (*Miller Import Corp. v. Alabastres Alfredo, S.L.*, 13 nov. 2001, *Exequatur* n° 2039/1999, AEDIPR 2003. 914), vient clore cette présentation de droit comparé (§ 320-326).

S'ouvre alors l'avant dernier chapitre du livre dont l'objet est de démontrer au lecteur que les dommages et intérêts punitifs ne sauraient être rejetés, en eux-mêmes, comme étant contraires à l'ordre public des pays européens, alors que dans nombre d'entre eux on trouve des institutions qui s'en rapprochent ou s'en inspirent. L'auteur commence par passer en revue, pour les combattre, les arguments invoqués en jurisprudence pour s'opposer à l'exécution des jugements américains accordant des dommages et intérêts punitifs. Il s'attelle ensuite à rechercher dans le droit des États membres des mécanismes comparables à celui des dommages et intérêts punitifs. En l'absence d'équivalent exact, il faut dégager les critères de comparaison permettant d'identifier l'existence d'un concept proche. La nature non compensatoire de la somme allouée est présentée comme étant un critère essentiel puisqu'est ainsi portée atteinte au dogme de la réparation intégrale du dommage. L'objectif poursuivi, punition/dissuasion, doit aussi être pris en considération. En revanche, le montant ne constitue pas un critère pertinent. Quant à la circonstance que la somme soit allouée en tout ou partie à l'État, cela ne constitue pas selon l'auteur un motif décisif de disqualification. Muni de ces critères, qui pourraient sans doute être discutés, l'auteur décèle dans le droit des différents États membres plusieurs règles qui y répondent.

L'exemple le plus frappant est celui des dommages et intérêts « exemplaires » ou « punitifs » du droit anglais, dénommés comme tels en 1964 dans l'affaire *Rookes v. Barnard* [(1964) U.K.H.L., 34 (H.L.)] mais dont les origines remontent au XVIII<sup>e</sup> siècle et sont à la source même du concept aux États-Unis. Ces dommages et intérêts ne peuvent cependant être alloués que dans des cas très particuliers définis par Lord Devlin et si, et seulement si (le *if and only if test*), l'octroi de dommages et intérêts compensatoires ne permet pas de punir le défendeur, de le dissuader de recommencer et de marquer la désapprobation à l'égard de sa conduite. Bien que l'octroi de dommages et intérêts punitifs en Angleterre soit considérablement plus limité qu'en droit américain, il s'agit du seul pays européen dans lequel leur existence est explicitement reconnue (Chypre ne fait pas partie de l'étude). Dans les autres États membres, l'auteur décèle dans des matières variées (droit civil, droit des assurances, droit commercial) des exemples ponctuels de règles dont le rapprochement avec les dommages et intérêts punitifs peut sûrement être débattu, mais qui soutiennent bien l'idée que le principe de la réparation intégrale souffre de suffisamment d'atteintes en droit interne pour empêcher qu'il soit élevé au rang de principe d'ordre public international. S'agissant du droit français, outre la découverte marginale de l'article 43 de la loi du 21 avril 1810 concernant les Mines, les Minières et les Carrières, ce sont classiquement la clause pénale de l'ancien article 1266 du code civil (nouvel art. 1231-5), l'astreinte, l'article L. 442-6 du code de commerce et bien entendu le projet d'introduction d'amende civile en droit de la responsabilité extracontractuelle (projet de loi du 13 mars 2017, art. 266-1) qui sont présentés comme illustrant à titre principal la présence de considérations punitives en droit civil français. On se laisse aussi facilement convaincre par l'idée selon laquelle l'indemnisation du préjudice moral, particulièrement difficile à évaluer, conduirait les juges à

prendre en considération d'autres éléments que le préjudice souffert par la victime et, notamment, le comportement de l'auteur du dommage (en ce sens également, P. Jourdain, Rapport introductif, in M. Behar-Touchais [dir.], Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?, LPA 2002. 3, n° 7). En droit européen, à côté du considérant 32 du règlement Rome II et de quelques textes épars, le principe d'équivalence illustrerait, de façon détournée, la tolérance du droit européen à l'égard des dommages et intérêts punitifs. En application de ce principe qui veut que les modalités procédurales applicables à un recours fondé sur le droit de l'Union ne soient pas moins favorables que celles applicables à un recours similaire fondé sur le droit interne, il a été affirmé par la Cour de justice que « si des dommages et intérêts particuliers, tels que des dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, peuvent être alloués dans le cadre d'actions nationales semblables aux actions fondées sur les règles communautaires de concurrence, ils doivent également pouvoir l'être dans le cadre de ces dernières actions » [CJUE 13 juill. 2006, aff. C-295/04, *Vincenzo Manfredi c. Llyod Adriatico Assicurazioni SpA*, § 99]. Le droit irlandais de la concurrence prévoyant effectivement l'octroi de dommages et intérêts exemplaires [*Irish Competition Act*, section 14(5)], cette sanction devrait être étendue par les juges irlandais aux atteintes au droit européen de la concurrence. Cela étant, rien n'empêcherait les autres États membres de s'opposer à l'exécution de la décision irlandaise au motif qu'elle serait contraire à leur ordre public [art. 46 et 45-1(a) règl. Bruxelles I bis]. L'auteur juge cependant cette issue improbable, ne serait-ce que parce que la contrariété à l'ordre public doit être manifeste.

Face à ces nombreuses manifestations dans les États européens de mécanismes dont les ressorts sont proches de ceux des dommages et intérêts punitifs, M. Vanleenhove défend l'idée que ces derniers ne sauraient plus être, en

eux-mêmes, contraires à l'ordre public international de ces États, comme cela a déjà été admis par les jurisprudences française et espagnole (arrêts préc.). Mais à l'instar de la Cour de cassation française, l'auteur préconise la mise en place d'un « test de proportionnalité », dont il s'applique à dégager les principes directeurs dans son dernier chapitre de thèse (contre l'instauration d'un tel test, v. not. F.-X. Licari, note sous *Fontaine Pajot*, réf. préc.). À quelques adaptations près, ce sont les mêmes critères qui permettront aux juges européens de décider du caractère proportionné des dommages et intérêts, qu'il s'agisse pour eux d'appliquer la loi américaine ou d'exécuter une décision de justice américaine. L'objectif vers lequel tend l'élaboration de ces directives, au nombre de 9, est sinon l'uniformisation, du moins la mise en cohérence des politiques d'accueil des dommages et intérêts punitifs américains dans les pays européens. Au préalable, est rapidement envisagé l'obstacle que représente la prohibition de la révision au fond des décisions étrangères. En effet, ce principe s'oppose à ce que certains critères soient retenus dans le test de proportionnalité et, en particulier, tout critère qui prendrait pour mesure du caractère excessif des dommages et intérêts punitifs alloués les standards domestiques. Les directives qui suivent ne font pas toutes l'objet d'un traitement approfondi, la teneur de certaines n'appelant que peu de développements.

À titre de postulat de départ, en guise de première directive, il est rappelé que la courtoisie internationale tend vers l'exécution des décisions de justice, le refus d'exécution, notamment au nom de l'ordre public, formant dès lors l'exception à réserver aux situations extrêmes (*in dubio pro recognitione*). La deuxième directive voudrait que l'exécution de la décision sur les dommages et intérêts compensatoires ne soit pas mise en péril par la présence dans cette même décision de dommages et intérêts punitifs ; autrement dit, les demandeurs

devraient toujours être avisés de l'intérêt de demander à titre subsidiaire un *exequatur* partiel pour éviter la situation rencontrée dans l'arrêt *Fontaine Pajot* (préc.), où le refus d'*exequatur* a empêché les victimes du dommage de faire exécuter leur droit à compensation en France. L'intérêt de solliciter un *exequatur* partiel apparaît fort bien dans cette affaire dont la toute récente conclusion est en effet bien regrettable. La Cour de cassation vient ainsi d'opposer un refus fondé sur l'autorité de la chose jugée à la demande « tendant à voir déclarer exécutoire en France le jugement du 26 février 2003 rendu par la Superior Court of California, county of Alameda, *sauf en ses dispositions relatives aux dommages-intérêts punitifs* » (Civ. 1<sup>re</sup>, 24 mai 2018, n<sup>o</sup> 16-26.012, nous soulignons). Les demandeurs avaient obtenu du juge californien le 11 mai 2012 un jugement *nunc pro tunc* répartissant les condamnations prononcées selon les différents postes de préjudice et espéraient ainsi pouvoir revenir devant le juge français pour demander l'exécution de la portion compensatoire des dommages et intérêts auxquels la société *Fontaine Pajot* avait été condamnée. La Cour de cassation a cependant approuvé la cour d'appel d'avoir considéré que « le jugement californien du 26 février 2003 n'avait été ni rectifié ni interprété, mais seulement présenté différemment par le jugement du 11 mai 2012, lequel n'avait ni utilité ni nouveauté quant à l'information du juge de l'*exequatur* sur la répartition des chefs de condamnation » et d'avoir par conséquent justement retenu que « la demande d'*exequatur* partiel de ce jugement oppose, pour un objet et une cause identiques, les mêmes parties que celle de l'instance ayant, par une décision irrévocable, abouti au refus d'*exequatur* du jugement dans sa rédaction initiale ». Cette vaine tentative de contourner l'autorité de la chose jugée s'est avérée doublement calamiteuse pour les demandeurs américains qui se sont vus de surcroît condamner par les juridictions françaises au versement de 30 000 € de dommages et intérêts à la société Foun-

taine Pajot pour s'être fondés sur « un artifice procédural tiré de la procédure américaine du jugement *nunc pro tunc* et destiné à contourner les conséquences de l'autorité de la chose jugée »...

Dans le prolongement de cette deuxième directive, la troisième invite les États européens à ne pas opposer l'exception d'ordre public à l'exécution des décisions ordonnant des dommages et intérêts punitifs qui poursuivraient un objectif compensatoire. Il s'agit, notamment, de la portion des dommages et intérêts punitifs qui servent à couvrir les frais de justice et d'avocat engagés par la victime. L'auteur voit dans la convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for un argument en faveur de cette proposition. Interprété *a contrario*, l'article 11 § 1 préserverait du refus d'exécution les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs qui compenseraient une partie pour la perte ou le préjudice réels subis et, dans cette optique, le § 2 recommande que « le tribunal requis [prenne] en considération si, et dans quelle mesure, le montant accordé à titre de dommages et intérêts par le tribunal d'origine est destiné à couvrir les frais et dépens du procès ». Cependant, comme le reconnaît l'auteur, encore faut-il que le juge d'origine détaille clairement dans sa décision les différents postes de préjudice et les sommes précises allouées pour chacun d'eux, ce qui ne sera pas toujours le cas ; or, l'interdiction de la révision au fond interdit au juge requis de déterminer lui-même la part compensatoire dans les dommages et intérêts punitifs totaux alloués. Ainsi, dans l'arrêt *John Doe c/ Eckhard Schmitz* (préc.), bien qu'animé de bonne volonté sur ce point, le *Bundesgerichtshof* a indiqué ne pas être en mesure de saisir, à la lecture de la décision américaine, si les dommages et intérêts compensatoires, particulièrement généreux, n'incluaient pas déjà les éléments destinés à couvrir ces coûts.

Les deux directives suivantes abordent la délicate question du rapport de pro-

portion entre les dommages et intérêts compensatoires et les dommages et intérêts punitifs, ce *ratio* devant guider les juges dans leur appréciation du caractère excessif de ces derniers. La Cour suprême des États-Unis a établi que le montant des dommages et intérêts punitifs ne devait pas excéder neuf fois celui des dommages et intérêts compensatoires pour satisfaire les exigences de *Due process* [*State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell et al*, 7 avr. 2003 ; 538 U.S. 408, spéc. 425 (2003)]. Ce plafond, très élevé, ne saurait bien entendu s'imposer aux juges européens, mais l'auteur juge utile, malgré la difficulté de l'exercice, d'établir une limite chiffrée sous forme de *ratio* prenant pour base les dommages et intérêts compensatoires. Il propose que le montant des dommages et intérêts punitifs ne soit pas supérieur à celui des dommages et intérêts compensatoires, soit un rapport de 1 à 1. Cette proposition s'appuie sur une certaine lecture des jurisprudences française (*Fontaine Pajot*) et allemande (*John Doe*) et trouverait aussi un appui dans l'arrêt précité de la Cour suprême américaine dans les cas où les dommages et intérêts compensatoires sont déjà en eux-mêmes très substantiels. Cette proposition se veut nouvelle dans un paysage doctrinal où elle occupe l'exact intermédiaire entre le *ratio* de 1 à 2 avancé par le sénateur L. Bétaille dans sa proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile (n° 657 du 9 juillet 2010) et le *ratio* de 2 à 1 de l'auteur suisse F. Strebel (*The enforcement of Foreign Judgments and Foreign Public Law*, 21 Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review 1999. 104-105). L'intérêt attendu de la fixation d'un *ratio* est d'apporter de la sécurité juridique au test d'excessivité, sans tomber dans le piège de la révision au fond qui guetterait, en revanche, une appréciation portée par le juge requis sur la légitimité de la conduite du défendeur. Au demeurant, l'auteur admet une certaine souplesse dans sa mise en œuvre, commandée notamment par les circonstances particulières de chaque cas.

Parmi ces circonstances, il y a les liens que le for requis entretient avec le litige selon la théorie bien connue de l'*Inlandsbeziehung* mentionnée dans l'affaire *John Doe* (préc.) par le *Bundesgerichtshof* qui n'a pas considéré cependant que la citoyenneté américaine de la victime et de l'auteur des violences sexuelles, ainsi que la commission des faits aux États-Unis, faisaient obstacle à l'exception d'ordre public international. Dans le prolongement de J. Zerkoll (*The Enforceability of American Money Judgments Abroad: A Landmark Decision by the German Federal Court of Justice*, 30 Columbia Journal of Transnational Law 1992. 653), l'auteur a l'air de penser que l'*Inlandsbeziehung* aurait davantage sa place dans le contexte de l'application de la loi étrangère que dans celui de l'exécution d'une décision étrangère. Il s'interroge d'ailleurs, avec précaution, sur une possible présence de ladite théorie dans le considérant 32 du règlement Rome II qui invite les États membres à tenir compte « des circonstances de l'espèce et de l'ordre juridique de la juridiction saisie » pour évaluer la contrariété à leur ordre public de dommages et intérêts exemplaires ou punitifs non compensatoires excessifs.

En interaction avec la théorie de l'*Inlandsbeziehung*, la nature des intérêts protégés par l'exception d'ordre public est présentée comme un autre critère digne d'intérêt. La volonté commune de plusieurs pays de protéger certains intérêts devrait conduire le for requis, quand il les partage, à faire montre d'une plus grande tolérance pour exécuter une décision condamnant à des dommages et intérêts punitifs celui qui a porté atteinte à ces intérêts. Il est possible d'interpréter en ce sens l'arrêt de la Cour suprême espagnole, *Miller c/ Alabastres* (préc.), qui semble avoir accordé de l'importance au fait que non seulement l'Espagne, mais « tous les pays du monde » reconnaissent la nécessité de protéger les droits de propriété intellectuelle. *A fortiori* des valeurs essentielles telles que la liberté, la dignité de la personne humaine ou la protection de l'environnement devraient

rendre plus tolérables les décisions de dommages et intérêts punitifs sanctionnant leur violation.

Pour finir, M. Vanleenhove partage avec plusieurs auteurs, dont G. Droz (Variations Pordea, Rev. crit. DIP 2000. 194) et F.-X. Licari (Prendre les *punitive damages* au sérieux : propos critiques sur un refus d'accorder l'*exequatur* à une décision californienne ayant alloué des dommages et intérêts punitifs, JDI 2010. 1261), la possibilité pour le juge requis de réduire le montant des dommages et intérêts punitifs alloués par la décision étrangère au montant maximal tolérable, possibilité qu'il juge préférable à la politique du tout ou rien adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt *Fontaine Pajot* (préc.), ce qui justifierait quelque liberté avec le principe d'interdiction de la révision au fond.

Parfois décrits comme le cheval de Troie de l'américanisation du droit continental, les dommages et intérêts punitifs du droit américain nous sont incontestablement devenus ces dernières années plus familiers. Le fossé qui sépare les deux traditions juridiques tend aujourd'hui à se réduire avec, d'une part, une Cour suprême américaine soucieuse de faire respecter les exigences du *Due Process* et, d'autre part, des pays européens dans lesquels se développent des concepts proches de celui des dommages et intérêts punitifs. L'ouvrage de M. Vanleenhove, facile d'accès et proposant une approche très didactique, offre une très bonne porte d'entrée vers la découverte de ce concept en voie de domestication en Europe.

Christelle Chalas

## Nineteenth Century Perspectives on Private International Law,

par Roxana Banu, Oxford University Press, 2018, 332 pages

Roxana Banu présente une belle étude de l'histoire de la doctrine de droit international privé du XIX<sup>e</sup> siècle (et un peu au-delà). Issu de sa thèse de doctorat soutenue à l'université de Toronto, ce travail impressionnant sur la production scientifique des deux côtés de l'Atlantique vaut indiscutablement d'être lu, en prenant tout le temps nécessaire pour assimiler une grande quantité de matériaux souvent ignorés ou oubliés. En effet, sa recherche inclut de façon quasi-exhaustive les travaux d'auteurs francophones, et plus largement de l'ensemble du monde continental, et atteste la volonté de la jeune chercheuse de sortir des récits historiographiques souvent rabattus. Notamment, elle propose une relecture de la pensée de Josephus Jitta, qu'elle entend tirer de l'oubli en tant qu'il serait l'un des trois contributeurs les plus significatifs, avec Carl von Savigny, en Europe et Joseph Story aux États-Unis, de ce nouveau « grand siècle »

du droit international privé. Le choix de Josephus Jitta s'explique par la dimension « relationnelle » de sa doctrine, qui entendait intégrer l'individu dans des sphères sociales successives autres que le seul État, naviguant ainsi entre les deux perspectives opposées (individualiste et souveraineté-centrée) qui prédominaient respectivement des deux côtés de l'Atlantique. Si le choix de Josephus Jitta retient l'attention d'emblée, c'est parce que d'autres études historiques très autorisées ont choisi de ne pas l'inclure (B. Ancel, *Éléments d'histoire du droit international privé*, LGDJ, 2017). On pressent là les éléments d'une intéressante discussion tant sur la façon de faire l'histoire doctrinale de la discipline que relative aux paramètres qui guident la sélection des auteurs étudiés.

À cet égard, lorsqu'on se reporte au plan de l'ouvrage on est frappé d'emblée par ce qu'il révèle de la poursuite

résolue d'une idée-maîtresse : réhabiliter un courant internationaliste humaniste ou relationnel, aujourd'hui méconnu, qui aurait traversé à divers degrés et selon des modalités variables, la pensée d'auteurs ayant posé les fondements du droit international privé contemporain (c'est-à-dire en rupture avec le cadre moderne de la théorie des statuts). Ce plan, il faut dire, est légèrement désarçonnant pour le lecteur habitué à une division soit chronologique, soit thématique, des idées. Neuf chapitres présentent aussi bien des écoles de pensée identifiées géographiquement (étude des théories centrées sur l'État et l'individu au XIX<sup>e</sup> siècle en général, puis en Europe, puis aux États-Unis ; identification d'un courant internationaliste relationnel après la seconde guerre mondiale en Europe et puis à nouveau analyse des perspectives centrées sur l'État et l'individu dans la théorie américaine après Beale) que trois florilèges de concepts transversaux qui conduisent à revisiter les courants déjà étudiés (à savoir reconnaissance, droits individuels et la recherche du raisonnable ; puis légitimité et autonomie ; enfin universalisme *versus* uniformité).

S'il n'est pas facile de comprendre, au seul survol de cet ordonnancement, quel est exactement le propos de l'auteure, le chapitre introductif éclaire davantage le fil directeur de l'ouvrage. Il convient de reprendre celui-ci dans le détail ici, car il est essentiel non seulement pour comprendre l'analyse proposée, mais aussi pour formuler une appréciation critique de l'ensemble. L'introduction commence ainsi, à partir d'exemples, par présenter deux conceptions différentes de la façon dont on peut « décrire le contexte transnational d'une relation interpersonnelle » : l'une qui a pour prémisse une division des souverainetés dans l'ordre international et qui intègre le caractère interétatique de la régulation souveraine d'une telle relation ; l'autre qui se concentre plutôt sur des éléments complexes d'auto-détermination individuelle et de relations entre personnes privées (p. 3). L'une prendrait

plutôt l'État comme centre de gravité de sa vision du monde et point de départ de son approche méthodologique, l'autre l'individu. On peut parfaitement comprendre cette opposition, qui semble correspondre à celle, généralement acceptée de ce côté de l'Atlantique depuis les travaux de Phocion Francescakis, qui oppose les deux fonctions, « répartitrice » et « régulatrice » des conflits de lois. On ne peut guère non plus contester que le droit international privé « opère dans le champ de ces différentes justifications normatives et de leurs implications sur le terrain des politiques législatives » (*ibid.*).

Mais l'essentiel, se prêtant à davantage de discussion, vient après. Rappelant que l'état de la discipline est critiqué à l'heure actuelle par un certain nombre d'auteurs en tant qu'elle serait dépourvue d'un horizon de sens face aux crises et injustices actuelles liées à la globalisation, voire de principes fondateurs ou démocratiques, de sorte qu'elle aurait développé une forme de « vision tubulaire », M<sup>me</sup> Banu interprète ces critiques comme convergeant autour de l'idée selon laquelle cette orientation techniciste, neutre et apolitique de la discipline trouverait sa cause dans la perspective de droit privé épousée par cette dernière, qui aurait favorisé l'individualisme, entendu comme une autonomie sans frein des individus au-delà de l'État. Les mêmes critiques verraient la solution, le salut ou la voie à suivre, dans une reconnexion avec l'horizon politique du droit international public. Observons d'emblée, car la thèse de fond n'emporte pas forcément l'adhésion comme on le verra, que cette lecture n'est sans doute pas fautive en elle-même. Il est parfaitement exact que l'on a dénoncé l'aveuglement ou l'impuissance du droit international privé face à la distribution inégalitaire des pouvoirs et des ressources dans le monde, y compris ceux qui ont été induits par l'opération de ses propres normes : il s'agit là de la question du rôle invisible mais significatif de ces dernières dans la progressive mise

en place de l'infrastructure juridique de la globalisation économique. Il est également vrai que la réinjection des valeurs du « public » dans le droit international « privé », notamment celle de la responsabilité des communautés publiques et des acteurs privés, ou la reconnexion de la partie privée de la discipline du droit international avec son homologue public sont envisagées comme de possibles avenues pour ré-ancrer l'économie dans une régulation étatique, nationale ou internationale. La focale de ce courant d'idées a été le domaine de l'économie (mais pour une critique généalogique parallèle en matière de relations familiales, v. A.H. Neidhardt, *The Transformation of European Private International Law. A Genealogy*, doctorat EUI, oct. 2018).

C'est contre ces idées, leurs prémisses ou le diagnostic critique porté sur l'état actuel du droit international privé, que l'auteure construit sa thèse. Selon sa lecture de l'école de pensée en question, qui se situe dans une réflexion sur les implications de la discipline pour la gouvernance globale, l'individu (ou en tout cas, la perspective individualiste) serait « démonisé », la relation passée entre droit international public et droit international privé « idéalisée » (p. 7). En réaction contre de tels travers, elle entend ainsi réhabiliter les ressources inexplorées de la pensée internationaliste du XIX<sup>e</sup> siècle (p. 7) d'une part, pour montrer l'intensité des débats académiques qui existaient déjà entre deux perspectives, focalisée respectivement sur l'État et l'individu, se soldant par de riches approches syncrétiques, celle, « relationnelle », de Josephus Jitta en tête ; d'autre part, en vue de dénoncer l'erreur prôtée aux mêmes auteurs contemporains qui consisterait à rechercher la solution aux travers qu'ils dénoncent du côté du droit international public, car les idées puisées du côté publiciste de la discipline seraient précisément à l'origine du formalisme et de l'isolement que l'on reproche aujourd'hui à son avatar privé. À partir de ces critiques, l'objectif, réitéré, de M<sup>me</sup> Banu

est alors de contribuer à « repenser la fonction régulatrice du droit international privé » en mettant en évidence la tendance « internationaliste relationnelle » qui était constamment présente au XIX<sup>e</sup> siècle. Cette dimension serait perdue de vue aujourd'hui par la focalisation trop importante par les mêmes auteurs critiques sur la dichotomie État/individu, alors qu'une puissante pensée du XIX<sup>e</sup> siècle aurait bien ambitionné d'intégrer les deux. Le terrain est alors préparé pour des analyses très détaillées des doctrines en dialogue à l'époque (le souci d'exhaustivité expliquant sans doute quelques scories : le nom de Ph. Francescakis est orthographié avec deux "k", tandis que Paul Lagarde se voit attribuer le prénom de Pierre), des relations entre elles, de leurs avatars et des commentaires ultérieurs, de façon à faire ressortir les perspectives « internationalistes relationnelles » qui ont jalonné la longue période d'invention du droit international privé classique.

La thèse centrale de l'ouvrage, consistant à souligner la réalité d'une approche plus « relationnelle » qu'étatiste ou individualiste au cours du XIX<sup>e</sup> siècle est intéressante. Un tel projet, réhabilitant les relations inter-individuelles en tant que focale du droit, est présent dans d'autres travaux contemporains, soit en droit civil transnational (H. Dagan et A. Dorfman, *Interpersonal human rights and transnational private law*, 2016, <http://ssrn.com/abstract=2860275>, et nos propres doutes sur cette approche : *On the moral commitments of private law and the curbing of global corporate power*, *Cornell International Law Journal Online Symposium*, août 2018), soit en droit international privé (G.P. Romano, *Souveraineté « mono-nationale », relations humaines « transterritoriales » et « humanisation » du droit international privé – Libres propos*, in *Mélanges en l'honneur de Bertrand Ancel*, LGDJ, Iprolex, 2018, p. 1415), soit dans l'idée contemporaine de droits de l'homme, qui implique de mettre en équilibre la liberté individuelle, l'intérêt des minorités, et

celui des États. Plus généralement, il est difficile, à moins de souscrire à une forme de totalitarisme soit libertarien soit collectiviste, de ne pas approuver tout effort tendant à la conciliation de l'individuel et du social. En revanche, ce que dénoncent les courants critiques à l'heure actuelle, c'est le désencastrement de l'économie vis-à-vis de toute régulation, le "décollage" des acteurs privés par rapport aux tentatives des États de leur imposer des devoirs, ou plus largement l'insuffisance criante de considérations de responsabilité des communautés ou des entreprises dans la sphère globale, qu'il s'agisse d'intégrer les avantages économiques obtenus du fait des activités hors sol, ou encore d'assurer que l'État assure sa protection aux individus de nationalité étrangère (ce qui justifie, selon C. McClachlan, la création d'une discipline distincte, à côté du conflit de lois : Entre le conflit de lois, le droit international public et l'application internationale du droit public : le droit des relations externes des États, Rev. crit. DIP 2018. 191).

Nul n'ignore en effet le caractère problématique de la vision du conflit de lois comme conflit de souverainetés qui s'est consolidée au début du xx<sup>e</sup> siècle au point de jonction, ou de séparation, des parties privée et publique de la discipline du droit international. La fonction répartitrice qu'endossait à cette époque la règle de conflit dans les récits les plus influents signifiait qu'elle devait départager les compétences étatiques de la seule perspective du droit du for, revêtant dans les représentations des auteurs du début du xx<sup>e</sup> siècle un caractère formaliste et processualiste marqué, tout en promouvant des valeurs particularistes et, selon le contexte, nationalistes. Mais dans les différentes propositions récentes, critiquées par M<sup>me</sup> Banu, de doter la discipline d'une constitution, de dessiner la portée des droits individuels selon les lignes de la responsabilité des communautés, de concevoir le droit international privé comme une structure de coordination pluraliste avec un système de *peer*

*review*, ou encore de renouer avec un horizon politique, il n'y a aucune volonté de retour vers les conceptions répartitrices du passé. Bien au contraire, l'heure n'est plus à la nostalgie des conceptions démocratiques et libérales du xix<sup>e</sup> siècle, dont les dérives, ou les effets induits sur le terrain de la distribution, sont patents. Mais sur ce point, on peut se demander s'il n'y a pas deux malentendus importants dans la compréhension qu'a l'auteur des critiques actuelles.

Le premier malentendu réside dans le fait que, du point de vue des rapports entre le droit et la globalisation, le paradigme libéral (ou la « conscience juridique ») dans lequel prenait place les penseurs du xix<sup>e</sup> siècle et qui présupposait un certain rapport entre l'autorité et les acteurs privés, a précisément changé au point de s'inverser. L'essor de la gouvernance par contrat, l'autonomisation des marchés ou le désamarrage des entreprises sont les effets d'un nouveau contexte économique et l'origine d'un nouveau paradigme juridique dans lequel, pour une large part et en tant qu'il détermine la libéralisation des activités privées, le droit international privé est profondément impliqué. La critique sur ce terrain ne se veut pas historique mais d'économie politique, ou encore généalogique, et en tant que telle prend ses distances par rapport à ce qu'aurait affirmé ou non tel ou tel discours doctrinal en contexte. Dans un domaine à certains égards analogue, on peut prendre pour exemple les critiques d'auteurs tels Günter Frankenburg (*Human Rights and the Belief in a Just World*, International Journal of Constitutional Law [2014], vol. 12, n° 1, p. 35-60) ou Samuel Moyn (*The Last Utopia. Human Rights in History*, Harvard University Press 2010) à l'égard des droits de l'homme ou de l'idée de dignité humaine. Ce que disent ces auteurs est que la fonction qui leur est prêtée a des effets induits qui peuvent être parfaitement contre-productifs. Mais aucun des deux n'est opposé aux valeurs humanistes, pas plus qu'ils ne prétendent,

dans leurs travaux respectifs faire un travail d'histoire, par opposition à une analyse généalogique.

Un second malentendu a son origine dans le fait de ne pas distinguer ce qui serait reproché à la doctrine de Carl von Savigny et ce qui l'est au « savignisme » qui s'est développé au <sup>xx</sup><sup>e</sup> siècle (P. Gothot, *Simple réflexions à propos de la saga des conflits de lois*, in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz 2005, p. 343). En effet, en dépit d'une évocation en toute fin de l'ouvrage, Savigny et le savignisme semblent faire l'objet d'un amalgame chez l'auteur (de même que dans la citation sur laquelle elle s'appuie de Klaus Shurig p. 7, note 23). Selon Klaus Schurig, une « légende » aurait émergé sous l'influence d'une école tenue pour subversive qui aurait prêté un caractère apolitique à la doctrine de Savigny. On ne reviendra pas ici sur ce qu'était vraiment la doctrine politique de Savigny et ses relations avec le libéralisme politique du <sup>xix</sup><sup>e</sup> siècle, car ces thèmes ont été excellemment traités par d'autres (v. R. Michaels, *Globalizing Savigny. The State in Savigny's Private International Law and the Challenge of Europeanization and Globalization*, 2005 : <http://ssrn.com/abstract=796228> ; P. Gothot, préc.). Le propos ici est de souligner que la critique politique a été, plutôt, de constater que, partageant le paradigme ou la conscience juridique classique, et sous l'influence de valeurs (ordre, raison, autonomie individuelle) contemporaines à l'émergence du droit international public à la fin du <sup>xix</sup><sup>e</sup> siècle, le droit international privé « savigniste », épousant paradoxalement un tournant particulariste alors même qu'il empruntait une fonction répartitrice de souverainetés étatiques, a fondé sur des idées prêtées – à tort ou à raison – à Savigny, un certain nombre de préceptes qui ont injecté à la discipline du conflit de lois un formalisme et plus tard un technicisme marqué, dont on peut penser qu'ils ne sont pas pour rien dans l'incapacité

actuelle de la discipline à affronter les défis politiques du présent.

Par ailleurs, on peut se demander si la redécouverte de visions humanistes ou relationnelles dans les doctrines méconnues du <sup>xix</sup><sup>e</sup> siècle n'aurait pas largement gagné à être accompagnée d'une recherche sur l'émergence au cours de la même période de différentes doctrines philosophiques et de théorie politique s'agréant autour de l'individualisme et dont on peut raisonnablement supposer qu'elles migraient également vers les disciplines connexes. Une étude récente entreprend ce travail fascinant pour le seul contexte français du <sup>xix</sup><sup>e</sup> siècle, en soulignant les nombreuses variations, ambiguïtés et contradictions qui entouraient la notion d'individualisme par rapport à d'autres catégories proches ou au contraire antonymes (M.-F. Pignet, *Individualisme. Une enquête sur les sources du mot*, CNRS éd. 2018). En cela, il n'est pas surprenant de constater, en remontant le fil des discours doctrinaux analysés par M<sup>me</sup> Banu, que les dérives liées aujourd'hui à la globalisation économique se sont produites à l'issue d'un siècle pavé des meilleures intentions théoriques. En effet, les conceptions relationnelles décrites avaient pu fournir à la fois un point de départ méthodologique et le centre d'une vision politique, avant d'être prises au piège des contradictions inhérentes à la vision libérale dans un monde changeant. C'est à ce point que la conscience juridique « classique » avait basculé vers le « social », selon le récit généalogique de la globalisation (D. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in D. Trubek et A. Santos [dir.], *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, 2006).

Ce qui est très intéressant, en revanche, c'est que le travail historique de M<sup>me</sup> Banu s'inscrit dans un retour du biographique, sous la forme de récits autour de figures et personnalités marquantes, ou de portraits de la grande

ou petite doctrine (comp. la magistrale analyse de la contribution de la scolastique espagnole au droit international public, par M. Koskiennemi, *Empire and International Law: The Real Spanish Contribution*, 61 *University of Toronto Law Journal* 1, 2011, ou les portraits des grandes figures doctrinales publiés par la Société française de droit international dans une *Galerie des Internationalistes* ouverte aux privatistes, avec par exemple des notices sur Foelix ou Lainé, par D. Foussard). Comme le dit si bien

Didier Fassin (*La Vie, Mode d'emploi critique*, Le Seuil, 2018), les tensions entre le biographique et le biologique, le transcendant et le local, l'universel et le particulier, l'abstraction et la pratique, traversent toutes les disciplines. Il en va de même du droit international privé, et l'ouvrage de Roxana Banu mérite d'être salué à cet égard pour son apport à la compréhension, en contexte, des doctrines du XIX<sup>e</sup> siècle.

Horatia Muir Watt

## Dispute Resolution in Transnational Securities Transactions,

par Tiago Andreotti, Hart Publishing, 2017, 272 pages

L'ouvrage *Dispute Resolution in Transnational Securities Transactions* vise les critères d'évaluation et la création d'une infrastructure contentieuse adéquate pour la résolution des différends transfrontaliers relatifs aux marchés financiers. La démarche est considérée comme l'arrière-plan nécessaire pour la confiance des investisseurs étrangers dans l'accès à la justice, et par conséquent pour l'intégration des marchés. L'analyse concerne les droits internationaux privés européen, américain et brésilien, l'arbitrage et les modes alternatifs de résolution des conflits (MARC). La sécurité juridique, condition essentielle pour les transactions sur instruments financiers, devient également l'objectif principal dans une perspective contentieuse. Ainsi guidée, la recherche d'un système véritablement transfrontalier de résolution des litiges financiers aboutit à des solutions fondées sur l'arbitrage collectif (permettant aux investisseurs d'agir ensemble devant un tribunal arbitral contre un même défendeur, de manière similaire à une action de groupe) et la mise en réseau des MARC nationaux selon le modèle FIN-NET européen, plateforme qui facilite l'accès des investisseurs consommateurs au MARC étranger pertinent pour résoudre

un différend avec un prestataire étranger de services financiers.

L'étude est structurée en dix chapitres, introduction comprise. Les quatre premiers établissent les prémisses de l'analyse, le cinquième structure les solutions envisagées, qui sont renforcées par la suite, y compris en termes d'inadéquation des droits internationaux privés étatiques.

Vu le rôle du droit dans la constitution (à travers la confiance) et la régulation des marchés financiers, l'auteur souligne l'importance de l'action privée ayant la double fonction de dédommagement et d'assurer le respect des législations de marché (*private attorney general*), d'où l'importance de son effectivité à l'échelle transfrontalière. Le contentieux privé concernant les investisseurs est décliné à travers trois catégories principales, en fonction de l'entité dont la responsabilité pourrait être recherchée : l'émetteur, le prestataire des services d'investissements (PSI), et/ou l'intermédiaire appelé « informatif » (*informational intermediaries*) (e.g. agences de notation, auditeurs). Si dans les deux premiers cas les rapports sont soumis à la fois au contrat et aux réglementations financières, le

troisième pose généralement le problème de l'absence de lien contractuel direct avec les investisseurs.

La sécurité juridique de l'effectivité transfrontalière du contentieux privé envisagé est considérée comme précaire en vertu des droits internationaux privés, et la mise en place d'une juridiction spéciale internationale comme illusoire. De plus, le coût d'une action individuelle pourrait dissuader l'investisseur d'agir. Par conséquent, l'auteur s'oriente vers deux systèmes principaux : l'arbitrage collectif pour les litiges entre les investisseurs et l'émetteur ou l'intermédiaire « informatif », et la généralisation du réseau européen FIN-NET pour les différends entre les investisseurs et les PSI.

L'arbitrage collectif bénéficierait de la circulation de la sentence selon la convention de New York, et pourrait accommoder le *opt-out* et un régime allégé de notification. L'émetteur pourrait être incité à insérer une clause d'arbitrage collectif dans ses statuts et dans ses contrats avec les intermédiaires « informatifs » pour rendre l'investissement plus attrayant à l'étranger, ou s'il y avait une obligation légale en ce sens. Plusieurs conditions devraient être prises en compte pour l'efficacité d'un tel système : la publicité des sentences, la localisation du siège de l'arbitrage dans une juridiction favorable à l'arbitrage, l'arbitrabilité des litiges mettant en cause le droit financier et le droit des sociétés dans les juridictions avec lesquelles le défendeur a des liens.

Pour les différends entre les investisseurs et les PSI, le caractère individuel de la prestation exclut le contentieux collectif. En revanche, les MARC de type *Ombudsman* ou visant le recouvrement de petites créances faciliteraient l'accès des investisseurs étrangers. Le modèle pertinent pour les situations transfrontalières serait le réseau FIN-NET assurant la coordination des MARC nationaux en la matière, mis en place au niveau de l'espace économique européen. Pour

l'auteur, les exigences qui s'imposent dans ce cas visent le caractère contraignant de la décision et l'existence des garanties procédurales (indépendance, motivation, publicité).

La pertinence de l'architecture contentieuse proposée est ensuite démontrée à plusieurs niveaux. Du point de vue institutionnel, sont analysés les aspects visant la légitimité, l'indépendance, et la transparence, mais aussi les coûts d'accès, d'administration des preuves, de représentation et du maintien du système. Les divers modèles de résolution des différends dans les juridictions visées sont évalués du point de vue économique, de l'accessibilité et du respect de l'État de droit. L'aspect collectif du contentieux entre les investisseurs d'une part et l'émetteur ou l'intermédiaire « informatif » d'autre part est rendu pertinent par l'unité factuelle sous-jacente (par ex. l'information transmise). Les principales contraintes retenues en ce sens concernent l'existence d'incitations adéquates pour l'initiation du contentieux tout en évitant l'abus, la gestion des conflits d'intérêts (avec l'avocat, le tiers qui finance le contentieux, ou entre les demandeurs) ainsi que la résolution définitive du différend. De plus, le caractère transfrontalier du contentieux oblige à prendre en compte les limitations de nature éthique ou procédurale des divers systèmes juridiques. Pour la matière financière, ce caractère serait de nature à privilégier l'arbitrage collectif par rapport aux actions de groupe dans les juridictions visées, qui pourrait néanmoins servir de modèle. Cependant, l'auteur admet qu'en dehors des États-Unis la mise en place de l'arbitrage collectif doit surmonter des difficultés liées aux garanties du droit au procès équitable et à l'ordre public.

Le dernier chapitre vise la justification des solutions retenues à travers l'inadéquation des mécanismes de droit international privé au contentieux financier transfrontalier. Un inventaire des sources d'insécurité juridique en ce qui

concerne les règles de compétence, de conflits de lois et de reconnaissance des jugements, y compris pour chaque type de litige, est établi. Celui-ci pourrait dissuader les investisseurs particuliers de petite et moyenne taille d'engager un litige transfrontalier. En revanche, le potentiel développement de l'arbitrage collectif et une mise en réseau globale des MARC répondraient mieux à l'objectif de sécurité juridique quant à la protection de ces investisseurs en assurant leur confiance dans les marchés étrangers.

L'analyse et les solutions proposées par l'auteur sont séduisantes à plusieurs niveaux. En premier lieu, la préférence pour l'arbitrage et les MARC pourrait pallier l'aspect psychologique d'aversion des acteurs financiers envers le contentieux, particulièrement lorsqu'il est étatique. En ce sens, l'arbitrage collectif et les MARC pourraient être un compromis acceptable par le secteur financier. En deuxième lieu, en soumettant la mise en place des mécanismes proposés aux contraintes de l'État de droit (indépendance, motivation, publicité) ainsi qu'à une condition d'accessibilité en termes de coûts, les reproches qui leur sont adressés en tant que « justice privée » sont atténués.

Néanmoins, il semble pertinent de se demander si les difficultés de mise en place admises ne sont pas en fin de compte comparables à celles d'un projet de coordination des droits internationaux privés en la matière, option qui semble écartée d'emblée. L'avantage du projet proposé par l'auteur peut être retrouvé sur un plan sous-jacent à la démonstration : une fois l'industrie financière convaincue d'y donner cours (par ex. à travers l'adoption des clauses compromissaires, dont le modèle est également proposé), les juridictions seraient amenées à le reconnaître pour éviter l'insécurité juridique. Cependant, cela pourrait ne pas être le cas, et le problème de l'autorité de la chose jugée,

qui est analysé par l'auteur, demeure épineux pour le degré de sécurité juridique recherché.

Il est possible également de s'interroger sur la mesure dans laquelle les objectifs et l'efficacité de l'architecture contentieuse préconisée sont indépendants de l'action des régulateurs financiers. La prémisse que le contentieux privé serait plus important que le public pour la confiance des acteurs financiers, et qui constitue une délimitation assumée de l'analyse, pourrait être remise en cause, à notre avis, vu que l'action régulatrice s'est intensifiée après la crise. L'exemple qui nous paraît révélateur en ce sens, bien que peut être circonstanciel, concerne les transactions négociées par la SEC (*Securities and Exchange Commission*, soit l'autorité des marchés financiers américaine) dans le contexte de la crise, qui ont visé non seulement le volet répressif mais aussi le dédommagement des investisseurs. Serait-il possible que l'arbitrage collectif soit un cheval de Troie qui limiterait une démarche semblable des régulateurs ? L'auteur note vers la fin de l'ouvrage que la SEC manifeste de la « résistance » dans l'acceptation des clauses compromissaires dans les statuts des sociétés américaines cotées, et qualifie le problème comme étant de nature politique plutôt que juridique. Il nous semble cependant la preuve que le contentieux financier, y compris transfrontalier, entre des parties privées, ne peut pas être traité comme étant purement privé.

Indifféremment de l'approbation ou non des solutions retenues, l'ouvrage de M. Andreotti a le mérite de systématiser à plusieurs niveaux, y compris économique, les aspects problématiques ainsi que les critères et les objectifs souhaitables pour la résolution des différends privés transfrontaliers concernant les transactions sur instruments financiers.

**Catalina Avasilencei**

**Calculated Values. Finance, Politics, and the Quantitative Age,**  
par William Deringer, Harvard University Press, 2018, 440 pages

Indicateurs, bilans, règles d'or, *big data*... Voici quelques indices dans notre langage quotidien qui manifestent l'emprise des nombres dans la société actuelle. Le droit international privé, comme le droit dans son ensemble, est profondément influencé par cet essor de la quantification qui, combiné avec la globalisation des échanges économiques, ne cesse de poser de nouveaux défis aux juristes internationalistes : des entreprises « boîtes aux lettres » profitant des avantages mûrement calculés ; des compagnies aériennes inventant de toute pièce un service *low cost* ; des multinationales échappant à leur responsabilité dans des accidents ; l'administration de la justice devenant le management, etc. Avec cette transformation en cours, la quantification elle-même est devenue l'objet de très nombreuses études en sciences sociales. Cette Revue en a déjà signalé deux en 2014 (K.E. Davis, A. Fischer, B. Kingsbury et S. Engle Merry [dir.], *Governance by indicators: Global Power through Quantifications and Rankings*, Oxford University Press, 2012 ; B. Frydman et A. Van Waeyenberge [dir.], *Gouverner par les standards et les indicateurs*, Bruylant, 2014, Rev. crit. DIP 2014. 245, compte rendu H. Muir Watt). On peut y ajouter *La gouvernance par les nombres* (Fayard, 2015) d'Alain Supiot, qui vient d'être traduit en anglais.

Le récent ouvrage de William Deringer (*Massachusetts Institute of Technology*), intitulé *Calculated Values*, se situe dans une longue lignée anglophone initiée par des chercheurs comme Lorraine Daston ou Ian Hacking. S'interrogeant sur la construction de l'autorité des arguments quantifiés, l'auteur cherche à montrer que, dans le cas britannique, l'avènement de « l'âge de la quantification » n'avait rien d'automatique, mais fut étroitement lié au changement poli-

tique apporté par la Glorieuse Révolution de 1688. Cette thèse, au premier regard surprenante, conteste le caractère prétendument objectif des nombres et y voit un instrument de polémique.

Avec sa démarche d'historien, l'auteur voit dans la « *political arithmetic* » anglaise le premier épisode marquant de l'histoire de la quantification. D'après la définition donnée par Charles Davenant, l'économiste et député anglais (1656-1714), l'arithmétique politique est « l'art de raisonner à l'aide des nombres sur les choses relatives au gouvernement » (p. 64). W. Deringer explique que la quantification élaborée par Charles Davenant pour « rendre compte » des finances publiques rencontra de nombreuses critiques dès le début : elle serait erronée et arrogante, parce qu'elle s'appuyait sur une base très limitée de données et qu'elle en faisait cependant un usage abusif. Rétrospectivement, la question est donc de savoir « comment les nombres sont devenus (la représentation de) la réalité », à tel point que l'on a pu décrire dans le domaine juridique des « lois de la nature » avec la quantification. Notre auteur propose une thèse très audacieuse : la société anglaise post-1688 a connu une importante refondation du pouvoir, si bien que le Parlement dispose dorénavant de nombreuses prérogatives nouvelles, en particulier dans le domaine fiscal et financier. L'apprentissage de l'exercice du pouvoir et l'émergence simultanée du système partisan composé essentiellement des *Tories* et des *Whigs* ont favorisé l'emploi de nouveaux arguments, dont les arguments quantifiés. Cet emploi de plus en plus fréquent, motivé surtout par des intérêts politiques, a entraîné une propagation des procédés quantitatifs et certains événements ont permis la consolidation de ces procédés comme partie intégrante de la pratique politique courante.

Une telle thèse est assez inédite, voire contre-intuitive comme le dit l'auteur lui-même (p. 301), et l'on pourrait la considérer comme une « épistémologie civique constructiviste » de la quantification. Elle évite en effet le danger de supposer dès le départ une autorité des nombres acquise de nulle part : la quantification était l'un des arguments possibles en politique et elle était construite au fur et à mesure en fonction des besoins politiques. Le risque d'une trop grande confiance de la population dans les calculs est donc précisément

l'éventuel oubli de ce caractère politique et controversé des chiffres. L'auteur constate par ailleurs déjà au XVIII<sup>e</sup> siècle des tentatives de manipulation à l'aide de ces derniers (p. 277 s.). En ce sens, l'ouvrage de W. Deringer fait bien écho aux ouvrages précédemment mentionnés et rappelle une nouvelle fois le danger de prendre « la carte » pour « le territoire » dans le gouvernement des affaires humaines qui dépasse de loin les frontières étatiques.

Linxin He

### Le droit souple démasqué. Articulation des normes privées, publiques et internationales, par Sarah Cassella, Valérie Lasserre et Benoît Lecourt (dir.), éd. A. Pedone, 2018, 194 pages

Le droit souple, encore (v. déjà, dans la période récente : P. Deumier et J.-M. Sorel [dir.], *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, LGDJ, 2018, et le compte rendu, *Rev. crit. DIP* 2018. 359), mais cette fois... démasqué ! Ainsi pourrait se dévoiler son véritable visage, celui des règles de gouvernance, dont les traits se dessineraient de la manière suivante : « ensemble des normes qui ne s'apparentent ni à des lois ni à des règlements (pas davantage à la jurisprudence ou à la coutume), par lesquelles des pouvoirs publics ou des opérateurs privés s'efforcent d'orienter une action ou de diriger des comportements et qui jouissent d'une certaine efficacité au sein du système juridique » (V. Lasserre, « Règles privées et publiques de gouvernance », p. 5). Ces termes de « règles de gouvernance » auraient « le mérite de renommer la *soft law*, un concept anglo-saxon ambigu qui a été traduit par droit souple [... et seraient] également plus précis que celui de droit souple, tout en recouvrant les mêmes phénomènes normatifs qui reposent à la fois sur l'absence d'obligation juridique, l'adhésion des destinataires (qui sont souvent aussi au moins pour partie à l'origine

de ces normes) et sur leur meilleure capacité d'adaptation aux spécificités techniques de chaque secteur par rapport à des règles juridiques classiques » (p. 6). Soit... Encore qu'il faille la scruter avec une particulière attention pour que la précision d'une telle définition – son originalité même – par rapport à celle généralement proposée du droit souple s'impose définitivement à l'esprit (cf. par ex. : Conseil d'État, *Rapport sur le droit souple, Étude annuelle 2013*, Doc. fr., 2013).

Peu importe à dire vrai puisque, après une telle ouverture, l'essentiel des contributions se décline – la force de l'habitude ? – en termes de... droit souple ! Ainsi en va-t-il de l'étude de ses effets institutionnels en droit de l'Union européenne (B. Bertrand, p. 29 s.), de son incidence en droit international privé (D. Sindres, p. 43 s.), de sa comparaison aux actes du G8 et du G20 (L. Delabie, p. 61 s.), de son analyse en droit des sociétés (B. Lecourt, p. 107 s.) ou en matière d'arbitrage international (A. de Nanteuil, p. 163 s. ; R. Chaaban, p. 177 s.). Et s'il est fait référence à la gouvernance dans certains intitulés (à propos de l'internet, A.-T. Norodom,

p. 79 s. ; ou des marchés financiers, Th. Bonneau, p. 125 s.), c'est cependant la référence au droit souple qui resurgit bien vite dans le corps des développements. Peu importe à nouveau, si tant est qu'au-delà des mots, chacun s'accorde à peu près sur l'objet qu'il s'agit de décrire. De ce point de vue, ce n'est tout de même pas sans une certaine perplexité que l'on découvrira alors l'expertise – « en tant qu'évaluation fournie en raison de la compétence de son auteur dans un certain domaine et qui est utilisée afin d'éclairer la décision du juge » (S. Cassella, « Démasquer l'expertise dans le contentieux international », p. 149 s.) – rangée dans un recueil d'études portant sur le droit souple ou les règles de gouvernance.

Dans une perspective internationaliste (sur laquelle v. aussi, dans la doctrine récente : L. Usunier, *Les ambiguïtés du champ d'application dans l'espace des codes de gouvernance d'entreprise*, in *Études en la mémoire de Ph. Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 1021 s.), le bilan de ce droit souple est d'ailleurs assez singulier. Ainsi en est-il tout particulièrement en matière d'arbitrage, où il aurait tendance à se transformer en droit « dur », spécialement par le jeu du processus coutumier (A. de Nanteuil, « Les arbitres démasqués ? De l'importance du droit souple dans la garantie de l'impartialité des tribunaux arbitraux dans l'arbitrage international », p. 163 s., à propos tout particulièrement des lignes directrices sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage adoptées par l'IBA), au risque de le fragiliser même, en devenant « un droit contraignant, un droit dur qui s'impose aux parties en vertu des pouvoirs que s'accordent les arbitres dans la détermination de la loi applicable » (R. Chaaban, « Les dérives de la *soft law* dans l'arbitrage commercial international », p. 177 s.). La *soft law* n'accéderait-elle à l'arbitrage international qu'en se reniant elle-même ? Du point de vue du droit international privé *stricto sensu*, il conviendrait en outre de ne lui « conférer qu'un rôle subsidiaire

et très encadré, de manière à ne pas en faire un outil de contournement des États et de leurs lois » ; telle est la conclusion à laquelle parvient la contribution de D. Sindres, spécifiquement consacrée à la discipline (« Droit souple et droit international privé », p. 43 s.). L'auteur, raisonnant à partir d'un État donné pris pour référence, constate à titre liminaire le caractère éminemment relatif de la notion de droit souple, certaines de ses composantes n'étant en vigueur dans aucun État (les Principes Unidroit, par exemple) tandis que d'autres seraient en vigueur dans d'autres États, conduisant ainsi à envisager la loi étrangère comme une forme de droit souple (Qui trop embrasse... ?). Poursuivant cependant sur une conception moins extensive de la *soft law*, la question est alors posée de savoir si des règles souples de droit international privé (ex. : Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats internationaux) pourraient, dans une espèce donnée, être appliquées par un juge étatique à la place de ses propres règles. Théoriquement concevable, la solution serait néanmoins improbable (et assez paradoxale, pourrait-on ajouter : autoriser les parties à faire le choix de ces Principes, par exemple, ne supposerait-il pas qu'elles disposent ainsi d'une certaine manière de l'autonomie qu'ils sont censés leur conférer ?) ; quant aux règles substantielles (ex. : Principes Unidroit relatifs au droit des contrats internationaux, sur lesquels, v. encore récemment, sous cette même perspective : M.J. Bonell, *The Law Governing International Commercial Contracts: Hard Law versus Soft Law*, *RCADI*, 2018, t. 388), il suffirait pour que les parties puissent y soumettre leur contrat (au-delà de leur simple contractualisation, donc) que les États y consentent (ce qu'en Europe du moins, ils ne semblent pas encore disposés à admettre ; v. ainsi le considérant 13 du règlement Rome I : « Le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale »). À supposer possible cette

ouverture du droit international privé au droit souple, son opportunité serait en toute hypothèse assez variable : susceptible de satisfaire les attentes des parties en matière de contrats internationaux, l'extension du champ de la règle de conflit à des systèmes de droit souple serait en revanche très critiquable en d'autres domaines et notamment en matière de statut personnel ; en outre, il conviendrait également de distinguer entre les matières du point de vue des États, selon que l'intérêt à l'application de leur propre loi se manifeste avec plus ou moins d'intensité...

Où l'on voit bien, à partir de cette contribution, combien le droit international privé – comme c'est si fréquemment le cas – peut servir de révélateur à de nombreuses interrogations : entre l'essor des volontés individuelles et la protection des intérêts étatiques, comment parvenir à l'équilibre ? Pour qu'un contrat puisse être régi par la *soft law*, l'obstacle à surmonter provient-il d'un excès de souplesse ou d'une insuffisance de juridicité ? Pour accéder à la *soft law*, faut-il recevoir préalablement une autorisation émanant du droit « dur » ? Une simple tolérance y suffirait-elle ? Entre la rigueur – *hard law* – et la souplesse – *soft law* –, quel bilan établir en termes

d'avantages et d'inconvénients ? Ce qui suggère un dernier questionnement : s'agissant de normes qui « s'efforcent d'orienter une action ou de diriger des comportements et qui jouissent d'une certaine *efficacité* au sein du système juridique », le temps ne serait-il pas venu de délaisser quelque peu le champ d'investigation dogmatique maintes fois parcouru par la doctrine juridique, pour orienter l'étude vers d'autres horizons ? Juges étatiques, arbitres, mais aussi avocats, chefs d'entreprise, praticiens des affaires... ne mériteraient-ils pas d'être à leur tour sondés aux fins de déterminer s'ils font effectivement usage de la *soft law*, pour quelles raisons, et de quelle manière ils en comprennent (ou en assurent) eux-mêmes l'efficacité ? Alors s'éclairerait peut-être sous une autre facette le visage de ce droit souple (au-delà de son appellation même), où le juriste accepterait de s'effacer derrière le sociologue (rapp., pour une étude placée sur le terrain de la psychologie, Alexandre Flückiger : Pourquoi respectons-nous la *soft law* ? Le rôle des émotions et des techniques de manipulation, *Revue européenne des sciences sociales*, XLVII-144, 2009) : une autre manière de le démasquer, en quelque sorte.

Dominique Bureau

### Brussels I bis Regulation. Changes and Challenges of the Renewed Procedural Scheme,

par Vesna Lazić et Steven Stuij (dir.), Springer, 2017, 152 pages

L'ouvrage sous commentaire appartient à une collection intitulée « Short Studies in Private International Law ». Il se propose d'aborder, sans prétendre à l'exhaustivité, mais d'une manière critique, certaines des innovations introduites à l'occasion de la refonte du règlement Bruxelles I. Il se différencie des commentaires existants en ce qu'il adopte délibérément une approche par morceaux choisis (par thèmes). Font ainsi l'objet de développements les

nouvelles règles de litispendance, l'autonomie des parties, la protection de la partie faible, l'exécution des jugements portant condamnation à payer une somme d'argent, les mesures provisoires et conservatoires et les relations entretenues par le règlement révisé avec les autres textes internationaux. On le voit, l'ouvrage suit une présentation thématique, éloignée des commentaires classiques disposition par disposition.

Plus profondément, l'intérêt que suscite l'ouvrage tient à sa perspective, résumée dans son sous-titre à la formulation programmatique : « Changement et défis du système procédural renouvelé ». Le programme que se fixe l'ouvrage est intéressant à deux titres. D'abord, il en oriente le contenu : ne sont pas seulement étudiées ici les grandes règles qui forment le système de Bruxelles (règles de compétence, règles sur l'effet des jugements) mais aussi les petites règles, ces règles procédurales qui sont secrétées incidemment, presque accidentellement, pour les besoins d'un système plus ambitieux. Certaines des contributions, et notamment celle que M<sup>me</sup> Requejo Isidro consacre à l'exécution des jugements condamnant à des sommes d'argent, ne rechignent pas à s'engager assez loin sur des aspects techniques (le certificat, les aspects procéduraux de l'exécution) pour évaluer l'impact des règles européennes sur les procédures nationales, dans une perspective comparatiste très éclairante. C'est aussi le cas de la contribution consacrée à la litispendance. De ce point de vue, l'ouvrage est une mine d'informations utiles aux praticiens, même s'il n'est pas limité à cela. Ensuite, l'objet que se fixe l'ouvrage contribue, d'étude en étude, à dessiner les contours d'une discipline à cheval sur le droit international privé et le droit processuel : un droit processuel international et européen.

Le premier article (C. Heinze et B. Steinrötter, « The Revised Lis Pendens Rules in the Brussels I *bis* Regulation »), consacré aux règles de litispendance, commence par souligner, sans s'y attarder, la continuité entre le texte nouveau et le texte ancien : le principe de priorité de la juridiction première saisie. À partir de cette règle, les auteurs énumèrent les principales innovations, qui sont de taille. D'abord, le nouveau texte comprend une règle concernant la litispendance lorsqu'une instance est pendante devant les juridictions d'un État tiers. Les auteurs passent rapidement sur les données fondamentales de cette innova-

tion pour insister sur ce qui présente le plus d'intérêt : les questions qui restent en suspens. Attireront principalement l'attention la discussion sur la question de savoir si des aspects de droit substantiel, ou même la doctrine du *forum non conveniens*, peuvent jouer un rôle dans la décision de la juridiction seconde saisie d'un État membre de surseoir à statuer lorsque les juridictions d'un État tiers ont été premières saisies et celle sur la question de savoir si l'identité d'objet et de cause au sens de l'article 33 doit être appréciée en application du droit national de la juridiction saisie ou en application des principes dégagés par la jurisprudence de la Cour de justice pour les besoins de la litispendance intra-européenne (art. 29).

À raison, les auteurs insistent sur la grande innovation du nouveau texte en ce qui concerne la priorité donnée à la juridiction désignée par une clause attributive de compétence. La comparaison qu'ils proposent avec l'article 6 de la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les clauses d'élection de for permet d'en saisir la particularité. Là encore, les auteurs se concentrent sur les questions restant en suspens. En effet, quel que soit le caractère strict des règles encadrant la litispendance (stricte priorité de la juridiction première saisie ; stricte priorité de la juridiction désignée par une clause attributive de compétence exclusive), il n'est jamais exclu qu'une règle ou une autre se prête à des manipulations. Ainsi, l'article souligne à raison le risque de torpille inversée, configuration dans laquelle une partie allègue de manière fantaisiste une clause attributive pour faire échec à la compétence, légitime, d'une juridiction d'un État membre. En grande partie ces stratégies reposent sur les disparités qui affectent les procédures, et même les appareils de justice des États membres. Alors, la tentation se fait sentir de remettre en cause le principe d'autonomie procédurale des États membres et de fixer des délais au sein desquels les questions de compétence doivent

être réglées pour éviter que soient couronnées de succès les manœuvres dilatoires. Si cette voie ne paraît aux auteurs pas pouvoir être empruntée, en l'état actuel, des alternatives existent sous la forme de règles assez souples et bien configurées. Ainsi, les auteurs proposent-ils un contrôle *prima facie* de la clause alléguée par la juridiction première saisie, contrôle qui n'est pas sans rappeler celui qui existe en droit français de l'arbitrage commercial international.

La deuxième contribution (X. Kramer and E. Themeli, « The Party Autonomy Paradigm: European and Global Developments on Choice of Forum ») traite de manière assez classique du rôle reconnu à l'autonomie de la volonté, dans une perspective plutôt théorique, et donc un peu décalée par rapport au reste de l'ouvrage. L'étude se consacre à l'approfondissement du sillon de l'autonomie de la volonté à l'occasion de la refonte du règlement. Le champ d'application des règles européennes en la matière a été étendu par suppression de la condition de domicile de l'une des parties, de sorte que le règlement encadre la validité et l'efficacité de ces clauses à chaque fois qu'elles désignent les juridictions d'un État membre. Si les auteurs se félicitent de cette innovation, comme de celle tenant au renversement de la jurisprudence *Gasser* (CJCE 9 déc. 2003, aff. C-116/02, *Erich Gassner c/ MISAT*, Rec. I-14693), ils se montrent insatisfaits de ce que le cas des clauses attributives n'est pas réglé lorsqu'elles concernent les juridictions des États tiers et ils font la proposition de considérer un effet réflexe des règles du règlement à l'égard de ces clauses. Lorsque leur application entraîne la non-application de certaines règles de compétence contenues dans le règlement, il faudrait s'assurer que ces clauses satisfont aux conditions formelles de l'article 25(1) et ne portent pas atteinte aux règles de compétence protectrices et exclusives contenues dans le règlement. Cette proposition est intéressante, même si elle n'épuise sans doute pas le sujet : avec l'arrêt *Owusu* (CJCE

1<sup>er</sup> mars 2005, aff. C-281/02, *Owusu c/ Jackson*) et l'avis 1/03 (CJCE 16 févr. 2006, Rec. I-1145), ce ne sont pas seulement les règles de compétence protectrices et exclusives qui posent problème, mais aussi la compétence du domicile du défendeur (v. sur cette question P. de Vareilles-Sommières, *The Mandatory Nature of Article 2 of the Brussels Convention and Derogation from the Rule It Lays Down*, in P. de Vareilles-Sommières [éd.], *Forum Shopping in The European Judicial Area*, Oxford, Hart Publ., 2007, p. 101 et C. Chalas, *L'affaire Ferrexpo : baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles I*, *Rev. crit. DIP* 2013. 359 s.). Là-dessus, le nouveau règlement ne dit rien. Les auteurs se satisfont en revanche de la nouvelle règle qui soumet la validité au fond de la prorogation de compétence exclusivement à la loi de la juridiction choisie. Ils regrettent seulement que le considérant 20 fasse référence aux règles de conflit de lois contenues dans cette loi, un choix qui leur paraît critiquable dans la mesure où le règlement Rome I exclut la question de la validité des prorogations de compétence de son domaine d'application.

La troisième contribution (V. Lazić, « Procedural Position of a "Weaker Party" in the Regulation Brussels I bis ») consacrée à la protection des parties faibles aborde les différentes innovations du nouveau texte : l'extension du champ d'application *ratione personae*, la modification de la règle concernant la prorogation tacite de compétence, l'exception à la nouvelle règle de priorité à la juridiction désignée par une clause lorsqu'une partie faible est demanderesse et que la clause n'est pas valable et la modification concernant la circulation des décisions rendues dans le cadre d'un litige impliquant une partie faible. Dans la perspective de l'ouvrage, celle d'un droit processuel européen, l'innovation la plus intéressante figure à l'article 26(2) du nouveau texte qui fait obligation à la juridiction, avant de se déclarer compétente en vertu de la comparution du défendeur partie faible, de s'assurer

que ce dernier est informé de son droit de contester la compétence de la juridiction et des conséquences d'une comparution ou d'une absence de comparution. Cet exemple illustre bien l'idée qu'un texte qui se propose de réglementer la compétence internationale des juridictions des États membres charrie forcément des règles de procédure, au moins de manière interstitielle, en dépit du principe d'autonomie procédurale des États membres.

L'étude consacrée à l'exécution des jugements condamnant à une somme d'argent (M. Requejo Isidro, « The Enforcement of Monetary Final Judgments Under the Brussels I bis Regulation (A Critical Assessment) ») traite, de manière résolument critique, de l'innovation la plus remarquable du nouveau texte, à savoir la suppression de l'*exequatur*. L'étude ne revient pas sur le débat intense provoqué par la proposition de la Commission en 2010 de supprimer purement et simplement non seulement la procédure d'*exequatur* mais aussi les chefs de contrôle, pour se concentrer sur les aspects procéduraux et pratiques de la solution retenue. Elle adopte comme perspective l'interaction entre les règles contenues dans le nouveau règlement et celles des droits nationaux, ce qui donne lieu à une étude de droit comparé des plus utiles (Allemagne, Royaume-Uni, Irlande, Espagne, Pologne). De ce point de vue, l'auteur ne fait pas mystère de ce que l'enthousiasme qu'a pu initialement provoquer le projet du point de vue de la circulation des jugements dans l'espace européen s'est trouvé rapidement douché : si la procédure d'*exequatur* est supprimée, sa fonction demeure et se trouve reportée sur la procédure d'exécution, ce qui ne va pas sans tensions.

Le mérite de cette étude est de ne pas s'arrêter à l'affirmation, figurant à l'article 41 du nouveau règlement, selon laquelle « la procédure d'exécution des décisions rendues dans un autre État membre est régie par le droit de l'État membre requis », pour se concentrer sur

l'incise qui figure au début de la phrase et qui réserve les dispositions de la section 2 « Exécution ». L'auteur insiste à juste titre sur l'importance capitale du « certificat » mentionné par l'article 53 et plus généralement sur les divers points au sujet desquels les dispositions du nouveau règlement influent sur la procédure nationale d'exécution, en prenant garde à bien différencier les hypothèses dans lesquelles le nouveau règlement entraîne une harmonisation totale (par exemple l'article 42 qui donne la liste des documents à fournir à l'autorité compétente) et les points sur lesquels il est octroyé une marge de manœuvre aux droits nationaux (par exemple, l'article 43 n'indique pas le délai qui doit être respecté entre la notification du certificat et la première mesure d'exécution, pas plus que l'article 48 n'indique ce qu'il faut entendre par « bref délai » en ce qui concerne la décision de la juridiction saisie d'une demande de refus d'exécution). La procédure de refus d'exécution n'étant règlementée que de manière très ponctuelle par le texte, il fallait s'attendre à ce que les systèmes mis en œuvre par les États membres varient considérablement, ce que l'auteur souligne par son étude de droit comparé. On notera l'étude de droit espagnol particulièrement fouillée.

L'étude est critique, comme son titre l'indique. Elle l'est en ce qui concerne l'architecture générale du régime (l'articulation concrète entre reconnaissance et exécution), la conception du certificat (caractère lacunaire des informations qui y figurent, absence de procédure harmonisée de modification ou de rétractation), ainsi que sur le niveau d'harmonisation insuffisant, selon l'auteur, de certains aspects procéduraux importants (notamment les délais des articles 43 et 48, et plus généralement la procédure en demande de refus d'exécution). Si cette diversité semble être le prix à payer pour la suppression de l'*exequatur* et la migration du contrôle au stade de l'exécution, certains points ne laissent pas d'inquiéter. L'auteur souligne par

exemple la très grande diversité des autorités en charge de l'exécution dans les États membres, alors que ce sont elles qui sont désignées par l'article 54 pour adapter les mesures étrangères inconnues dans l'État requis. Au-delà, l'auteur critique aussi la philosophie dont procède l'article 43, qui impose de notifier le débiteur à l'avance, empêchant tout effet de surprise et permettant au débiteur indélicat de faire échec à l'exécution. L'auteur insiste aussi sur l'incertitude qui demeure sur le sens exact à donner à l'article 41(2) qui soumet les motifs de refus ou de suspension de l'exécution prévus par la loi de l'État membre requis à leur compatibilité avec les motifs visés à l'article 45 (motifs de refus de reconnaissance et d'exécution). Plus généralement, c'est la question du rôle des anciens chefs de contrôle dans le cadre de l'*exequatur* qui est posée, maintenant qu'ils s'inscrivent dans le cadre de la procédure d'exécution. Là encore, on se trouve au cœur du droit processuel international européen.

La contribution suivante (I. Pretelli, « Provisional and Protective Measures in the European Civil Procedure of the Brussels I System »), consacrée aux mesures provisoires et conservatoires, tient de la prouesse dans la mesure où le texte de l'actuel article 35 n'a subi aucun changement notable depuis la convention de Bruxelles. L'article s'emploie donc à souligner l'œuvre créatrice de la Cour de justice qui a complété le texte, notamment en ce qui concerne la difficile définition de la notion autonome de « mesure provisoire et conservatoire », dans le contexte d'une grande diversité des droits des États membres. La contribution tire notamment de la référence faite par le considérant 25 du nouveau texte aux « mesures conservatoires visant à obtenir des informations ou à conserver des éléments de preuve, visées aux articles 6 et 7 de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle » la conclusion que

la définition des mesures provisoires et conservatoires n'a pas été substantiellement modifiée. L'auteur évoque aussi le régime spécial de circulation des décisions ordonnant une mesure provisoire ou conservatoire figurant à l'article 42(2), et qui présente des spécificités, notamment en ce qui concerne le certificat, de manière à vérifier que la juridiction émettrice était compétente au fond ce qui est la condition de la circulation d'une telle décision.

La dernière contribution (V. Lazić et S. Stuij, « Brussels I bis in Relation to Other Instruments on the Global Level ») aborde la difficile question des interactions entre le système de Bruxelles I et les instruments internationaux abordant la question de la reconnaissance et l'exécution des jugements et sentences arbitrales en matière civile et commerciale. Conformément au programme de l'ouvrage, la perspective est celle des innovations apportées par le règlement Bruxelles I bis. De ce point de vue, les auteurs commencent par souligner la grande continuité entre ce texte et son prédécesseur, l'article 71 (dans les deux textes) – qui organise la préséance des conventions concurrentes portant sur une matière particulière – n'ayant pas été modifié. On sait que cette règle a été interprétée, sous l'empire du texte ancien, de manière très restrictive par la Cour de justice, de manière à préserver les principes qui sous-tendent la coopération judiciaire en matière civile et commerciale au sein de l'Union (libre circulation des décisions, prévisibilité, bonne administration de la justice, etc.). Pour les auteurs, rien n'indique qu'il en aille autrement sous l'empire du nouveau texte. On notera particulièrement la discussion très fouillée de l'épineuse question de la coexistence de la convention de La Haye du 20 juin 2005 sur les clauses d'élection de for avec le système de Bruxelles.

La contribution s'achève sur une étude de l'importante – et presque polémique – question de la coexistence du système

de Bruxelles avec la convention de New York de 1958, et plus profondément de la portée de l'exclusion de l'arbitrage dans le premier. Il ne fait aucun doute que cette question a été l'une des plus âprement discutées lors du processus de refonte et que c'est à ce sujet que l'innovation est la plus remarquable (dans le champ d'une étude consacrée aux relations entre le règlement Bruxelles I *bis* et les instruments internationaux concurrents en matière civile et commerciale). On lira avec d'autant plus de profit l'analyse que les auteurs y soutiennent des vues assez originales, notamment en ce qui concerne la portée à reconnaître à l'arrêt *West Tankers* de la Cour de justice. Selon eux, c'est à juste titre que la Cour aurait jugé dans cet arrêt que la procédure d'*anti-suit injunction* en matière arbitrale portait atteinte à l'effet utile du règlement Bruxelles I. En revanche, et contrairement à une vue largement répandue que les auteurs qualifient d'erronée, cet arrêt n'aurait pas pour portée qu'une décision sur la validité d'une convention d'arbitrage entrerait dans le champ d'application du règlement, en vue de sa reconnaissance et de son exécution. Sur cette base, sont discutées la proposition de la Commission, finalement abandonnée, de revenir en partie sur l'exclusion de l'arbitrage et les modifications effectivement retenues lors de la refonte. Si les auteurs critiquent la première, ils approuvent complètement les secondes qui apporteraient des « clarifications très utiles sur l'interaction entre l'arbitrage et le

règlement », notamment l'article 73(2) et le considérant 12. Les auteurs voient dans ce dernier texte la confirmation de l'idée que la décision sur la validité d'une clause arbitrale n'est pas couverte par le règlement et ne bénéficie pas d'une circulation facilitée. Outre cette dernière discussion, on se reportera avec intérêt à la lecture, là encore originale, faite par les auteurs de l'arrêt *Gazprom* de la Cour de justice ainsi que des conclusions de l'avocat Général Wathelet dans cette même affaire.

On le voit, cet ouvrage balaye, certes de manière non-exhaustive, mais avec originalité et rigueur, quelques-unes des grandes questions que pose l'émergence d'un droit processuel international et européen, à l'aune du nouveau texte. On regrettera peut-être seulement (et encore avec d'autant plus de retenue qu'on la loue par ailleurs) la perspective un peu trop technique adoptée par les auteurs. À l'heure où l'arrêt *LM* de la Cour de justice (CJUE, gr. ch., 25 juill. 2018, aff. C-216/18) vient jeter une lumière crue sur les inquiétudes qu'inspirent l'état de l'appareil de justice de certains États membres (certes, en matière pénale), c'est, avec la confiance mutuelle, le socle même de système de Bruxelles qui se fissure. N'y a-t-il pas là un véritable défi pour le cadre procédural renouvelé par le règlement Bruxelles I *bis* ?

Étienne Farnoux

### Primary EU Law and Private Law Concepts, par Hans-Wolfgang Micklitz et Carla Sieburgh (dir.), Intersentia, 2017, xlviii + 276 pages

L'ouvrage dirigé par Hans Micklitz et Carla Sieburgh se compose de sept chapitres rédigés par des auteurs distincts. Un premier chapitre intitulé « Droit primaire de l'Union européenne et concepts de droit privé » co-écrit par les deux directeurs de l'ouvrage s'analyse tout à

la fois en une introduction, une synthèse et une conclusion de l'ouvrage.

Ce premier chapitre est suivi de six chapitres étudiant de manière détaillée comment les différentes facettes du droit primaire de l'Union européenne

garantissant le bon fonctionnement du marché intérieur viennent impacter les concepts de droit privé. Un second chapitre rédigé par Paul Verbrugen est ainsi consacré à « l'impact de la libre circulation des biens et des services (art. 34, 35 et 56 du TFUE) sur les droits et les remèdes de droit privé » ; un troisième chapitre rédigé par Anne-Christin Mittwoch est pour sa part dédié à « l'impact de la libre circulation des capitaux (art. 62 du TFUE) sur le droit privé » ; un quatrième chapitre rédigé par Iris Benöhr traite de « l'impact du droit de la concurrence (art. 101 et 102 du TFUE) sur les concepts de droit privé de nullité et de remèdes » ; un cinquième chapitre rédigé par Caroline Cauffman entreprend d'étudier « l'impact de la nullité de l'article 101(2) du TFUE sur le droit privé » ; un sixième chapitre rédigé par Pablo Ibanez Colomo s'attèle à l'analyse de « l'impact du droit européen des aides d'état (art. 107 et 108 du TFUE) sur le droit privé national » ; pendant qu'un septième et dernier chapitre rédigé par Barend van Leeuwen est consacré à « l'impact du droit européen de la propriété intellectuelle et de la Charte sur les concepts de droit privé ».

Cet ouvrage, pour montrer l'étendue de l'impact du droit primaire de l'Union européenne et du droit de la propriété intellectuelle sur le droit privé, procède à l'étude de nombreuses décisions de la Cour de justice de l'Union européenne. Il concerne ainsi directement le droit international privé, eu égard notamment à l'europanisation de la matière, que ce soit à travers la problématique de l'interprétation autonome des textes harmonisés ou par le biais de l'impact des libertés de circulation et la citoyenneté européenne.

L'optique clairement affichée des rédacteurs de l'ouvrage est une optique de décloisonnement entre les disciplines juridiques, afin, en particulier, d'ôter les murs invisibles séparant le droit primaire de l'Union européenne et le droit privé, pour permettre un dialogue inter-

disciplinaire effectif entre spécialistes du droit primaire européen et spécialistes de droit privé.

Ce dialogue, qui a pour finalité la résolution de problèmes communs et partagés par ces matières, apparaît, selon les auteurs, pouvoir se développer de manière propice en l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Les auteurs relèvent ainsi que lorsque le droit primaire de l'Union européenne a à traiter de questions dans lesquelles le droit privé et les relations horizontales sont en cause, les concepts de droit privé sont certes mobilisés, mais adaptés aux exigences fixées par le droit de l'Union européenne.

Ce constat a précisément été mis en lumière dans l'ouvrage au travers de quatre concepts classiques employés en droit privé : la personne, la propriété, le contrat et la responsabilité civile délictuelle, et les remèdes.

Les auteurs relèvent plusieurs manières par lesquelles les concepts de droit privé sont modifiés sous l'impact du droit primaire du marché intérieur.

Le premier mécanisme se rencontre lorsque le droit primaire de l'Union européenne dicte la substance d'un concept de droit privé. Lorsque le droit de l'Union européenne utilise la première technique, les concepts sont déterminés par le droit primaire afin d'exprimer précisément les objectifs du marché intérieur. Une illustration se trouve à cet égard dans la détermination d'un concept autonome de nullité en droit européen de la concurrence à l'article 101 du TFUE.

Au terme d'un second mécanisme, le droit primaire fixe des exigences minimales concernant un concept de droit privé, laissant au droit privé le soin de façonner le concept en question afin de lui donner la forme qu'il convient. Par exemple, lorsque le droit de l'Union ne

détermine pas un remède spécifique, le remède applicable est le résultat des exigences fixées par le droit de l'Union et des possibilités de remèdes disponibles en vertu du droit national (pour illustration en matière d'octroi de dommages et intérêts, CJUE 13 juill. 2006, aff. C-295/04 et C-298/04, *Manfredi c/ Lloyd Adriatico*, § 92).

Dans la manière dont la Cour de justice de l'Union européenne utilise les deux mécanismes, les auteurs relèvent une propension de celle-ci à accroître, à l'occasion d'un exercice de mise en balance des intérêts, le nombre d'intérêts étudiés et potentiellement protégés. Il apparaît, fort logiquement, que la Cour, qui est en charge de la protection des intérêts typiques du droit de l'Union européenne, a une préférence pour la protection des intérêts liés au marché intérieur.

Les auteurs de l'ouvrage relèvent ainsi que les approches adoptées par la Cour de justice aboutissent à une délimitation moins claire des catégories reconnues en droit privé. Lorsque l'attribution de droits relevant du marché intérieur est en cause, la Cour décompose, par exemple, la personne en une pluralité d'identités. Par cette fragmentation, la Cour parvient à protéger des droits spécifiques, en faisant abstraction des autres facettes de ladite personne. C'est ainsi que, sous l'angle du droit primaire européen, une société a pu être appréciée moins en sa qualité d'employeur ou de débiteur de diverses obligations à l'égard des tiers, qu'en sa qualité de nœud de contrats permettant d'assurer les libertés économiques européennes (CJUE 10 mars 1992, aff. C-214/89, *Powell Duffryn et Wolfgang Petereit*).

Dans les questions régies par le droit primaire, les auteurs relèvent que les intérêts du marché intérieur ont tendance à l'emporter sur les autres intérêts. Néanmoins, l'idée que les auteurs veulent porter est qu'une fois les grandes libertés économiques prises en compte, pourrait être envisagée l'intro-

duction d'un large éventail de nouveaux intérêts découlant, en particulier, des droits fondamentaux.

Les auteurs n'entendent ainsi pas s'arrêter à la conclusion selon laquelle, dans les cas régis par le droit primaire de l'Union européenne, une partie importante du spectre des intérêts risque d'être structurellement négligée.

Selon ceux-ci, le droit primaire organisant le marché intérieur pourrait permettre l'introduction de la prise en compte d'intérêts découlant des droits fondamentaux.

Les auteurs regrettent à cet égard que le potentiel que représente le droit de l'Union européenne n'ait pas vraiment été exploité jusqu'à présent et soulignent l'urgence d'un questionnement sur la fonction de la Cour de justice de l'Union européenne.

Selon les auteurs, l'un des aspects de ce questionnement serait de savoir si la fonction de la Cour de justice est de donner des réponses traduisant une prédominance ferme des intérêts liés au marché intérieur ou de structurer le cadre juridique dans lequel le débat doit se dérouler et le contexte dans lequel les tribunaux nationaux doivent décider en dernier ressort.

Les auteurs se sont interrogés sur le point de savoir si le cadre juridique établi par la Cour de justice devrait prendre en considération plus que le droit de l'Union européenne. Dans ce cas, la Cour aurait vocation à présenter le caractère multi-niveaux de la question juridique, à expliquer l'interaction entre les aspects de droit de l'Union européenne, les aspects constitutionnels, les aspects de droit public et les aspects de droit privé, et à expliquer le lien avec, par exemple, la propriété, le contrat ou les remèdes. Cela supposerait alors que les tribunaux nationaux présentent en amont le contexte de la question qu'ils renvoient à la Cour, que la Cour soulève

des questions auxquelles les tribunaux nationaux auraient vocation à répondre, tandis que d'autres acteurs auraient pour rôle d'apporter une contribution critique et constructive.

Les rédacteurs de l'ouvrage appellent ce faisant de leurs vœux des transformations

et des expérimentations visant, à l'occasion de la confrontation du droit primaire de l'Union européenne et du droit privé, la consécration de concepts autonomes de droit privé permettant d'accueillir les enjeux relatifs aux droits fondamentaux.

Juliette Sénéchal

## The Implementation of the New Insolvency Regulation. Improving Cooperation and Mutual Trust,

par Burkhard Hess, Paul Oberhammer, Stefania Bariatti, Christian Koller, Björn Laukemann, Marta Requejo Isidro, Francesca Clara Villata (dir.), Baden-Baden, Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for international, European and regulatory procedural law, Nomos, 2017, 320 pages

Publié dans la série d'études de l'Institut Max Planck Luxembourg pour le droit international, le droit européen et le droit procédural, l'ouvrage propose une analyse approfondie des conséquences juridiques probables du fait de l'entrée en vigueur et de l'interprétation du règlement européen 2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité (règlement Insolvabilité *bis*). Rien de plus naturel qu'une réflexion portant sur le cadre procédural européen des faillites transfrontalières ait été entreprise sous les auspices du MPI Luxembourg, le seul institut Max Planck consacré au droit situé en-dehors de l'Allemagne et créé au Luxembourg en 2012, spécialement pour la recherche scientifique en droit procédural européen et international (v. <https://www.mpi.lu/the-institute> ; relevant de la Fondation Max Planck, plusieurs instituts Max Planck existent en Allemagne dans divers domaines scientifiques, y inclus le droit, parmi lesquels l'Institut Max Planck pour le droit comparé et le droit international privé de Hambourg, dont les travaux peuvent être complémentaires à ceux du MPI du Luxembourg, v. <https://www.mpg.de/150209/privatrecht>).

L'ouvrage présente une version révisée des résultats du projet de recherche conduit par le MPI de Luxembourg (B. Hess), en coopération avec l'Univer-

sité de Vienne (P. Oberhammer) et l'Université de Milan (S. Bariatti) (<http://ins-reg.mpi.lu/Guidelines.pdf>). Financé par la Commission européenne dans le cadre du programme justice civile (JUST/2013/JCIV/AG/4679), le projet mentionné avait pour objet de fournir à la DG « justice civile » une analyse approfondie permettant d'anticiper l'entrée en vigueur et l'application imminentes du règlement Insolvabilité *bis* à partir du 26 juin 2017. Cette qualité d'interlocuteur scientifique privilégié auprès de l'institution européenne détenant la compétence d'initier le processus législatif européen dans le domaine de l'Espace européen de sécurité et de justice avait déjà été gagnée par le MPI du Luxembourg. En effet, la présente étude s'inscrit dans la continuité du rapport de recherche Heidelberg – Luxembourg – Vienne réalisé à la suite d'un appel d'offre de la Commission européenne et ayant pour objet d'évaluer l'application du premier règlement insolvabilité et de proposer les modifications nécessaires (B. Hess, P. Oberhammer, T. Pfeiffer, *European insolvency law – Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report*, Munich 2014, [https://www.mpi.lu/uploads/media/evaluation\\_insolvency\\_en.pdf](https://www.mpi.lu/uploads/media/evaluation_insolvency_en.pdf)).

Ces éléments relatifs à la genèse du présent livre fournissent une garantie

supplémentaire quant à la pertinence de l'analyse qui y est proposée, les rédacteurs ayant participé activement aux travaux ayant déterminé la rédaction de l'actuel règlement européen d'insolvabilité. Les auteurs soulignent d'ailleurs la vocation de leur étude à offrir un guide interprétatif du règlement et d'attirer l'attention des législateurs nationaux quant aux réformes que le nouveau règlement appelle au niveau des ordres juridiques nationaux.

L'étude est divisée en trois parties. La première partie, relative au champ d'application du règlement, est divisée en quatre sections et correspond aux travaux réalisés par l'équipe de l'Université de Milan (p. 33 à 103). C'est en particulier l'extension du champ d'application du règlement d'insolvabilité *bis* pour englober les procédures de pré-insolvabilité et les procédures hybrides qui est expliquée à travers une analyse exhaustive de l'article 1 (1) et de l'annexe A du règlement mentionné. Mis à part les clarifications apportées sur le terrain du droit international privé à la question de savoir quelles procédures nationales se verront appréhendées par la règle de conflit européenne harmonisée, cette partie peut également constituer un outil précieux sur le terrain du droit matériel des entreprises en difficulté. En effet, la compréhension de la proposition de directive « Restructurations » est facilitée par la clarification des notions « procédures de pré-insolvabilité », « procédures hybrides », « procédures laissant le débiteur en possession », « probabilité d'insolvabilité » ou « insolvabilité », explicitées dans l'ouvrage dans une approche comparatiste à l'aune des solutions nationales (v. Proposition de directive relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/UE, COM/2016/0723 final – 2016/0359 [COD]). La troisième section de cette première partie est également inté-

ressante en ce qu'elle identifie deux hypothèses (« deux niches » pour une traduction exacte) qui permettent à des procédures nationales d'insolvabilité d'échapper non seulement à l'application du règlement d'insolvabilité *bis* mais aussi au règlement Bruxelles I. Premièrement, le risque de voir les créanciers se comporter en chevalier solitaire (le phénomène de *free riding for creditors*) ainsi que celui de voir le débiteur éviter ses responsabilités à travers une mobilité vers un autre État (le phénomène de *cherry picking*) y sont précisément détaillés (p. 87 s.). Deuxièmement, les auteurs s'intéressent aux procédures non listées dans l'annexe A, qui satisfont aux conditions de l'article 1 (1) du règlement d'insolvabilité *bis* mais ne sont pas conçues exclusivement pour les situations d'insolvabilité car elles relèvent du droit des sociétés. À ce titre, y est étudié le cas particulier du mécanisme de droit anglais *schemes of arrangement* (p. 92 et 93 ; v. aussi F. Steffek, Concurrence normative et redressement d'entreprise. L'étude du cas Rodenstock, in W. Doralt et O. Deshayes [dir.], *Réformer le droit des obligations et le droit des sociétés. Études de droit français et allemand*, Société de législation comparée, 2013, p. 145 s.).

La deuxième partie, portant sur la coordination des procédures principales et secondaires, est divisée en trois sections et a été réalisée par l'équipe de recherche du MPI de Luxembourg (p. 106 à 183). Des développements clairs et exhaustifs sont dédiés au droit de prendre un engagement afin d'éviter une procédure d'insolvabilité secondaire (« *undertaking* ») (p. 107 à 137). Le devoir des juges de coopérer et de communiquer entre eux, le concept de procédure synthétique et de protocole s'y trouvent détaillés quant à leur application concrète (p. 139 s.).

Le thème tant attendu des groupes de sociétés est traité dans la troisième partie, qui est divisée en cinq sections, les travaux ayant été réalisés par l'équipe de l'Université de Vienne (p. 185 à 226). Une

ample systématisation de l'ensemble des procédures possibles à l'encontre d'un groupe multinational de sociétés y est proposée, en commençant par les procédures individuelles ouvertes à l'encontre de chaque société du groupe et leur coordination (p. 187 à 212) et en terminant par les toutes nouvelles procédures introduites par le texte modifié en 2015 (p. 218 à 222). Bien que cette innovation soit saluée par les auteurs, ces derniers émettent clairement des réserves quant à la portée pratique de ces règles tant attendues (p. 186). Au-delà de cette prise de position, les aspects clé de la réforme sont présentés en détail. Il en va ainsi de l'analyse du concept de centre des intérêts principaux du débiteur (le « COMI » en langage anglo-saxon), de la prévention d'un *forum shopping* frauduleux à travers la mobilité du centre des intérêts principaux du débiteur (p. 187 et 195), ainsi que d'un éclairage appréciable des notions « d'établissement », « société mère » et « société filiale » (p. 200). Tout à la fin de cette partie, l'intérêt du lecteur sera à nouveau particulièrement éveillé par les réflexions proposées au regard de l'articulation entre la *lex fori concursus* et la *lex societatis* dans le contexte des groupes de sociétés. Depuis les arrêts *Centros*, *Inspire Art* et *Kornhaas* de la Cour de justice de l'Union européenne cet aspect est en attente de clarification (v. L. d'Avout, Suites de la jurisprudence *Centros* : les sociétés *off shore* rattrapées par le droit local de l'insolvabilité, JCP 2016, n° 11, p. 304). Les auteurs se prononcent en faveur d'une interprétation classique selon laquelle l'article 6 du règlement Insolvabilité *bis* inviterait à appliquer la *lex fori concursus* à toutes les questions dérivées directement des procédures d'insolvabilité et directement liées à ces dernières.

La structure des trois parties mentionnées n'est pas harmonisée dans le sens où le nombre de sous-thèmes diverge de l'une à l'autre, les auteurs ayant sans doute privilégié d'adapter librement le raisonnement et la rédaction à la logique imposée par la thématique abordée.

Néanmoins, et au-delà de cette diversité apparente, chaque partie de l'ouvrage respecte un rythme du raisonnement marqué essentiellement par la présentation du cadre légal, l'évaluation des solutions et l'identification de problèmes pratiques, suivies systématiquement d'un point dédié aux thèses et aux recommandations. La répétition de cet ordre directeur tout au long des trois parties facilite la lecture, voire la recherche ponctuelle de réponses à des questions précises. Cette méthode n'est pas sans rappeler celle adoptée par le rapport *Rescue of Business in Insolvency Law*, rédigé sous la direction du professeur néerlandais Bob Wessels, dans le cadre des travaux du *European Law Institute* à Vienne ([https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/Instrument\\_INSOLVENCY.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Instrument_INSOLVENCY.pdf)).

L'ouvrage est enfin complété en annexe par plusieurs contributions d'experts ayant participé aux différentes étapes du projet de recherche. Deux de ces contributions portent sur l'expérience du droit italien en matière de procédures d'insolvabilité appréhendées par le règlement (en particulier la *convenzione di amatoria* y est étudiée) et en matière de coopération entre les autorités des États membres en cas de procédure transfrontalière (les cas de *Burgos Group* et *Eurofoods* y sont présentés en détail). La troisième contribution est celle du professeur Bob Wessels, qui précise le système d'interconnexion des registres d'insolvabilité, mais pour l'instant ces propositions restent prospectives dans la mesure où sur le portail E-justice ce système se limite à très peu d'États membres. Les deux dernières contributions concernent les groupes de sociétés. Riches en enseignements pour le lecteur intellectuellement curieux, cette annexe laisse également l'impression d'un livre dans le livre et exige une mise en lien des trois parties principales de l'ouvrage avec ces contributions finales.

Pour conclure brièvement, cet ouvrage d'une grande qualité scientifique et nourri par les réflexions de chercheurs et praticiens de plusieurs systèmes juridiques de l'Union européenne propose un guide interprétatif des plus actuels du règlement Insolvabilité *bis*. Il est possible de regretter, en tant que juriste formé dans le système de droit français, que la littérature juridique française et la jurisprudence de la Cour de cassation n'aient pas été davantage exploitées dans

cette étude. En effet, seul un article de M<sup>me</sup> Véronique Legrand de l'Université de Caen et quelques articles de M. Dahmann s'y trouvent en bibliographie. L'application imminente du texte par les juridictions nationales et son interprétation par la Cour de justice de l'Union européenne conduira prochainement à l'évaluation des principes proposés.

**Andra Cotiga-Raccah**

### **Le nouveau droit européen des faillites internationales, par Andra Cotiga-Raccah et Laura Sautonie-Laguionie (dir.), Bruylant, coll. « Europe(s) / Dossiers », 2018, 164 pages**

Sous l'intitulé « Le nouveau droit européen des faillites internationales », que l'on aurait pu souhaiter plus clair, c'est un ouvrage digne d'intérêt qui est publié aux éditions Bruylant (coll. « Dossiers », 2018) sous la direction d'Andra Cotiga-Raccah et de Laura Sautonie-Laguionie. Il rassemble les contributions d'un colloque international organisé par la faculté de droit de l'Université catholique de Lille en mars 2016. L'ouvrage cherche à approfondir la réflexion sur les règles du droit européen de l'insolvabilité (qui aurait été un titre de l'ouvrage plus approprié) tant du point de vue du droit positif du traitement des procédures d'insolvabilité par le nouveau règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 sur les procédures d'insolvabilité remplaçant le règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000, que d'un point de vue prospectif portant sur l'harmonisation des droits matériels nationaux de l'insolvabilité.

Au-delà de contributions d'inégales valeurs se chevauchant à l'occasion, ce qui est propre au genre des recueils d'actes, on trouve dans cet ouvrage des réflexions originales, sources d'inspiration pour des recherches sur cette matière juridique.

Les différentes contributions sont regroupées en trois parties dont la pre-

mière, dénommée de manière quelque peu grandiloquente « Une approche systémique de la gestion du risque d'insolvabilité dans l'Union européenne », n'est probablement pas la plus attractive, sous réserve de la contribution de droit comparé d'Élise Lhéritier sur le droit américain dont on peut retirer d'utiles enseignements et de celle du Président Jean-Luc Vallens qui met en exergue les relations ambivalentes entre le règlement (UE) n° 2015/848 et les droits nationaux. En effet, fondamentalement, le règlement contient, d'une part, des règles de coordination des droits nationaux portant, notamment, sur la compétence des juridictions nationales dont se déduit l'application des droits nationaux et, d'autre part, de manière très ponctuelle, des règles matérielles d'harmonisation des droits nationaux. Comme le relève l'auteur très pertinemment, il en résulte que le règlement conduit à un inévitable effet de comparaison des droits nationaux, ce qui, à l'aune de la grille de lecture en termes d'attractivité des droits nationaux des rapports Doing Business, risque de déboucher sur une mise en concurrence des droits des États membres en matière d'insolvabilité. Toujours dans cette première partie, on trouve les contributions de Katrin Deckert et de Cécile Lisanti qui embrassent l'ensemble des probléma-

tiques du nouveau règlement au risque de redondances avec d'autres contributions de l'ouvrage et d'un approfondissement que l'on aurait pu souhaiter plus important.

La deuxième partie de l'ouvrage consacrée exclusivement au nouveau règlement n° 2015/848 comporte trois contributions plus substantielles. On peut simplement s'interroger sur l'intitulé de cette partie qui évoque « le traitement du risque d'insolvabilité » alors que le règlement précité ne traite pas le risque d'insolvabilité mais l'insolvabilité avérée. Cette deuxième partie s'ouvre sur une contribution assez remarquable de Laura Sautonie-Laguionie relative à l'extension du champ d'application du nouveau règlement par un élargissement de la définition des procédures d'insolvabilité. L'auteur y distingue habilement l'objet des extensions directes (finalité des procédures, disparition de l'exigence d'un dessaisissement du débiteur *stricto sensu...*) ou indirectes (les procédures pouvant être partiellement collectives...) des limites à celles-ci. Particulièrement, c'est l'exigence du caractère public de la décision d'ouverture qui empêche l'éligibilité de certaines procédures, comme la conciliation du droit français, au rang de procédure d'insolvabilité au sens du règlement. Sauf, comme le souligne justement cet auteur, à ce que le législateur français procède à des aménagements du régime de la conciliation pour permettre, dans certains cas, une publicité de l'ouverture de celle-ci et ainsi la rende compatible avec la définition des procédures d'insolvabilité.

Les deux autres contributions de cette deuxième partie sont de facture plus classique mais non dénuées d'intérêts. Ivana Kunda aborde d'abord l'articulation des procédures principale et secondaire qui est vraiment le sujet important du nouveau règlement de 2015 dès lors que celui-ci a supprimé la nature obligatoirement liquidative des procédures secondaires. Il en résulte, nécessairement, même si l'on manque encore

de recul sur ce point, une nouvelle articulation avec la procédure principale. C'est ce que développe l'auteur en abordant la coordination des procédures principale et secondaire par la coopération des organes, après avoir rappelé le régime de la procédure secondaire, moyen, pour le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale, d'éviter l'ouverture d'une procédure secondaire en garantissant aux créanciers locaux le traitement qu'ils auraient eu en cas d'ouverture d'une procédure secondaire. Andra Cotiga et Nathalie Laugier traitent ensuite dans leur contribution commune de deux des apports essentiels du nouveau règlement n° 2015/848 se rapportant au renforcement de la lutte contre le *forum shopping* et traitement de l'insolvabilité des groupes de sociétés. On peut regretter un usage abusif d'abréviations comme « CIPD » ou d'expressions peu explicites telles que celle de « sociétés pseudo-étrangères » sans un début de définition ou d'explication. On regrettera aussi un manque de clarté sur la détermination de la notion de centre des intérêts principaux du débiteur à l'aune de la jurisprudence *Interedil*. En revanche, les développements sur l'obligation des juridictions de vérifier leur propre compétence emportent l'adhésion.

La troisième et dernière partie sur la perspective d'harmonisation partielle des droits nationaux de l'insolvabilité se révèle aussi du plus grand intérêt. La première contribution de Bob Wessels sur le projet de l'Institut de droit européen sur le sauvetage des entreprises en difficulté fait le lien entre les lignes directrices développées dans la recommandation de la Commission européenne de 2014 sur la nouvelle approche de la défaillance d'entreprises et de l'insolvabilité et dans la proposition de directive de novembre 2016 sur les restructurations et le rebond d'une part, et la loi-modèle CNUDCI sur l'insolvabilité internationale d'autre part. Elle poursuit ensuite sur les perspectives dégagées par le rapport de l'Institut de

droit européen. La deuxième contribution, quant à elle, rédigée par Samantha Renssen aborde la question, ô combien importante en pratique, de la responsabilité des dirigeants de sociétés en cas d'insolvabilité en s'interrogeant sur la perspective de règles européennes en la matière (« *Towards European rules for the liability of company directors in the Vicinity of insolvency* »). Afin de déterminer quelles pourraient être les éléments principaux d'une proposition de directive sur la responsabilité des dirigeants sociaux en cas d'insolvabilité de leur société, l'auteur s'interroge sur

les critères d'une telle responsabilité qui sont le cœur de cette problématique, de même que sur la période pertinente et la nature de cette responsabilité, sans oublier d'évoquer les principales tendances sur ce sujet au niveau international. En définitive, cet ouvrage qui s'achève par des propos conclusifs de Françoise Dekeuwer-Desfossez, constitue un instrument utile pour qui veut saisir les problématiques du droit européen de l'insolvabilité en vigueur et des perspectives d'harmonisation.

Michel Menjucq

**L'application du droit étranger,**  
par Philippe Lauvaux et Jean Massot (dir.), Société de législation comparée, coll. « Colloques », vol. 36, 2018, 168 pages

La collection « colloques » de la Société de législation comparée s'enrichit d'un nouvel ouvrage relatif au droit international privé. Consacré à l'application du droit étranger, ce volume est issu d'un cycle de conférences tenues à la Cour de cassation en 2017.

Après une brève préface de Dominique Hascher qui fait le lien entre application du droit étranger et droit comparé, huit contributions sont réunies. Elles sont le fait d'universitaires, de magistrats et d'une avocate. L'ouvrage a par conséquent le premier mérite d'offrir une vision globale et des opinions complémentaires sur le thème traité qui est au cœur de la théorie générale du droit international privé mais aussi de la procédure civile. Même si la question est souvent analysée, l'étude reste utile car les solutions, essentiellement jurisprudentielles, sont en permanente évolution et ne sont pas forcément satisfaisantes.

Dans la première contribution, Jean-Pierre Ancel dresse en quelques pages un bilan concis du droit positif quant à l'application de la règle de conflit et à l'établissement de la teneur de la loi étrangère. Les nuances et subtilités du

régime dégagé par la jurisprudence sont exposées de façon précise et ciblée, l'auteur soulignant à la fin de sa contribution que, même s'il n'est pas à l'abri de critiques, un tel système présente une réelle cohérence.

Différents aspects particuliers sont ensuite étudiés tout au long de l'ouvrage.

Dans l'ordre logique du raisonnement, Sabine Corneloup étudie la délicate question de l'application facultative de la loi étrangère dans les situations de disponibilité du droit et de l'application uniforme des règles de conflit d'origine européenne. Les règlements européens édictant des règles de conflit de lois sont de plus en plus nombreux. Leur objectif est de parvenir à l'application d'une même loi, quel que soit le juge compétent au sein de l'espace judiciaire européen.

Pourtant, des divergences existent entre États membres de l'Union européenne. L'auteur le démontre en introduisant une nécessaire dimension comparatiste à son étude. En effet, en l'absence d'harmonisation européenne du statut procédural de la règle de conflit, cer-

tains droits nationaux n'imposent pas au juge l'application systématique de la loi étrangère pourtant désignée par la norme conflictuelle. Tel est le cas de la France pour les droits disponibles. Le juge français n'est pas tenu d'appliquer d'office la règle de conflit désignant une loi étrangère lorsque de tels droits sont en cause. Alors même que la règle de conflit est unifiée au niveau européen, la loi finalement appliquée ne sera pas forcément la même en fonction du juge saisi. Le résultat, bien que peu satisfaisant, n'apparaît pas contraire, selon M<sup>me</sup> Corneloup, au droit de l'Union européenne, alors pourtant que la question est souvent débattue en doctrine. Des solutions destinées à remédier à la divergence entre les pratiques des différents États membres sont ensuite exposées, tant au niveau du seul droit français, qu'à celui de l'Union européenne.

Lorsque la règle de conflit est effectivement appliquée et désigne un droit étranger, la teneur de ce dernier doit être identifiée. Deux contributions de magistrats, François Mélin et Florence Hermite, traitent ce sujet.

L'approche est pratique avec une perspective essentiellement judiciaire. Les auteurs passent en revue les différentes possibilités dont dispose le juge pour avoir accès au droit étranger qui est applicable. La palette est riche et les développements sont essentiels tant la plupart des moyens qui leur sont offerts sont méconnus par les magistrats. Outre ces utiles rappels, deux éléments notables sont à souligner. En premier lieu, les deux auteurs étudient la Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger signée à Londres le 7 juin 1968. Ils insistent tous deux sur l'utilité de cet instrument. Même si elle a longtemps été ignorée par les juges et critiquée par la doctrine, cette convention peut, selon eux, encore être utile. Certains de ses défauts (délais de réponse trop longs, absence de contact direct entre le juge requérant et la personne chargée d'éla-

borer la réponse) peuvent notamment être rectifiés grâce à l'utilisation d'internet. La convention a d'ailleurs fait l'objet de ratifications récentes et fait partie du quotidien des juges dans plusieurs pays. Malgré son âge, sa vitalité permet d'être optimiste quant à son avenir, même en France. En second lieu, le réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale est étudié en détail par M<sup>me</sup> Hermite qui insiste sur le caractère informel des modalités de coopération mises en place. L'auteur nous apprend que bien que restant modeste, le nombre de demandes d'informations qui transitent par le réseau est en hausse au cours des dernières années. Son efficacité est soulignée et permet même d'envisager, selon M<sup>me</sup> Hermite, le réseau comme recours « obligé » pour le juge qui tente d'établir le contenu de la loi d'un autre État membre de l'Union européenne. La jurisprudence de la Cour de cassation relative à la diligence dont le juge doit faire preuve dans l'établissement de la teneur du droit étranger, qualifiée d'indulgente (Civ. 1<sup>re</sup>, 21 nov. 2006, Rev. crit. DIP 2007. 575, note H. Muir Watt), devrait ainsi être remise en cause car elle ne paraît plus compatible avec les moyens disponibles actuellement.

La question de la hiérarchie étrangère des normes devant le juge français est ensuite traitée par Gustavo Cerqueira. Le problème, particulièrement complexe, aux confins de plusieurs matières, est étudié en longueur, sous un angle principalement théorique. La question essentielle est de savoir quelle doit être l'attitude du juge français face à un droit étranger, désigné par notre règle de conflit, au sein duquel se pose un problème de conflit hiérarchique de normes non encore tranché. La difficulté, mise en évidence par la doctrine tant française qu'étrangère depuis de nombreuses années, est en plein renouveau, comme le souligne l'auteur, en raison de différents facteurs, notamment la montée en puissance du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. M. Cerqueira explore les différents aspects de la problématique

et suggère notamment, afin d'apporter certaines réponses, la création d'une question préjudicielle étrangère, proposition audacieuse qui mérite assurément d'être développée de manière approfondie dans un proche avenir.

Une fois le droit étranger appliqué par le juge du fond, la question du contrôle exercé par la Cour de cassation se pose. C'est l'objet de la contribution d'Alice Meier-Bourdeau, avocate au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Après d'intéressantes considérations historiques, le droit positif est étudié en profondeur. Le principe reste l'absence de contrôle de l'application que fait le juge du fond du droit étranger. Deux exceptions existent toutefois : l'absence de dénaturation et le contrôle des motifs. Elles sont analysées dans le détail, ce qui permet de comprendre que la Haute juridiction veille malgré tout et évite de cette manière des solutions qui pourraient être choquantes. Une rapide analyse de droit comparé montre que des Cours suprêmes de pays voisins (Suisse, Espagne et Italie) sont plus audacieuses et admettent un contrôle plus étendu. C'est pourquoi l'auteur suggère, pour conclure, une extension du contrôle exercé par la Cour de cassation française sur l'application du droit étranger faite par les juges du fond. Les différents arguments traditionnellement invoqués pour justifier un contrôle limité sont écartés de façon convaincante les uns après les autres, ce qui laisse à penser que la solution n'est peut-être pas figée et pourrait évoluer prochainement.

L'équilibre subtil sur lequel repose la construction jurisprudentielle relative à l'application du droit étranger est toutefois susceptible d'être remis en cause par le jeu de l'exception d'équivalence à laquelle la contribution de Sara Godechot-Patris est consacrée. L'auteur étudie la jurisprudence intervenue en la matière. Il en résulte que de nombreuses incertitudes subsistent. L'analyse détaillée permet malgré tout de

mieux cerner le mécanisme et de dégager les fondements d'un régime propre.

En premier lieu, son domaine est précisé. Il s'agit, d'une part, d'un correctif qui permet de ne pas sanctionner un juge qui a appliqué une loi autre que celle désignée par la règle de conflit et, d'autre part, d'une exception invocable par le juge lui-même pour se dispenser de trancher le conflit de lois.

En second lieu, la raison qui justifie l'existence d'une telle exception est dégagée : les différentes lois en présence conduisent aux mêmes conséquences juridiques. La règle de conflit n'est certes pas correctement appliquée mais l'issue du procès n'en est pas changée quant à la solution matérielle consacrée. L'auteur insiste sur la nécessité d'une approche restrictive, ce qui ne peut qu'être approuvé. Une simple équivalence formelle ne saurait suffire, sauf à remettre en cause l'office du juge.

En dernier lieu, quant aux acteurs de l'équivalence, les juges du fond peuvent sans aucun doute la mettre en œuvre, sous le contrôle de la Cour de cassation. L'invocation de l'exception devant cette dernière juridiction est plus complexe. L'hypothèse dans laquelle les juges du fond ont appliqué une loi étrangère à la place de la loi française normalement compétente ne pose pas de problème. La Cour dispose des outils procéduraux nécessaires pour faire jouer l'exception, la teneur du droit étranger ayant par définition déjà été établie. En revanche, l'hypothèse inverse est plus problématique puisque, en l'état de sa jurisprudence, la Haute juridiction n'est pas en mesure de déterminer elle-même le contenu du droit étranger désigné par la règle de conflit. L'un des deux éléments de comparaison fait donc défaut. L'auteur démontre, en s'appuyant sur plusieurs propositions doctrinales antérieures, qu'une évolution en la matière est concevable, notamment par le jeu de la substitution de motifs.

La contribution de Jean-Baptiste Racine intitulée « L'application par les juridictions françaises du droit uniforme et des conventions internationales » se situe quelque peu en marge du sujet. Le titre retenu se prêtait à différentes interprétations. Le sujet était donc susceptible d'être abordé de diverses manières. L'auteur a choisi de consacrer ses développements à la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises et aux principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international. Le droit étranger n'est donc pas directement en cause. La convention, signée et ratifiée par la France, fait partie intégrante du droit français. Quant aux principes, ils n'émanent pas d'une souveraineté étrangère. Toutefois, le juge français confronté à un litige à caractère international est susceptible de rencontrer, dans la mise en œuvre de ces corps de règles, des difficultés proches de celles relatives à l'application du droit étranger.

À propos de la convention de Vienne, M. Racine envisage d'abord la question de son application. Si le juge français a l'obligation de recourir à ce texte lorsque ses critères d'application sont remplis, le problème principal, rencontré à plusieurs reprises dans la jurisprudence française, est celui de son exclusion tacite par les parties, par le jeu de conclusions concordantes sur le seul fondement du droit interne français. Pour l'auteur, la volonté des parties doit être certaine. Il préconise à cette fin la méthode utilisée par la Cour d'appel de Grenoble dans les années 1990. Lorsque la convention était applicable, les juges grenoblois invitaient les parties à faire part de leurs observations sur ce point en leur indiquant que leur silence équivalait à une renonciation à s'en prévaloir. Toute ambiguïté est ainsi levée.

L'interprétation de la convention est ensuite abordée. Conformément au texte, les juges doivent retenir une interprétation autonome de ses dispositions. M. Racine plaide pour une interprétation dénatio-

lisée, s'appuyant sur une jurisprudence transnationale déjà existante et facile d'accès selon lui, en particulier sur internet.

Quant aux principes Unidroit, ils sont susceptibles d'être appliqués par le juge français de manière autonome, lorsqu'ils ont été choisis par les parties au contrat. Il ne s'agit certes pas d'un choix de loi au sens des règles de conflit applicables en la matière, mais une telle désignation leur confèrera valeur de stipulations contractuelles, soumises à la loi applicable à défaut de choix. Ces principes peuvent également, conformément à leur préambule, être utilisés en combinaison avec d'autres textes. Ils sont ainsi susceptibles d'intervenir afin de permettre l'interprétation ou de combler les lacunes d'instruments du droit international uniforme et du droit national. L'auteur, tout en constatant que la jurisprudence française n'est guère abondante sur ce point, est favorable à un développement de cette utilisation qui existe déjà à l'étranger.

La lecture de l'ouvrage publié par la Société de législation comparée est donc à recommander tant au praticien, qui trouvera rapidement les clés de la matière, qu'au théoricien, en raison notamment des nombreuses propositions formulées par les différents auteurs à propos de questions classiques ou apparues plus récemment. Certes, la perspective adoptée est essentiellement judiciaire, ce qui est compréhensible au regard du cadre dans lequel les conférences ont été dispensées. Les problèmes rencontrés par d'autres acteurs confrontés à l'application du droit étranger, tels que les notaires ou les officiers d'état civil, mériteraient également l'attention. Il n'en reste pas moins vrai qu'une contribution précieuse est ainsi apportée par cette nouvelle publication à la diffusion du droit positif et à l'avancée des idées à propos d'une matière dans laquelle les débats et controverses ne sont pas prêts de s'arrêter.

Nicolas Nord

## Contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger. Études de droit international privé (Amérique latine, États-Unis, Europe),

par Gustavo Cerqueira et Nicolas Nord (dir.), Société de législation comparée, coll. « Colloques », vol. 34, 2017, 285 pages

Le thème auquel est consacré cet ouvrage, résultant d'un colloque organisé à la Cour de cassation le 23 septembre 2016, se situe à l'intersection de deux problématiques importantes : celle des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité, dont l'incidence croissante dans l'ensemble du droit privé conduit au réexamen de solutions et de méthodes jusqu'aux mieux établies, et celle du statut du droit étranger dans le for, question classique de la théorie générale du droit international privé qui n'en continue pas moins de susciter l'intérêt de la doctrine la plus contemporaine (v. not. P. Lauvaux et J. Massot [dir.], *L'application du droit étranger*, Société de législation comparée, 2018 ; Y. Nishitani [dir.], *Treatment of Foreign Law—Dynamics towards Convergence?*, Springer, 2017 ; C. Witz [dir.], *Application du droit étranger par le juge national : Allemagne, France, Belgique, Suisse*, Société de législation comparée, 2014 ; C. Esplugues et al. [dir.], *Application of Foreign Law*, Sellier, 2011).

La complexité du sujet se révèle à l'énumération de ses différentes dimensions, qui transparaissent dans toutes les contributions et contribuent à les structurer, ainsi que l'ouvrage lui-même : la dialectique entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, la distinction entre les normes supra-législatives émanant de la *lex fori* et celles qui émanent de la *lex causae*, le particularisme des droits fondamentaux – que leur protection soit constitutionnelle ou conventionnelle –, l'opposition entre traités liant tant le for que l'État étranger et traités ne liant que celui-ci, l'incidence de la manière dont le contrôle de constitutionnalité est conçu, soit qu'il opère de façon décentralisée, soit qu'il soit confié à une juridiction par-

ticière... Afin d'affronter ces difficultés considérables, et d'autant plus que nulle part la jurisprudence n'est abondante, l'idée directrice est ici de mobiliser la méthode comparative.

Le cœur de l'ouvrage peut en effet être décomposé en trois parties : une série d'observations introductives, baptisées prolégomènes ; une série de rapports nationaux, même si tel n'est pas explicitement leur intitulé ; des observations conclusives. Au sein des prolégomènes, la première contribution permet à la fois de sérier les sous-hypothèses que recouvre le thème du colloque et de replacer celui-ci au sein de la problématique plus générale du contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité appliqué à tout droit « étranger au système juridique auquel appartient le juge chargé de l'appliquer », un droit qui peut être « national, mais également international et européen » (J.-S. Bergé, « Lieux et formes d'application du droit étranger soumis à un contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité », p. 17-35). La seconde contribution complète ce cadre par un travail de définition et de délimitation, en y intégrant d'utiles perspectives de droit public (J. Boudon, « Contrôle de constitutionnalité, contrôle de conventionnalité, et la figure de l'altérité », p. 37-46). Parmi les États étudiés ensuite, quatre font l'objet d'une attention particulière, puisque chacun d'eux se voit dédier deux rapports, l'un consacré au contrôle exercé au regard des normes supra-législatives du for, et l'autre au contrôle exercé au regard des normes supra-législatives de l'ordre juridique dont émane le droit étranger en cause : la France (P. de Vareilles-Sommères, « Le conflit hiérarchique étranger de normes devant le juge judiciaire français – Application à la constitution-

nalité et à la conventionnalité de la loi étrangère », p. 49-62, et H. Fulchiron, « Le droit étranger à l'épreuve de la Constitution française et des conventions internationales liant l'ordre juridique français », p. 63-81), l'Argentine et l'Uruguay (D. Opertti Badan, « Les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger au regard de l'ordre juridique de l'État d'origine – Perspectives argentines et uruguayennes », p. 87-109, et F. Munsch, « Les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger en Argentine et en Uruguay », p. 111-135), et enfin le Brésil (G. Cerqueira, « La conformité du droit étranger à l'ordre constitutionnel et conventionnel de l'État d'origine – Fondements et défis du double contrôle au Brésil », p. 137-171, et G. Ferraz de Campos Monaco, « La place de la Constitution brésilienne et des conventions liant le Brésil dans le système de contrôle du droit étranger », p. 173-186). D'autres éléments de comparaison sont apportés par les derniers rapports, consacrés successivement aux États-Unis d'Amérique (A. M. Garro, « Constitutional and Treaty-based Review of Foreign Law: Comparative and U.S. Perspectives », p. 189-219), à l'Allemagne et à la Suisse (P. Kinsch, « Le droit étranger face à la hiérarchie des normes en droit international privé allemand et suisse », p. 223-240), et à l'Italie (S. Forlati, « Le juge italien face au contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger », p. 241-262). Les observations conclusives (P. Lagarde, « Le droit étranger à l'épreuve des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité – Rapport de synthèse », p. 265-274), enfin, sont autant l'occasion de mettre en regard les conceptions françaises et étrangères que d'évoquer d'autres dimensions qui auraient pu être intégrées aux analyses précédemment exposées, comme par exemple le caractère bilatéral ou unilatéral de la règle de conflit ayant donné compétence à la loi étrangère (p. 265-266), preuve s'il en était encore besoin à ce stade de la richesse du thème.

Les participants semblent avoir été laissés très libres quant à leur manière d'aborder le thème général dans le contexte du ou des systèmes juridiques qui leur avaient été attribués. Selon un dilemme familier à tous les comparatistes, ce parti-pris présente des avantages et des inconvénients. L'avantage principal est que les différents articles, qui n'ont pas dû se couler dans un modèle unique, ont pu être structurés de la manière qui a semblé convenir à chacun pour refléter au mieux les particularismes et les grilles de lecture du système juridique dont il avait la charge. Un premier inconvénient est que la comparaison entre les différents systèmes est rendue moins immédiate par ces différences de structures et d'approches. En outre, certains aspects, qui pourtant étaient susceptibles de fournir des bancs d'épreuve ou des points de comparaison très riches, comme l'arbitrage et l'efficacité des jugements étrangers, bénéficient d'une attention très inégale selon les contributions. Néanmoins, tout internationaliste qui n'aurait pas pour ambition de concevoir un système universel, mais plutôt de reconsidérer les solutions de son propre droit à la lueur des expériences étrangères, trouvera dans cet ouvrage des pistes de réflexion très stimulantes – la structure même de l'ouvrage constitue d'ailleurs une incitation en ce sens pour le lecteur français, puisque les « perspectives françaises » sont distinguées des « perspectives comparées ».

Le premier point qui retient l'attention est l'ancienneté des travaux de référence en la matière (pour une exception fréquemment relevée, v. D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé*, t. I, 4<sup>e</sup> éd., PUF, 2017, n° 455) – les noms de Bartin, de Niboyet, de Neumayer, de Batiffol se retrouvent dans toutes les contributions. Compte tenu de l'essor qu'ont connus les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité durant les dernières décennies, cet aspect à lui seul justifiait un réexamen de la question, un réexamen qui s'avère d'autant plus riche que

des visions très différentes trouvent à s'exprimer. Un autre intérêt des analyses présentées réside dans la fréquente mobilisation d'éléments sociologiques et historiques afin d'éclairer les raisons pour lesquelles un système donné en est venu à prendre la physionomie qui est la sienne aujourd'hui. Ainsi, la prépondérance du contrôle de conventionnalité en Allemagne s'expliquerait par le rôle généralement prééminent joué par la Constitution, combiné à la traditionnelle absence de supériorité des traités sur les lois dans la hiérarchie des normes ; l'orientation inverse prévaut en Suisse compte tenu du caractère routinier du contrôle de conventionnalité, auquel s'ajoute l'impossibilité pour les tribunaux « de vérifier la constitutionnalité des lois fédérales » [sur cette discussion, v. P. Kinsch, *op. cit.*, p. 239-240 ; v. aussi, sur le lien « indissoluble » entre contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité en droit italien, S. Forlati, *op. cit.*, p. 250-254].

Pour aller plus loin dans la discussion, il apparaît opportun de reprendre l'opposition déjà évoquée entre contrôle exercé au regard des normes supra-législatives du for et contrôle exercé au regard des normes supra-législatives de l'ordre juridique dont émane le droit étranger, puisque ces deux configurations appellent des observations différentes. Le premier type de contrôle ne concerne en réalité, puisque « le législateur étranger n'est pas soumis au droit constitutionnel du for » ni ne doit respecter les « traités auquel l'État du for [...] est partie » (P. Lagarde, *op. cit.*, p. 268), que la conformité aux droits fondamentaux dont la protection peut être constitutionnelle, conventionnelle, ou l'une et l'autre à la fois. La difficulté est alors, et elle semble partagée par l'ensemble des systèmes, au moins en Europe et en Amérique latine, que ces hypothèses sont appréhendées par les juridictions judiciaires en termes de conformité à l'ordre public international, un ordre public certes nourri par les normes constitutionnelles ou conven-

tionnelles, mais dont l'existence permet de faire l'économie d'un contrôle direct de conformité à celles-ci (v. cep., estimant que les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité doivent permettre, notamment en ce qu'ils impliquent de recourir à la proportionnalité, de « repenser le jeu de l'ordre public », H. Fulchiron, *op. cit.*, p. 72-81).

Par contraste, le contrôle exercé au regard des normes supra-législatives de l'ordre juridique dont émane le droit étranger soulève des interrogations assez sensiblement différentes. L'exigence de respect de la norme étrangère impose de l'appréhender dans son environnement normatif, ce qui inclut la dimension supra-législative. Mais la mise en œuvre d'un tel contrôle soulève des difficultés tant théoriques que techniques, les premières se ramenant pour l'essentiel aujourd'hui au manque de légitimité du juge du for pour s'y livrer, tandis que les secondes se révèlent particulièrement aiguës lorsque le système étranger réserve ce contrôle à une juridiction particulière plutôt que de l'organiser par voie d'exception devant le juge judiciaire (sur cette discussion, v. par ex. P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 50-51 et 56-60). Comment un juge étranger, appelé à se prononcer sur la conventionnalité d'une règle française déclarée applicable, réagirait-il en découvrant le mécanisme de la QPC ? Se permettrait-il d'adresser une demande d'avis préjudiciel au Conseil constitutionnel français ? Une telle demande serait-elle-même recevable ? Si l'État étranger est aussi partie à la convention de Londres de 1968 dans le domaine de l'information sur le droit étranger, ce texte peut-il être mis en œuvre ? À l'inverse, un juge français qui devrait appliquer une règle brésilienne dont la constitutionnalité est mise en doute, se risquerait-il à décider qu'il doit se référer à la constitution fédérale plutôt qu'à la constitution de l'une des unités fédérales (sur ce problème, v. G. Cerqueira, *op. cit.*, p. 161) ? À la lecture de ces contributions, le lecteur se surprend à

osciller entre le sentiment que la rigueur des principes impose de procéder à ces contrôles, et celui que leur mise en œuvre concrète est impossible, balancement dont sont déjà coutumiers ceux qui ont approfondi les autres questions, plus classiques, soulevées par le statut de la loi étrangère dans le for.

En définitive, c'est avec le sentiment fort plaisant d'avoir à la fois approfondi sa connaissance de la théorie générale du droit international privé, et enrichi sa réflexion de perspectives originales, que ce lecteur refermera l'ouvrage.

Samuel Fulli-Lemaire

## **Droit de la famille, Droits français, européen, international et comparé,**

par Marie Cresp, Jean Hauser, Marion Ho-Dac, Sandrine Sana-Chaillé de Néré, Bruylant, coll. « Europe(s) », 2018, 1145 pages

*Présentation* – L'ouvrage *Droit de la famille, Droits français, européen, international et comparé* est le fruit de la collaboration entre Marie Cresp (Université de Bordeaux), Jean Hauser (Université de Bordeaux), Marion Ho-Dac (Université de Valenciennes) et Sandrine Sana-Chaillé de Néré (Université de Bordeaux). Cédric Durassier et Marion Nadaud, consultants au CRIDON Sud-Ouest, ont également contribué à cet ouvrage. Il a été publié à titre posthume pour le Professeur Jean Hauser et lui a été dédié par ses collègues.

Édité en 2018 par les éditions Bruylant, dans la collection « Europe(s) », l'ouvrage compte 1056 pages de texte, auxquelles il faut ajouter une bibliographie, une table des matières, un sommaire jurisprudentiel thématique, un index thématique et un index jurisprudentiel très fourni. L'index jurisprudentiel constitue sans conteste un outil que les utilisateurs sauront apprécier : chronologique, il réunit principalement des références aux décisions nationales, incluant aux côtés des décisions de la Cour de cassation et des juridictions du fond, des décisions du Conseil constitutionnel, mais aussi européennes, retenant l'essentiel de la jurisprudence émanant de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne.

Les auteurs ont pris le parti d'aborder le droit de la famille non seulement

sous l'angle du droit interne – français et comparé –, mais aussi sous l'angle du droit international privé et du droit européen – de l'Union européenne et des droits de l'homme. Parce que la mobilité des familles par-delà les frontières est aujourd'hui largement répandue, parce que les sources du droit de la famille se sont diversifiées, les auteurs ont cherché à porter sur le droit de la famille cet éclairage multiple, permettant de ne pas confiner le droit de la famille et les situations qui lui sont soumises à l'intérieur de la seule réglementation interne. La belle idée suffit à elle seule à justifier le besoin de lire l'ouvrage ainsi élaboré.

Pour opérer ce « décloisonnement » de la matière et proposer aux lecteurs un « outil de compréhension global de la matière familiale », les auteurs ont privilégié une approche originale, reposant sur la mise en avant de la jurisprudence, ou plutôt des jurisprudences. C'est donc l'application pratique du droit qui a guidé la rédaction de l'ouvrage et les choix opérés par les auteurs. Présenté comme un *Casebook*, l'ouvrage cherche néanmoins à établir un point d'équilibre entre les aspects concrets et pratiques d'une part et les aspects théoriques d'autre part. Cette double approche permet ainsi tout autant à l'étudiant, à l'universitaire et au praticien, qu'il soit notaire, avocat ou magistrat, de puiser dans l'ouvrage les

ressources nécessaires à sa recherche et de répondre à ses besoins.

Le plan de l'ouvrage repose sur les grandes thématiques du droit de la famille et compte 5 titres : Le mariage (formation et effets), le divorce (prononcé et effets), le couple non marié (pacs et concubinage), la filiation (non adoptive et adoptive), l'enfant (personne et patrimoine). Au sein de chaque thème, les subdivisions thématiques sont toujours ordonnancées autour du même schéma regroupant les deux rubriques suivantes : des « généralités », permettant d'abord de présenter la matière de façon générale sous le double angle des droits interne et international ; des « questions » ensuite, permettant de présenter une diversité de thèmes – bien souvent en lien avec l'actualité – qui illustrent l'essentiel des difficultés qui se posent en pratique et des réflexions suscitées par la coexistence des droits nationaux et de leur diversité, ainsi que le regard du droit européen. La rubrique des « questions » est elle-même subdivisée en quatre points, permettant d'analyser une sélection d'arrêts, en présentant leur « contexte », leur « solution », « l'analyse » qui peut en être faite, et enfin, en guise de conclusion, le « résultat ». Ce découpage permet au lecteur de cheminer au fil de l'ouvrage en sélectionnant les thèmes parmi les quelques 206 questions proposées (par ailleurs recensées dans la table des matières figurant à la fin de l'ouvrage) sans pour autant être nécessairement contraint à une lecture chronologique de l'ouvrage.

*Le titre 1 est consacré au mariage.* – Au travers d'un découpage classique entre la formation du mariage (chapitre 1) et ses effets (chapitre 2), ce titre présente 52 questions – et par là-même, 52 décisions de justice – qui toutes font état de difficultés ou de points de réflexion emblématiques de la matière et des tensions qui peuvent exister en droit du mariage entre les différentes conceptions nationales.

C'est ainsi qu'en droit interne, la conception du mariage a considérablement évolué, non seulement parce que d'autres formes d'union ont vu le jour, mais aussi parce que le mariage a été ouvert à tous les couples, peu important leur orientation sexuelle (n° 38 s.). Cette conception diffère largement de ce qui existe dans de nombreux autres pays. Si l'adoption du mariage entre personnes de même sexe peut être considérée comme « la conquête d'un droit au mariage » dans l'ordre interne (n° 1), qui s'impose quand bien même les époux seraient tous deux de statut personnel prohibitif (n° 40 s.), il n'en va pas de même au regard du droit européen, qui rejette l'existence d'un droit au mariage pour les couples homosexuels tant qu'un statut juridique leur est offert (n° 44 s.). Ces différences fondamentales de conception de l'union matrimoniale se retrouvent également sur le terrain de la monogamie (n° 64 s.), consacrée en droit interne tandis que la polygamie est autorisée par d'autres législations, ou sur le terrain de la laïcité (n° 90 s.), posant systématiquement la question de savoir ce qu'il advient d'une union, célébrée ailleurs, mais prospérant en France.

Les tensions ainsi constatées entre les différentes conceptions matrimoniales ne sont pas les seules difficultés à être pointées par les auteurs. Le droit interne offre aussi son lot de questionnements, qui vont par exemple du traitement du mariage de complaisance (n° 12 s.), en passant par le contrôle du consentement à mariage (n° 22 s.), à la question de l'inceste (n° 48 s.) et aux sanctions des conditions de formation du mariage (n° 96 s.). Quant aux effets du mariage, outre les difficultés propres aux régimes matrimoniaux (n° 148 s.), là encore l'évolution de la conception de l'union matrimoniale est palpable : le devoir de fidélité, pourtant consacré par la loi, voit sa force largement atténuée (n° 144 s.), tandis qu'un devoir de respect, aux contours peu précis, semble trouver son terrain d'élection non pas dans le mariage lui-même mais plutôt

dans la période de séparation qui précède le divorce (n° 148 s.).

*Le titre 2 est consacré au divorce et se divise en deux chapitres liés l'un au prononcé du divorce et l'autre aux effets du divorce. 40 questions et décisions sont analysées qui permettent d'embrasser l'ensemble des difficultés suscitées par le droit du divorce en droits interne et international, ainsi que des points d'actualité.*

C'est ainsi que, aussi bien en droit interne qu'en droit international, l'autonomie de la volonté se trouve au cœur des analyses réalisées. Les années 2000 sont en effet marquées par une recherche par le législateur de pacification du contentieux du divorce, avec notamment le nouveau divorce sans juge mis en place par la loi « justice 21 » du 18 novembre 2016 (n° 306 s.) ou les passerelles permettant de passer d'une procédure contentieuse vers une procédure de consentement mutuel. En droit international privé, le législateur européen autorise le choix de loi applicable pour le prononcé du divorce, grâce au règlement Rome 3, mais aussi pour la question de la prestation compensatoire, grâce au règlement « Aliments ». Les pactes de séparation amiables sont également de plus en plus utilisés (n° 386 s.), posant par exemple la question de savoir si l'on peut renoncer au droit de divorcer (n° 345 s.) ou encore à une prestation compensatoire (n° 501 s.).

Bien que consacré en droit interne et d'ordre public (n° 345 s.), le droit au divorce n'est en revanche pas reconnu comme tel par la Cour européenne des droits de l'homme, car le divorce cristallise des conceptions nationales qui peuvent être fort opposées (n° 340 s.). La répudiation prononcée à l'étranger constitue un exemple topique des divergences nationales, lorsqu'elle est appelée à produire des effets en France parce que l'épouse ou les époux y sont domiciliés (n° 377 s.).

Lorsque le divorce est contentieux, les effets patrimoniaux sont souvent au

cœur du litige. Ce sont essentiellement les questions relatives au logement des époux après divorce (n° 449 s.) ou les questions alimentaires et de prestation compensatoire (n° 460 s.) qui se posent devant le juge. Sur le plan des effets personnels du divorce, la question du nom des époux après divorce est toujours d'actualité (n° 435 s.), notamment lorsque le couple a fait l'objet d'une mobilité en Europe et que l'un d'eux se demande alors s'il peut conserver le nom qui lui a été attribué en France lorsqu'il s'installe à l'étranger (n° 445 s.). Le divorce a également un impact non négligeable sur le droit de séjour du conjoint et la question est particulièrement importante dans le cadre du droit européen au titre de la liberté de circulation des citoyens européens (n° 453 s.).

La spécificité du contentieux du divorce requiert des règles particulières. En droit interne, le régime probatoire en constitue l'illustration (n° 391 s.), tandis qu'en droit international privé, la diversité des règles de compétence relatives au divorce et à ses effets conduit d'une part à régler les situations de litispendance (n° 357 s.) et, d'autre part, à rechercher un regroupement du contentieux devant un juge unique (n° 372 s.).

*Le titre 3 est consacré au couple non marié. – 35 décisions sont analysées afin de rendre compte des difficultés relatives aux couples faisant l'objet d'un partenariat, comme le Pacs (chapitre 1), ou vivant dans le cadre d'un simple concubinage (chapitre 2).*

Le partenariat constitue désormais en droit du couple l'une des figures de plus en plus réglementées en droit comparé et qui a souvent permis d'accueillir, avant que le mariage ne le fasse – tout au moins dans certains États – les unions entre personnes de même sexe. Tout comme pour le mariage, la réglementation s'intéresse d'abord à la formation du partenariat, puis à ses effets et, enfin, à sa dissolution. Le concubinage soulève des difficultés analogues,

mais les réponses apportées diffèrent sensiblement, puisque, selon le droit concerné, le couple vit en dehors de tout statut légal, choisi ou imposé.

L'émergence de ces différents modes de conjugalité a conduit à s'interroger sur l'existence d'un droit à partenariat qui serait garanti par la Convention européenne des droits de l'homme. Par sa jurisprudence *Oliari c/ Italie* (n° 549 s.), la Cour européenne des droits de l'homme garantit un « droit de vivre en couple au sein d'un régime juridiquement encadré, mais non le droit de choisir son mode de conjugalité » (n° 552).

La pluralité de modèles offerts au couple varie encore lorsque la relation est empreinte d'un élément d'extranéité, tant les législations divergent quant au contenu des statuts ainsi mis en place (n° 542 et n° 662). En matière de partenariat, les questions de droit international privé portent aussi bien sur la loi applicable à la formation de l'union (n° 565 s.) et à ses effets (n° 629 s.), que sur la compétence du juge pour prononcer la nullité de l'union (n° 577 s.) ou sa dissolution (n° 641 s.). La conclusion d'un Pacs à l'étranger amené à produire des effets en France pose également de nombreuses questions, notamment au regard de l'ordre public (n° 561 s.), de même que les effets de la conclusion d'un partenariat avec un Français sur le terrain du droit des étrangers et de la délivrance d'un titre de séjour (n° 634 s.). En matière de concubinage, c'est essentiellement la question de savoir si le concubinage relève du statut personnel ou contractuel qui se pose (n° 691) et celles de ses conséquences sur la condition des étrangers (n° 721 s.) et le regroupement familial (n° 725).

En droit interne du Pacs, si certaines différences avec le mariage sont patentées, sans pour autant créer de discriminations (comme par exemple en matière de pension de réversion, n° 619 s., ou en matière successorale, n° 654 s.), un rapprochement constant entre l'institution

matrimoniale et le Pacs peut pourtant être constaté, gommant progressivement les spécificités de chaque type d'union (n° 541). Par ailleurs, les textes laissent de nombreuses questions en suspens, sans que l'on sache si elles doivent relever du droit commun ou être rattachées, par analogie, au droit du mariage (pour la question du consentement à Pacs, V. n° 556 s.), ou encore si elles doivent être identiques au mariage (pour la fidélité, V. n° 592) ou s'en différencier (obligation d'assistance, n° 587 s.).

S'agissant du concubinage, outre les questions posées à la Cour EDH portant sur les éventuelles discriminations opérées par la législation française (n° 687 et 700 s.), ce sont essentiellement des difficultés liées aux conditions d'existence du concubinage, et notamment ce qui constitue ou non une vie de couple (n° 670, n° 674 et n° 687 s.), qui occupent les juridictions françaises, mais aussi les difficultés liées à leurs effets patrimoniaux (n° 712, 716, 732 et 742).

*Le titre 4 est consacré à la filiation.* – Filiation non adoptive (chapitre 1) et filiation adoptive (chapitre 2) sont présentées au travers de 36 questions et décisions de justice qui révèlent assurément que le thème de la filiation se trouve sous les feux de l'actualité, que ce soit sur le plan interne ou international et européen.

Plus particulièrement, c'est la question de la parenté homosexuelle qui se pose, avec la loi du 17 mai 2013 qui a en effet ouvert l'adoption aux couples de même sexe, conduisant ainsi à l'admission en droit interne d'une co-parenté homosexuelle. À l'inverse, la filiation non adoptive reste pour l'instant hermétique à l'homosexualité des co-parents (n° 747).

Au regard de la filiation non adoptive, ce sont surtout les techniques de procréation médicalement assistée (n° 767 s.) et le recours à la gestation pour autrui qui posent des difficultés récurrentes.

Le droit interne étant plus strict que certaines législations étrangères, les couples n'hésitent pas à mettre à profit leur mobilité pour quérir à l'étranger la possibilité qui leur est offerte de concevoir un enfant, poussant ainsi les juridictions internes dans leurs retranchements et provoquant par là-même l'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme (n° 802 s. et n° 807 s.).

Outre les questions d'actualité, l'examen de la jurisprudence interne et européenne permet de révéler les spécificités propres au droit interne de la filiation, qu'il s'agisse du droit matériel de la filiation ou bien des règles de conflit de lois élaborées par le législateur en 1972 et figurant dans le code civil.

Ainsi, en droit interne, sont soulignées les particularités de la possession d'état (n° 798 s.), de la reconnaissance d'enfant et de ses liens avec la vérité de la filiation (n° 783 s. et 787 s.), des conflits de filiation (n° 841 s.), tandis que l'accouchement sous X pose la délicate question de savoir s'il interdit l'établissement forcé de la filiation maternelle (n° 852).

En droit international privé, les règles de conflit insérées dans le Code civil par le législateur de 1972 ne laissent pas de susciter interrogations et difficultés d'application. En témoignent les décisions relatives au rattachement à la loi nationale de la mère retenue par l'article 311-14 du code civil et à son caractère inégalitaire (n° 777 s.) ou celles qui concernent la difficulté d'articuler la règle générale de l'article 311-14 du code civil et la règle spéciale de l'article 311-17 du code civil (n° 792 s.). Par ailleurs, l'exception d'ordre public trouve un terrain d'élection en matière de filiation, permettant ainsi d'écarter des lois étrangères privant un enfant du droit d'établir sa filiation paternelle (n° 862 s.).

Enfin, l'empreinte des droits fondamentaux est ici très forte et l'encadrement du droit interne particulièrement présent. Qu'il s'agisse de confronter les délais de

prescription avec le droit de connaître ses origines (n° 825 s.), le droit de la preuve avec le droit au respect à la vie privée et familiale (n° 835 s.) ou de vérifier que les dispositions du droit interne ne sont pas discriminatoires (pour l'accouchement sous X, v. n° 858 s. ; pour la présomption de paternité du mari de la mère, v. n° 773 s.), la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est particulièrement fournie.

S'agissant de la filiation adoptive, les développements qui y sont consacrés révèlent là encore, quelques thèmes qui sont d'actualité et qui suscitent la réflexion. Le droit français va-t-il longtemps encore pouvoir interdire l'adoption simple par des couples non mariés (n° 954 s.) ? Il n'est pas possible d'adopter un enfant qui a été recueilli par *kafala* si sa loi nationale prohibe l'adoption (n° 892 s.). Enfin, le lien entre la GPA réalisée à l'étranger et l'adoption de l'enfant par le parent d'intention a été consacré par la Cour de cassation, puisque le conjoint du parent biologique est désormais autorisé à adopter l'enfant (n° 896 s.).

L'adoption internationale, encadrée par la convention de La Haye de 1993, fait l'objet de règles spécifiques figurant aux articles 370-3 à 370-5 du code civil, permettant tout à la fois de déterminer la loi applicable à l'adoption prononcée en France (n° 886 s., n° 909 s. et n° 913 s.) et de déterminer les effets des adoptions prononcées à l'étranger (n° 882 s., n° 923 s., n° 942 s., n° 948 s.). Les objectifs matériels de ces règles sont clairement de veiller à respecter le statut personnel de l'enfant adopté et de veiller à ce que le consentement à l'adoption soit donné dans des conditions éthiques.

En droit interne, le consentement à l'adoption est également encadré (n° 905 s., 917 s.), tandis que les spécificités de l'adoption simple par rapport à l'adoption plénière conduisent les juges à se prononcer de manière fréquente (n° 958 s., n° 969 s.).

Le titre 5 est consacré à l'enfant, à sa personne (chapitre 1) et à son patrimoine (chapitre 2), au travers de 43 questions. La matière est aujourd'hui envisagée sous l'angle tant du principe d'égalité entre les parents (n° 1056 s., et n° 1067 s.), que de celui de l'intérêt de l'enfant (n° 1116 s.), aussi bien au plan interne qu'au plan international. Les auteurs présentent l'autorité parentale dans toutes ses dimensions (n° 979 s.), qu'il s'agisse de son contenu, de son exercice, de ses aspects personnels ou patrimoniaux (not. n° 1163 s. pour les aspects successoraux ; n° 1016 s. et 1173 s. pour les aspects alimentaires).

Le rôle du juge est mis en avant dans la résolution des conflits parentaux (n° 1060 s.), qui prennent une dimension particulière lorsque le conflit est affecté d'un élément d'extranéité. La question de la compétence judiciaire internationale relève alors du règlement Bruxelles II *bis* (n° 1107 s.) et le juge doit avant toute chose, déterminer la loi applicable (n° 1093 s.), y compris lorsqu'il est sollicité pour mettre fin à une *kafala*, institution que ne connaît pas le droit français (n° 1084 s.). Les conflits parentaux atteignent leur paroxysme lorsque l'un des parents décide d'enlever l'enfant

à l'autre parent et le déplace dans un pays étranger (n° 1129 s.), contraignant le parent délaissé à saisir le juge d'une demande de retour immédiat encadrée par l'importante et efficace convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils du déplacement illicite d'enfants.

*Conclusion* – À l'issue de la lecture – toujours fluide – de cet ouvrage consacré au droit de la famille dans toutes ses dimensions, la richesse du droit contemporain familial se trouve parfaitement restituée par la présentation et l'analyse des 206 décisions sélectionnées par les auteurs. Malgré la diversité des questions envisagées et la particulière densité de la matière étudiée, les auteurs nous livrent ici un tableau parfaitement clair et limpide de l'état du droit contemporain de la famille, aussi bien dans sa dimension interne qu'internationale et européenne. L'ouvrage ainsi conçu, centré sur les difficultés techniques comme sur les questions d'actualité, constitue un outil fort utile dont tout le monde saura se satisfaire : étudiants, universitaires et praticiens. La belle idée est devenue un bel ouvrage !

**Estelle Gallant**

### **Advanced Introduction to Private International Law and Procedure, par Peter Hay, Edward Elgar, 2018, 148 pages**

L'ouvrage présente la matière comme celle des « problèmes survenant dans le contentieux international civil et commercial » (p. X et 1). Il expose diverses situations et leur règlement judiciaire du point de vue d'un justiciable privé.

Le chapitre introductif souligne que la matière est mal nommée : peut-on parler de droit international privé lorsque les solutions sont rarement internationales, ou de conflit de lois lorsque l'on s'attache

à déterminer la loi la plus adaptée à une situation particulière ? Il évoque ensuite succinctement quelques évolutions méthodologiques – droits acquis, règles de conflits, « révolutions américaines » –, et rappelle l'importance de la notion de point de contact pour les compétences juridictionnelle et législative.

Le cœur de l'ouvrage est organisé selon les interrogations de toute personne envisageant ou subissant une action dans

un cadre international. Où engager son action (compétence juridictionnelle, chapitres 2 et 3) ? Quelle loi sera appliquée (compétence législative, chapitre 4) ? Où exécuter la décision (exécution des jugements, chapitre 5) ? Cette distribution répartit ce qui est habituellement regroupé en France dans les « conflits de juridictions ». Par ailleurs, loin d'être limitée à l'ordre des chapitres, cette approche concrète sous-tend aussi leur organisation interne. Ainsi, la présentation de la compétence juridictionnelle commence par l'examen des clauses d'attribution juridictionnelle et celle des clauses de droit applicable ouvre le chapitre consacré à la compétence législative. De plus, l'exposé donne une place importante à des préoccupations techniques : en matière de compétence juridictionnelle, à celle des tribunaux en cas de flux d'affaires dans un pays sans y avoir d'établissement (*stream of commerce*, § 3.3.2), aux actions de groupe (§ 3.4), à la compétence envers les maisons mères (*piercing the corporate veil*, § 3.5), aux notifications, au recueil de preuves à l'étranger. De la même façon, le chapitre sur la loi applicable s'attache à l'établissement de la loi étrangère, au-delà de la présentation des questions traditionnelles relatives aux contrats, à la responsabilité civile, au droit de la famille.

Un bref chapitre 6 conclusif souligne l'intérêt des conventions internationales et leur réception limitée. En outre l'auteur appelle à ce que le *Restatement (Third)* consacré au *conflict of laws* – en cours d'élaboration aux États-Unis – propose des solutions bien adaptées en matière internationale.

Les solutions sont généralement présentées à la fois selon la *common law* – en pratique souvent selon les droits étatiques ou fédéral des États-Unis – et selon des droits de pays de droit écrit – le plus souvent matérialisés par les règlements européens, dont les plus importants sont listés en annexe. Cet aspect de droit comparé – notamment

sur les conceptions américaines – est l'un des plus stimulants de l'ouvrage, même pour ceux déjà familiers des questions de droit international privé.

Mais tous les aspects de la matière y sont-ils évoqués ? L'ouvrage ne traite pas d'une manière systématique des difficultés ou interrogations méthodologiques, traditionnellement abordées dans la « partie générale » des ouvrages français. On n'y trouve notamment pas de référence aux débats actuels sur les rôles respectifs des règles de conflit et de la reconnaissance ou la prise en considération, pas davantage que sur l'incidence des droits fondamentaux dans la détermination de la loi applicable. La matière apparaît donc plus comme un ensemble de questions et de solutions, que comme une discipline. Néanmoins, en se référant parfois au souci d'aboutir à une « décision juste », ou d'éviter de « faux conflits » l'auteur semble volontiers séduit par des approches associées aux auteurs américains.

Cette discrète inclinaison paraît en outre accompagnée d'un tropisme procédural. Ainsi, la qualification n'est évoquée que pour distinguer les questions de substance de celles de procédure, qui relèvent de la loi du tribunal compétent (p. 74). Le « dépeçage » serait commandé par la conception même de l'instance. Si cette dernière est considérée comme réglant le différent soumis, une seule loi devrait s'appliquer à tous les aspects de ce dernier ; si elle est vue comme réglant la collection des questions qu'implique la demande, chacune d'entre elles devrait être régie par une loi différente (p. 76). Si la loi applicable s'avère contraire à l'ordre public du for, l'auteur suggère de renvoyer le demandeur devant une juridiction susceptible d'appliquer la loi en question, plutôt que d'y substituer la loi du for (p. 98).

D'un style accessible, cet ouvrage illustre donc le caractère concret d'une matière réputée technique et s'avère, en dépit de sa taille réduite, riche d'informations

de droit comparé. Ces dernières font d'ailleurs bien percevoir que le développement de règles communes de droit international privé permettant une circu-

lation effective des personnes, biens et décisions reste un objectif lointain.

Antoine d'Ornano

## Signalements

**Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel. Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières,**  
LGDJ, Iprolex, 2018

---

**Europa als Rechts- und Lebensraum, Liber amicorum für Christian Kohler,**  
Bielefeld, Giesecking Verlag, 2018

---

### « The Allocation of Power between Arbitral Tribunals and State Courts »

par Alan Scott Rau, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 390, 2018

---

### « Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité) »,

par Horatia Muir Watt, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 389, 2018

---

### « The Law Governing International Commercial Contracts : Hard Law versus Soft Law »,

par Michael Joachim Bonnell, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 388, 2018

---

### « The Private-Public Divide in International Dispute Resolution »

par Burkhard Hess, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 388, 2018

---

### « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé (2015) »,

par Yves Lequette, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 387, 2018

---

### **Les grandes décisions de la jurisprudence internationale,**

par Jean-Louis Iten, Claire Crepet-Daigremont, Régis Bismuth, Arnaud de Nan-teuil, Guillaume Le Floch (dir.), Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2018

---

***Cheshire, North & Fawcett: Private International Law,***

par Paul Torremans, Uglješa Grusic, Christian Heinze, Louise Merrett, Alex Mills, Carmen Otero Garcia-Castrillon, Zheng Sophia Tang, Katarina Trimmings et Lara Walker (éds.), 15<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2017

---

***Stone on Private International Law in the European Union,***

par Peter Stone, 4<sup>e</sup> éd., Edward Elgar Publishing, 2018

---

***Droit international économique,***

par Hervé Ascensio, PUF, 2018

---

***Elgar Encyclopedia International Economic Law,***

par Thomas Cottier et Krista Nadakavukaren Schefer (dir.), Edward Elgar Publishing, 2017

---

***Droit international privé,***

par Françoise Monéger, 8<sup>e</sup> éd., LexisNexis, Objectif Droit, 2018

---

***Droit international privé,***

par Bernard Haftel, 7<sup>e</sup> éd., Cours Dalloz, 2018

---