

LA MÉTHODE TRIPARTITE DU DROIT  
INTERNATIONAL PRIVÉ :

DÉSIGNATION  
RECONNAISSANCE  
CONSIDÉRATION

par

MARC-PHILIPPE WELLER





M.-P. WELLER



## TABLE DES MATIÈRES

Chapitre I. Introduction générale. . . . .	123
Section I. Thèse principale: la nécessité de multiplier les méthodes de droit international privé. . . . .	123
Section II. Déclin de la théorie générale du droit international privé? . . . . .	124
Par. 1. Compétence juridictionnelle . . . . .	124
Par. 2. Reconnaissance des situations civiles étrangères . . . . .	126
Par. 3. Spécialisation . . . . .	127
Section III. Antithèse: la nécessité d'une théorie générale du droit international privé. . . . .	128
Par. 1. Personne plurielle issue de la globalisation, de la mobilité et de la postmodernité. . . . .	128
Par. 2. Flexibilité du droit en réponse . . . . .	129
Section IV. Les déficits de la désignation. . . . .	130
Par. 1. Nationalisation de l'international . . . . .	130
Par. 2. Eviction des lois concurrentes . . . . .	130
Par. 3. Tendances <i>lex foristes</i> . . . . .	131
A. Unilatéralisation cachée (résidence habituelle). . . . .	131
B. Lois de police . . . . .	132
C. Règles de conflits à coloration matérielle . . . . .	133
Par. 4. Bilan: sous-complexité du droit des conflits de loi contemporain . . . . .	133
Section V. Plan du cours . . . . .	134
Chapitre II. Données de base et illustration des méthodes . . . . .	137
Section I. La méthode de désignation . . . . .	137
Par. 1. Structure dualiste de la règle de conflit . . . . .	137
Par. 2. Terminologie: désignation ou détermination. . . . .	138
Par. 3. Cas pratique: <i>Germanwings</i> . . . . .	139
A. Règlement Rome I (contrats) . . . . .	140
B. Règlement Rome II (délits) . . . . .	141
C. Statut unitaire pour tous les passagers dans un accident de masse . . . . .	142
Section II. La méthode de reconnaissance . . . . .	144
Par. 1. Cas pratique: <i>Coman</i> . . . . .	144
Par. 2. Distinction entre reconnaissance de situations étrangères et reconnaissance de jugements étrangers. . . . .	145
Section III. La méthode de considération . . . . .	147
Par. 1. Considération du droit évincé. . . . .	147
Par. 2. Approches précédentes . . . . .	147
Par. 3. Cas pratique: accident de la route à l'étranger . . . . .	148
Chapitre III. Les étapes du développement des méthodes du droit international privé . . . . .	151
Section I. Le droit international privé classique du XIX <sup>e</sup> siècle . . . . .	151
Par. 1. La «méthode savignienne» . . . . .	151
Par. 2. Les principes de rattachement classiques . . . . .	152

Section II. Le droit international privé modernisé du XX <sup>e</sup> siècle . . . .	155
Par. 1. Les approches axées sur des valeurs matérielles par rapport à l'idéal d'une « justice spatiale » . . . . .	155
Par. 2. Le principe de proximité (Lagarde) . . . . .	158
Par. 3. L'identité culturelle (Jayme) . . . . .	159
Par. 4. Bilan: évolution du droit international privé « de l'Etat vers l'individu ». . . . .	160
Section III. Le droit international privé politisé du XXI <sup>e</sup> siècle . . . . .	161
Par. 1. Superposition de l'individualisme par les intérêts de l'Etat . . . . .	161
Par. 2. La « coloration matérielle » des principes de rattachement de l'Union européenne . . . . .	162
Par. 3. L'impact des politiques de l'Union sur le droit international privé . . . . .	165
Chapitre IV. Défis pour la méthodologie du droit international privé contemporain . . . . .	170
Section I. De l'espace à l'individu . . . . .	170
Par. 1. Les individus: de leur subordination à leur autonomie . . . . .	171
Par. 2. Les étrangers: de leur traitement passif à leur intégration active. . . . .	174
A. Du rattachement diachronique de la nationalité au rattachement synchronique de la résidence habituelle . . . . .	174
B. Intégration des réfugiés par le biais du droit international privé . . . . .	175
Par. 3. Du statique vers la mobilité. . . . .	178
A. Modernité et postmodernité. . . . .	178
B. Concept de mobilité de l'Union européenne . . . . .	179
Section II. De la désignation neutre à la désignation politisée . . . . .	181
Par. 1. Lois de police . . . . .	182
Par. 2. Article 10 du règlement Rome III (divorce) . . . . .	185
Par. 3. Unilatéralisation cachée des rattachements. . . . .	186
A. Unilatéralisation par la poursuite de valeurs matérielles . . . . .	186
B. Unilatéralisation par le biais de la résidence habituelle . . . . .	187
Section III. Bilan intermédiaire . . . . .	188
Chapitre V. Maîtrise méthodologique des défis contemporains. . . . .	190
Section I. Désignation . . . . .	190
Par. 1. Résolution des conflits de lois par attribution . . . . .	190
Par. 2. Déficit de la méthode de désignation. . . . .	192
Par. 3. La conciliation des lois . . . . .	193
Par. 4. Nécessité d'une méthode tripartite . . . . .	195
Section II. Reconnaissance . . . . .	195
Par. 1. Situations juridiques établies à l'étranger . . . . .	195
Par. 2. Effets et limites . . . . .	198
Par. 3. Fonction correctrice . . . . .	200
Section III. Considération . . . . .	200
Par. 1. Méthode synthétique . . . . .	200
Par. 2. Transposition, adaptation, substitution . . . . .	201
Par. 3. <i>Local and moral data approach</i> (théorie des dates). . . . .	203
Par. 4. Élément de coopération judiciaire (art. 81 TFUE). . . . .	206
Chapitre VI. Considération finale . . . . .	209

## NOTICE BIOGRAPHIQUE

*Marc-Philippe Weller*, né en 1974 à Stuttgart, Allemagne.

Etudes de droit à l'Université de Heidelberg (1995-2002) et à l'Université de Montpellier (Licencié en droit 1997/1998).

Avocat au cabinet Shearman & Sterling LLP (2003-2005). Docteur en droit à l'Université de Heidelberg (2004), lauréat du prix de thèse de Max Hachenburg. Assistant de recherche à l'Institut de droit international privé à l'Université de Cologne, bourse de la *Deutsche Forschungsgemeinschaft* (DFG). Habilitation à l'Université de Cologne, lauréat du prix Helmut-Schippel (2008). Professeur de droit privé et Directeur de l'Institut de droit des affaires à l'Université de Mannheim (2008-2011). Directeur de l'Institut de droit privé et de droit des affaires à l'Université de Fribourg-en-Brisgau (2011-2014). Directeur de l'Institut de droit comparé, des conflits des lois et de droit international économique (depuis 2014). Vice-Président de l'Université de Heidelberg (depuis 2019, chargé des affaires internationales). Professeur invité aux universités de Toulouse (2009 et 2010), Strasbourg (2014), Göteborg (2014-2017), Nancy (2017 et 2020), Vienne (2018), Washington DC (Georgetown University, 2018), Taïpeh (2019) et Paris (Panthéon-Assas, 2020). Directeur d'études (droit international privé) à l'Académie de droit international de La Haye (2011). Coéditeur de la *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* (ZGR) (depuis 2011) et de la *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (ZEuP) (depuis 2012). Membre élu de la commission de sélection de la *Deutsche Forschungsgemeinschaft* (DFG), section «droit» (2016-2023). Membre du Conseil allemand du droit international privé (auprès du ministère de la Justice), du Conseil de la Société allemande pour le droit international (DGIR), et du Groupe européen de droit international privé (GEDIP). Président de l'association des juristes franco-allemands (*Deutsch-Französische Juristenvereinigung*, DFJ).

Marc-Philippe Weller remercie Dr Laura Nasse (Heidelberg/Montpellier/Paris) et Dr Lucienne Schlürmann (Heidelberg/Lyon/Paris) pour leur aide dans la recherche et dans la discussion des contenus et des thèses de ce cours ainsi que Dr Clara Coursier (Heidelberg/Montpellier) pour la correction linguistique du texte. Des remerciements sont également adressés à Mme Greta Göbel (Paris/Heidelberg), Mme Carolina Radke (Montpellier/Heidelberg) et Mme Effi Spiegel (Paris/Heidelberg) pour leur aide et pour les références à de nouvelles publications.

## PRINCIPALES PUBLICATIONS

### *I. Ouvrages et monographies*

- Die Vertragstreue: Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue*, Habilitationsschrift Köln, Mohr Siebeck-Verlag (Ius Privatum), Tübingen, 2009. (Helmut-Schippel-Preis 2008 der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V.).
- Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung*, Dissertation Heidelberg, Carl Heymanns-Verlag (AHW-Schriftenreihe), Köln, 2004 (Max-Hachenburg-Gedächtnispreis 2004).
- Sitzverlegungen von Gesellschaften in Europa*, Schriftenreihe des Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht der Universität Bonn Nr. 198 (Teil 1), Bonn, 2012.
- Die Grenze der Vertragstreue von (Krisen-)Staaten - Zur Einrede des Staatsnotstands gegenüber privaten Anleihegläubigern*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2013.
- Emergencia y holdouts – La crisis estatal como excepción al pago*, Astrea Verlag, Buenos Aires, 2016
- Handels- und Gesellschaftsrecht, Lehrbuch*, Verlag Beck/Vahlen, München, 10. Auflage, 2020.
- Climate Change Litigation – A Handbook*, Handbuch, Beck (Kooperationswerke Beck – Hart – Nomos), München, 2021 (avec W. Kahl).

### *II. Articles*

- «Haftung von Kontrollorganen – Die Reform der aktienrechtlichen und kapitalmarktrechtlichen Haftung», *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 2002, p. 49-56 (avec J. Reichert).
- «Scheinauslandsgesellschaften nach Centros, Überseering und Inspire Art: Ein neues Anwendungsfeld für die Existenzvernichtungshaftung», *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 2003, p. 207-210.
- «Societas Europaea: Mitbestimmung ohne Aufsichtsrat? – Ideen für die Leitungsverfassung der monistischen Europäischen Aktiengesellschaft in Deutschland», *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)*, 2003, p. 297-301 (avec J. Gruber).
- «Das Internationale Gesellschaftsrecht in der neuesten BGH-Rechtsprechung», *IPRax*, 2003, p. 324-328.
- «“Inspire Art”: Weitgehende Freiheiten beim Einsatz ausländischer Briefkastengesellschaften», *Deutsches Steuerrecht (DStR)*, 2003, p. 1800-1804.
- «Einschränkung der Gründungstheorie bei missbräuchlicher Auslandsgründung?», *IPRax*, 2003, p. 520-524.
- «Die Vindikation gestohlener Kulturgüter im IPR», *IPRax*, 2004, p. 290-294 (avec F. Kienle).
- «Zum identitätswahrenden Wegzug deutscher Gesellschaften», *DStR*, 2004, p. 1218-1220.
- «Forum Shopping im Internationalen Insolvenzrecht?», *IPRax*, 2004, p. 412-417.
- «Geschäftsanteilsübertragung mit Auslandsberührung», *DStR*, 2005, p. 250-255 (Teil I) et *DStR*, 2005, p. 292-295 (Teil II) (avec J. Reichert).
- «Stillschweigende Einbeziehung der AGB-Banken im internationalen Geschäftsverkehr?», *IPRax*, 2005, p. 428-431.
- «Inländische Gläubigerinteressen bei internationalen Konzerninsolvenzen», *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR)*, 2005, p. 570-593.
- «Niederlassungsfreiheit via völkerrechtlicher EG-Assoziierungsabkommen», *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR)*, 2006, p. 748-768.
- «Ausländische Staatsfonds zwischen Fusionskontrolle, Außenwirtschaftsrecht und Grundfreiheiten», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, 2008, p. 857-864.



- «Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen im Ausland: Auswirkungen von MoMiG und Schweizer GmbH-Reform», *Der Konzern*, 2008, p. 253-260.
- «Die Struktur des Erfüllungsanspruchs im BGB, *Common Law und Draft Common Frame of Reference* (DCFR)», *Juristenzeitung* (JZ) 2008, p. 764-773.
- «Die Verlegung des Center of Main Interest von Deutschland nach England», *ZGR*, 2008, p. 835-866.
- «Die Rechtsquellendogmatik des Gesellschaftskollisionsrechts», *IPRax*, 2009, p. 202-209.
- «Mobilität und grenzüberschreitende Umstrukturierung der SE», *NZG*, 2009, p. 681-687 (avec M. Casper).
- «Die intertemporale Behandlung der Insolvenzverschleppungshaftung beim Insolvenzstatutenwechsel», dans *Festschrift für H. G. Ganter*, 2010, p. 439-454.
- «Internationales Unternehmensrecht 2010 – IPR-Methodik für grenzüberschreitende gesellschaftsrechtliche Sachverhalte», *ZGR*, 2010, p. 679-709.
- «Die “Wechselbalgtheorie”», dans *Festschrift für Wulf Goette*, 2011, p. 583-599.
- «Von der GbR zur OHG: Abkehr “Vom Geist der Gesetze” durch richterliche Rechtsfortbildung?», dans *Festschrift für G. H. Roth*, 2011, p. 881-892.
- «Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der “klassischen” IPR-Dogmatik?», *IPRax*, 2011, p. 427-437.
- «Wettbewerbsverbote und ihre Drittwirkung in der Kapitalgesellschaft & Co. KG», *ZHR*, 2011, p. 110-144.
- «Unternehmensmitbestimmung für Auslandsgesellschaften», dans *Festschrift für P. Hommelhoff*, 2012, p. 1275-1297.
- «Das Vertrags- und Konsensprinzip: Von den Naturrechtslehren über Domat und Pothier bis zum Code Civil (1804)», dans *Gedächtnisschrift für U. Hübner*, 2012, p. 435-459.
- «Windscheids Anspruchsbegriff im Strudel der Insolvenzrechtsarbitrage», *IPRax*, 2011, p. 150-155.
- «Les rattachements dans les conflits de lois», dans M. Fallon, P. Lagarde et S. Poillot-Peruzzetto (dir. publ.), *Quelle architecture pour un Code européen de droit international privé?*, Bruxelles, 2012, p. 327-334.
- «Corporate Governance in geschlossenen Gesellschaften», *ZGR*, 2012, p. 386-417.
- «Zukunftsfragen des Europäischen Unternehmensrechts», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (ZEuP), 2012, p. 681-686.
- «Internationale Zuständigkeit für mitgliedschaftsbezogene Klagen nach der Brüssel I-VO», *ZGR*, 2012, p. 606-630.
- «Der Primat der Nacherfüllung im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht», *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union* (GPR), 2012, p. 298-308 (avec C. Harms).
- «Sociétés civiles – sociétés commerciales: existe-t-il encore une différence?», dans O. Cachard et L. Nau (dir. publ.), *Droit privé européen: Convergences en droit de l'entreprise*, 2012, p. 215-224.
- «Die Kultur der Zahlungstreue im BGB – Zur Umsetzung der neuen EU-Zahlungsverzugs-RL ins deutsche Recht», *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht* (WM) 2012, p. 2305-2314 (avec C. Harms).
- «Fehlerhafte Kapitalmarktinformation zwischen Freiheit und Haftung», dans *Festschrift für M. Hoffmann-Becking*, 2013, p. 1341-1362.
- «L'anéantissement du contrat: La nullité et la résolution en France et en Allemagne», *Revue des Contrats* (RDC), 2013, p. 1628-1637.
- «Civil liability for incorrect capital market information – An antagonism between freedom and liability», *Revue Trimestrielle de Droit Financier* (RTDF) 2013, p. 44-50, *Modifizierter englischsprachiger Zweitabdruck aus: Festschrift Hoffmann-Becking*, 2013, p. 1341-1362.
- «Der gewöhnliche Aufenthalt im Kollisionsrecht», dans S. Leible et H. Unberath (dir. publ.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, 2013, p. 293-323.
- «Die Kombinationslehre beim grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel», *IPRax*, 2013, p. 530-536 (avec B. Rentsch).

- «Das Privatrecht in Frankreich und Deutschland: Einflüsse und Resistenz nach 50 Jahren Elysée-Vertrag», *JZ*, 2013, p. 1021-1030.
- «Companies in Private International Law – A European and German Perspective», dans J. Basedow et K. B. Pißler (dir. publ.), *Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe*, 2014, p. 363-379.
- «Unforeseen Circumstances, Impossibility and Force Majeure under German Contract Law», *European Review of Private Law (ERPL)*, 2014, p. 371-392 (avec P. Ridder).
- «Das Kontinuitätsinteresse bei der Kündigung von Dauerschuldverträgen: Generalklausel in Japan versus Kündigungsschranken in Deutschland», dans M. Tadaki et H. Baum (dir. publ.), *Schuldrechtsmodernisierung in Japan*, Tokyo, 2014, p. 213-254.
- «Die Anwendung des § 64 GmbHG auf Auslandsgesellschaften», *IPRax*, 2014, p. 336-340 (avec A. Schulz).
- «Internationalisierung und Grundlagenorientierung – Zu den Kernempfehlungen des Wissenschaftsrates an die Rechtswissenschaft», *ZEuP*, 2014, p. 463-466.
- «Corporate Governance Regulation via soft law», *RTDF*, 2014, p. 14-19 (avec C. Harms).
- «Die neue Mobilitätsanknüpfung im Internationalen Familienrecht - Abfederung von Personalstatutenwechseln über die Datumtheorie», *IPRax*, 2014, p. 225-233.
- «GmbH-Anteilabtretungen in Basel», *ZGR*, 2014, p. 865-880.
- «Die französische causa-Lehre – Ende eines Mythos?», dans *Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff*, 2015, p. 99-108.
- «Die *lex personalis* im 21. Jahrhundert: Paradigmenwechsel von der *lex patriae* zur *lex fori*», dans *Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen*, 2015, p. 897-912.
- «Der Vertrag: Haftungs- oder Erfüllungsversprechen? - von Holmes über Rabel und Rheinstein zu Unberath», dans *Gedächtnisschrift für Hannes Unberath*, 2015, p. 443-455.
- «Schmerzensgeld nach Flugzeugunglücken», *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2015, p. 1909-1914 (avec B. Rentsch et C. Thomale).
- «Europäisches Konzernrecht: Vom Gläubigerschutz zur Konzernleitungsbefugnis via Societas Unius Personae», *ZEuP*, 2015, p. 6-31 (avec J. Bauer).
- «La cause dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations», dans R. Schulze, G. Wicker, G. Mäsch et D. Mazeaud (dir. publ.), *La réforme du droit des obligations en France*, Paris, 2015, p. 140-149.
- «Unterhaltsklage nach Kindesentführung – Zuständigkeit am “unrechtmäßigen” gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes?», *IPRax*, 2015, p. 176-180 (avec A. Schulz).
- «Diskriminierungsverbot aufgrund sexueller Orientierung beim Hotelübernachtungsvertrag – UK Supreme Court: *Bull v. Hall*», *ZEuP*, 2015, p. 606-621 (avec F. Grethe).
- «“Habitual Residence”, in a Rome 0-Regulation – A Plea for “Settled Intention”», dans Leible (dir. publ.), *Principles of European Private International Law*, 2015, p. 171-187 (avec B. Rentsch).
- «Der internationale Anwendungsbereich der Geschlechterquote für Großunternehmen», *ZGR*, 2015, p. 361-395 (avec C. Harms, B. Rentsch et C. Thomale).
- «Chronique «Droit International Privé de l'Union Européenne 2013»», dans *Annuaire de Droit de l'Union Européenne*, éd. Panthéon-Assas, Paris 2015 (avec L. d'Avout, P. Kinsch, S. Sanchez-Lorenzo et M. Wilderspin).
- «Frauenförderung als Leitungsaufgabe», *Die Aktiengesellschaft (AG)*, 2015, p. 467-476 (avec N. Benz).
- «The impact of “force majeure” on german contracts», *Revue de droit international et de droit comparé*, 2015, p. 147-157 (avec P. Ridder).
- «Staatsnotstand bei Staatsanleihen», *JZ*, 2015, p. 989-994 (avec P. Grotz).
- «Wind of change im Gesellschaftsrecht: Von den “closed” zu den “framed open societies”», *ZEuP*, 2016, p. 53-75.
- «Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht – eine neue “kopernikanische Wende”?», dans S. Arnold (dir. publ.), *Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts*, Tübingen, 2016, p. 133-162.

- «Wissenszurechnung in grenzüberschreitenden Unternehmensstrafverfahren», *ZGR*, 2016, p. 384-413.
- «Chronique «Droit International Privé de l'Union Européenne 2015», dans *Annuaire de Droit de l'Union Européenne*, éd. Panthéon-Assas, Paris 2016 (avec L. d'Avout, P. Kinsch, S. Sanchez-Lorenzo et M. Wilderspin).
- «“Habitual Residence”: A Plea for “Settled Intention”», dans Leible (dir. publ.), *General Principles of European Private International Law*, 2016, p. 171-187 (avec B. Rentsch).
- «Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland», *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, 2016, p. 387-420 (avec L. Kaller et A. Schulz).
- «Die Vorbelastungshaftung in der GmbH zwischen EuGVVO und EuInsVO», *IPRax*, 2016, p. 119-122 (avec C. Harms).
- «Gleichstellung im Internationalen Scheidungsrecht - talaq und get im Licht des Art. 10 Rom III-VO», *IPRax*, 2016, p. 123-132 (avec I. Hauber et A. Schulz).
- «Englische Gesellschaften in der Post-Brexit-EU», *NJW*, 2016, p. 2378-2383 (avec C. Thomale et N. Benz).
- «Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung im IPR und Unternehmensrecht», dans Zimmermann (dir. publ.), *Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung*, 2016, p. 191-221.
- «Kornhaas und seine Auswirkungen auf insolvenznahe Haftungsinstrumente», dans *Festschrift für Klaus Pannen*, 2017, p. 259-265 (avec L. Hübner).
- «Vom Staat zum Menschen – Die Methodentrias des Internationalen Privatrechts unserer Zeit», *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RebelsZ)*, 2017, p. 747-780.
- «Die Lehre des Internationales Privatrechts – Herausforderungen und Entwicklungspotenziale», dans S. Hobe et T. Marauhn (dir. publ.), *Die Lehre des Internationalen Rechts*, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht (DGIR), 2017, p. 35-48.
- «Das Individuum und die Datumtheorie: Die “personne plurielle” der Postmoderne als Herausforderung des binären IPR», dans M. Gebauer, H.-P. Mansel et G. Schulze (dir. publ.), *Die Person im IPR*, Tübingen, 2017.
- «Rechtsgeschäftsähnliche Parteiautonomie», *ZEuP*, 2017, p. 250-282 (avec N. Benz et C. Thomale).
- «Privatscheidungen zwischen Rom III-VO und EuEheVO», *IPRax*, 2017, p. 65-72 (avec M. Pika).
- «Die Reform der EuEheVO», *IPRax*, 2017, p. 222-231.
- «Das autonome Unternehmenskollisionsrecht», *IPRax*, 2017, p. 167-178.
- «Urteilsanerkennung im Internationalen Sorgerecht: Regelungsebenen der EuEheVO gegen Wertungsebenen des ordre public», *IPRax*, 2017, p. 262-267 (avec B. Rentsch).
- «Vereinshaftung, Verbandsstrafen und Regress bei Zuschauerfehlverhalten», *JZ*, 2017, p. 237-245.
- «Menschenrechtsklagen gegen deutsche Unternehmen», *ZGR*, 2017, p. 509-526 (avec C. Thomale).
- «Der gemietete Bauch – Von Bestelletern, Wunschkindern und Leihmüttern», *Ruperto Carola Forschungsmagazin* Ausgabe 10 Juli 2017, p. 86-95 (avec K. Patzel-Mattern et B. Ditzten).
- «Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland», *BOARD*, 2017, p. 247-250 (avec L. Kaller et A. Schulz).
- «Massenmigration und Geschlechtergleichstellung im IPR: Die “cupierte Verweisung”», *JZ*, 2017, p. 1080-1088 (avec C. Thomale et A. Zimmermann).
- «Chronique «Droit International Privé de l'Union Européenne 2016», *Annuaire de Droit de l'Union Européenne*, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2017 (avec L. d'Avout, P. Kinsch, J.-S. Quéguiner, S. Sánchez Lorenzo et M. Wilderspin, ainsi qu'avec la participation de L. Nasse et L. Schlürmann).
- «Sovereign Wealth Funds Investing in Germany», *Wake Forest Law Review* 52, 2017, p. 1027-1053 (avec L. Kaller).

- «Methodenvielfalt im IPR des 21. Jahrhunderts – Ein französisch-deutscher Vergleich», dans *Festschrift für C. Witz*, 2018, p. 893-912 (avec L. Schlürmann).
- «Vereins- und Regresshaftung bei Zuschauerausschreitungen in England und der Schweiz», dans *Festschrift für Hanns Prütting zum*, 2018, p. 155-166 (avec N. Benz et R. Wolf).
- «Das Personalstatut in Zeiten der Massenmigration», *DGIR*, 2018, p. 247-269.
- «Jewish Cultural Identity before German Courts – Challenges to Comparatism», dans G. Stroumsa (dir. publ.), *Comparative Studies in the Humanities*, Jerusalem, 2018, p. 223-239.
- «Das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen – eine kritische Würdigung», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 2018, p. 1289-1298 (avec C. Thomale, I. Hategan et J. Lukas Werner).
- «Private International Law for Corporate Social Responsibility», dans M. Schmidt-Kessel (dir. publ.), *Sammelband der deutschen Landesberichte zum 20. Kongress der Académie Internationale de Droit Comparé 2018 in Fukuoka*, 2018, p. 239-268 (avec L. Hübner et L. Kaller).
- «Brexit: Statutenwechsel und Acquis communautaire», *ZEuP*, 2018, p. 892-915 (avec C. Thomale et S. Zwirlein).
- «Do Estado para a pessoa: A tríade metodológica do direito internacional privado do nosso tempo», *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, 2018, p. 361-402 (Übersetzung ins Portugiesische: Prof. Dr. Rui Pereira Dias).
- «Antisemitismus – Antworten des Privatrechts», *JZ*, 2019, p. 317-326 (avec M. Lieberknecht).
- «Gesellschafterdarlehen und Gesellschaftersicherheiten in der internationalen Konzerninsolvenz», dans *Festschrift für Karsten Schmidt*, 2019, p. 614-625 (avec C. Thomale).
- «Das Individuum und die Datumtheorie: Die “personne plurielle” der Postmoderne als Herausforderung des binären IPR», dans M. Gebauer, H.-P. Mansel et G. Schulze (dir. publ.), *Die Person im IPR*, Tübingen, 2019, p. 53-84.
- «Erik Jayme zum 85. Geburtstag», *StAZ*, 2019, p. 161 f.
- «Klagen gegen ausländische Konzerngesellschaften im Inland: Der Vermögensgerichtsstand des § 23 ZPO als Konzerntochtergerichtsstand», *NZG*, 2019, p. 1121-1128 (avec N. Benz et A. Zimmermann).
- «Abgasskandal – Ansprüche der Autokäufer auf dem Prüfstand», *JZ*, 2019, p. 1015-1025 (avec V. Habrich et J. Smela).
- «Political Private International Law», dans E.-M. Kieninger, G. Rühl et J. v. Hein (dir. publ.), *How European is European Private International Law?*, Cambridge, 2019, p. 285-303 (avec A. Schulz).
- «Del Estado a la Persona: La tríada metodológica del derecho internacional privado de nuestro tiempo», Montevideo, 2019 (Übersetzung ins Spanische von Fernando P. Meinero et M. Gonzalo Casas).
- «Veranstaltungsabsagen und ihre Folgen für Besucher und Dienstleister», *NJW*, 2020, p. 2985-2990 (avec S. Schwemmer).
- «Menschenrechtsarbitrage als Gefahrenquelle - Systemkohärenz einer Verkehrspflicht zur Menschenrechtssicherung in Lieferketten?», *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Sonderheft 22*, p. 107-140 (avec L. Nasse).
- «Virulente Leistungsstörungen – Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung», *NJW*, 2020, p. 1017-1022 (avec M. Lieberknecht et V. Habrich).
- «Gewerbemietrecht – Mietminderung in der Corona-Krise», *Betriebs-Berater*, 2020, p. 962-966 (avec C. Thomale).
- «Klimaklagen gegen Unternehmen im Lichte des IPR», dans *Festschrift für Herbert Kronke*, 2020, p. 601-620 (avec L. Nasse et J. Nasse).
- «Private International Law Aspects of Corporate Social Responsibility», dans *Gesellschaft für Rechtsvergleichung*, Basel, 2020, p. 401-435 (avec L. Hübner et L. Kaller).
- «Schadensersatz nach Cyberangriffen - Ansprüche, Gerichtsstand und anwendbares Recht», *WM*, 2020, p. 1513-1521 (avec V. Grifo).

- « Wegfall der rechtlichen Geschäftsgrundlage – Eine neue Fallgruppe des § 313 BGB am Beispiel des Brexit », dans *Festschrift für Klaus Hopt*, 2020, p. 1449-1464 (avec L. Schlürmann).
- « Ordre public in International Arbitration », dans *Festschrift für Roderich Thümmel*, 2020, p. 967-982 (avec C. De Micheli).
- « Ad hoc-Publizitätshaftung – § 97 WpHG im Rechtsvergleich », dans *Festschrift für Gert Krieger*, 2020, p. 1009-1023 (avec C. Thomale).
- « Ausbalancierung der Parteiinteressen beim Verbrauchsgüterkauf, Anm. zur Entscheidung d. EuGH v. 23.5.2019 », *ZEUP*, 2020, p. 944-963 (avec P. Darazs).
- « Diskriminierung von Israelis – Erweiterung des AGG um das Schutzmerkmal der Staatsangehörigkeit? », *ZJPW*, 2020, p. 419-432 (avec M. Lieberknecht et J. Smela).
- « Europäisches Gesellschaftsrecht », dans M. Gebauer et T. Wiedmann (dir. publ.), *Europäisches Zivilrecht, München*, 3. Auflage 2021 (avec L. Hübner).
- « Milieudéfense versus SHELL: Auswirkungen für Klimaklagen gegen deutsche Unternehmen », *EurUP*, 2021, p. 342-356 (avec Mai-Lan Tran).
- « Elternschaft im Wandel: From status to contract? », *AcP*, 2021, p. 765-808 (avec F. Biggel, B. Ditzen, F. Frech, M. Lober, K. Patzel-Mattern et A. Schulz).
- « Klimawandelklagen im Rechtsvergleich – private enforcement als weltweiter Trend? », *ZEUP*, 3/2021, p. 573-605 (avec Mai-Lan Tran).
- « Unternehmensorganisation zum Schutz der Menschenrechte: Eine neue Verkehrspflicht in § 823 Abs. 1 BGB », dans *Festschrift für Werner Ebke*, 2021, p. 1071-1082 (avec L. Nasse).
- « Gesellschaftspolitik durch Gesellschaftsrecht », *Ruperto Carola Forschungsmagazin* Ausgabe 18, Juli 2021, p. 73-81 (avec B. Rentsch).
- « Pandemiebewältigung durch Privatrecht », dans *Festschrift für Barbara Grunewald*, 2021, p. 1261-1281 (avec S. Schwemmer).
- « Hausverbote im Privatrecht », *JuS*, 2021, p. 722-727 (avec A. Schulz et J. Smela).
- « Climate Change Litigation in Germany », dans W. Kahl et M.-P. Weller (dir. publ.), *Climate Change Litigation*, München 2021, p. 378-404 (avec J. Nasse et L. Nasse).
- « Liability for Climate Damages Synthesis and Future Prospects », dans W. Kahl et M.-P. Weller (dir. publ.), *Climate Change Litigation*, München, 2021, p. 535-560 (avec W. Kahl).
- « Das politische IPR unserer Zeit: Gesellschaftsentwicklung durch Internationales Privatrecht? », dans *Liber amicorum Erik Jayme*, 2021, p. 75-89 (avec G. Göbel).
- « Das MoPeG: Eine Jahrhundertreform im Personengesellschaftsrecht? », *Betriebs-Berater*, 2021, I (avec S. Schwemmer).
- « Vertrag », dans Oberreuter (dir. publ.), *Staatslexikon Recht Wirtschaft Gesellschaft, Freiburg* 2021, p. 1458-1461 (avec A. Zimmermann).
- « Climate Litigation against Companies – Consequences of the 2021 Judgment in the Shell Case », dans *Climate Action* (Springer Nature), 2022 (avec Mai-Lan Tran).

### III. Autres travaux

- « Einleitung: Internationales Gesellschaftsrecht », dans W. Goette et H. Fleischer (dir. publ.), *Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Beck-Verlag, München, 4. Auflage 2022.
- « §§ 14, 15, und 18 GmbHG », dans W. Goette et H. Fleischer (dir. publ.), *Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Beck-Verlag, München, 4. Auflage 2022 (avec J. Reichert).
- Contributions « Country of origin rule, Freedom of establishment, Companies, Directors liability », dans J. Basedow, F. Ferrari, M. Asensio et G. Rühl, *European Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, UK, 2018 (avec C. Thomale).
- Divers rapports d'expertise régulièrement rendus au ministère fédéral de la Coopération économique et du Développement et à la commission juridique du Parlement allemand (Bundestag).
- « §§ 13, 14 GmbHG und GmbH-Konzernrecht », dans R. Bork et C. Schäfer, *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, RWS Verlag, Köln, 4. Auflage 2019 (avec K. Discher).

«Auslandsbeurkundungen», dans S. Leible et J. Reichert (dir. publ.), *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 6, Beck-Verlag, München, 5. Auflage 2022 (avec L. Kuschel).

Coéditeur du *Online-Großkommentar zum IPR*, Beck-Verlag.

Coéditeur des *Abhandlungen zum deutschen und europäischen Handels- und Wirtschaftsrecht*, AHW-Dissertationsreihe, Carl Heymanns Verlag.

Coéditeur de *Die Regulierung der Leihmutterchaft*, Mohr Siebeck, Tübingen 2018.

Coéditeur de *Liber amicorum Giuseppe B. Portale*, Nomos, Baden-Baden 2019.

## CHAPITRE I

### INTRODUCTION GÉNÉRALE

#### *Section I. Thèse principale : la nécessité de multiplier les méthodes de droit international privé*

1. La méthode classique et primordiale du droit international privé est la méthode de désignation. Or, la thèse principale de ce cours est de lui ajouter deux autres méthodes contemporaines : la méthode de reconnaissance (en anglais : *recognition*)<sup>1</sup> et la méthode de considération (en anglais : *cognizance*)<sup>2</sup>. En ce sens, la méthodologie du droit international privé doit être élargie et repensée en termes de trinité. Le droit international privé repose alors sur une « méthode tripartite »<sup>3</sup>.

2. Comme ces trois méthodes s'intéressent au même sujet de droit, à savoir les relations privées transfrontalières, elles présentent les mêmes limites : les limites classiques de la méthode de désignation sont l'ordre public<sup>4</sup>, ainsi que les lois de police<sup>5</sup>. La technique de reconnaissance connaît également des limites, celles-ci résultant du

---

1. Voir *infra* chapitre IV.

2. Voir *infra* chapitre V.

3. Cf. en général sur ce sujet en allemand : M.-P. Weller, « Vom Staat zum Menschen : Die Methodentrias des Internationalen Privatrechts unserer Zeit », *RabelsZ*, 81, 2017, p. 747-780 ; « Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht : Abschied von der "klassischen" IPR-Dogmatik ? », *IPRax*, 2011, p. 429-437 ; « Les conflits de lois n'existent pas ! », *IPRax*, 2012, p. 284-286. Récemment, plusieurs cours ont traité au sein de l'Académie le changement des méthodes en droit international privé contemporain, voir par exemple, H. Muir Watt, « Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité) », Cours général de droit international privé », *Recueil des cours*, tome 389 (2019), p. 25-410, voir aussi le résumé et la critique en allemand par Ch. Kohler, *RabelsZ* 86, 2022, p. 263-272 ; Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *Recueil des cours*, tome 387 (2016), p. 9-644.

4. P. de Vareilles-Sommières, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », Cours général de droit international privé », *Recueil des cours*, tome 371 (2015), p. 165-268.

5. Cf. pour une définition voir Règlement (CE) n° 593/2008, 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) : *JOUE* n° L. 177, 4 juillet 2008, p. 6, article 9, paragraphe 1 :

« Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement. »

fameux arrêt *Cassis de Dijon* de la CJCE de 1979<sup>6</sup>. Considérée sous un angle comparé, cette formule contient des valeurs similaires à celles de l'ordre public. Or, selon la thèse soutenue dans ce cours, il convient d'appliquer par analogie ces limites (ordre public, lois de police, formule *Cassis*) aussi à la méthode de considération.

## *Section II. Déclin de la théorie générale du droit international privé ?*

3. Je voudrais commencer avec une question de fond précédemment posée par nos collègues parisiens Tristan Azzi et Olivera Boskovic lors d'un symposium sur le droit international privé: «Quel est l'avenir pour la théorie générale des conflits de lois?»<sup>7</sup>

Azzi et Boskovic présentent une thèse qui ne semble pas vraiment édifiante lorsqu'ils parlent (intentionnellement de manière provocante) de «la crise apparente» – voire d'un «déclin» – de la théorie générale des conflits de lois<sup>8</sup>. Ils donnent trois raisons à ce déclin constaté par eux.

### *Par. 1. Compétence juridictionnelle*

4. Premièrement, le constat peut être fait que *la compétence internationale* l'emporterait sur les conflits de lois. Dès lors, selon Azzi et Boskovic, la question primordiale serait aujourd'hui celle du conflit des juridictions<sup>9</sup>.

En effet, une fois qu'un tribunal a admis sa compétence juridictionnelle, il applique très souvent son propre droit<sup>10</sup>. Par conséquent, nous pouvons observer une coïncidence croissante entre la compétence

6. CJCE 20 février 1979, affaire 120/78 – *Rewe-Zentral AG c. Bundemonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, point 8 :

«... Attendue que les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant des disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs.»

7. T. Azzi et O. Boskovic (dir. publ.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

8. T. Azzi et O. Boskovic, *op. cit.*, p. 4-9 («La crise apparente de la théorie générale des conflits de lois repose sur un triple constat»).

9. T. Azzi et O. Boskovic, *op. cit.*, p. 4.

10. H. Batiffol, «Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative», dans *Mélanges Kollelijn et Offerhaus*, Leyden, A. W. Sijthoff, 1962, p. 55 ss; repr. dans *Choix d'articles*, LGDI, 1976, p. 303-313.



juridictionnelle et le droit applicable, une sorte de parallélisme naissant entre le *forum* et le *ius*<sup>11</sup>.

5. Multiples sont les raisons pour que cette coïncidence entre *forum* et *ius* soit croissante. Pensons tout particulièrement au point de rattachement assez récent qui est celui de la «résidence habituelle»<sup>12</sup>. Ce point de rattachement se substitue de plus en plus souvent à la nationalité comme point de rattachement traditionnel<sup>13</sup>. La «résidence habituelle» désigne non seulement la compétence juridictionnelle, mais aussi le droit applicable pour plusieurs *catégories* de rattachement, notamment en matière de statut personnel, comme par exemple en matière de droit des successions et de droit de la famille<sup>14</sup>. Selon l'article 3, paragraphe 1 *a*) du règlement Bruxelles II *bis*<sup>15</sup>, la «résidence habituelle» dicte la compétence juridictionnelle en matière de divorce. Par ailleurs, elle conduit au droit applicable (voir en ce sens, article 8 du règlement Rome III)<sup>16</sup>. Nous voyons là une forme de parallélisme intentée par le législateur européen entre le *forum* et le *ius*.

11. M.-P. Weller, «Die *lex personalis* im 21. Jahrhundert : Paradigmenwechsel von der *lex patriae* zur *lex fori*», dans K. Hilbig-Lugani *et al.* (dir. publ.), *Zwischenbilanz, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen*, Bielefeld, Gieseking, 2015, p. 897 ss.

12. Sur le rattachement de la résidence habituelle en droit européen : B. Rentsch, *Der gewöhnliche Aufenthalt im System des Europäischen Kollisionsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017 ; B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, 8<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, n<sup>o</sup> 220 ss.

13. Ainsi par exemple, le législateur allemand a récemment modifié l'article 14 de la loi d'introduction au Code civil allemand (EGBGB) concernant les effets extrapatrimoniaux du mariage (cf. Gesetz zum Internationalen Güterrecht und zur Änderung von Vorschriften des Internationalen Privatrechts v. 17.12.2018, BGBl. I S. 2573). Dans la version modifiée, l'ordre de la traditionnelle «échelle Kegel» est désormais inversé au profit d'une priorité du rattachement à la résidence habituelle.

14. Voir pour un aperçu, A. Dutta, «Entwicklungen im internationalen Familien- und Erbrecht der Europäischen Union bis *Gogova*», *ZEuP*, 2016, p. 427-463.

15. Règlement (CE) n<sup>o</sup> 2201/2003, 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale : *JOUE* n<sup>o</sup> L. 338, 23 décembre 2003, p. 1. – La résidence habituelle se trouve en plus en matière des régimes matrimoniaux à l'article 5 paragraphe 2 lit. *a*) du règlement (UE) n<sup>o</sup> 2016/1103 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux : *JOUE* n<sup>o</sup> L. 183, 8 juillet 2016, p. 1 et en matière d'obligations alimentaires à l'article 3 *a*) du règlement (CE) n<sup>o</sup> 4/2009, 18 décembre 2008, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires : *JOUE* n<sup>o</sup> L. 7, 10 janvier 2009, p. 1.

16. Règlement (UE) n<sup>o</sup> 1259/2010, 20 décembre 2010, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps : *JOUE* n<sup>o</sup> L. 343, 29 décembre 2010, p. 10.

*Par. 2. Reconnaissance des situations civiles étrangères*

6. La deuxième raison qu'Azzi et Boskovic font valoir pour soutenir un déclin des conflits de lois, c'est l'essor de la méthode de la reconnaissance des situations civiles étrangères<sup>17</sup>. C'est une méthode récente dérivant de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union

---

17. Les détails sur la méthode de reconnaissance seront étudiés au chapitre IV ; voir en outre, sur cette méthode R. Baratta, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *Recueil des cours*, tome 348 (2010), p. 253-500 ; J. Basedow, « La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires », dans P. Lagarde (dir. publ.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, p. 221-229 ; S. Bollée, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *RCDIP* 96/2, 2007, p. 307-356 ; D. Coester-Waltjen, « Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht », *IPRax*, 2006, p. 392-400 ; K. Funken, *Das Anerkennungsprinzip im internationalen Privatrecht, Perspektiven eines europäischen Anerkennungskollisionsrechts für Statusfragen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, p. 1-400. M. Grünberger, « Alles obsolet ? – Anerkennungsprinzip v. klassisches IPR », dans S. Leible et H. Unberath (dir. publ.), *Brauchen wir eine Rom 0-VO?*, Jena, JWV, 2013, p. 81-160 ; L. Hübner, « Die Integration der primärrechtlichen Anerkennungs-methode in das IPR », *RabelsZ* 84, 2021, p. 106-145 ; P. Kinsch, « Recognition in a Form of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law », dans K. Boele-Woelki et al. (dir. publ.), *Convergence and Divergence in Private International Law: Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haye, Eleven International Publishing, 2010, p. 259-276 ; C. Kohler, « La reconnaissance des situations dans l'Union Européenne : Le cas du nom patronymique », dans P. Lagarde (dir. publ.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, p. 67-80 ; P. Lagarde, « La méthode de reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? Conférence inaugurale, session de droit international privé », *Recueil des cours*, tome 371 (2014), p. 19-42 ; et du même auteur : « La reconnaissance – mode d'emploi », dans *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon – Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 481-501 ; « Embryon de Règlement portant Code européen de droit international privé », *RabelsZ* 75 (2011), p. 673-676 ; *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Actes du Colloque International de La Haye du 18 janvier 2013 (2013) ; M. Lehmann, « Recognition as a Substitute for Conflict of Laws? », dans S. Leible (dir. publ.), *General Principles of European Private International Law*, Zuidpoolsingel, Kluwer Law International, 2016, p. 11-44 ; J. Leifeld, *Das Anerkennungsprinzip im Kollisionsrechtssystem des internationalen Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, p. 1-240 ; P. Mankowski, « Primärrechtliche Anerkennungspflicht im Internationalen Familienrecht? », dans K. Hilbig-Lugani et al. (dir. publ.), *Zwischenbilanz, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen*, Bielefeld, Gieseking, 2015, p. 571-585 ; H.-P. Mansel, « Methoden des internationalen Privatrechts – Personalstatut : Verweisung und Anerkennung », dans M. Gebauer, H.-P. Mansel et G. Schulze (dir. publ.), *Die Person im Internationalen Privatrecht, Liber Amicorum Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, p. 27-46 ; du même auteur « Anerkennung als Grundprinzip des europäischen Rechtsraums – Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts : Anerkennung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen internationalen Privatrechts? », *RabelsZ*, 70, 2006, p. 651-731 ; P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », dans *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 547-573 ; Ch. Pamboukis, « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *RCDIP* 97/3, 2008, p. 513-560 ; G. P. Romano, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité », *RCDIP* 95/3, 2006, p. 457-520.

européenne (CJUE) sur les libertés fondamentales de l'Union, et surtout sur la liberté de circulation prévue à l'article 21 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)<sup>18,19</sup>. Or, la question est de savoir si la reconnaissance est une alternative à la méthode de la désignation ou si elle en constitue plutôt un complément (dans le sens d'un correctif).

7. D'après la thèse soutenue dans le présent cours, la reconnaissance est un complément de la méthode traditionnelle des conflits de lois. Il s'agit d'une nouvelle méthode qui s'ajoute au raisonnement conflictuel *après* avoir appliquée la méthode de désignation. Elle n'est donc pas une alternative à cette dernière<sup>20</sup>. Elle en corrige plutôt les résultats en appliquant néanmoins le droit matériel qui avait d'abord été évincé par la règle de conflits. Dans cette *fonction correctrice*, elle ressemble à la méthode de l'ordre public. Si les résultats de la désignation contredisent les libertés fondamentales de l'Union, ils sont alors corrigés par la méthode de reconnaissance.

### Par. 3. Spécialisation

8. La troisième raison pour le déclin de la théorie générale du droit international privé est, d'après Azzi et Boskovic, la forte spécialisation des différents contenus du droit international privé<sup>21</sup>. En effet, nous observons une telle spécialisation grandissante, par exemple, en droit des successions et en droit de la famille<sup>22</sup>. Dès lors, la plénitude de règlements et de lois spéciales fait doucement glisser la théorie générale à l'arrière-plan.

---

18. Traité sur le fonctionnement de l'UE (version consolidée), article 21 : *JOUE* n° L. 326, 26 octobre 2012, p. 47.

19. Voir J. Meeusen, «Le droit international privé et le principe de non-discrimination», *Recueil des cours*, tome 353 (2011), p. 9-184.

20. Voir aussi, en ce sens, P. Lagarde, «La méthode de reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé? Conférence inaugurale, session de droit international privé», *Recueil des cours*, tome 371 (2014), p. 19-42.

21. Cf. en général, sur ce sujet, J. González Campos, «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé», *Recueil des cours*, tome 287 (2000), p. 9-426.

22. Notamment par les règlements européens, comme par exemple, le règlement Rome III (voir *supra* note 16), le règlement (CE) 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, n° L. 7, 10 janvier 2009, p. 1-79 et récemment, le Règlement (UE) 2916/1103 du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, *JOUE* n° L. 183, 8 juillet 2016, p. 1-29.

*Section III. Antithèse : la nécessité d'une théorie générale  
du droit international privé*

9. Néanmoins, la thèse selon laquelle une théorie générale est en déclin et superflue, ne tient – à notre avis – pas assez compte de la complexité du monde globalisé et postmoderne. Même si toutes les observations et raisons susvisées sont correctes, une antithèse doit être formulée. De tels développements ne changent rien à la nécessité d'une théorie générale du droit international privé. Selon nous, cette théorie générale consiste principalement en trois méthodes : la désignation, la reconnaissance et la prise en considération.

10. La nécessité d'une telle méthodologie s'explique notamment par deux faits directement dérivés des phénomènes de la globalisation, de la mobilité mondiale et de la postmodernité : la personne plurielle (par. 1) ; la flexibilité du droit en réponse (par. 2).

*Par. 1. Personne plurielle issue de la globalisation, de la mobilité et  
de la postmodernité*

11. La globalisation s'intensifie et elle implique une multiplication des situations internationales, lesquelles créent de plus en plus de rapports juridiques transfrontaliers<sup>23</sup>. Le droit international privé doit répondre à cette internationalité croissante, ce qui demande une théorie générale.

12. La seconde observation est d'ordre sociologique et dérive de la postmodernité<sup>24</sup>. Sociologiquement, l'importance de l'individu (par rapport à l'État) s'accroît, non seulement dans les relations sociales, mais aussi dans les relations de droit. La théorie postmoderne parle d'une « personne plurielle »<sup>25</sup>. Les humains ne sont plus – comme

---

23. Voir spécialement sur les influences de la globalisation en droit international privé : J. Basedow, « The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations General Course on Private International Law », *Recueil des cours*, tome 360 (2012), p. 9-516 ; E. Jayme, « Le droit international privé du nouveau millénaire : la protection de la personne humaine face à la globalisation (conférence) », *Recueil des cours*, tome 282 (2000), p. 9-40 ; H. Muir Watt, L. Bíziková, A. Brandão de Oliveira et D. P. Fernández Arroyo, *Global Private International Law, Adjudication without Frontiers*, Cheltenham (UK)/Northampton (MA, USA), Edward Elgar Publishing, 2019 ; H. van Loon, « The Global Horizon of Private International Law Inaugural Lecture, Private International Law Session 2015 », *Recueil des cours*, tome 380 (2015), p. 9-108.

24. La notion a été marquée en 1979 par J.-F. Lyotard, *La Condition postmoderne : Rapport sur le savoir*, Paris, Les éditions de Minuit, 1979.

25. M. Maffesoli, *Le temps revient – Formes élémentaires de la postmodernité*, Paris, Desclée de Brouwer, 2010, p. 77, 79, 82 ss.

autrefois – caractérisés par une identité stable qui détermine le chemin de chaque individu de sa naissance jusqu’à sa mort. Cet état de fait se traduit non seulement par de nombreux changements au quotidien, mais aussi par des « questions de vie ». Un individu peut facilement décider de changer sa résidence habituelle. La mobilité mondiale s’accroît (on étudie, on travaille ou on passe sa retraite à l’étranger). De plus, un individu peut changer les « pierres angulaires » de sa propre identité : on se marie et divorce plus souvent qu’autrefois ; on change de religion ; on change de nom, de sexe, de filiation (par une adoption ou une gestation pour autrui), etc. On peut ainsi modifier pratiquement toutes les facettes de son identité. Cette possibilité de changement constitue ce que les sociologues appellent « la personne plurielle ». Déjà en 1995, Erik Jayme avait tenu un cours général sur le droit international post-moderne<sup>26</sup>. Aujourd’hui, cette postmodernité semble même plus importante que jadis.

*Par. 2. Flexibilité du droit en réponse*

13. Quelles implications emportent la globalisation et la personne plurielle postmoderne pour le droit ?

Un devoir primordial du droit est de prendre au sérieux et de répondre aux données de la vie. Le droit doit donc trouver des réponses aux réalités sociologiques auxquelles il s’adresse. C’est-à-dire qu’il doit aujourd’hui chercher à refléter au plus près la personne plurielle postmoderne. Cette pluralité de la personne appelle une flexibilité du droit. En effet, ce n’est que si le droit est suffisamment ouvert et flexible qu’il peut répondre aux besoins multiples et divers des individus. Or, cette flexibilité doit être mise en œuvre par une pluralité des méthodes<sup>27</sup>. C’est ce besoin de pluralité qui nous amène à la méthode tripartite du droit international privé proposée dans ce cours.

De la globalisation et de la postmodernité dérive donc la nécessité d’ajouter à la méthode classique du droit international privé – qui

---

26. E. Jayme, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé post-moderne. Cours général de droit international privé », *Recueil des cours*, tome 251 (1995), p. 9-268 ; du même auteur : « Les langues et le droit international privé », *Recueil des cours*, tome 381 (2015), p. 11-39 ; « Zum Jahrtausendwechsel : Das Kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus », *IPRax*, 2000, p. 166-171.

27. Cette pluralité des méthodes est depuis longtemps discutée dans les cours de l’Académie, voir par exemple H. Batiffol, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *Recueil des cours*, tome 139 (1973), p. 79-147 ; H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel) », *Cours général*, *Recueil des cours*, tome 312 (2005), p. 9-488.

est la méthode de désignation – deux autres méthodes que sont : la reconnaissance des situations étrangères et la prise en considération.

#### *Section IV. Les déficits de la désignation*

14. La méthode de désignation (qu'on appelle aussi la méthode savignienne d'après le juriste Friedrich Carl von Savigny, qui l'a imaginée en 1849<sup>28</sup>) présente plusieurs déficits.

##### *Par. 1. Nationalisation de l'international*

15. Le déficit le plus important de la méthode de désignation est son mécanisme de « nationalisation ». Le point de départ du droit international privé est le *cas international*. Or, la méthode de désignation décide de soumettre cette relation internationale à un seul ordre juridique<sup>29</sup>. En quelque sorte, elle « nationalise l'international » (Mansel)<sup>30</sup>.

La désignation applique à une situation transfrontalière uniquement un seul droit substantiel : soit l'ordre juridique allemand, soit italien, soit un tout autre ordre juridique est désigné pour ce faire. On peut caractériser ce mécanisme avec la formule de « la nationalisation de l'international »<sup>31</sup>.

##### *Par. 2. Eviction des lois concurrentes*

16. Quand le rapport juridique international se trouve « nationalisé » – par détermination du droit qui lui est applicable – cela s'accompagne nécessairement de l'éviction des lois concurrentes<sup>32</sup>. Tous les

28. Cf. F. C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, tome VIII, 1849, en particulier p. 23 ss.

29. J.-L. Elhoueiss parle de façon pertinente d'une « distinction existentialiste entre le moi et l'autrui », voir J.-L. Elhoueiss, « L'élément d'extranéité préalable en Droit international privé », *Clunet* 130, 2003, p. 40 en se référant à D. J. Evrigenis, « Tendances doctrinales actuelles en droit international privé », *Recueil des cours*, tome 118 (1966), p. 417.

30. H.-P. Mansel, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität*, Munich, C. H. Beck, 1988, p. 49 s ; voir également, C. von Bar et P. Mankowski, *Internationales Privatrecht*, tome I, 2<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2003, paragraphe 4, n<sup>o</sup> 17 s ; M.-P. Weller, « Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung im IPR und Unternehmensrecht », dans R. Zimmermann (dir. publ.), *Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, p. 191, 195 s.

31. C. von Bar et P. Mankowski, *Internationales Privatrecht*, tome I, 2<sup>e</sup> éd., 2003, Munich, C. H. Beck, paragraphe 4, n<sup>o</sup> 17 s.

32. G. Dannemann, *Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 75 ss ; P. Kinsch, *Le fait du prince étranger*, Paris, LGDJ, 1994, p. 341 :

droits, y compris ceux ayant une certaine proximité avec la relation transfrontalière en question, sont jugés inapplicables dès lors qu'ils ne se trouvent pas désignés par la règle de conflit de lois. Le défaut d'une telle éviction est d'écarter, dans le même temps et systématiquement, les règles juridiques, qui seraient matériellement aptes à offrir une solution satisfaisante pour le problème en discussion.

### Par. 3. Tendances lex foristes

17. Le troisième déficit est ce que Stéphanie Francq appelle les *tendances lex foristes*<sup>33</sup>. Cela signifie que, parmi la méthode de la désignation, il existe une tendance forte des tribunaux, mais aussi des législateurs, de déterminer comme loi applicable la *loi du for*.

#### A. Unilatéralisation cachée (résidence habituelle)

18. Pourtant, la technique classique de la désignation (méthode «savignienne») ne vise pas à appliquer seulement la loi du for ; elle est plutôt conçue d'une manière *bilatérale*. C'est-à-dire que la règle de conflits désigne – sur une base d'égalité des ordres juridiques entre eux – soit la loi étrangère, soit la loi du for. La règle de conflit ne s'intéresse pas au résultat substantiel ou à la justice individuelle que produit le droit désigné. Elle ne poursuit pas (à l'encontre du droit substantiel) de fins matérielles. Elle est *abstraite et neutre*. Le seul but qu'elle poursuit est d'arriver à une *proximité spatiale* entre les faits en question et le droit applicable<sup>34</sup>.

Or, une telle neutralité au niveau des règles de conflits semble, quant à elle, peu à peu abandonnée au profit d'une *unilatéralisation cachée*.

La raison d'une telle unilatéralisation est le changement du point de rattachement de la *nationalité* (qui mène à la *lex patriae* comme droit

---

«La technique des conflits de lois, ayant à résoudre un problème d'option, ne sert pas seulement à désigner la loi applicable à un rapport juridique mais aussi à écarter, du même coup, l'application de la loi du ou des pays tiers avec le rapport juridique, international par hypothèse, entretient également des liens»

– voir aussi, M.-P. Weller, «Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung im IPR und Unternehmensrecht», dans R. Zimmermann (dir. publ.), *Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, p. 191, 195 s.

33. S. Francq, «Unilatéralisme versus bilatéralisme : une opposition ontologique ou un débat dépassé?», dans T. Azzi et O. Boskovic (dir. publ.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois?*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 49, 62 ss.

34. Voir sur la méthode conflictuelle classique : D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome I, 5<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2021, n° 347 ss ; P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *Droit international privé*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2019, n° 117 ss.

applicable) vers la *résidence habituelle* (surtout pour les catégories de rattachement concernant le statut personnel<sup>35</sup>). Ainsi, ce nouveau point de rattachement mène la compétence internationale du tribunal au lieu de la *résidence habituelle*. Il désigne également les lois de l'Etat où est localisée cette résidence. C'est ainsi que l'on aboutit à une parfaite coïncidence entre *forum* et *ius*, entraînant un changement du droit applicable : de la *lex patriae* à la *lex fori*<sup>36</sup>.

Si on combine les deux effets – de nationalisation et d'unilatéralisation –, le cas international est de plus en plus souvent soumis au seul *droit du for*.

### B. Lois de police

19. Une autre tendance *lex foriste* se manifeste par le recours aux lois de police<sup>37</sup>. De façon unilatérale, elles s'imposent systématiquement et évincent le droit étranger normalement applicable. Or, il semble que leur nombre s'accroît. Pensons, à titre d'exemple, aux embargos des Etats-Unis envers l'Iran, Cuba et la Corée du Nord<sup>38</sup>, ou encore les embargos de l'Union européenne envers la Russie en matière de la guerre contre l'Ukraine<sup>39</sup>.

35. Voir sur l'histoire et sur le champ d'application du statut personnel : H.-P. Mansel, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität*, Munich, C. H. Beck, 1988 ; avec un accent sur le droit européen voir – entre autres – B. Lurger, «Die Verortung natürlicher Personen im europäischen IPR und IZVR», dans J. von Hein et G. Rühl (dir. publ.), *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, p. 202 ss.

36. M.-P. Weller, «Die lex personalis im 21. Jahrhundert : Paradigmenwechsel von der *lex patriae* zur *lex fori*», dans K. Hilbig-Lugani et al. (dir. publ.), *Zwischenbilanz, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen*, Bielefeld, Giesecking, 2015, p. 897 ss.

37. Pour une critique récente de la théorie des lois de police, voir V. Heuzé, «Un avatar du pragmatisme juridique : la théorie des lois de police», *RCDIP* 1/2020, p. 31-60 ; sur le rôle de la politique législative cf. P. de Vareilles-Sommières, «Lois de police et politiques législatives», *RCDIP* 2/2011, p. 207-290. – Pour une approche comparative face à l'article 9 du Règlement Rome I, voir notamment, S. Francq et F. Jault-Seseke, «Les lois de police, une approche de droit comparé», dans S. Corneloup et N. Joubert (dir. publ.), *Le règlement communautaire «Rome I» et le choix de lois dans les contrats internationaux*, Paris, Litec, 2011, p. 357-393.

38. Cf. sur le problème des embargos et des «blocking statutes» CJUE 21 décembre 2021, affaire C-124/20 – *Bank Melli Iran c. Telekom Deutschland GmbH*, note M. Lieberknecht, «Transatlantisches Tauziehen – Das Verbot der Befolgung von US-Wirtschaftssanktionen unter der Blocking-VO und seine Auswirkungen auf Vertragskündigungen», *IPRax*, 2022, à paraître ; J. Basedow, «blocking statute», Basedow et al. (dir. publ.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2017 ; M. Lieberknecht, «Die Blocking-Verordnung : Das IPR als Instrument der Außenpolitik», *IPRax*, 2019, p. 573-579.

39. Cf. Règlement (UE) n° 2022/328, 25 février 2022, modifiant le règlement (UE) n° 833/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine : *JOUE* n° L. 49, 25 février 2022, p. 1 ; règlement



Les lois de police visant à fermer les frontières pour lutter contre la pandémie liée au Covid-19 sont également des exemples très récents<sup>40</sup>.

### *C. Règles de conflits à coloration matérielle*

20. La troisième tendance *lex foriste* peut être constatée dans des règles de conflits à coloration matérielle<sup>41</sup>. Contrairement à ce qu'avait proposé Savigny, ces règles de conflits ne sont pas neutres mais contribuent déjà – comme c'est en fait le devoir du droit substantiel – à juger la question litigieuse sur le fond. Elles poussent ainsi la relation juridique dans une certaine direction. Il est permis de penser ici aux règles de conflits traduisant une protection de la «partie faible» en matière de contrats de travail ou de contrats conclus avec un consommateur. En effet, la protection du consommateur est poursuivie à l'article 6 du Règlement Rome I<sup>42</sup>, lequel n'est pas neutre. Cet article est même plutôt «coloré» en favorisant les droits des consommateurs sur ceux de leur interlocuteur. En ce sens, il nous amène normalement à la «loi du consommateur», c'est à dire à la loi substantielle de l'Etat où se trouve la résidence habituelle du consommateur.

#### *Par. 4. Bilan : sous-complexité du droit des conflits de loi contemporain*

21. Avec sa méthode de désignation contemporaine, le droit des conflits de lois ne répond pas suffisamment aux désirs et aux exigences que nécessitent les réalités de la vie<sup>43</sup>, ces réalités étant composées de la globalisation, de la mobilité mondiale et de la personne plurielle postmoderne.

---

(UE) n° 428/2022, 15 mars 2022, modifiant le règlement (UE) n° 833/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine: *JOUE* n° L. 87 I, 15 mars 2022, p. 13; règlement (UE) n° 2022/576, 8 avril 2022, modifiant le règlement (UE) n° 833/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine: *JOUE* n° L. 111, 8 avril 2022, p. 1.

40. M.-P. Weller, M. Lieberknecht et V. Habrich, «Virulente Leistungsstörungen – Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung», *NJW* 15, 2020, p. 1017.

41. M.-P. Weller, «Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung im IPR und Unternehmensrecht», dans R. Zimmermann (dir. publ.), *Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, p. 191, 198 s.

42. Règlement (CE) n° 593/2008, 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I): *JOUE* n° L 177, 4 juillet 2008, p. 6.

43. M.-P. Weller, «Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung im IPR und Unternehmensrecht», dans R. Zimmermann (dir. publ.), *Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, p. 191, 201 s.

Face à ces exigences, la méthode de désignation est *sous-complexe* : elle applique souvent la *lex fori*, c'est-à-dire qu'elle déclare régulièrement le droit national du juge compétent pour connaître le litige en écartant tous les autres droits concurrents. Or, cette «nationalisation», accompagnée de l'éviction des autres droits, ne rend pas assez compte de la situation internationale. Elle ne prend pas en compte certains désirs sociologiques et ne respecte pas le «droit à la différence» postmoderne<sup>44</sup>.

22. Patrick Glenn (McGill/Canada) avait proposé – dans son cours général de 2011 – la thèse de «la conciliation des lois»<sup>45</sup>. Il a vivement critiqué la méthode contemporaine de désignation comme étant trop simpliste. A ce titre, soit la loi du pays A, soit la loi du pays B était appliquée. Il n'y avait pas de place pour une solution intermédiaire. Il n'y avait pas de solution médiane. Glenn parle, en ce sens, du «milieu exclu» («*tertium non datur*») <sup>46</sup>.

Dès lors, le présent cours spécial vise à reprendre et à approfondir la critique, et donc la thèse de la conciliation des lois, de Glenn. Pourtant, la conciliation des lois ne se fait pas seulement par le biais de la méthode de désignation. Il faut, selon nous, ajouter à la désignation deux autres méthodes : la reconnaissance et la prise en considération, ces deux méthodes étant parfaitement aptes à *corriger*, ou moins à *assouplir*, la nationalisation de l'international. Ainsi revisitée, la considération est surtout en capacité d'ajouter l'élément d'extranéité – qui caractérise le cas international et le distingue des cas purement domestiques – au niveau de la loi substantielle applicable<sup>47</sup>.

### Section V. Plan du cours

23. Dans le chapitre suivant (chap. II), le cours va d'abord traiter la terminologie. A ce titre, nous allons illustrer la désignation, la reconnaissance ainsi que la considération avec des arrêts célèbres ou encore, des cas pratiques.

44. E. Jayme, «Zum Jahrtausendwechsel: Das Kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus», *IPRax*, 2000, p. 166 ss.

45. P. Glenn, «La conciliation des lois», *Recueil des cours*, tome 364 (2012), p. 187-470, spécialement p. 291 s.

46. P. Glenn, «La conciliation des lois», *Recueil des cours*, tome 364 (2012), p. 187 s, spécialement p. 222 s.

47. M.-P. Weller, «Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung im IPR und Unternehmensrecht», dans R. Zimmermann (dir. publ.), *Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, p. 191, 207 ss.

24. Dans un troisième chapitre (chap. III), nous allons examiner la technique de désignation, son évolution historique, l'impact de Savigny sur cette méthode dite «classique», mais aussi les critiques, surtout venant des Etats-Unis («american conflicts revolution»). Les contre-réactions européennes seront également illustrées, par exemple, par les «mutations méthodologiques» qui ont été développées à la Haye par Dominique Bureau en 2011 et par Horatia Muir-Watt en 2017.

25. Dans un quatrième chapitre (chap. IV), nous allons traiter les défis de la méthodologie du droit international privé contemporain. Nous identifions essentiellement *deux forces centrifuges* qui agissent sur les objectifs et les fonctions classiques du droit international privé, autrefois neutre, et qui, dans leur maîtrise méthodologique, constituent un défi pour la théorie générale contemporaine des conflits de lois : les individus et les Etats.

26. Le cinquième chapitre (chap. V) veut essayer de surmonter ces défis avec des instruments méthodologiques, la désignation, en tant que méthode classique, exigeant un affinement méthodologique. En effet, la désignation en tant que méthode centrale du droit international privé ne doit pas être abandonnée ; au contraire, elle doit être complétée par les méthodes de reconnaissance et de considération.

27. La reconnaissance est surtout basée sur les libertés fondamentales de l'Union européenne. Pourtant, cette méthode a des racines beaucoup plus anciennes : pensons à la théorie des «vested rights»<sup>48</sup>, c'est-à-dire des droits acquis qu'il faut reconnaître dans d'autres pays.

Si la considération est une méthode nouvelle du droit international privé, elle a bien sûr – elle aussi – des racines plus anciennes. Hans Lewald (Bâle/Suisse) avait introduit les sous-méthodes de *transposition*, de *substitution* et d'*adaptation* dans son cours spécial de 1939<sup>49</sup>. Je voudrais également y ajouter le «local and moral data approach». Cette

---

48. La doctrine des *vested rights* ou des *droits acquis* a été développée au XIX<sup>e</sup> siècle. Son promoteur le plus connu était l'Anglais Albert V. Dicey, dont l'approche était basée sur l'hypothèse que

«any right which has been duly acquired under the law of any civilized country is recognized and, in general, enforced by English courts, and no right, which has not been duly acquired is enforced, or, in general, recognized by English courts» ;

voir A.V. Dicey, *A Digest of the Laws of England with reference to the conflict of laws*, Londres, Stevens and Sons, 1896, p. 22. Pour plus de références voir *infra* note 130.

49. H. Lewald, «Règles générales des conflits de lois : Contribution à la technique du droit international privé», *Recueil des cours*, tome 69 (1939), p. 5-146, notamment p. 127 ss.

approche avait initialement été développée par Albert A. Ehrenzweig<sup>50</sup> et a ensuite été reprise et prolongée par Erik Jayme<sup>51</sup>. Dans l'ensemble, ces quatre sous-méthodes peuvent être regroupées sous la méthode de considération. Selon nous, elles ont toutes comme caractéristique commune de tenir compte du caractère international de la question juridique posée au niveau du droit *substantiel* applicable.

---

50. A. Ehrenzweig, «Local and Moral Data in the Conflict of Laws», *Buffalo Law Review* 16, 1966, p. 55-60; du même auteur, *Private International Law, General Part*, Leyden, New York, 1967 (Third printing 1974), p. 75 ss, 91 ss.

51. E. Jayme, «Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen — Betrachtungen zu Ehrenzweigs Datum-Theorie», dans E. Jayme (dir. publ.), *Gedächtnisschrift für Albert A. Ehrenzweig*, Karlsruhe, Müller, 1976, p. 35 ss.

## CHAPITRE II

### DONNÉES DE BASE ET ILLUSTRATION DES MÉTHODES

28. Le « droit international privé » comprend les conflits de juridictions et les conflits de lois<sup>52</sup>. En matière de conflits de juridictions, il y a une subdivision supplémentaire : la compétence internationale des tribunaux, d'une part, et la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères, d'autre part. Ce cours spécial ne s'adresse qu'aux conflits de lois. Nous allons donc en exclure les conflits de juridictions.

#### *Section I. La méthode de désignation*

##### *Par. 1. Structure dualiste de la règle de conflit*

29. Regardons donc le domaine des conflits de lois où la méthode classique se sert des règles de conflit pour désigner le droit applicable. A cet effet, une règle de conflit présente une structure dualiste : on y distingue la catégorie de rattachement, d'une part, et le point, le critère ou le facteur de rattachement, d'autre part<sup>53</sup>.

Les catégories de rattachements correspondent approximativement aux critères que les Romains ont inventés pour subdiviser le droit civil : la capacité d'une personne, les contrats, la représentation, les délits, l'enrichissement sans cause, les successions, le mariage, le divorce, etc. La fameuse distinction de Gaius (« *summa divisio* ») entre *contrats et délits*<sup>54</sup> se retrouve également en droit international privé. Ainsi, le règlement Rome I régit les *obligations contractuelles* alors que le règlement Rome II s'attache plutôt, en premier lieu, aux *obligations trouvant leur origine dans des délits*<sup>55</sup>.

---

52. Concernant les différentes interprétations de la notion dans les ordres juridiques nationaux : voir Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 10<sup>e</sup> éd., 2013, Paris, Dalloz, n° 25 ss ; P. Mankowski, « Über den Standort des Internationalen Zivilprozessrechts – Zwischen Internationalem Privatrecht und Zivilprozessrecht », *RebelsZ* 82, 2018, p. 57-617.

53. Cf. D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome I, 5<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2021, n° 348, 379 ; M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2020, n° 239 ss.

54. Gaius Institutiones 3,88. – Cf. plus précisément, P. Pichonnaz, *Les fondements romain du droit privé*, 2008, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, n° 1551 ss.

55. Voir les premiers paragraphes des premiers articles du Règlement (CE) n° 593/2008 (Rome I, précité *supra* note 5) et du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) : *JOUE* n° L. 199, 31 juillet 2007, p. 40.

30. Pour savoir quel rapport juridique correspond à quelle catégorie de rattachement, il faut recourir à la technique dite de la « qualification »<sup>56</sup>, laquelle remonte à Etienne Bartin et Franz Kahn<sup>57</sup>. Une fois qualifié le rapport de droit en question et ainsi trouvé sa catégorie d'appartenance en droit international privé, celui-ci est alors renvoyé à son critère de rattachement, lequel permet de désigner l'ordre juridique compétent. La mise en œuvre de la règle de conflit nous conduit ainsi – en tenant compte, le cas échéant, d'un renvoi de premier ou second degré<sup>58</sup> – à la loi substantielle applicable sur le fond du litige. Cette méthodologie est la méthode classique du droit international privé; aussi appelée la « méthode de désignation ».

### *Par. 2. Terminologie : désignation ou détermination*

31. Certains auteurs utilisent au lieu et place de la terminologie de « désignation » plutôt celle de « détermination » de la loi applicable. En effet, le règlement Rome I indique, dans son considérant 19<sup>59</sup>, que la loi au contrat est « déterminée » par une règle de conflit. Pourtant, dans un autre considérant, le même texte européen se sert d'une terminologie différente. Dans son considérant 40<sup>60</sup>, le règlement Rome I retient que la loi applicable est « désignée » par les règles du présent règlement. Le traité de Dominique Bureau et Horatia Muir-Watt sur le droit

56. La notion de « qualification » décrit le dispositif qui consiste à classer le rapport juridique « dans l'une ou l'autre des catégories définies par les règles de conflit en présence, sélectionnant par là celle qui doit être appliquée », voir la définition de P. Mayer, V. Heuzé et B. Rémy, *Droit international privé*, 12<sup>e</sup> éd. 2019, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, n° 154, voir également D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome I, 5<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2021, n° 380.

57. E. Bartin, « De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois », *Clunet* 24, 1897, p. 225-255; F. Kahn, « Gesetzeskollisionen: Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts », *JherJb* 30, 1891, p. 1-143.

58. Cf. pour l'institut de « renvoi » en droit international privé Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958; plus récemment D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome I, 5<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2021, n° 495 ss; M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2020, n° 344 ss.

59. Règlement (CE) n° 593/2008 (Rome I, précité *supra* note 5), considérant 19: « En l'absence de choix, la loi applicable au contrat doit être déterminée en suivant la règle prévue en fonction des catégories de contrat ... ».

60. Règlement (CE) n° 593/2008 (Rome I, précité *supra* note 5), considérant 40:

« Le présent règlement ne devrait pas affecter l'application d'autres instruments fixant des dispositions destinées à favoriser le bon fonctionnement du marché intérieur, dans la mesure où ces dispositions ne peuvent s'appliquer conjointement avec la loi désignée par les règles du présent règlement. L'application des dispositions de la loi applicable désignée par les règles du présent règlement ne devrait pas restreindre la libre circulation des biens et des services telle qu'elle est réglementée par les instruments communautaires ... ».

international privé contient deux chapitres importants sur l'application et la portée de la référence au « droit désigné »<sup>61</sup>.

32. Dans ce cours, nous souhaitons reprendre le terme de « désignation ». En allemand, nous parlons de la « *Verweisung* » qui signifie désignation. En anglais, il n'existe pas de terminologie précise sur ce point. Aussi, je souhaite proposer celui de « designation » (anglais). Symeonides, dans son cours général de 2016, parle de « *selectivist method* »<sup>62</sup>. Il fait référence à la tradition romaine du droit international privé : selon la méthode analytique, le droit civil est divisé dans différentes catégories de rattachement, ces catégories étant comme « sélectionnées » par les règles de conflits qui désignent ainsi les droits nationaux applicables<sup>63</sup>.

Le manuel anglais de Dicey, Morris and Collins sur « *Conflict of Laws* » fait référence aux expressions « *to refer to* » ou « *the referral* »<sup>64</sup>. Cela serait également un synonyme possible pour le terme de « désignation ».

### Par. 3. Cas pratique : Germanwings

33. Illustrons la méthode de désignation avec l'exemple de *Germanwings*, qui est l'histoire d'une tragédie aérienne, survenue en 2015, à l'occasion d'un vol de la compagnie aérienne Germanwings ayant son siège social en Allemagne<sup>65</sup>. Le vol accidenté est parti de Barcelone (Espagne) et devait se rendre à Düsseldorf (Allemagne). Or, l'avion n'est jamais arrivé à sa destination, dans la mesure où le copilote a volontairement descendu l'altitude de l'appareil ... avant de provoquer son écrasement dans les Alpes françaises. Les 144 passagers

61. D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome I, 5<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2021, n<sup>o</sup> 436 ss et 491 ss.

62. S. C. Symeonides, « Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism, General Course on Private International Law », *Recueil des cours*, tome 384 (2016), p. 33 et 64.

63. S. C. Symeonides, *op. cit.*, p. 65.

64. Cf. A. V. Dicey, J. H. C. Morris et L. Collins, *The Conflict of Laws*, tome I, 15<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2012, par exemple n<sup>o</sup> 4-007 :

« The problem of renvoi arises whenever a rule of the conflict of laws refers to the "law" of a foreign country, but the conflict rule of the foreign country would have referred the question to the "law" of the first country or to the "law" of some third country . . . » (souligné par l'auteur).

65. Sur l'ensemble, M.-P. Weller, B. Rentsch et C. Thomale, « Schmerzensgeld nach Flugzeugunglücken », *NJW*, 2015, p. 1909-1914 ; voir également le récent jugement de la Cour d'appel de Hamm, dans lequel les proches des victimes se sont vu refuser le droit à une indemnisation (supplémentaire) : Oberlandesgericht Hamm, 14 septembre 2021 – Az. 27 U 84/20.

de l'appareil ont tous été tués par cet acte volontaire du co-pilote, en sus des six membres d'équipage. Quel est le droit applicable se rapportant aux dommages-intérêts dus aux héritiers et aux proches des victimes dans la perspective des tribunaux allemands devant lesquels plusieurs litiges contre la compagnie Germanwings étaient en cours ?

#### A. Règlement Rome I (contrats)

34. Pour déterminer le droit applicable, la technique de désignation nous donne la réponse par le biais des règles de conflit de lois. Si le litige se déroule devant un tribunal d'un Etat membre de l'Union européenne, le point de départ est le règlement Rome I. En l'espèce, la catégorie de rattachement est la catégorie de « contrat de transport de passagers ». Selon l'article 5, paragraphe 2, du règlement Rome I<sup>66</sup>, le droit applicable est le droit du pays de départ *ou* le droit du pays de l'arrivée, pourvue que la résidence habituelle du passager en question soit située dans un de ces deux pays.

35. En l'espèce, le départ était en Espagne, la destination en Allemagne. Ainsi, au regard des passagers-victimes habitant en Espagne ou en Allemagne, est applicable le droit espagnol ou le droit allemand. Pour les autres passagers qui n'habitaient pas dans l'un de ces deux pays – les passagers de l'avion venaient de différents pays –, il y a un rattachement subsidiaire : celui de la loi du pays dans lequel le transporteur a sa résidence habituelle<sup>67</sup>. Comme Germanwings est une compagnie aérienne ayant son siège social en Allemagne, cette règle de conflits subsidiaire nous mène (aussi) au droit allemand. En résumé, on peut constater que c'est soit la loi contractuelle espagnole, soit la loi contractuelle allemande qui a vocation à s'appliquer aux demandes de dommages-intérêts de nature contractuelle en provenance des héritiers et/ou des proches<sup>68</sup>.

66. L'article 5, paragraphe 2, du règlement Rome I (précité *supra* note 5) dispose :

« A défaut de choix exercé conformément au deuxième alinéa du présent paragraphe, la loi applicable au contrat de transport de passagers est la loi du pays dans lequel le passager a sa résidence habituelle, pourvu que le lieu de départ ou le lieu d'arrivée se situe dans ce pays. Si ces conditions ne sont pas satisfaites, la loi du pays dans lequel le transporteur a sa résidence habituelle s'applique... »

Voir entre autres P. A. Nielsen, « The Rome I Regulation and Contracts of Carriage », dans F. Ferrari et S. Leible (dir. publ.), *Rome I Regulation – The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, Sellier, 2009, p. 99 ss.

67. Voir l'article 5 du règlement Rome I, précité.

68. Cf. M.-P. Weller, B. Rentsch et C. Thomale, « Schmerzensgeld nach Flugzeugunglücken », *NJW*, 2015, p. 1909-1914.



B. Règlement Rome II (délits)

36. Entre les passagers et la compagnie aérienne, il n'existe pas seulement une relation contractuelle mais aussi (en surplus) une relation délictuelle. D'après le système de Gaius, le droit romain distingue entre les dommages-intérêts résultant des contrats et ceux en provenance des délits<sup>69</sup>. Le droit international privé reprend cette distinction de base et différencie entre le règlement Rome I et le règlement Rome II<sup>70</sup>.

Concernant les actions de nature délictuelle, l'article 4, paragraphe 1, du règlement Rome II<sup>71</sup> désigne la loi applicable selon des règles de conflits différentes de celles issues du règlement Rome I. En matière de statut délictuel, la loi applicable est celle du pays où le dommage survient. Comme l'avion s'est écrasé en France, la loi française est donc applicable aux actions en dommages-intérêts de sources délictuelles.

37. Le droit comparé nous démontre qu'il y a des systèmes juridiques qui connaissent le cumul des dommages-intérêts contractuels et délictuels (par exemple, le système allemand)<sup>72</sup>. D'autres pays, comme la France, suivent le principe du non-cumul, c'est-à-dire que les dommages-intérêts d'origine contractuelle l'emportent sur les dommages-intérêts extracontractuels<sup>73</sup>.

38. Le règlement Rome II connaît une clause dérogatoire fixée à son article 4, paragraphe 3. Dans cette clause dérogatoire, se manifeste l'idée de base concernant les rattachements en droit international privé qui trouve son origine dans le «principe de proximité»<sup>74</sup>. En effet, lorsqu'il existe des liens manifestement plus étroits que ceux faisant

---

69. Gaius, *Institutiones*, 3,88 – Cf. plus précisément, P. Pichonnaz, *Les fondements romain du droit privé*, 2008, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, n° 1551 ss.

70. Voir *supra* n° 29.

71. L'article 4, paragraphe 1, du règlement Rome II (précité *supra* note 55) dispose :

«Sauf dispositions contraires du présent règlement, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent.»

72. Voir notamment, sur ce principe classique du droit civil allemand : D. Medicus et S. Lorenz, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 22<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2021, paragraphe 33, n° 1 s ; M. Wandt, *Gesetzliche Schuldverhältnisse: Deliktsrecht, Schadensrecht, Bereicherungsrecht, GoA*, 10<sup>e</sup> éd., Munich, Vahlen, 2020, n° 5.

73. P. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2018, n° 84 s. ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations 2 : Responsabilité civile et quasi-contracts*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2019, n° 18.

74. D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome I, 5<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2021, n° 351 ; M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, 6<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, n° 145.

référence au lieu du dommage, c'est alors à la loi de cet autre pays de s'appliquer<sup>75</sup>. A ce titre, une telle proximité est supposée quand il y a déjà un contrat préexistant entre les parties. Dans un tel cas, le contrat l'emporte sur le délit<sup>76</sup>.

Le principe de proximité a été énoncé par Paul Lagarde dans son cours général de 1986<sup>77</sup>. Ce principe est un trait caractéristique de la méthode de désignation, nous imposant de rechercher le droit applicable qui est spatialement le plus proche du rapport juridique en cause. L'article 4, alinéa 3, du règlement Rome II précise, en ce sens, que s'il y a un contrat préexistant entre les parties concernées par le délit, c'est alors la loi du contrat qui s'impose. En d'autres termes, le statut délictuel est accessoire au statut contractuel<sup>78</sup>.

### *C. Statut unitaire pour tous les passagers dans un accident de masse*

39. Nous voyons lors de cet exemple d'accident de masse que la technique de désignation a des déficits évidents<sup>79</sup> : tous les passagers du vol subissent *la même* tragédie mortelle. Pourtant, il y a des différences de droits substantiels applicables selon la nationalité et/ou la résidence de ces derniers. Dès lors, il faut craindre que les ayants droit des passagers obtiennent différents montants de dommages-intérêts en fonction du droit applicable chacun à leur cas d'espèce, puisqu'il est reconnu que les droits nationaux se distinguent considérablement concernant le montant des dommages-intérêts accordés aux victimes d'un dommage. Selon nous, de telles différences qui résultent directement de la méthode de désignation, doivent être corrigées<sup>80</sup>.

75. Cf. article 4, paragraphe 3, du règlement Rome II :

« S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question. »

76. A. Betzelt, *Le principe du non-cumul en droit international privé*, thèse Heidelberg, 2022 (à paraître).

77. P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *Recueil des cours*, tome 196 (1986), p. 9-268.

78. Voir également, A. Betzelt, *Le principe du non-cumul en droit international privé*, thèse Heidelberg, 2022 (à paraître).

79. M.-P. Weller, B. Rentsch et C. Thomale, « Schmerzensgeld nach Flugzeugunglücken », *NJW*, 2015, p. 1911 et 1913.

80. M.-P. Weller, B. Rentsch et C. Thomale, *op. cit.*, p. 1911 et 1913.

40. Quelles sont les solutions envisageables en ce sens ? Pour les accidents de masse, ne serait-il pas possible de créer un statut unitaire de dommages-intérêts pour tous les passagers ? Pour reprendre le cas *Germanwings*, tous les passagers seraient ainsi soumis soit à la loi espagnole, soit à la loi française, soit à la loi allemande. Pour arriver à ce résultat, il faudrait sans doute songer à activer la clause dérogatoire, une telle clause se trouvant exprimée à l'article 5, alinéa 3, du règlement Rome I<sup>81</sup>.

Quels sont les liens communs et manifestement plus étroits de tous les passagers ? A notre avis, une telle proximité pourrait être établie au regard du droit du transporteur, puisque tous les passagers ayant choisi la même compagnie aérienne et la même destination, sont tous délibérément montés dans le même avion<sup>82</sup>. Par ce biais, le droit allemand s'appliquerait pour tous les passagers. Mais cela pourrait bien entendu être contesté. Il s'agit juste d'une idée pour unifier le statut des victimes et de leurs ayants droit.

41. Qu'importe l'idée suivie, nous voyons bien que la méthode de désignation tend à «nationaliser» chaque cas international<sup>83</sup>. A la suite de l'opération de désignation, il n'y a qu'une loi applicable. Dans notre exemple, il peut s'agir du droit allemand, du droit espagnol ou du droit français. Pour chaque demandeur, il n'y a pas plusieurs droits qui s'appliquent. Il n'existe pas non plus de cumul des législations. Cette «nationalisation» présente un déficit : l'accident d'avion évoqué ici semble traité comme un accident purement national, comme si l'avion partait de Francfort vers Munich, restant strictement localisé en Allemagne. Dans un tel cas, on aurait eu effectivement le même droit applicable, c'est-à-dire le droit allemand.

Or, d'après nous, cette situation internationale se distingue clairement des situations nationales et il faudrait donc la flexibiliser à l'aide de deux autres méthodes que nous allons discuter maintenant.

---

81. L'article 5, paragraphe 3, du règlement Rome III (précité *supra* note 16) dispose :

«S'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique.»

82. M.-P. Weller, B. Rentsch et C. Thomale, «Schmerzensgeld nach Flugzeugunglücken», *NJW*, 2015, p. 1911 et 1913.

83. Sur ce problème, voir *supra* n° 15.

## Section II. La méthode de reconnaissance

42. Regardons maintenant la deuxième (nouvelle) méthode du droit international privé contemporain. Il s'agit de la méthode dite de la «reconnaissance» ou *recognition*, en anglais<sup>84</sup>.

### Par. 1. Cas pratique : Coman

43. Pour illustrer cette méthode commençons avec un jugement récent qui concerne un mariage entre deux personnes de même sexe. Il s'agit de l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) *Adrien Coman et Robert Hamilton contre la Roumanie*, en date du 5 juin 2018, ayant suscité beaucoup de critiques<sup>85</sup>.

Hamilton est ressortissant des Etats-Unis, Coman est, quant à lui, ressortissant de la Roumanie. Les deux ont vécu à Bruxelles, en Belgique. Ils se sont mariés d'après la loi belge et, ce, dans la mesure où cette dernière permet de conclure un mariage entre deux personnes de même sexe. Un problème est apparu lorsque les mariés ont souhaité retourner en Roumanie, plus précisément à Bucarest. Cela n'était pas un problème pour Coman – puisqu'il était ressortissant roumain –, mais il s'agissait d'une réelle difficulté pour Hamilton qui, de nationalité américaine, avait besoin d'un permis de séjour. Or, les autorités roumaines lui ont refusé ce dernier. En effet, la relation de famille ici invoquée pour obtenir le permis de séjour était le mariage entre deux personnes de même sexe. Mais le droit roumain ne connaît pas ce type de mariage. Plus exactement, le droit roumain interdit expressément les mariages entre des personnes de même sexe<sup>86</sup>. Aussi, il n'est pas très

84. Cf. récemment L. Hübner, «Die Integration der primärrechtlichen Anerkennungsmethode in das IPR», *RabelsZ* 85, 2021, p. 106-145; L. Schlürmann, *Das Personalstatut im französischen IPR – Ideengeschichte und Methodik des statut personnel*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, notamment p. 71 ss; V. Grifo, «“Pancharevo”: Nationale Identität (Art. 4 Abs. 2 EUV) als Kompetenzschutz im Familienrecht, Entscheidung des EuGH vom 14.12.2021», *ZEuP*, 2022 (à paraître).

85. CJUE 5 juin 2018, affaire C-673/16 – *Coman*, note A. Dutta, «Anmerkung zu EuGH Urteil v. 5.6.2018, Rs. C673/16 (*Coman*)», *FamRZ*, 2018, p. 1067-1068; P. Hammje, «Obligation de reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe conclu dans un Etat membre aux fins d'octroi d'un droit de séjour dérivé», *RCDIP* 107, 2018, p. 816-835; J. L. Werner, «Das Coman-Urteil des EuGH – Article 21, Abs.1 AEUV als Grundlage eines *ordre public européen*. – Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 5. Juni 2018», *ZEuP* 27, 2019, p. 803-822. Voir également L. Schlürmann, *Das Personalstatut im französischen IPR – Ideengeschichte und Methodik des statut personnel*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, p. 104 s.

86. Les alinéas 1 et 2 de l'article 277 du *Codul civil* (Code civil roumain) disposent que :

« 1. Le mariage entre personnes de même sexe est interdit.

surprenant que les autorités roumaines aient décidé de ne pas reconnaître cette relation familiale puisqu'elle est interdite en Roumanie.

44. Que s'est-il passé par la suite ? Ayant été saisie, la CJUE a jugé que la non-reconnaissance du mariage valablement conclu dans un autre Etat membre constitue une entrave aux libertés fondamentales européennes. Plus précisément, la Cour a estimé qu'il s'est agi d'une entrave à la liberté de mobilité d'un citoyen européen (Coman) telle qu'énoncée à l'article 21 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne<sup>87</sup>. Coman lui-même aurait certes pu entrer en Roumanie. Toutefois, sa liberté de circulation aurait été effectivement limitée parce que son conjoint, Hamilton, n'aurait pas été autorisé à entrer en Roumanie. Compte tenu de l'importance d'une relation de couple, cette situation est – selon la Cour – de nature à dissuader Coman de faire usage de sa liberté de circulation. Il s'agit de plus d'une entrave non justifiée<sup>88</sup>. Par conséquent, même s'il est faux d'affirmer que la CJUE a imposé à la Roumanie d'introduire le mariage entre deux personnes de même sexe sur son territoire, force est de reconnaître qu'elle lui a imposé de reconnaître le mariage entre deux personnes de même sexe valablement conclu à l'étranger, en l'occurrence en Belgique.

*Par. 2. Distinction entre reconnaissance de situations étrangères et reconnaissance de jugements étrangers*

45. La méthode de reconnaissance se concentre sur la reconnaissance des situations étrangères ou de certains statuts (nom, mariage, filiation, établissement d'une société) valablement créés à l'étranger. Elle est discutée comme méthode récente du droit européen<sup>89</sup>. En allemand, nous parlons de la *Anerkennung von Rechtslagen*, en anglais de *recognition of legal situations* ou de *status recognition*.

46. Pourtant, il ne faut pas confondre cette méthode de reconnaissance des situations de droit matériel avec la reconnaissance des

---

2. Les mariages entre personnes de même sexe conclus ou contractés à l'étranger par des citoyens roumains ou par des étrangers ne sont pas reconnus en Roumanie... » – Cf. CJUE 5 juin 2018, affaire C-673/16 – *Coman*, n° 8.

87. Article 21, alinéa 1, TFUE :

« Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application. »

88. CJUE 5 juin 2018, affaire C-673/16 – *Coman*, n° 40 et 51.

89. Voir *supra* n° 6 ss.

jugements étrangers ou des sentences arbitrales. Cette dernière est une méthode procédurale de reconnaissance des décisions de justice non nationales, c'est-à-dire en provenance de l'étranger<sup>90</sup>. Concernant la reconnaissance des jugements étrangers, l'article 36, paragraphe 1<sup>er</sup> du règlement Bruxelles I (*bis*)<sup>91</sup> indique que :

«Des décisions rendues dans un Etat-membre sont reconnus dans les autres Etats-membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure.»

Or, rien de tel dans le cas qui nous occupe. Il s'agit d'une situation matérielle résultat d'un acte juridique (un mariage) réalisé en application d'une législation étrangère avec le concours d'autorités administratives locales.

Dès lors, la question se pose de savoir quelles sont les situations matérielles à reconnaître et celles à exclure de toute portée juridique ? Il est permis de citer l'exemple des *sociétés* qui sont créées à l'étranger<sup>92</sup>, telles que les *limited liability companies* (Ltd.) enregistrées en Angleterre, mais avec lesquelles – avant le Brexit<sup>93</sup> – il était possible de gérer un fonds de commerce dans un autre pays<sup>94</sup>. D'autres exemples de situations juridiques constituées avec le concours d'une autorité administrative locale sont, en droit des personnes, le nom d'un

---

90. Sur les similitudes des deux méthodes de reconnaissance: B. Ancel et H. Muir Watt, «Les jugements étrangers et la règle de conflit de lois», dans *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon – Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 169 ss; P. Mayer, «Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé», dans *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 547, 560.

91. Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I (*bis*)), *JOUE* n° L. 351, 20 décembre 2012, p. 1.

92. Sur le droit international privé des sociétés et la méthode de reconnaissance: M. Audit, S. Bollée et P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019, n° 52 ss; M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2021, n° 55 ss et 102 ss; L. d'Avout, «L'entreprise et les conflits internationaux de lois», *Recueil des cours*, tome 397 (2019), p. 9, 226 ss, 237 ss; B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, 8<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, n° 1216 ss; M. L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2020, n° 1223 ss.

93. Cf. M.-P. Weller, C. Thomale et N. Benz, «Englische Gesellschaften und Unternehmensinsolvenzen in der Post-Brexit-EU», *NJW*, 2016, p. 2378-2383.

94. Cf. M.-P. Weller, «Das autonome Unternehmenskollisionsrecht», *IPRax*, 2017, p. 167-178.

individu, la gestation pour autrui (*surrogacy*<sup>95</sup>), l'adoption d'un enfant ou le divorce, etc.<sup>96</sup>

### Section III. La méthode de considération

47. La troisième méthode issue du droit international privé est la méthode de *la prise en considération* ou – plus abrégé – *la méthode de considération* (en anglais : *cognizance*).

#### Par. 1. Considération du droit évincé

48. La méthode de considération joue un rôle important lorsque nous sommes en présence d'un rapport juridique transfrontalier. Par le biais de la règle de conflits, *une* loi substantielle est désignée. Dans le même temps, les *autres* ordres juridiques qui ont une relation spatiale avec le rapport juridique sont *évincés*<sup>97</sup>. Par exemple, dans le cas pratique *Germanwings*, la loi espagnole est applicable pour les passagers qui habitent à Barcelone et, parallèlement, la loi française est évincée.

Or, la méthode de considération permet de prendre en considération (*to take into consideration*, en anglais) au niveau du droit substantiel applicable le contenu de l'ordre juridique évincé. Cette méthode ne joue pas au niveau de la règle de conflits, mais plutôt au niveau du droit substantiel désigné en tant que loi applicable<sup>98</sup>. En fait, elle modifie *l'interprétation* de cette dernière.

#### Par. 2. Approches précédentes

49. Cette technique de considération est assez ancienne, mais en tant que méthode de droit international privé elle n'est pas nommée comme telle et, a fortiori, n'est pas généralement reconnue dans son ensemble comme telle. Toutefois, certains éléments de cette méthode sont bien connus et reconnus :

---

95. Cf. B. Ditzgen et M.-P. Weller (dir. publ.), *Regulierung der Leihmutterschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018 ; K. Duden, *Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.

96. Cf. pour la méthode de reconnaissance en matière du statut personnel : L. Schlürmann, *Das Personalstatut im französischen IPR – Ideengeschichte und Methodik des « statut personnel »*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, notamment p. 71 ss.

97. Sur cet effet d'éviction déjà *supra* n° 16.

98. Sur l'ensemble des méthodes « substantielles » en droit international privé : cf. C. von Bar et P. Mankowski, *Internationales Privatrecht*, tome I, 2<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2003, p. 206 ss ; D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome I, 5<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2021 n° 436 ss ; P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *Droit international privé*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2019, n° 144 s.

- Hans Lewald a déjà «découvert» et défini trois éléments ou sous-types de la méthode de considération dans son cours général de 1939 : *la transposition, la substitution et l’adaptation*<sup>99</sup> ;
- Albert Ehrenzweig a inventé le *local and moral data approach*<sup>100</sup> et Erik Jayme a repris cette notion *approach* en Europe en l’intitulant *théorie des dates (Datumtheorie)*<sup>101</sup> ;
- Finalement, Gerhard Kegel a insisté sur une *interprétation téléologique* de la loi substantielle au regard du cas international et des spécificités transfrontalières<sup>102</sup>.

Selon nous, Kegel a raison. Il s’agit bien d’une interprétation téléologique, mais à laquelle il faut, de notre point de vue, donner le nom d’une méthode spécifique au droit international privé. En effet, les constellations qui nous préoccupent dans le contexte transfrontalier, se distinguent clairement des cas d’interprétation téléologique se rapportant aux cas purement internes. Pour bien marquer cette différenciation, il faut une dénomination autonome pour les premiers : la méthode de considération.

### *Par. 3. Cas pratique : accident de la route à l’étranger*

50. L’exemple le plus connu est celui d’un accident de la route à l’étranger. Prenons une décision de la Cour fédérale allemande (*Bundesgerichtshof*) se rapportant à un accident survenu en Afrique du Sud à deux étudiantes en médecine qui vivaient en Allemagne<sup>103</sup>. Une des étudiantes a commis une faute de conduite, puisqu’elle a confondu le sens de circulation de la route. En Afrique du Sud, il faut effectivement conduire à gauche, et non à droite comme en Allemagne.

Ayant été blessée, l’autre étudiante a demandé des dommages-intérêts à la conductrice devant les tribunaux allemands. Toutefois,

99. H. Lewald, «Règles générales des conflits de lois : Contribution à la technique du droit international privé», *Recueil des cours*, tome 69 (1939), p. 5-146, notamment p. 127 ss.

100. A. Ehrenzweig, «Local and Moral Data in the Conflict of Laws», *Buffalo Law Review* 16, 1966, p. 55-60 ; du même auteur, *Private International Law, General Part*, Leyden/New York 1967 (Third printing 1974), p. 75 ss, 91 ss.

101. E. Jayme, «Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen – Betrachtungen zu Ehrenzweigs Datum-Theorie », dans E. Jayme (dir. publ.), *Gedächtnisschrift für Albert A. Ehrenzweig*, Karlsruhe, Müller, 1976, p. 35 ss.

102. G. Kegel et K. Schurig, *Internationales Privatrecht*, 9<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2004, paragraphe I VIII 2a.

103. Bundesgerichtshof (BGH), 10 février 2009 – VI ZR 28/08, *NJW* 21, 2009, p. 1482 ss.



pour pouvoir examiner les revendications d'indemnisation présentées, le tribunal devait d'abord déterminer la loi applicable au litige. Selon l'article 4, paragraphe 2, du règlement Rome II<sup>104</sup>, le point de rattachement est la résidence habituelle commune des deux étudiantes. Dans la mesure où elles vivaient toutes les deux en Allemagne, la loi délictuelle allemande était la loi applicable.

Or, si nous devons appliquer strictement le droit allemand sur cet accident de la route, nous devrions retenir le sens de circulation en vigueur sur les routes allemandes (conduite à droite). Pourtant, il est évident que nous ne saurions appliquer, en l'espèce, le Code de la route allemand à l'égard d'un accident qui s'est passé dans un autre pays. Il faut plutôt prendre en considération les règles du trafic routier de l'Afrique du Sud au niveau de l'application du droit substantiel allemand. Cette nécessité de prise en considération est – aujourd'hui – d'ailleurs également codifiée à l'article 17 du règlement Rome II :

« Pour évaluer le comportement de la personne dont la responsabilité est invoquée, il est tenu compte, en tant qu'élément de fait et pour autant que de besoin des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité. »

La formulation « tenir compte en tant qu'élément de fait » issue de la norme citée ci-dessus décrit la méthode de prise en considération. Dans le cadre de l'interprétation de termes généraux du droit substantiel applicable, les règles juridiques étrangères de la juridiction évincée doivent être prises en compte en tant que facteur d'interprétation<sup>105</sup>. Concrètement, il s'agit d'interpréter la notion *d'illicéité* (la notion de faute) dans le cadre de l'article 823, alinéa 1, du Code civil allemand<sup>106</sup>, à savoir la norme délictuelle relative aux dommages et intérêts. L'illicéité au niveau du droit allemand applicable n'est pas interprétée – comme

---

104. Article 4, paragraphe 2, du règlement Rome II dispose :

« Toutefois, lorsque la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage, la loi de ce pays s'applique ».

105. Cf. aussi CJUE 18 octobre 2016, affaire C-135/15 – *Nikiforidis*.

106. Article 823, alinéa 1, du Code civil allemand dispose :

« Quiconque, intentionnellement ou par négligence, porte atteinte illicitement à la vie, au corps, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à tout autre droit d'autrui, est tenu à l'égard de celui-ci à réparer le préjudice qui en résulte. »

(Traduction par G. Lardeux, R. Legeais, M. Pédamon et C. Witz, *Code civil allemand*, Paris, Dalloz, 2010, p. 304).

en temps ordinaire dans les accidents purement domestiques – en se basant sur le Code de la route allemand, mais – en raison du caractère international du litige – à la lumière du Code de la route sud-africain. L'illicéité a donc pu être retenue dans ce cas.

## CHAPITRE III

### LES ÉTAPES DU DÉVELOPPEMENT DES MÉTHODES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

#### *Section I. Le droit international privé classique du XIX<sup>e</sup> siècle*

##### *Par. 1. La « méthode savignienne »*

51. L'année 1849, au cours de laquelle Friedrich Carl von Savigny a publié à Berlin le huitième volume de son « Système de droit romain contemporain », est considérée comme le « grand moment »<sup>107</sup> du droit international privé<sup>108</sup>. En effet, Savigny réussit à dépasser la théorie médiévale des statuts et établit ce que l'on appelle aujourd'hui le droit international privé « classique »<sup>109</sup>, également connu en France sous le nom de « méthode savignienne »<sup>110</sup>.

Ce qui est novateur, c'est le changement de perspective : d'une perspective nationale à une perspective internationale<sup>111</sup>. Jusqu'alors, les écoles traditionnelles de droit s'étaient concentrées sur le champ d'application spatial de leur propre droit matériel. Ils ne discutaient que de l'étendue spatiale du droit domestique. Dans cette perspective, on a tendance, du moins inconsciemment, à considérer que son propre droit (parce qu'on le connaît mieux) est plus favorable, voire supérieur, à celui d'autrui et à étendre ainsi son champ d'application au

---

107. Lire en ce sens, W. Goldschmidt, « Die philosophischen Grundlagen des IPR », dans E. von Caemmerer (dir. publ.), *Festschrift für Martin Wolff*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1952, p. 209. – De même, P. H. Neuhaus, « Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache », *RebelsZ* 15, 1949/50, p. 366 : « kopernikanische Wende ». – De manière approuvée : B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, 8<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, n° 160 : « tournant copernicien ».

108. F. C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, tome VIII, 1849, en particulier p. 23 ss.

109. F. Sturm et G. Sturm, *Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Munich, 2012, Introduction au DIP, n° 56.

110. Cf. B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, 8<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, n° 158 ss ; D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome I, 5<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2021, n° 347 ss, 357-10, C. von Bar et P. Mankowski, *Internationales Privatrecht*, tome I, 2<sup>e</sup> éd. 2003, Munich, C. H. Beck, paragraphe 6, n° 53 ss. – Les termes du droit international privé « moderne » et « classique » sont utilisés de manière quasi synonyme : Cf. sur le « droit international privé moderne », J. von Hein, dans *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8<sup>e</sup> éd., tome 12, Munich, C. H. Beck, 2020, Introduction au DIP n° 17 ss.

111. M.-P. Weller, « Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht : Abschied von der "klassischen" IPR-Dogmatik ? », *IPRax*, 2011, p. 429, 431.

détriment des droits étrangers. Il s'agissait – selon une expression du fameux internationaliste sud-américain Werner Goldschmidt<sup>112</sup> – d'un « chauvinisme juridique »<sup>113</sup>.

52. Savigny réussit à dépasser cette perspective nationale au profit d'une conception internationale en propageant, dans un premier temps, l'équivalence de tous les systèmes juridiques<sup>114</sup>. Il fonde cette hypothèse de départ sur la *comitas* en droit international public<sup>115</sup>. Il ouvre ainsi la voie à l'application du droit étranger sur le territoire *domestique* en tant que droit égal. C'était une innovation véritablement « révolutionnaire » à l'époque, qui – sur le long terme – a été développée par d'autres internationalistes en un « modèle de multiculturalisme »<sup>116</sup>.

### *Par. 2. Les principes de rattachement classiques*

53. Sur la base de cette hypothèse d'équivalence telle que formulée par Savigny, les principes suivants du « droit international privé classique » se sont alors cristallisés<sup>117</sup> :

1. La *neutralité* de la règle de conflit de lois, à savoir l'orientation du point de rattachement uniquement au *lien spatial le plus étroit* à la catégorie de rattachement en question. Les points de rattachements doivent être statués indépendamment des notions du droit substantiel, c'est à dire indépendamment de la justice matérielle, par exemple, de la protection d'une partie faible (bien sûr, dans les limites de l'ordre public et des lois de

112. Sur la personne et l'œuvre de Goldschmidt, voir M. Oyarzábal, «Das Internationale Privatrecht von Werner Goldschmidt», *RabelsZ* 72, 2008, p. 601 ss.

113. W. Goldschmidt, «Die philosophischen Grundlagen des IPR», dans E. von Caemmerer (dir. publ.), *Festschrift für Martin Wolff*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1952, p. 205. Voir également H. Battifol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956.

114. F. C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, tome VIII, 1849, p. 24 s. : «Le droit actuel ... a abouti ... à une égalité juridique complète entre les indigènes et les étrangers».

115. F. C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, tome VIII, 1849, p. 27 s.

116. Voir, en ce sens, H. Kronke, «Internationales Privatrecht», dans H. Kube, R. Mellinghoff, G. Morgenthaler, U. Palm et Ch. Seiler (dir. publ.), *Die Leitgedanken des Rechts in der Diskussion, Symposium aus Anlass des 70. Geburtstages von Paul Kirchhof*, Heidelberg, C. F. Müller, 2013, paragraphe 20, n<sup>os</sup> 5 et 8.

117. M.-P. Weller, «Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht – eine neue “kopernikanische Wende”?», dans S. Arnold (dir. publ.), *Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, p. 133 ss. – Voir également, H.-P. Mansel, *Internationales Privatrecht im 20. Jahrhundert*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, p. 1 ss. – Sur ce sujet encore, G. Kühne, «Internationales Privatrecht im 20. Jahrhundert», *ZVglRWiss* 114, 2015, p. 355; L. Vékás, «Wertorientierung und ihre Grenzen im IPR», dans W. Holl et U. Klinker (dir. publ.), *Internationales Privatrecht, internationales Wirtschaftsrecht*, Cologne, Berlin, Bonn, Munich, Carl Heymann Verlag, 1985, p. 146 ss.

police<sup>118</sup>). Selon la conception classique, la réalisation de justice et d'équité matérielle ne relève pas du droit international privé, mais constitue uniquement un devoir que le droit substantiel doit essayer d'achever.

2. La *bilatéralité*, voire *l'universalité*, de la règle de conflit. La règle de conflit bilatérale désigne – selon des critères de rattachement abstraits – indifféremment la loi domestique ou la loi étrangère. Autrement dit, elle ne traite pas uniquement du champ d'application de la loi domestique, comme c'est le cas pour les règles de conflit de lois unilatérales (par exemple, l'article 3 du Code civil<sup>119</sup> qui, selon son libellé, ne se prononce que sur l'applicabilité de la loi française<sup>120</sup>). Une règle de conflit bilatérale évite des tendances visant à désigner de préférence la loi du for, ce qui serait beaucoup plus simple dans la pratique juridique, dans la mesure où il n'est pas nécessaire de rechercher le droit étranger (éviter le phénomène du *Heimwärtsstreben*)<sup>121</sup>.

3. L'idéal d'une *harmonie décisionnelle internationale* (uniformité des solutions), à savoir la cohérence internationale des décisions rendues en matière de litiges transfrontaliers. Cet idéal, selon Savigny, vise à garantir que « dans les cas de conflits de lois, les rapports juridiques doivent s'attendre à la même appréciation, que le jugement soit prononcé dans tel ou tel Etat »<sup>122</sup>. Cet idéal

118. Voir sur ce point, notamment, J. Fetsch, *Eingriffsnormen und EG-Vertrag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, p. 8.

119. L'article 3, alinéa 3, du Code civil dispose : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger. »

120. Depuis l'arrêt *Busqueta* rendue par la Cour royale de Paris le 13 juin 1814, *Recueil Sirey* 1814.2.393, la jurisprudence française applique de manière bilatérale l'article 3, alinéa 3, du Code civil : rattachement du statut personnel non seulement des Français mais de toutes les personnes selon leur nationalité. Cf. D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome II, 5<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2021, n° 621.

121. M.-P. Weller, « Die *lex personalis* im 21. Jahrhundert : Paradigmenwechsel von der *lex patriae* zur *lex fori* », dans K. Hilbig-Lugani *et al.* (dir. publ.), *Zwischenbilanz, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen*, Bielefeld, Gieseking, 2015, p. 897 ss.

122. F. C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, tome VIII, 1849, p. 27. – Cet idéal de l'harmonie décisionnelle internationale est atteint que si les objets et les points de rattachement des règles de conflit de lois sont conçus de manière comparable, de sorte que le même système juridique s'applique aux relations juridiques quel que soit le for, voie choisie, B. vom Hoffmann/K. Thorn, *Internationales Privatrecht*, 9<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2007, paragraphe 1, n° 13 ; P. H. Neuhaus, *Abschied von Savigny ? RabelsZ* 46, 1982, p. 9. – E. Jayme le formule de façon très précise : « L'égalité est ainsi garantie ; la justice n'a pas un contenu différent au-delà de la frontière », cf. E. Jayme, « Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen – Betrachtungen zu Ehrenzweigs Datum-Theorie », dans E. Jayme (dir. publ.), *Gedächtnisschrift für Albert A. Ehrenzweig*, Karlsruhe, Müller, 1976, p. 35, 42 ss ; J. von Hein, dans *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8<sup>e</sup> éd., tome 12, Munich, C. H. Beck, 2020, Introduction au DIP n° 19.

cherche donc à éviter un forum shopping en faisant en sorte que tous les Etats du monde utilisent les mêmes points de rattachement pour les mêmes catégories de rattachements. Si cette conception était mise en œuvre dans le monde entier, les tribunaux détermineraient de fait la loi applicable selon les mêmes règles de conflit de lois ; ils parviendraient ainsi – en supposant une interprétation et une subsumption uniforme – à la même loi substantielle. Ainsi, une même affaire serait toujours jugée selon la même loi.

54. Illustrons cette méthode classique avec un cas pratique dans lequel un couple syrien souhaite divorcer. Au regard du droit applicable au divorce et selon la maxime savignienne de l'harmonie décisionnelle internationale (uniformité des solutions), cela ne devrait faire aucune différence que le divorce soit prononcé à Alep en Syrie ou – par exemple immédiatement après un déménagement vers l'Europe – en Allemagne. Dans les deux cas, le *droit syrien* devrait être appliqué puisqu'il présente le lien *spatial* le plus étroit avec le couple syrien. Sous l'angle de la méthode de désignation, un divorce par *talaq* selon les règles de la charia serait donc dans cette hypothèse également possible en Allemagne.

Pourtant, le fait que, sur la base de la charia, le *talaq* tende à discriminer les femmes<sup>123</sup> n'est – dans un premier temps – pas pertinent selon cette approche classique. Selon ce modèle, toute correction ne peut être apportée que dans un deuxième temps au niveau de *l'ordre public*<sup>124</sup>, mais uniquement sur la base d'une appréciation individuelle du résultat de l'application du droit substantiel désigné dans le cas particulier<sup>125</sup>. Avant ce raisonnement d'ordre public, cependant, la loi applicable doit avoir été déterminée de manière neutre.

Le droit international privé classique ne s'intéresse pas au contenu de la loi étrangère, mais plaide pour l'applicabilité de la loi qui est spatialement la plus proche<sup>126</sup>. Ce faisant, le droit international privé

123. Sur le *talaq* et l'application du principe de l'égalité des sexes via l'article 10 du règlement Rome III: M.-P. Weller, I. Hauber et A. Schulz, « Gleichstellung im Internationalen Scheidungsrecht », *IPRax*, 2016, p. 123 ss.

124. Cf. par exemple l'article 12, du règlement Rome III: « L'application d'une disposition de la loi désignée en vertu du présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ».

125. B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, 8<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, n° 386 ; D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome I, 5<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2021 n° 456 ss ; M. L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2020, n° 382 ss ; P. de Vareilles-Sommières, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère, cours général de droit international privé », *Recueil des cours*, tome 371 (2015), p. 165-268.

126. F. Sturm et G. Sturm, *Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Munich, 2012, Introduction au DIP, n° 56.

accepte un « saut dans l'obscurité » (« Sprung ins Dunkle »)<sup>127</sup>. Savigny veut donc coordonner des droits nationaux très disparates au moyen de règles de conflit de lois *neutres* qui sont uniquement fondées sur l'idéal de l'uniformité des solutions<sup>128</sup>.

*Section II. Le droit international privé modernisé du XX<sup>e</sup> siècle*

*Par. 1. Les approches axées sur des valeurs matérielles par rapport à l'idéal d'une « justice spatiale »*

55. Aux Etats-Unis<sup>129</sup>, la méthode classique de désignation (remon- tant au droit international privé de Savigny) a été intégrée – ensemble avec la théorie des droits acquis<sup>130</sup> – dans le premier *Restatement*<sup>131</sup> de Beale<sup>132</sup>.

127. L. Raape, *Internationales Privatrecht*, 5<sup>e</sup> éd., Berlin, Vahlen, 1961, p. 90.

128. H. Kronke, « Internationales Privatrecht », dans H. Kube, R. Mellinghoff, G. Morgenthaler, U. Palm et Ch. Seiler (dir. publ.), *Die Leitgedanken des Rechts in der Diskussion, Symposium aus Anlass des 70. Geburtstages von Paul Kirchhof*, Heidelberg, C.F. Müller, 2013, paragraphe 120, n° 15 : « fonction de coordination ».

129. Voir, plus récemment sur l'évolution du droit international privé aux Etats-Unis, V. Ludwig, *Conflicts Evolution – Die Restatements of Conflict of Laws und ihre Bedeutung für das US-amerikanische Deliktstollisionsrecht unter besonderer Berücksichtigung des neuen Restatement (Third)*, Berlin et al., Peter Lang, 2021 ; S. Symeonides, « Choice of Law in the American Court in 2020 : Thirty-Fourth Annual Survey », *American Journal of Comparative Law* 69, 2021, p. 177 ss ; S. Symeonides, « Choice of Law in the American Courts in 2018 : Thirty-Second Annual Survey », *American Journal of Comparative Law* 67, 2019, p. 1 ss.

130. La doctrine des *droits acquis* a été développée au XIX<sup>e</sup> siècle. Son promoteur le plus connu était l'Anglais Albert V. Dicey, dont l'approche était basée sur l'hypothèse que « any right which has been duly acquired under the law of any civilized country is recognized and, in general, enforced by English courts, and no right, which has not been duly acquired is enforced, or, in general, recognized by English courts » ; voir A. V. Dicey, *A Digest of the Laws of England with Reference to the Conflict of Laws*, Londres, Stevens and Sons, 1896, p. 22. – Lire également, J. H. Beale, *Treatise on the Conflict of Laws*, tome III, New York, Baker, Voorhis, 1935, p. 1967 ss ; R. D. Carswell, « The Doctrine of Vested Rights in Private International Law », *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 8 Issue 2, 1959, p. 268 ss ; H. J. Sonnenberger, « Anerkennung statt Verweisung ? Eine neue internationalprivat-rechtliche Methode ? », dans J. Bernreuther, R. Freitag, S. Leible et U. Wanitzek (dir. publ.), *Festschrift für Ulrich Spellenberg zum 70. Geburtstag*, München, Sellier, 2010, p. 375 ss ; C. von Bar et P. Mankowski, *Internationales Privatrecht*, tome I, 2<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2003, paragraphe 3, n° 16.

131. American Law Institute's Restatement of the Conflict of Laws de 1934 ; cf. *University of Law Pennsylvania Review*, Vol. 83 No. 5, 1935 :

« This latest product of the American Law Institute bears the unmistakable imprimatur of the man who has done most in this country to make popular the teaching of the Conflict of Laws. To Professor Beale more than to any other man is due the credit for the place of prominence that the subject of Conflicts now has in the curricula of American law schools. For more than thirty years he and his students . . . have dominated our academic thought on choice-of-law problems. That this group should have a paramount influence in determining the content of the Restatement was to be expected ; and the completed work does very largely reflect their views. »

132. Le juriste américain J. H. Beale a repris la théorie des droits acquis développée en Angleterre et l'a introduite dans la pratique américaine au début du XX<sup>e</sup> siècle. Comme

Pourtant, au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, ce premier *Restatement* a suscité de vives critiques<sup>133</sup>. Les règles de conflit de lois étant trop rigides et abstraites, elles empêchaient de prendre des décisions justes au cas par cas<sup>134</sup>. De plus, l'application du droit étranger équivaudrait à un *blindfold test*, le juge devant appliquer un droit étranger qui lui est inconnu, jugeant ainsi, en quelque sorte, avec un bandeau devant les yeux<sup>135</sup>. Enfin, l'accent mis sur la simple justice territoriale négligerait en définitive l'intérêt public<sup>136</sup>.

56. Par conséquent, selon ces auteurs américains, les règles de conflit de lois trop rigides devraient être remplacées par de simples approches (*approaches*) pour déterminer la loi applicable. Ces approches devraient s'orienter vers des valeurs matérielles ou la politique de l'Etat du for, telles que l'approche de la meilleure loi (Robert Leflar<sup>137</sup>) ou

---

Dicey, Beale était convaincu que «A right having been created by the appropriate law, the recognition of its existence should follow everywhere. Thus an act valid where done cannot be called in question anywhere»: lire J. H. Beale, *Treatise on the Conflict of Laws*, tome III, New York, Baker, Voorhis, 1935, p. 1969. – Voir également, H. J. Sonnenberger, «Anerkennung statt Verweisung? Eine neue internationalprivatrechtliche Methode?», dans J. Bernreuther, R. Freitag, S. Leible et U. Wanitzek (dir. publ.), *Festschrift für Ulrich Spellenberg zum 70. Geburtstag*, München, Sellier, 2010, p. 375 ss; C. von Bar et P. Mankowski, *Internationales Privatrecht*, tome I, 2<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2003, paragraphe 3, n<sup>o</sup> 17.

133. D. F. Cavers, «A Critique of the Choice-of-Law Problem», *Harvard Law Review*, 1933, p. 173 ss; W. W. Cook, «The Logical and the Legal Basis of the Conflict of Laws», *Yale Law Journal*, 1924, p. 457 ss; R. A. Leflar, «Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations», *California Law Review*, 1966, p. 1584 ss; B. Currie, «The Constitution and the Choice of Law: Governmental interests and the judicial function», dans B. Currie (dir. publ.), *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, Duke University Press, 1963, p. 188 ss.

134. Cf. D. F. Cavers, «A Critique of the Choice-of-Law Problem», *Harvard Law Review*, 1933, p.173, 193, sur les mérites de son approche: «The choice of that law would not be the result of the automatic operation of a rule or principle of selection but of a search for a just decision in the principal case.»

135. Voir D. F. Cavers, *op. cit.*, p. 180:

«Now, however pragmatic the considerations may be which move the court in its determination of the rule for choice of law, the fact remains that as to this case, and all subsequent cases in which that rule will be involved, the court is . . . engaging in a blindfold test.»

136. Voir également, D. F. Cavers, *op. cit.*, p. 192 s:

«When a court is faced with a question whether to reject, as inapplicable, the law of the forum and to admit in evidence, as determinative of an issue in a case before it, a rule of law of a foreign jurisdiction, it should . . . appraise these results in the light of those facts in the event or transaction which, from the standpoint of justice between the litigating individuals or of those broader considerations of social policy which conflicting laws may evoke.»

137. R. A. Leflar, «Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations», *California Law Review*, 1966, p. 1584, 1587 s:

«The better rule of law is the most controversial of the considerations, yet a potent one. If choice of law were purely a jurisdiction-selecting process, with



encore l'approche des intérêts gouvernementaux (Brainerd Currie)<sup>138</sup>. Cette critique s'est répandue outre-Atlantique, en Allemagne Konrad Zweigert<sup>139</sup> déplorant notamment la pauvreté du droit international privé en termes de valeurs sociales<sup>140</sup>.

57. La majorité des auteurs européens s'est toutefois opposée au passage d'un système de règles de conflits claires et non équivoques à un système fondé sur de simples approches axées sur des valeurs matérielles qui seraient à évaluer au cas par cas<sup>141</sup>. En particulier, Gerhard Kegel<sup>142</sup> et son école<sup>143</sup> ont défendu les règles de conflit de lois abstraites, bilatérales et neutres par rapport aux valeurs matérielles.

---

courts first deciding which state's law should govern and checking afterward to see what that state's law was, this consideration would not be present. Everyone knows that this is not what courts do, nor what they should do. Judges know from the beginning between which rules of law, and not just which states, they are choosing. A state's "governmental interest" in a set of facts can be analysed only by reference to the content of the competing rules of law . . . A judge's natural feeling that his own state's law is better than that of other states to some extent explains forum preference. Of course the local law is sometimes not better, and most judges are perfectly capable of realizing this. The inclination of any reasonable court will be to prefer rules of law which make good socio-economic sense for the time when the court speaks, whether they be its own or another state's rules. The law's legitimate concerns with "justice in the individual case", sometimes spoken of as a choice-of-law objective, and with that "protection of justified expectations of the parties" which often corresponds with Ehrenzweig's "basic rule of validation", are furthered by deliberate preference for the better rule of law. The preference is objective, not subjective.»

138. B. Currie, «The Constitution and the Choice of Law: Governmental interests and the judicial function», dans B. Currie (dir. publ.), *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, Duke University Press, 1963, p. 188 ss.

139. K. Zweigert, «Zur Armut des Internationalen Privatrechts an sozialen Werten», *RabelsZ* 37, 1973, p. 444 et 447. – Il veut donner la préférence en cas de doute – inspiré par l'approche du *better law* – à l'ordre juridique qui protège le plus efficacement l'intérêt juridique :

«Dies – mein drittes Stockwerk – steht in der Tat Leflars Lehre von der «bette rule» nahe, allerdings mit einem bedeutsamen Unterschied: in meinem Entwurf ist die Anwendung der besseren Regel nur eine subsidiäre Regel und nicht ein rechtswahlbestimmender Faktor unter mehreren von allgemein gleichem Gewicht; sie gilt nur, wenn eine Kollisionsnorm eine klare Verweisung auf ein bestimmtes ausländisches Recht nicht ausspricht und deshalb die kollisionsrechtlichen Werte wie der Schutz vernünftiger Erwartungen der Parteien und der internationale Entscheidungseinklang nicht verwirklicht werden können.»

140. Voir, en revanche aujourd'hui, A. Bucher, «La dimension sociale du droit international privé», *Recueil des cours*, tome 342 (2009), p. 9-526.

141. F. Sturm et G. Sturm, *Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Munich, 2012, Introduction au DIP, n° 96.

142. G. Kegel, «Begriffs- und Interessenjurisprudenz im IPR», dans *Festschrift Hans Lewald*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1953, p. 259 ss; G. Kegel, *Internationales Privatrecht*, 7<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 1995, p. 104.

143. K. Schurig, *Kollisionsnorm und Sachrecht*, Berlin, Duncker Humblot, 1981, p. 270 ss; G. Kegel et K. Schurig, *Internationales Privatrecht*, 9<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2004, p. 301 ss.

Selon Kegel<sup>144</sup>, une distinction nette devait être faite entre le droit international privé et la justice de droit matériel<sup>145</sup>. La première ne désigne que le droit matériel qui est le plus étroitement lié aux faits de l'affaire à juger. Ce n'est que dans un deuxième temps, dans le cadre du droit matériel applicable, que se pose la question du meilleur résultat et de la justice matérielle et individuelle<sup>146</sup>.

## Par. 2. Le principe de proximité (Lagarde)

58. Néanmoins, la révolution américaine en matière de conflits n'est pas restée sans effets dans le milieu du droit international privé<sup>147</sup> : en Europe, des considérations matérielles se sont également répercutées sur le contenu et la conception de nouvelles règles de conflit de lois<sup>148</sup>. Dans la célèbre « décision dite espagnole » de 1971, la Cour constitutionnelle allemande a appelé au respect des droits fondamentaux également en matière de droit international privé<sup>149</sup>.

En outre, la Convention de Rome de 1980 sur le rattachement en matière de contrats favorise le consommateur. Elle détermine comme droit applicable la *lex contractus* de l'Etat de la résidence habituelle du consommateur<sup>150</sup>. Dans le même temps, toutes les règles de rattachement

144. G. Kegel et K. Schurig, *op. cit.*, paragraphe 2; cf. également F. Sturm et G. Sturm, *Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Munich, 2012, Introduction au DIP, n° 57 ss, 95 ss.

145. Voir également, F. Sturm et G. Sturm, *Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Munich, 2012, Introduction au DIP, n° 57.

146. Cf. T. Dornis, « Das Kollisionsrecht der auftragslosen Geschäftsführung – Ein Beispiel für Materialisierung und Typisierung im modernen europäischen IPR », *RabelsZ* 80, 2016, p. 558 ss.

147. F. Sturm et G. Sturm, *Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Munich, 2012, Introduction au DIP, n° 96.

148. L. Vékás, « Wertorientierung und ihre Grenzen im IPR », dans W. Holl et U. Klinke (dir. publ.), *Internationales Privatrecht, internationales Wirtschaftsrecht*, Cologne, Berlin, Bonn, Munich, Carl Heymann Verlag, 1985, p. 145 ss.

149. Bundesverfassungsgericht (BVerfG), 4 mai 1971 – 1 BvR 636/68, BVerfGE 31, 58 (*Spanier-Beschluss*): « Die Vorschriften des deutschen internationalen Privatrechts und die Anwendung des durch sie berufenen ausländischen Rechts im Einzelfall sind an den Grundrechten zu messen. »

150. Article 5, alinéa 2, de la Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Convention de Rome), *JO C* 27, 26 janvier 1998, p. 34-53 :

« ... Nonobstant les dispositions de l'article 3, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle :

- si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat

ont été assouplies, notamment par le biais de clauses échappatoires<sup>151</sup> qui permettent de corriger la règle de rattachement<sup>152</sup>.

Ainsi, le principe du lien le plus étroit s'est établi comme maxime à respecter pour chaque rattachement, notamment par Paul Lagarde avec son *principe de proximité*<sup>153</sup>.

### Par. 3. L'identité culturelle (Jayme)

59. A la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Erik Jayme a ouvert le droit international privé aux courants postmodernes<sup>154</sup>. Jusqu'alors, le droit international privé était compris comme un médiateur neutre entre les différents systèmes de droit privé, soit – avec les théories américaines modernes – comme un moyen d'imposer certaines valeurs matérielles. Or, Jayme a orienté l'attention vers l'individu et son identité culturelle<sup>155</sup>.

Les sociétés de la postmodernité<sup>156</sup> se caractérisent, d'après Jayme, par la liberté et l'ouverture, la mobilité et le multiculturalisme. Contrairement au passé, les individus vivant dans ces sociétés peuvent

---

ou

– si le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays

ou

– si le contrat est une vente de marchandises et que le consommateur se soit rendu de ce pays dans un pays étranger et y ait passé la commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente.»

151. Par exemple, article 4, paragraphe 3, du Règlement (CE) n° 593/2008 (Rome I, précité *supra* note 5) :

«Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique.»

152. Voir, plus précisément sur les clauses d'échappement, J. von Hein, dans *Municher Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8<sup>e</sup> éd., tome 12, Munich, C. H. Beck, 2020, Introduction au DIP n° 31 ss.

153. P. Lagarde, «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain», *Recueil des cours*, tome 196 (1986), p. 9-268.

154. E. Jayme, «Identité culturelle et intégration: le droit international privé post-moderne. Cours général de droit international privé», *Recueil des cours*, tome 251 (1995), p. 9-268; «Les langues et le droit international privé», *Recueil des cours*, tome 381 (2015), p. 11-39; «Zum Jahrtausendwechsel: Das Kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus», *IPRax*, 2000, p. 166-171.

155. Cf. H. Kronke, «Internationales Privatrecht», dans H. Kube, R. Mellinghoff, G. Morgenthaler, U. Palm et Ch. Seiler (dir. publ.), *Die Leitgedanken des Rechts in der Diskussion, Symposium aus Anlass des 70. Geburtstages von Paul Kirchhof*, Heidelberg, C. F. Müller, 2013, paragraphe 120, n° 12 s.

156. F. Lyotard a été particulièrement influent dans la conceptualisation de ce mouvement intellectuel et culturel depuis les années 1980. – Lire, notamment, F. Lyotard, *La Condition postmoderne: Rapport sur le savoir*, Paris, Les éditions de Minuit, 1979.

vivre leur diversité (de leurs traits de caractère et de leurs intérêts, par exemple de leur diversité religieuse et sexuelle)<sup>157</sup>. Le sociologue Michel Maffesoli parle de la *personne plurielle* qui façonne la société d'aujourd'hui<sup>158</sup>.

Erik Jayme a cartographié les facettes de la *personne plurielle* dans le droit international privé, que ce soit à travers la théorie des dates (*local and moral data approach*), qu'il a «importée» des Etats-Unis dans les années 1970<sup>159</sup>, par sa théorie de la relativité culturelle de l'ordre public (1986)<sup>160</sup> ou par les règles de droit de caractère simplement «narrative» (1993)<sup>161</sup>. Dans son cours général de 1995, il a fait un plaidoyer passionné pour la prise en compte de l'identité culturelle d'une personne<sup>162</sup>. Selon lui, le droit international privé doit préserver les racines à partir desquelles l'Homme est capable de comprendre son être<sup>163</sup>. Toute personne a un «droit à la différence»<sup>164</sup>.

#### *Par. 4. Bilan : évolution du droit international privé «de l'Etat vers l'individu»*

60. Si l'on dresse un premier bilan intermédiaire, on constate donc un important changement d'orientation à la fin du XX<sup>e</sup> siècle.

157. E. Jayme, «Zum Jahrtausendwechsel: Das Kollisionsrecht zwischen Post-moderne und Futurismus», *IPRax*, 2000, p. 165, 168.

158. M. Maffesoli, *Le temps revient – Formes élémentaires de la postmodernité*, Paris, Desclée de Brouwer, 2010, p. 77, 79, 82 s.

159. E. Jayme, «Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen – Betrachtungen zu Ehrenzweigs Datum-Theorie», dans E. Jayme (dir. publ.), *Gedächtnisschrift für Albert A. Ehrenzweig*, Karlsruhe, Müller, 1976, p. 35 ss. – Voir aussi, C. Harms, *Die Neuauflage der Datumtheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019; M.-P. Weller, «Das Individuum und die Datumtheorie: Die “personne plurielle” der Postmoderne als Herausforderung des binären IPR», dans M. Gebauer, H.-P. Mansel et G. Schulze (dir. publ.), *Die Person im Internationalen Privatrecht, Liber Amicorum Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, p. 53 ss.

160. E. Jayme, *Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht*, Heidelberg, Müller, 1989.

161. E. Jayme, *Narrative Normen im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Tübingen, 1993. – La diversité croissante des sources juridiques, selon Jayme, conduit au fait que «les règles classiques de hiérarchie des sources échouent». L'absence de contradiction dans l'ordre juridique ne peut «être établie que par l'acceptation de normes «portées de valeurs», qui ne contraignent pas mais «font briller»: E. Jayme, *Internationales Privatrecht – Ideengeschichte von Mancini und Ehrenzweig zum europäischen Kollisionsrecht*, Heidelberg, Müller, 2009, p. 407, 411.

162. E. Jayme, «Identité culturelle et intégration: le droit international privé post-moderne. Cours général de droit international privé», *Recueil des cours*, tome 251 (1995), p. 9, 42 ss.

163. E. Jayme, «Zum Jahrtausendwechsel: Das Kollisionsrecht zwischen Post-moderne und Futurismus», *IPRax*, 2000, p. 165, 168.

164. E. Jayme, «Identité culturelle et intégration: le droit international privé post-moderne. Cours général de droit international privé», *Recueil des cours*, tome 251 (1995), p. 9, 42 ss.

Le droit international privé classique, avec son hypothèse d'équivalence des Etats en droit international public, plaçait *les nations* au premier plan. Par conséquent, avec le point de rattachement de la nationalité pour les catégories du statut personnel, un «droit à la différence» n'a été accordé qu'aux Etats et à leurs systèmes juridiques, mais pas (encore) aux individus.

Aujourd'hui, ce «droit à la différence» est désormais également accordé à l'*individu*. Ce dernier ne se voit pas seulement accorder de nouvelles libertés fondamentales dans le domaine du statut personnel. Son identité culturelle est également prise en compte.

Le droit international privé postmoderne a donc projeté le «droit à la différence» du niveau des Etats au niveau des citoyens. Nous observons donc une évolution du droit international privé «de l'Etat vers l'individu».

### *Section III. Le droit international privé politisé du XXI<sup>e</sup> siècle*

#### *Par. 1. Superposition de l'individualisme par les intérêts de l'Etat*

61. Au début du XXI<sup>e</sup> siècle, cependant, «les Etats sont de retour» et ils font désormais également valoir leurs intérêts publics et politiques par le biais du droit international privé<sup>165</sup>. L'individualisme économique semble être allé trop loin au tournant du millénaire. Les marchés boursiers ont connu une surchauffe, d'abord sur les «nouveaux marchés», et finalement dans la crise financière et économique commencée en 2008<sup>166</sup>. Depuis lors, les intérêts publics, qui sont au centre des conflits de lois aux Etats-Unis depuis cinquante ans, sont aussi en Europe de plus en plus imposés par le droit international privé et ce, par le biais de règles de conflits unilatérales et des lois de police<sup>167</sup>.

62. Cependant, l'Etat ne formule plus ses intérêts directement pour lui-même – comme à l'époque de l'absolutisme et de la formation des Etats-nations – mais dans l'intérêt (du moins présumé) de ses citoyens. Pensons, par exemple, aux lois de police émises en matière de réglementations bancaires, les règlements concernant la lutte contre la pandémie (2020-2022), les embargos contre la Russie (2022) ou en vue de la protection des industries et infrastructures stratégiques (telles que les aéroports, les sociétés d'électricité, les réseaux de télécommunication,

---

165. M.-P. Weller, «Wind of change im Gesellschaftsrecht: von den “closed” zu den “framed open societies”», *ZEuP*, 2016, p. 53, 71 ss.

166. M.-P. Weller, *op. cit.*, p. 68 ss.

167. M.-P. Weller, *op. cit.*, p. 68 ss.

etc.), qui fournissent des services d'intérêt général. Si un investisseur d'un pays tiers veut acquérir en Allemagne une participation sociétaire dans une entreprise de ces secteurs, le ministère de l'Economie a un droit d'examen et même de veto <sup>168</sup>. Ainsi, le gouvernement allemand s'est demandé s'il devait empêcher le rachat du fabricant de robots Kuka, basé à Augsburg, par des investisseurs chinois, par le biais de lois de police du commerce extérieur <sup>169</sup>.

*Par. 2. La « coloration matérielle » des principes de rattachement de l'Union européenne*

63. La *politisation des règles de conflits* devient particulièrement claire en ce qui concerne le droit international privé européen <sup>170</sup>. Avec le traité d'Amsterdam (1997), la compétence pour statuer des règles de conflit de lois a été transférée des Etats membres à la Communauté européenne de l'époque <sup>171</sup>.

Avec le nouveau législateur, les principes de rattachements ont également changé. Bien que ceux-ci soient également fondés sur le principe de proximité et l'idéal savignien d'harmonie internationale des décisions, ces objectifs à caractère spatial sont superposés par des aspects matériels. Ainsi, selon le principe de délégation limitée en matière de compétences législatives (voir art. 5, par. 2 TUE <sup>172</sup>), les actes secondaires de conflit de lois de l'Union européenne fondés sur l'article

168. Voir la loi allemande relative au « commerce extérieur » (*Außenwirtschaftsgesetz*).

169. *Süddeutsche Zeitung*, 1<sup>er</sup> juin 2016, p. 1 et 15 : « Regierung will Übernahme von Roboterfirma verhindern ».

170. M. Gebauer et S. Huber (dir. publ.), *Politisches Kollisionsrecht – Sachnormzwecke, Hoheitsinteressen, Kultur, Symposium zum 85. Geburtstag von Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021 ; K. Duden, *IPR für eine bessere Welt, Vision – Realität – Irrweg?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, dont notamment : J. Croon-Gestefeld, « Politisierung qua Kompetenz? », *ibid.*, p. 35-49 ; Ch. Uhlmann, « Politisierung links und rechts des Atlantiks – Wege und Irrwege zwischen governmental interest analysis und zunehmender Politisierung des (europäischen) Kollisionsrechts », *ibid.* p. 51-69. Cf. déjà à ce sujet, M.-P. Weller, « Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht – eine neue “kopernikanische Wende” ? », dans S. Arnold (dir. publ.), *Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, p. 133, 142 ss.

171. Article 81, paragraphe 2, lit. c., TFUE : voir *infra* note 173. Voir à ce sujet, J. von Hein, dans *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8<sup>e</sup> éd., tome 12, Munich, C. H. Beck, 2020, Introduction au DIP n° 30 ; B. Audit/L. d'Avout, *Droit international privé*, 8<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, n° 58 s.

172. Article 5, paragraphe 2 TUE :

« En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les Etats membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux Etats membres. »

81 TFUE<sup>173</sup> doivent en même temps promouvoir les politiques de l'Union<sup>174</sup> énoncées à l'article 3 TUE<sup>175</sup>. La matérialisa-

173. Article 81 TFUE :

«1. L'Union développe une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires. Cette coopération peut inclure l'adoption de mesures de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres.

2. Aux fins du paragraphe 1, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent, notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, des mesures visant à assurer :

- a) la reconnaissance mutuelle entre les États membres des décisions judiciaires et extrajudiciaires, et leur exécution ;
- b) la signification et la notification transfrontières des actes judiciaires et extrajudiciaires ;
- c) la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence ;
- d) la coopération en matière d'obtention des preuves ;
- e) un accès effectif à la justice ;
- f) l'élimination des obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres ;
- g) le développement de méthodes alternatives de résolution des litiges ;
- h) un soutien à la formation des magistrats et des personnels de justice.

3. Par dérogation au paragraphe 2, les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière sont établies par le Conseil, statuant conformément à une procédure législative spéciale. Celui-ci statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen...»

174. De même, J. Meeusen, «Le droit international privé et le principe de non-discrimination», *Recueil des cours*, tome 353 (2011), p. 9, 65 :

«... la logique traditionnelle du droit international privé est soumise à celle du droit européen, et celle-ci peut prendre différentes formes en fonction des règles affectées du droit primaire : celle de l'article 18 TFUE, celles sur les différentes libertés de circulation économique, celles sur la citoyenneté européenne ou celles sur l'espace de liberté, de sécurité et de justice ...».

175. Article 3 TUE :

«1. L'Union a pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples.

2. L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène.

3. L'Union établit un marché intérieur. Elle oeuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique.

Elle combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant.

tion<sup>176</sup> et la constitutionnalisation<sup>177</sup> des règles de conflits européennes conduisent nécessairement à un droit international privé politisé. Les différences suivantes entre l'approche classique et l'approche européenne sont frappantes<sup>178</sup>.

64. Initialement, selon l'approche classique, les intérêts substantiels étaient généralement poursuivis par le droit matériel et seulement *exceptionnellement* – comme dans le cas de la protection des consommateurs<sup>179</sup> (voir l'art. 29 EGBGB ancienne version, aujourd'hui

---

Elle promeut la cohésion économique, sociale et territoriale, et la solidarité entre les Etats membres.

Elle respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique, et veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen.

4. L'Union établit une union économique et monétaire dont la monnaie est l'euro.

5. Dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens. Elle contribue à la paix, à la sécurité, au développement durable de la planète, à la solidarité et au respect mutuel entre les peuples, au commerce libre et équitable, à l'élimination de la pauvreté et à la protection des droits de l'homme, en particulier ceux de l'enfant, ainsi qu'au strict respect et au développement du droit international, notamment au respect des principes de la charte des Nations Unies.

6. L'Union poursuit ses objectifs par des moyens appropriés, en fonction des compétences qui lui sont attribuées dans les traités.»

176. Lire notamment, G. Kühne, «Internationales Privatrecht im 20. Jahrhundert», *ZVgLRWiss* 114, 2015, p. 355, 362; M.-P. Weller, «Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der "klassischen" IPR-Dogmatik?», *IPRax*, 2011, p. 429 ss. – Sur le règlement Rome III, voir aussi, A. Röthel, «Rom III-VO: Impulse für eine Materialisierung der Parteiautonomie», *JbItalR* 25, 2012, p. 3 ss.

177. M. Grünberger, «Alles obsolet? – Anerkennungsprinzip vs. klassisches IPR», dans S. Leible et H. Unberath (dir. publ.), *Brauchen wir eine Rom 0-VO?*, Jena, JWV, 2013, p. 103 ss; R. Michaels, «Die europäische IPR-Revolution. Regulierung, Europäisierung, Mediatisierung», dans D. Baetge, J. von Hein et M. von Hinden (dir. publ.), *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 150, 161 ss; B. Rentsch, «Krisenbewältigung durch Kollisionsrecht, oder: Eingriffsstatute als integraler Bestandteil des europäischen IPR», dans J. Bauerschmidt, B. Fassbender, M. W. Müller, A. Siehr et C. Unseld (dir. publ.), *Konstitutionalisierung in Zeiten globaler Krisen*, Baden-Baden, Nomos, 2015, p. 255 ss.

178. Voir sur ce point déjà, M.-P. Weller, «Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht – eine neue "kopernikanische Wende"?», dans S. Arnold (dir. publ.), *Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, p. 133 ss.

179. Sur la protection de la partie contractante la plus faible par la voie du droit international privé, voir L. Vékás, «Wertorientierung und ihre Grenzen im IPR», dans W. Holl et U. Klinke (dir. publ.), *Internationales Privatrecht, internationales Wirtschaftsrecht*, Cologne, Berlin, Bonn, Munich, Carl Heymann Verlag, 1985, p. 150 ss; F. Ragno, «The Law Applicable to Consumer Contracts under the Rome I Regulation», dans F. Ferrari et S. Leible (dir. publ.), *Rome I Regulation – The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, Sellier, 2009, p. 129 ss.



l'art. 6, du règlement Rome I<sup>180</sup>) – par le droit international privé. Bien entendu, les Etats étaient libres de mener des politiques matérielles (également) par le biais de leur droit international privé autonome. Cependant, sous l'influence du principe de neutralité des règles de conflits de *Savigny*, ils ont rarement fait usage de cette *possibilité*.

Aujourd'hui, le législateur européen ne dispose plus de cette autonomie réglementaire. Selon l'article 5, paragraphe 2, phrase 1 TUE<sup>181</sup>, il *doit* plutôt mettre en œuvre les politiques de l'Union prévues à l'article 3 TUE dans tous les actes secondaires (voir également l'art. 7 TFUE<sup>182</sup>). Selon l'approche européenne, les valeurs substantielles et les intérêts réglementaires de l'Union européenne ne doivent pas être laissés au seul niveau du droit substantiel, mais doivent déjà être poursuivis au niveau des règles de conflits qui disposent ainsi d'une *coloration matérielle*.

### *Par. 3. L'impact des politiques de l'Union sur le droit international privé*

65. Une des politiques de l'Union européenne<sup>183</sup> affectant le droit international privé est, par exemple, l'espace de liberté, de sécurité

---

180. Article 6, paragraphes 1 et 2, du règlement Rome I dispose :

«1. Sans préjudice des articles 5 et 7, un contrat conclu par une personne physique (ci-après «le consommateur»), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci-après «le professionnel»), agissant dans l'exercice de son activité professionnelle, est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel :

- a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou
- b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité.

2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat satisfaisant aux conditions du paragraphe 1, conformément à l'article 3. Ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1.»

181. Article 5, paragraphe 2, phrase 1 TUE :

«En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les Etats membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent.»

182. Article 7 TFUE :

«L'Union veille à la cohérence entre ses différentes politiques et actions, en tenant compte de l'ensemble de ses objectifs et en se conformant au principe d'attribution des compétences.»

183. Voir plus en détails : S. Schwemmer, *Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017 ; M.-P. Weller, «Anknüpfungsprinzipien

et de justice (art. 67 TFUE<sup>184</sup>). Cela va de pair avec un concept de mobilité à l'échelle de l'Union européenne pour tous les citoyens de l'Union (art. 18 TFUE<sup>185</sup> et art. 21 TFUE<sup>186</sup>).

Cette mobilité transfrontalière comprend d'une part un *principe de reconnaissance*<sup>187</sup> pour certains droits personnels déjà acquis dans le pays d'origine (comme le nom d'une personne ou l'existence d'une société commerciale enregistrée). D'autre part, le principe de mobilité est associé à une application plus fréquente du droit de la résidence actuelle respective par le biais de la *résidence habituelle* comme nouveau facteur de rattachement en droit international privé à l'échelle européenne (au lieu de la *nationalité* qui mène régulièrement aux lois du pays d'origine).

---

im Europäischen Kollisionsrecht – eine neue “kopernikanische Wende”?), dans S. Arnold (dir. publ.), *Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, p. 133, 143 ss, p. 161 ss.

184. Article 67 TFUE :

«1. L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des Etats membres.

2. Elle assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures et développe une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures qui est fondée sur la solidarité entre Etats membres et qui est équitable à l'égard des ressortissants des pays tiers. Aux fins du présent titre, les apatrides sont assimilés aux ressortissants des pays tiers.

3. L'Union œuvre pour assurer un niveau élevé de sécurité par des mesures de prévention de la criminalité, du racisme et de la xénophobie, ainsi que de lutte contre ceux-ci, par des mesures de coordination et de coopération entre autorités policières et judiciaires et autres autorités compétentes, ainsi que par la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale et, si nécessaire, par le rapprochement des législations pénales.

4. L'Union facilite l'accès à la justice, notamment par le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires en matière civile.»

185. Article 18 TFUE :

«Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité.

Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent prendre toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations.»

186. Article 21 TFUE :

«1. Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application.

2. Si une action de l'Union apparaît nécessaire pour atteindre cet objectif, et sauf si les traités ont prévu des pouvoirs d'action à cet effet, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent arrêter des dispositions visant à faciliter l'exercice des droits visés au paragraphe 1.»

187. Voir en détail : J. von Hein, dans *Municher Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8<sup>e</sup> éd., tome 12, Munich, C. H. Beck, 2020, Article 3 EGBGB, n° 117 ss.

66. Une autre politique de l'Union est l'accomplissement du marché intérieur (art. 26 TFUE<sup>188</sup>). Celle-ci va de pair avec la maxime de sécurité juridique pour le commerce transfrontalier, qui conduit à des règles de rattachement *plus rigides* en matière de conflit de lois (voir art. 4 du règlement Rome I<sup>189</sup> par rapport à l'art. 4 de la Convention de Rome<sup>190</sup>).

---

188. Article 26 TFUE :

« 1. L'Union adopte les mesures destinées à établir ou assurer le fonctionnement du marché intérieur, conformément aux dispositions pertinentes des traités.

2. Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités.

3. Le Conseil, sur proposition de la Commission, définit les orientations et conditions nécessaires pour assurer un progrès équilibré dans l'ensemble des secteurs concernés. »

189. Article 4 du Règlement (CE) n° 593/2008 (Rome I, précité *supra* note 5) :

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

a) le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle ;

b) le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle ;

c) le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble ;

d) nonobstant le point c), le bail d'immeuble conclu en vue de l'usage personnel temporaire pour une période maximale de six mois consécutifs est régi par la loi du pays dans lequel le propriétaire a sa résidence habituelle, à condition que le locataire soit une personne physique et qu'il ait sa résidence habituelle dans ce même pays ;

e) le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle ;

f) le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle ;

g) le contrat de vente de biens aux enchères est régi par la loi du pays où la vente aux enchères a lieu, si ce lieu peut être déterminé ;

h) le contrat conclu au sein d'un système multilatéral qui assure ou facilite la rencontre de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers, au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 17), de la directive 2004/39/CE, selon des règles non discrétionnaires et qui est régi par la loi d'un seul pays, est régi par cette loi.

2. Lorsque le contrat n'est pas couvert par le paragraphe 1 ou que les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points a) à h) du paragraphe 1, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle.

3. Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique.

4. Lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 ou 2, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. »

190. Article 4 Convention de Rome de 1980 (précité *supra* note 150) :

« 1. Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays

67. La protection de la partie la plus faible est également l'une des politiques de l'Union, qui se manifeste en droit international privé concernant les consommateurs passifs<sup>191</sup> et les salariés, dans la mesure où l'on applique leur loi domestique respective en la rattachant à leur

---

avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays.

2. Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement.

3. Nonobstant les dispositions du paragraphe 2, dans la mesure où le contrat a pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où est situé l'immeuble.

4. Le contrat de transport de marchandises n'est pas soumis à la présomption du paragraphe 2. Dans ce contrat, si le pays dans lequel le transporteur a son établissement principal au moment de la conclusion du contrat est aussi celui dans lequel est situé le lieu de chargement ou de déchargement ou l'établissement principal de l'expéditeur, il est présumé que le contrat a les liens les plus étroits avec ce pays. Pour l'application du présent paragraphe, sont considérés comme contrats de transport de marchandises les contrats d'affrètement pour un seul voyage ou d'autres contrats lorsqu'ils ont principalement pour objet de réaliser un transport de marchandises.

5. L'application du paragraphe 2 est écartée lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée. Les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays.»

191. Sur ce sujet, voir J. von Hein, dans *Municher Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8<sup>e</sup> éd., tome 12, Munich, C. H. Beck, 2020, Introduction au DIP n° 64. Pour une étude de ces critères de rattachement dans le domaine de la protection des consommateurs et, plus généralement, des critères de rattachement européens à la lumière de l'économie comportementale voir J. Ungerer, «Nudging in Private International Law – The Design of Connecting Factors in Light of Behavioural Economics», *RabelsZ* 86, 2022, p. 1-31.

193. Article 6, paragraphe 1<sup>er</sup>, du Règlement (CE) n° 593/2008 (Rome I, précité *supra* note 5):

«1. Sans préjudice des articles 5 et 7, un contrat conclu par une personne physique (ci-après «le consommateur»), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci-après «le professionnel»), agissant dans l'exercice de son activité professionnelle, est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel :

a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou

lieu de résidence habituelle ou à leur lieu de travail (art. 6<sup>192</sup> et 8 du règlement Rome I<sup>193</sup>)<sup>194</sup>.

68. Enfin, l'égalité des sexes doit être mentionnée comme une politique de l'Union. Selon l'article 10 du règlement Rome III<sup>195</sup>, ce principe conduit à l'éviction d'un ordre juridique étranger discriminatoire et ce, au profit immédiat de la *lex fori*, notamment en ce qui concerne les droits religieux qui seraient éventuellement discriminatoires à l'égard des femmes<sup>196</sup>.

---

b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité.»

193. Article 8 du Règlement (CE) n° 593/2008 (Rome I, précité *supra* note 5) :

«1. Le contrat individuel de travail est régi par la loi choisie par les parties conformément à l'article 3. Ce choix ne peut toutefois avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui, à défaut de choix, aurait été applicable selon les paragraphes 2, 3 et 4 du présent article.

2. A défaut de choix exercé par les parties, le contrat individuel de travail est régi par la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail. Le pays dans lequel le travail est habituellement accompli n'est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays.

3. Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 2, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'établissement qui a embauché le travailleur.

4. S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui visé au paragraphe 2 ou 3, la loi de cet autre pays s'applique.»

194. Sur ce point et sur la différence entre les deux concepts, voir B. Rentsch, *Der gewöhnliche Aufenthalt im System des Europäischen Kollisionsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 245, 248, 364 ss.

195. Article 10 du Règlement (UE) n° 1259/2010 (Rome III, précité *supra* note 16) :

«Lorsque la loi applicable en vertu des articles 5 ou 8 ne prévoit pas le divorce ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps, la loi du for s'applique.»

196. Cf. CJUE 20 décembre 2017, affaire C-372/16 – *Sahyouni*. – Voir aussi M.-P. Weller, I. Hauber et A. Schulz, «Gleichstellung im Internationalen Scheidungsrecht», *IPRax*, 2016, p. 123 s.

## CHAPITRE IV

### DÉFIS POUR LA MÉTHODOLOGIE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ CONTEMPORAIN

69. Les phases de développement du droit international privé qui viennent d'être esquissées permettent d'identifier essentiellement *deux forces centrifuges* qui agissent sur les objectifs et les fonctions classiques du droit international privé, autrefois neutre, et qui, dans leur maîtrise méthodologique, constituent un défi pour la théorie générale contemporaine des conflits de lois :

- Premièrement, les *individus* qui, dans les sociétés ouvertes de notre époque, souhaitent être libres et avoir, voire établir, un régime de droit privé de manière autonome<sup>197</sup>. Le droit international privé actuel reflète de plus en plus cette individualité, dans la mesure où le but et l'objectif des rattachements se déplacent de *l'espace vers la personne*, c'est-à-dire du *domaine spatial vers le domaine personnel* (section I).
- Deuxièmement, les Etats qui font également valoir les intérêts de leurs citoyens (déjà) au niveau du droit international privé<sup>198</sup>. Les règles de conflit neutres et universelles sont ainsi de plus en plus remplacées par des rattachements unilatéraux, motivés par des considérations politiques. Ainsi, les règles de conflits tendent à désigner la *lex fori* (section II).

#### *Section I. De l'espace à l'individu*

70. A ses origines, le droit international privé visait à organiser les systèmes juridiques dans l'espace, c'est-à-dire à coordonner les Etats entre eux dans leurs systèmes de droit privé. Depuis l'ère de la postmodernité, c'est *la personne* qui a été placée au centre des préoccupations de la théorie des conflits de lois<sup>199</sup>. La personne n'est plus seulement prise au sérieux en tant que *sujet subordonné*,

---

197. J. Basedow, «The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations, General Course on Private International Law», *Recueil des cours*, tome 360 (2013), p. 9-516, n° 135 ss.

198. J. Basedow, *op. cit.*, n° 355 ss.

199. M. Gebauer, H.-P. Mansel et G. Schulze (dir. publ.), *Die Person im Internationalen Privatrecht, Liber Amicorum Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.

appartenant ou relevant d'un Etat, mais en tant qu'*individu autonome* agissant par lui-même et de manière libre au niveau *transnational*.

*Par. 1. Les individus : de leur subordination à leur autonomie*

71. Auparavant, la position de l'individu en droit international privé – notamment pour les questions de statut personnel – se caractérisait par une vision historiquement marquée par la «souveraineté personnelle de l'Etat d'origine»<sup>200</sup> et donc, par la *subordination* de l'individu. Sous l'influence de la pensée de la *souveraineté nationale* du XIX<sup>e</sup> siècle, le statut personnel (capacité juridique, nom d'une personne, filiation, relations familiales et droit successoral) a été principalement rattaché à la *nationalité*<sup>201</sup>. Selon ce modèle de rattachement, les *Etats d'émigration*, en particulier, conservent un pouvoir réglementaire de droit privé sur leurs ressortissants, même lorsque ceux-ci s'établissent durablement à l'étranger<sup>202</sup>.

72. Cependant, depuis le début du XXI<sup>e</sup> siècle, le lien avec la nationalité est abandonné pour plus de sous-catégories du statut personnel<sup>203</sup>.

*En premier lieu*, l'autonomie des parties ouvre à l'individu des espaces de liberté qui n'existaient pas auparavant<sup>204</sup>. Les parties peuvent par

200. C. von Bar et P. Mankowski, *Internationales Privatrecht*, tome I, 2<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2003, paragraphe 7, n° 18. – Voir également, pour une critique de l'argument de la souveraineté et de la souveraineté personnelle de l'Etat d'origine comme motif de rattachement à la nationalité : H.-P. Mansel, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität*, Munich, C. H. Beck, 1988, p. 60 ss.

201. Pour plus de détails sur l'histoire du rattachement à la nationalité, voir H.-P. Mansel, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität*, Munich, C. H. Beck, 1988, p. 5 ss. – Voir également, C. von Bar et P. Mankowski, *Internationales Privatrecht*, tome I, 2<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2003, paragraphe 7, n° 18 ss.

202. C. von Bar et P. Mankowski, *Internationales Privatrecht*, tome I, 2<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2003, paragraphe 7, n° 21.

203. A. Dutta, «Entwicklungen im internationalen Familien- und Erbrecht der Europäischen Union bis *Gogova*», *ZEuP*, 2016, p. 427, 434.

204. Sur l'autonomie des parties : J. Basedow, «The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations, General Course on Private International Law», *Recueil des cours*, tome 360 (2013), p. 9-516, n° 183 ss; D. Henrich, «Privatautonomie und Parteiautonomie im Familienrecht», dans J. Kleinschmidt, H. Kronke, T. Raab, G. Robbers et K. Thorn (dir. publ.), *Strukturelle Ungleichgewichtslagen in der internationalen Streitbeilegung, Symposium in Gedenken an Bernd von Hoffmann*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2016, p. 25 ss; J. von Hein, dans *Municher Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8<sup>e</sup> éd., tome 12, Munich, C. H. Beck, 2020, Introduction au DIP n° 35; K. Kroll-Ludwigs, *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, p. 7 ss; H.-P. Mansel, «Parteiautonomie, Rechtsgeschäftslehre der Rechtswahl und Allgemeiner Teil des europäischen Kollisionsrechts», dans S. Leible et H. Unberath (dir. publ.), *Brauchen wir eine Rom 0-VO?*, Jena, JWV, 2013, p. 241 ss, 256 ss; F. Maultzsch, «Parteiautonomie im IPR und IZVR», dans J. von Hein et G. Rühl (dir. publ.), *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, p. 153 ss.

exemple choisir (dans certaines limites) le statut de maintenance et le statut de divorce<sup>205</sup>. Le respect de l'individu se traduit ici par le respect de son autonomie réglementaire<sup>206</sup>. En effet, l'essence de l'identité personnelle réside principalement – comme l'a souligné<sup>207</sup> la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans l'arrêt sur les transsexuels et comme le suppose également la CJUE<sup>208</sup> dans l'arrêt *Garcia Avello*<sup>209</sup> – dans la *perception* interculturelle que l'individu a de *lui-même*<sup>210</sup>. En toute logique, l'individu doit pouvoir choisir *lui-même* à quel système juridique, parmi plusieurs systèmes proches, il souhaite rattacher ses questions de « droit personnel », telles que le nom, le mariage ou la succession<sup>211</sup>.

73. *En deuxième lieu*, l'émancipation de l'individu se manifeste sous la forme des droits et libertés fondamentaux qui lui confèrent des droits subjectifs par rapport à l'Union européenne et les Etats membres, lesquels ont aussi certains impacts sur les principes de rattachement en droit international privé. On pense par exemple à l'arrêt *Centros*<sup>212</sup> ou à la jurisprudence *Grunkin Paul*<sup>213</sup> de la CJUE. Cette dernière exige de

205. A. Dutta, «Entwicklungen im internationalen Familien- und Erbrecht der Europäischen Union bis *Gogova*», *ZEuP*, 2016, p. 427, 434.

206. J.-Y. Carlier, «Autonomie de la volonté et statut personnel», *Cahiers des droits maghrébins*, 1, 1995, p. 5, 13 ss; H. Kronke, «Internationales Privatrecht», dans H. Kube, R. Mellinghoff, G. Morgenthaler, U. Palm et Ch. Seiler (dir. publ.), *Die Leitgedanken des Rechts in der Diskussion, Symposium aus Anlass des 70. Geburtstages von Paul Kirchhof*, Heidelberg, C. F. Müller, 2013, paragraphe 120, n° 13.

207. BVerfG 18 juillet 2006 – 1 BvL 1/04 *et al.*, *IPRax*, 2007, p. 217, 222 s : «sexualité perçue»; voir à ce sujet A. Röthel, «Inländerprivilegien und Grundrechtsschutz der Transsexualität: Gleichwertigkeit von Staatsangehörigkeits- und Aufenthaltsanknüpfung?», *IPRax*, 2007, p. 204 ss.

208. CJUE 2 octobre 2003, affaire C-148/02 – *Garcia Avello*, *IPRax*, 2004, p. 339 ss.

209. Il s'agissait du nom de famille d'enfants belgo-espagnols qui vivaient en Belgique et n'avaient pas de lien de vie objectif avec l'Espagne. Ils *se sentaient* toutefois «plus étroitement liés» aux traditions et aux coutumes espagnoles : cf. *Avocat général Jacobs*, conclusions du 22 mai 2003, affaire C-148/02 – *Garcia Avello*, points 1 ss, 37 ss. – La CJUE voit dans le refus des autorités belges d'adapter le nom au droit espagnol une violation des articles 12 et 18 du traité CE (= art. 18 et 21 du TFUE). La volonté subjective d'appartenance est donc prioritaire par rapport aux critères objectifs de rattachement. Voir sur ce point : H.-P. Mansel, «Die kulturelle Identität im IPR», dans G. Nolte, H. Keller, A. von Bogdandy, H.-P. Mansel, A. Böhler et Ch. Walter (dir. publ.), *Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, vol. 43, Heidelberg, C. F. Müller, 2008, p. 137, 155 ss.

210. H.-P. Mansel, *op. cit.*, p. 137, 149, 161, 174 ss.

211. H.-P. Mansel, *op. cit.*, p. 137, 161, 174; voir aussi K. Hilbig-Lugani, dans R. Hüßtege et H.-P. Mansel, *Rom-Verordnungen – Nomos Kommentar*, 3<sup>e</sup> éd., tome 6, Baden-Baden, Nomos, 2019, Article 5 Rome III n° 6.

212. CJUE 9 mars 1999, affaire C-212/97 – *Centros*, *NJW*, 1999, p. 2027.

213. CJUE 14 octobre 2008, affaire C-353/06 – *Grunkin-Paul*, *NJW*, 2009, p. 135.



l'Etat d'arrivée la reconnaissance d'un nom acquis auparavant dans un autre Etat membre. La nécessité de reconnaissance a conduit en Allemagne à un complément de l'article 10 EGBGB<sup>214</sup>, par l'article 48 EGBGB<sup>215</sup>, qui donne aux citoyens de l'Union européenne un privilège de choix quant au statut de leur nom<sup>216</sup>. Une identité de nom acquise à l'étranger se superpose ici au régime traditionnel de désignation, qui n'arrive pas à respecter l'identité d'une personne forgée à l'étranger. Autrement dit, et de manière plus pointue, la personne se superpose à la répartition géographique du droit international privé : *l'individu se superpose à l'espace*.

74. En troisième et dernier lieu, l'Etat abandonne son pouvoir de réglementation extraterritorial sur ses ressortissants qui émigrent, en passant du rattachement à la nationalité au rattachement à la *résidence habituelle*. Dès lors, les citoyens sont pris au sérieux en tant que sujets autonomes. Les individus acquièrent de cette façon de nouveaux degrés de libertés qu'ils peuvent activer en changeant leur résidence habituelle par une *mobilité transfrontalière*<sup>217</sup>. Cette mobilité menant à un changement de statut, elle entraîne un changement du droit applicable avec le bénéfice d'un statut renouvelé, qui peut être plus favorable pour l'individu en question (pensons par exemple aux conséquences d'un régime de succession distinct).

75. En abandonnant le rattachement à la nationalité, le droit international *privé* se détourne du *status politicus* de ses citoyens et

---

214. Article 10, paragraphe 1 EGBGB : «The name of a person is governed by the law of the State of which the person is a national.»

215. Article 48 EGBGB :

«Where the name of a person is subject to German law, that person can, by declaration before the Registrar of Births, Marriages and Deaths, choose a name that he or she obtained when he or she had habitual residence in another Member State of the European Union, where that name was registered in a register of civil status, unless this is manifestly incompatible with the fundamental principles of German law. The choice of name shall have retroactive effect from the date of the registration in the register of civil status of the other Member State, unless the person explicitly declares that the choice of name shall be effective for the future only. The declaration must be publicly certified or authenticated. Article 47 paragraphs 1 and 3 shall apply mutatis mutandis.»

216. Pour compléter l'article 10 EGBGB par l'article 48 EGBGB BT-Drucks. 17/11049, 12 ; J. von Hein, dans *Municher Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8<sup>e</sup> éd., tome 12, Munich, C. H. Beck, 2020, Article 3 EGBGB, n° 121 ; R. Freitag, «Die Namenswahl nach Article 48 EGBGB», *StAZ*, 2013, p. 69, 75 ; F. Wall, «Anwendungsprobleme des Article 48 EGBGB», *StAZ*, 2013, p. 237, 238.

217. Le changement de statut qui accompagne la mobilité transfrontalière (rattachement objectif) peut être corrigé de manière autonome par l'individu à l'aide de la liberté de choix de la loi, notamment s'il souhaite conserver son droit d'origine (rattachement subjectif).

prend en compte – ce qui correspond mieux à sa mission privatiste – le *status privatus* des individus concernés et ce, précisément dans leur vie du quotidien, qui est essentiellement de nature privée<sup>218</sup>.

*Par. 2. Les étrangers: de leur traitement passif à leur intégration active*

*A. Du rattachement diachronique de la nationalité au rattachement synchronique de la résidence habituelle*

76. L'évolution des rattachements du droit international privé «de l'espace à la personne» se manifeste également au regard de l'intégration des étrangers sur le territoire national.

Le rattachement du statut personnel à la nationalité avait *respecté l'étranger dans son étrangeté*, mais sans tenir compte de son éventuelle volonté d'intégration – on pourrait dire : dans son existence passive en tant qu'étranger – en désignant son droit d'origine («droit national», «*Heimatrecht*») comme applicable<sup>219</sup>.

Aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, ce respect était l'expression d'une remarquable *tolérance* juridico-culturelle de l'Etat d'accueil. Le régime juridique d'origine de l'immigrant était ainsi *accepté* et appliqué sur le territoire national du pays d'accueil : la *lex originis* était traitée sur un pied d'égalité avec la *lex fori*.

77. Toutefois, l'invocation du droit du pays d'origine a aussi ses revers. Elle conduit, en particulier dans les pays d'immigration, à une «surcharge de la ressource rare qu'est la justice»<sup>220</sup>, lorsque celle-ci doit déterminer et appliquer le droit étranger pour une grande partie de la population domestique<sup>221</sup>.

218. C. von Bar et P. Mankowski, *Internationales Privatrecht*, tome I, 2<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2003, paragraphe 7, n° 20.

219. Voir Th. Rauscher, *Internationales Privatrecht*, 5<sup>e</sup> éd., Heidelberg, C. F. Müller, 2017, paragraphe 3, n° 205 ss.

220. C. von Bar et P. Mankowski, *Internationales Privatrecht*, tome I, 2<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2003, paragraphe 7, n° 19.

221. «En 2021, 22,3 millions de personnes, soit 27,2% de la population allemande, étaient issues de l'immigration. Comme le précise l'Office fédéral des statistiques (Destatis) sur la base du microrecensement, cela correspond à une augmentation de 2,0% par rapport à l'année précédente (2020 : 21,9 millions) ... En 2021, 53% de la population issue de l'immigration (près de 11,8 millions de personnes) était de nationalité allemande et un peu plus de 47% de nationalité étrangère (près de 10,6 millions de personnes). La grande majorité de la population étrangère issue de l'immigration a elle-même immigré (84%), contre seulement 43% des Allemands issus de l'immigration.»

disponible sur [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2022/04/PD22\\_162\\_125.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2022/04/PD22_162_125.html).

Ensuite et surtout, elle rend plus difficile le détachement de l'immigré de son ancienne « patrie » ou, inversement, sa participation active à la culture juridique de l'Etat d'accueil. En effet, le rattachement à la nationalité se réfère à des faits et des circonstances qui appartiennent *au passé* de l'intéressé<sup>222</sup>. En particulier lorsque la nationalité est attribuée selon le principe du *ius sanguinis*<sup>223</sup>, la nationalité se focalise sur la naissance et l'origine familiale, et regarde donc vers le passé<sup>224</sup>.

78. Elle tombe ainsi hors du temps : les parcours de vie des citoyens modernes sont *dissociés* de ceux de leurs ancêtres ; le lieu de la résidence familiale ne détermine plus nécessairement celui des descendants<sup>225</sup>.

En revanche, le rattachement basé sur la résidence habituelle reflète la situation de vie actuelle d'une personne<sup>226</sup> et parvient de la sorte au droit de son *environnement actuel*. Ainsi, la résidence habituelle *intègre l'étranger dans le présent* et ouvre la voie à l'avenir.

Autrement dit, la nationalité conduit à des résultats de rattachement « diachroniques », alors que la résidence habituelle conduit à des résultats de rattachement « synchroniques »<sup>227</sup>.

### B. Intégration des réfugiés par le biais du droit international privé

79. Dans le contexte du rattachement du statut personnel, il convient de considérer le rôle du droit international privé au regard des flux de réfugiés vers l'Europe<sup>228</sup>. L'article 12 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés<sup>229</sup> et l'article 2 de la loi allemande sur la

---

222. B. Rentsch, *Der gewöhnliche Aufenthalt im System des Europäischen Kollisionsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 63.

223. Selon le *principe du ius sanguinis* (principe de filiation), un enfant obtient la nationalité de ses parents ou de l'un d'entre eux indépendamment de son lieu de naissance, tandis que le *principe du ius soli* (principe du lieu de naissance) fait dépendre la nationalité de l'Etat de naissance. – Voir à ce sujet C. von Bar et P. Mankowski, *Internationales Privatrecht*, tome I, 2<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2003, paragraphe 7, n° 115 ; Th. Rauscher, *Internationales Privatrecht*, 5<sup>e</sup> éd., Heidelberg, C.F. Müller, 2017, paragraphe 3, n° 220.

224. B. Rentsch, *Der gewöhnliche Aufenthalt im System des Europäischen Kollisionsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 63.

225. B. Rentsch, *op. cit.*, p. 63.

226. B. Rentsch, *op. cit.*, p. 63.

227. B. Rentsch, *op. cit.*, p. 63.

228. Voir sur ce sujet F. Heitmann, *Flucht und Migration im Internationalen Familienrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.

229. Article 12 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés :

« 1. Le statut personnel de tout réfugié sera régi par la loi du pays de son domicile ou, à défaut de domicile, par la loi du pays de sa résidence.

2. Les droits, précédemment acquis par le réfugié et découlant du statut personnel, et notamment ceux qui résultent du mariage, seront respectés par tout Etat Contractant, sous réserve, le cas échéant, de l'accomplissement des formalités

procédure d'asile<sup>230</sup> désignent, pour le statut personnel des réfugiés, le droit de leur nouveau pays de résidence<sup>231</sup>.

80. C'est pourquoi, lorsqu'il s'agit, par exemple, de savoir si les réfugiés mineurs doivent être placés sous tutelle par les autorités allemandes, ce n'est pas leur droit d'origine qui est pris en considération, mais plutôt l'article 2 BGB<sup>232</sup> qui est plus pertinent pour cette question portant sur la majorité ou la minorité légale<sup>233</sup>.

Prenons un exemple de la jurisprudence allemande concernant une question de tutelle pour un Algérien qui, selon son droit national algérien, ne serait majeur qu'à dix-neuf ans<sup>234</sup>. Si on appliquait la loi algérienne à la question de la majorité légale, l'intéressé devrait être placé sous tutelle jusqu'à l'âge de dix-neuf ans.

Or, en tant que réfugié vivant en Allemagne, un Algérien obtient déjà la majorité légale à partir de l'âge de dix-huit ans. Contrairement à

---

prévues par la législation dudit Etat, étant entendu, toutefois, que le droit en cause doit être de ceux qui auraient été reconnus par la législation dudit Etat si l'intéressé n'était devenu un réfugié.»

La Convention et le Protocole relatifs au statut des réfugiés sont disponibles sur <https://www.unhcr.org/fr/4b14f4a62>.

230. *Section 2 German Asylum Act* :

«(1) In the federal territory, persons granted asylum status shall enjoy the legal status pursuant to the Convention relating to the status of refugees.

(2) Provisions granting a more favourable legal status to persons granted asylum status shall remain unaffected.

(3) Foreigners who were granted asylum status in the territory defined in Article 3 of the Unification Treaty before the accession of this territory to the Federal Republic of Germany became effective shall be regarded as persons granted asylum status.»

231. Concrètement, l'article 12 de la Convention de 1951 se réfère au domicile dans l'Etat d'accueil. Il faut noter que le domicile au sens de la Convention de Genève est toutefois compris en République fédérale comme le séjour habituel; voir sur ce point, B. Rentsch, «Die Zukunft des europäischen Personalstatuts im gewöhnlichen Aufenthalt», *ZEuP*, 2015, p. 288, 309.

232. Article 2 du BGB: «La majorité est acquise avec la dix-huitième année accomplie» (Traduction par G. Lardeux, R. Legeais, M. Pédamon et C. Witz, *Code civil allemand*, Paris, Dalloz, 2010, p. 23).

233. J. von Hein, dans *MünchKommBZ zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8<sup>e</sup> éd., tome 12, Munich, C. H. Beck, 2020, article 5 EGBGB, n<sup>o</sup> 6 :

«... La nationalité [est] généralement remplacée par le domicile en tant que facteur de rattachement, car on ne peut plus supposer qu'une personne, qui est persécutée par son Etat d'origine pour des raisons politiques ou autres, a un lien étroit avec l'ordre juridique d'origine au sens du droit des conflits de lois.»

234. Article 40 Code civil algérien :

«Toute personne majeure jouissant de ses facultés mentales et n'ayant pas été interdite, est pleinement capable pour l'exercice de ses droits civils. La majorité est fixée à 19 ans révolus.»

Voir également *Oberlandesgericht Karlsruhe*, 23 juillet 2015 – Az. 5 WF 74/15.

l'avis de la Cour d'appel de Stuttgart<sup>235</sup>, l'article 7 EGBGB<sup>236</sup>, qui se rattache en matière de la majorité légale (encore) à la nationalité de la personne en question, est superposé par le plus spécifique article 12 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés<sup>237</sup>. Le tribunal de famille à Wangen im Allgäu a reconnu à juste titre cette primauté de la Convention de 1951 par rapport au droit international privé allemand, et a donc permis de révoquer une tutelle sur un Algérien, lorsque celui-ci a atteint l'âge de 18 ans<sup>238</sup>.

---

235. Oberlandesgericht Stuttgart, 24 septembre 2015 – Az. 17 UF 56/15, p. 4 (non publié) : la « question de la minorité de la personne concernée » doit être

« également évaluée dans le contexte des règles relatives à l'autorité parentale selon l'article 7, alinéa 1 p. 1 EGBGB. En l'espèce, cette disposition n'est pas supplantée par des dispositions conventionnelles prioritaires. Comme X est un ressortissant de la République de Gambie, le droit de ce pays s'applique ».

A notre avis, il aurait toutefois fallu se baser en priorité sur l'article 12 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, puisque selon le Oberlandesgericht de Stuttgart (*loc. cit.*, p. 3), X « a été appréhendé dans un train ... par une patrouille de la police fédérale ... et a déclaré vouloir demander l'asile ». – Voir également Oberlandesgericht Karlsruhe, 23 juillet 2015 – Az. 5 WF 74/15 :

« Ces objectifs ne doivent cependant pas être atteints pour eux-mêmes, mais doivent être orientés vers le quotidien des réfugiés. Dans cette mesure, il est erroné de remplacer à tous égards le lien avec la nationalité par celui avec le séjour (mais ainsi J. von Hein, dans *Müncher Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8<sup>e</sup> éd., tome 12, Munich, C. H. Beck, 2020, Introduction au DIP n° 6). Au contraire, il ne faut pas négliger les conséquences pratiques d'une telle compréhension ... L'une des conséquences essentielles de la majorité est l'acquisition de la capacité juridique illimitée, cf. paragraphes 2, 106 BGB. L'application de la Convention à la question de la majorité conduirait dans ce domaine à des résultats contraires au sens et à l'objectif de la Convention. »

236. Article 7 EGBGB :

« (1) The legal capacity and capacity to contract of a person are governed by the law of the State of which the person is a national. This is also applicable where the capacity to contract is extended by marriage.

(2) The once acquired legal capacity or capacity to contract shall not be lost or restricted by the acquisition or loss of legal status as a German national. »

237. J. von Hein, dans *Müncher Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8<sup>e</sup> éd., tome 12, Munich, C. H. Beck, 2020, article 5 EGBGB, annexe II, n° 61 :

« L'article 12, alinéa 1 de l'accord sur les réfugiés remplace régulièrement, en tant que règle de conflit dépendante pour la détermination du statut personnel, le rattachement à la nationalité par celui au « domicile » ... Il est donc possible – sous réserve de l'article 12, alinéa 2 de la Convention relative au statut des réfugiés – en matière de statut personnel, dans la mesure où le réfugié est le sujet du rattachement, tous les rattachements conduisant à la loi du pays d'origine et du pays de fuite doivent être écartés et remplacés par le rattachement de substitution prévu à l'article 12, alinéa 1 de la Convention relative au statut des réfugiés. »

238. Amtsgericht Wangen im Allgäu, 28 janvier 2016 – Az. 11 F 91/15 (non publiée).

### Par. 3. Du statique vers la mobilité

#### A. Modernité et postmodernité

81. L'évolution du droit international privé «de l'espace vers la personne» peut également être décrite sous l'angle plus spécifique «du statique vers la mobilité»<sup>239</sup>. Les sociétés postmodernes de la fin du XX<sup>e</sup> et du XXI<sup>e</sup> siècle sont caractérisées par un changement fondamental des conditions de vie, notamment grâce à l'ouverture et la mobilité<sup>240</sup>.

82. Dans son cours général de droit international privé, Jürgen Basedow parle, en s'appuyant sur Karl Popper, des «*open societies*»<sup>241</sup>. En effet, l'ère de *modernité* précédente, pour citer à nouveau Maffesoli, était dominée par des individus aux *identités stables* tout au long de leur vie (identité professionnelle, sexuelle et idéologique stable). Les individus étaient attachés à des classes sociales assez prédéterminées, qui ont donné naissance à une civilisation stable avec des parcours de vie assez prévisibles, voire prédéfinis<sup>242</sup>.

83. En revanche, la *postmodernité* actuelle serait, selon Maffesoli, au contraire caractérisée par une perméabilité des parcours de vie et une culture du bondissant, de l'instinctif et de l'aventure<sup>243</sup>. «L'appartenance des individus à l'Etat-nation» d'autrefois serait remplacée aujourd'hui par des liens avec des groupes (*tribus*) régionaux et locaux; Maffesoli parle du «tribalisme»<sup>244</sup>. L'Homme d'aujourd'hui est en perpétuel

239. Voir en ce sens, M.-P. Weller, «La résidence habituelle», dans S. Leible et H. Unberath (dir. publ.), *Brauchen wir eine Rom 0-VO?*, Jena, JWV, 2013, p. 293 ss. – Voir également M.-P. Weller, «Le nouveau lien de mobilité en droit international de la famille», *IPRax*, 2014, p. 225 ss.

240. Ce n'est pas par hasard que Jürgen Basedow parle des «sociétés ouvertes» dans son cours général de 2012: J. Basedow, «The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations, General Course on Private International Law», *Recueil des cours*, tome 360 (2013), p. 9-516, n° 318 ss; E. Jayme, «Zum Jahrtausendwechsel: Das Kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus», *IPRax*, 2000, p. 165, 168; H.-P. Mansel, «Die kulturelle Identität im IPR», dans G. Nolte, H. Keller, A. von Bogdandy, H.-P. Mansel, A. Böhler et Ch. Walter (dir. publ.), *Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, vol. 43, Heidelberg, C. F. Müller, 2008, p. 137, 151 ss.

241. J. Basedow, «The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations, General Course on Private International Law», *Recueil des cours*, tome 360 (2013), p. 9-516, n° 34 ss.

242. M. Maffesoli, *Le temps revient – Formes élémentaires de la postmodernité*, Paris, Desclée de Brouwer, 2010, p. 79, 81 s., 84.

243. M. Maffesoli, *Le temps revient – Formes élémentaires de la postmodernité*, Paris, Desclée de Brouwer, 2010, p. 77, 79, 82 s.

244. M. Maffesoli, «A chacun ses tribus, du contrat au pacte», dans M. Maffesoli et B. Perrier (dir. publ.), *L'homme postmoderne*, Paris, édition Les Pérégrines, 2012, p. 11, 20 s.

déplacement<sup>245</sup>. Le «nomadisme», avec ses changements fréquents de lieux de séjour, marque la société en ce sens<sup>246</sup>.

### B. Concept de mobilité de l'Union européenne

84. L'Union européenne a repris le constat sociologique de «nomadisme» avec son concept normatif de mobilité. Depuis le traité de Maastricht (1992), la citoyenneté européenne s'ajoute aux libertés fondamentales<sup>247</sup>. L'article 21 TFUE prévoit la *libre circulation des personnes*, indépendante de l'économie, qui permet d'établir une résidence habituelle et de s'intégrer dans d'autres Etats membres de l'Union européenne<sup>248</sup>.

85. Les règles européennes de conflit de lois favorisent cette mobilité en désignant – par le biais du rattachement à la résidence habituelle pour le statut personnel – la juridiction de «l'environnement actuel» de la personne concernée<sup>249</sup>. Un déménagement transfrontalier entraîne un changement du statut personnel : ainsi, la loi de l'Etat de destination s'applique. Cela réduit les coûts d'information, car le droit matériel du nouveau centre de vie est généralement plus facile à déterminer et à appliquer que le droit du pays d'origine. Du point de vue du pays de destination maintenant comme droit *étranger*, ce dernier s'avère

---

245. E. Jayme, *Zugehörigkeit und Identität – Die Sicht des Internationalen Privatrechts*, Göttingen, Wallstein, 2012, p. 13 ss.

246. M. Maffesoli, *Le temps revient – Formes élémentaires de la postmodernité*, Paris, Desclée de Brouwer, 2010, p. 119 ss; déjà repris par E. Jayme, *Zugehörigkeit und Identität – Die Sicht des Internationalen Privatrechts*, Göttingen, Wallstein, 2012, p. 10, 31 ss.

247. Voir CJUE 8 mars 2011, affaire C-34/09 – *Ruiz Zambrano*, point 41 ss : le statut de citoyen de l'Union

«a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats membres ... Dans ces conditions, l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales qui ont pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective du noyau dur des droits que leur confère le statut de citoyen de l'Union».

248. Voir Directive 2004/38, considérant 18 :

«Afin de constituer un instrument efficace d'intégration dans la société de l'Etat membre d'accueil dans lequel le citoyen de l'Union réside, le droit de séjour permanent une fois acquis ne devrait être soumis à aucune condition.»

Cf. S. Schwemmer, *Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 79.

249. S. Schwemmer, *op. cit.*, p. 76 ss – Voir également le considérant n° 23 du règlement européen sur les successions :

«Compte tenu de la mobilité croissante des citoyens, le règlement ... devrait prévoir comme critère de rattachement général ... la résidence habituelle du défunt ...»

compliqué à relever<sup>250</sup>. De plus, la désignation respective du droit de «l'environnement actuel» conduit à une égalité de traitement avec les nationaux<sup>251</sup>. Cette égalité de traitement de *tous* les ressortissants de l'Union européenne (indépendamment de leur nationalité), résidant *dans un même pays*, peut finalement être rapprochée de l'interdiction générale de discrimination énoncée à l'article 18 TFUE<sup>252</sup>.

86. Toutefois, un rattachement schématique ou même obligatoire au droit respectif de «l'environnement actuel» d'une personne entraînerait également des obstacles à la mobilité, chaque déménagement s'accompagnant d'un changement de statut<sup>253</sup>. L'intérêt des parties à la *continuité* d'une situation juridique pourrait de ce fait en souffrir<sup>254</sup>.

87. Il suffit de penser au droit des sociétés : un changement du statut sociétaire (de la *lex societatis*) dû à un transfert de siège réel entraînerait régulièrement – dans le pays de destination – la non-reconnaissance de la forme ou de l'entité juridique de la société initiale<sup>255</sup>. Puisque la forme juridique initiale du pays d'origine (par exemple, une SARL française) est inconnue du *numerus clausus* du droit des sociétés dans le pays de destination (une SARL autrichienne n'a pas la même forme juridique qu'une SARL française, étant soumise à un régime de droit différent et enregistrée au registre du commerce et des sociétés autrichien).

---

250. S. Schwemmer, *op. cit.*, p. 61, 80 :

«l'applicabilité d'un droit étranger peut avoir un effet restrictif en raison des charges d'information et des coûts d'adaptation au droit qui en découlent, sans que le contenu de ce droit ne soit important».

251. S. Schwemmer, *op. cit.*, p. 46.

252. Article 18 TFUE :

«Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent prendre toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations.»

253. S. Schwemmer, *Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 75.

254. Cf. notamment, sur l'intérêt de continuité des parties : G. Kegel et K. Schurig, *Internationales Privatrecht*, 9<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2004, paragraphe 2 II.

255. Cf. sur le droit international privé des sociétés L. d'Avout, «L'entreprise et les conflits internationaux de lois», *Recueil des cours*, tome 397 (2019), p. 9-612 ; B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, 8<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, n<sup>o</sup> 1189 ss ; M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2021, n<sup>o</sup> 55 ss et 102 ss ; M.-P. Weller, *Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, Zur Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf Scheinauslandsgesellschaften nach "Überseering" und "Inspire Art"*, Cologne, Berlin, Munich, Heymann, 2004.



88. C'est pourquoi, la désignation du droit du pays où se trouve la résidence habituelle d'une personne (ou le siège réel d'une société<sup>256</sup>) devrait régulièrement être complétée par une liberté de choix du droit applicable (ou du moins, d'un choix partiel)<sup>257</sup>. L'autonomie des parties en droit international privé tient compte de la postmodernité et de la « personne plurielle » en offrant aux parties concernées à la fois une flexibilité et une sécurité juridique<sup>258</sup>. Cette liberté de choix au niveau de la méthode de désignation permet aux citoyens de conserver leur droit d'origine et d'éviter ainsi un changement de statut, si ce dernier s'accompagnerait, par exemple, d'un besoin d'adaptation difficilement calculable<sup>259</sup>.

## *Section II. De la désignation neutre à la désignation politisée*

89. Le droit international privé contemporain n'est toutefois pas seulement mis au défi par l'évolution du postmodernisme, mais aussi par la « politisation » des rattachements<sup>260</sup>. Cette politisation contraste avec l'approche neutre des règles de conflits du droit international privé classique, qui considérait le droit étranger comme équivalent au droit domestique. Le droit international privé avait donc adopté une position neutre quant au contenu du droit matériel, que ce soit le droit domestique ou un droit étranger. La figure juridique du renvoi (renvoi

---

256. La résidence habituelle d'une personne physique correspond au siège social d'une société. – Voir par exemple, article 19, paragraphe 1, du règlement Rome I :

« Aux fins du présent règlement, la résidence habituelle d'une société, association ou personne morale est le lieu où elle a établi son administration centrale. »

257. Voir le considérant n° 15 du règlement Rome III :

« Une mobilité accrue des citoyens requiert à la fois plus de flexibilité et plus de sécurité juridique. Pour répondre à cet objectif, le présent règlement devrait renforcer l'autonomie des parties en matière de divorce ... »

258. S. Schwemmer, *Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 71 ss.

259. S. Schwemmer, *op. cit.*, p. 75.

260. M. Gebauer et S. Huber (dir. publ.), *Politisches Kollisionsrecht – Sachnormzwecke, Hoheitsinteressen, Kultur, Symposium zum 85. Geburtstag von Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021 ; K. Duden, *IPR für eine bessere Welt, Vision – Realität – Irrweg?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, dont notamment : J. Croon-Gestefeld, « Politisierung qua Kompetenz? », *ibid.*, p. 35-49 ; Ch. Uhlmann, « Politisierung links und rechts des Atlantiks – Wege und Irrwege zwischen governmental interest analysis und zunehmender Politisierung des (europäischen) Kollisionsrechts », *ibid.*, p. 51-69.

au premier ou au deuxième degré), en particulier, a fait en sorte que cette neutralité du droit international privé soit préservée<sup>261</sup>.

90. Or, le rôle du droit international privé en tant que médiateur neutre est désormais de plus en plus abandonné par le législateur national et européen<sup>262</sup>. Les points de rattachement des règles de conflit de lois les plus récentes sont souvent choisis de manière à ce que les valeurs nationales ou européennes soient imposées non seulement au niveau du droit matériel mais également au niveau du droit international privé.<sup>263</sup> Les rattachements, autrefois neutres, sont désormais chargés matériellement et politiquement. Le droit international privé veut lui-même transporter des valeurs matérielles; en ce sens, les désignations sont politisées.<sup>264</sup>

### Par. 1. Lois de police

91. L'essor des lois de police<sup>265</sup>, à l'aide desquelles les Etats imposent leurs intérêts sociopolitiques contre un statut étranger normalement

---

261. Cf. sur le «renvoi» en droit international privé Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958; plus récemment D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome I, 5<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2021, n° 495 ss; M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2020, n° 344 ss.

262. M.-P. Weller et A. Schulz, «Political Private International Law», dans E.-M. Kieninger, G. Rühl et J. von Hein (dir. publ.), *How European is European Private International Law?*, Cambridge, Intersentia, 2019, p. 285-304.

263. M.-P. Weller, «Die *lex personalis* im 21. Jahrhundert: Paradigmenwechsel von der *lex patriae* zur *lex fori*», dans K. Hilbig-Lugani et al. (dir. publ.), *Zwischenbilanz, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen*, Bielefeld, Gieseking, 2015, p. 897 ss.

264. S. Schwemmer, *Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 75. M. Gebauer et S. Huber (dir. publ.), *Politisches Kollisionsrecht – Sachnormzwecke, Hoheitsinteressen, Kultur, Symposium zum 85. Geburtstag von Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021; K. Duden, *IPR für eine bessere Welt, Vision – Realität – Irrweg?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, dont notamment: J. Croon-Gestefeld, «Politisierung qua Kompetenz?», *ibid.*, p. 35-49; Ch. Uhlmann, «Politisierung links und rechts des Atlantiks – Wege und Irrwege zwischen governmental interest analysis und zunehmender Politisierung des (europäischen) Kollisionsrechts», *ibid.*, p. 51-69.

265. Cf. en général D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome I, 5<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2021, n° 552 ss; B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, 8<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, n° 185 ss. Pour une critique récente de la théorie des lois de police, voir V. Heuzé, «Un avatar du pragmatisme juridique: la théorie des lois de police», *RCDIP* 1/2020, p. 31-60; sur le rôle de la politique législative cf. P. de Vareilles-Sommières, «Lois de police et politiques législatives», *RCDIP* 2/2011, p. 207-290. – Pour une approche comparative face à l'article 9 du Règlement Rome I, voir notamment, S. Francq et F. Jault-Seseke, «Les lois de police, une approche de droit comparé», dans S. Corneloup et N. Joubert (dir. publ.), *Le règlement communautaire «Rome I» et le choix de lois dans les contrats internationaux*, Paris, Litec, 2011, p. 357-393.

applicable<sup>266</sup>, montrent de manière évidente la politisation du droit international privé<sup>267</sup>.

92. Prenons pour exemple le droit des sociétés : ce dernier s'était traditionnellement concentré sur la mise à disposition d'un cadre réglementaire pour une activité économique efficace. Or, le droit des sociétés devient progressivement un vecteur de transmission pour des enjeux politiques qui concernent toute la société. Songeons notamment, en droit français à la loi de vigilance<sup>268</sup> ou en droit allemand, aux exemples de la codétermination (à savoir la participation paritaire des

---

266. Cf. article 9, alinéa 1, du règlement Rome I pour une définition des lois de police en droit des contrats :

« Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement. »

267. M.-P. Weller et A. Schulz, « Political Private International Law », dans E.-M. Kieninger, G. Rühl et J. von Hein (dir. publ.), *How European is European Private International Law?*, Cambridge, Intersentia, 2019, p. 285-304 ; M.-P. Weller et G. Göbel, « Das politische IPR unserer Zeit: Gesellschaftsentwicklung durch Internationales Privatrecht? », dans M. Gebauer et S. Huber (dir. publ.), *Politisches Kollisionsrecht – Sachnormzwecke, Hoheitsinteressen, Kultur, Symposium zum 85. Geburtstag von Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 75-89. Voir également, J. Basedow, « The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations, General Course on Private International Law », *Recueil des cours*, tome 360 (2013), p. 9-516, n° 501 ss, 599 ss ; B. Rentsch, « Krisenbewältigung durch Kollisionsrecht, oder: Eingriffsstatute als integraler Bestandteil des europäischen IPR », dans J. Bauerschmidt, B. Fassbender, M. W. Müller, A. Siehr et C. Unseld (dir. publ.), *Konstitutionalisierung in Zeiten globaler Krisen*, Baden-Baden, Nomos, 2015, p. 255 ss – De manière plutôt critique L. d'Avout, « Les lois de police », dans T. Azzi et O. Boskovic (dir. publ.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois?*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 91 ss – Voir sur les lois de police en droit international des sociétés : L. Hübner, *Kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus "nichtprivilegierten" Drittstaaten*, Baden-Baden, Nomos, 2011, p. 167 ss.

268. Cf. notamment L. Nasse, *Loi de vigilance : Das französische Lieferkettengesetz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022 (à paraître). Sur les questions de conflit de lois liées à la loi de vigilance voir *ibid.*, 3<sup>e</sup> partie ; O. Boskovic, « Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé », 2016, p. 385-387 ; du même auteur « La loi applicable aux « actions pour violation des droits de l'homme en matière commerciale » », 2021, p. 252-254 ; B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, 8<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, n° 1210 ; L. d'Avout, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *Recueil des cours*, tome 397, p. 9, 439 ss ; 530 ss ; L. d'Avout et S. Bollée, « Panorama Droit du commerce international – août 2016-juillet 2017 », 2017, p. 2054, 2059 s ; H. Muir Watt, « Devoir de vigilance et droit international privé – Le symbole et le procédé de la loi du 27 mars 2017 », *Revue internationale de de la compliance et de l'éthique des affaires*, 2017, p. 48-53 ; V. Pironon, « Le devoir de vigilance et le droit international privé – Influences croisées, Travaux du comité de droit international privé 2018-2020 », 2021, p. 217-249.

employés au conseil de surveillance<sup>269</sup>) ou à l'introduction des quotas par sexe<sup>270</sup> au sein du conseil d'administration et du conseil de surveillance des sociétés anonymes. Ces trois régimes sont classifiés comme lois de police<sup>271</sup>. Cette qualification a également pour conséquence le respect de la cogestion et des quotas par des entreprises de forme juridique étrangère, dont leur siège réel se situe en Allemagne<sup>272</sup>.

93. Le droit du commerce extérieur relatif à l'acquisition de parts sociales dans des sociétés domestiques d'importance stratégique, telles que les entreprises dans les secteurs de la télécommunication, de l'énergie ou des infrastructures essentielles (aéroports, ports fluviaux ou maritimes), présente également un caractère de loi de police<sup>273</sup>. Cela signifie que même si les parties choisissent un droit étranger pour le contrat de vente et le mode d'acquisition, les normes allemandes relatives au commerce extérieur s'imposent selon l'article 9, alinéa 2<sup>274</sup> du règlement Rome I<sup>275</sup>.

---

269. M.-P. Weller, «Unternehmensmitbestimmung für Auslandsgesellschaften», dans B. Erle, W. Goette et D. Kleindiek (dir. publ.), *Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag*, Cologne, O. Schmidt, 2012, p. 1275 ss.

270. Voir M.-P. Weller, C. Harms, B. Rentsch et C. Thomale, «Der internationale Anwendungsbereich der Geschlechterquote für Großunternehmen», *ZGR*, 2015, p. 361 ss.

271. L. Nasse, *Loi de vigilance: Das französische Lieferkettengesetz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022 (à paraître); autrement L. d'Avout et S. Bollée, «Panorama Droit du commerce international – août 2016-juillet 2017», *D.*, 2017, p. 2054, 2060; V. Pironon, «Le devoir de vigilance et le droit international privé – Influences croisées», *Travaux du comité de droit international privé 2018-2020*, 2021, p. 217, 223 ss – M.-P. Weller, «Unternehmensmitbestimmung für Auslandsgesellschaften», dans B. Erle, W. Goette et D. Kleindiek (dir. publ.), *Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag*, Cologne, O. Schmidt, 2012, p. 1275 ss – M.-P. Weller, C. Harms, B. Rentsch et C. Thomale, «Der internationale Anwendungsbereich der Geschlechterquote für Großunternehmen», *ZGR*, 2015, p. 361 ss.

272. A titre d'exemple, *Air Berlin PLC*: Air Berlin est une «public limited company» anglaise (siège statutaire en Angleterre) qui a son siège réel à Berlin. Ainsi, du fait de cet élément domestique assez fort, Air Berlin est soumise à la fois à la *lex societatis* anglaise et aux lois de police domestiques (allemandes).

273. O. Remien, «Außenwirtschaftsrecht in kollisionsrechtlicher Sicht», *RabelsZ* 54, 1990, p. 431, 464; D. Martiny, «Europäisches Internationales Vertragsrecht», *ZEuP* (2006), p. 60, 87; M.-P. Weller, «Ausländische Staatsfonds zwischen Fusionskontrolle, Außenwirtschaftsrecht und Grundfreiheiten», *ZIP*, 2008, p. 857, 861.

274. Article 9, paragraphe 2, du règlement Rome I :

«Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi.»

275. M.-P. Weller et A. Schulz, «Political Private International Law», dans E.-M. Kieninger, G. Rühl et J. von Hein (dir. publ.), *How European is European Private International Law ?*, Cambridge, Intersentia, 2019, p. 285-304.

Par. 2. Article 10 du règlement Rome III (divorce)

94. En droit international du divorce, l'article 10 du règlement Rome III opère par une technique d'application, qui est similaire à celle des lois de police<sup>276</sup>. Selon cet article, l'égalité des droits entre les hommes et les femmes doit être garantie, notamment dans l'accès au divorce<sup>277</sup>. En ce sens, l'article 10 du règlement Rome III garantit que les statuts étrangers du divorce contraires à cette égalité – par exemple, le droit de la charia – sont écartés devant les tribunaux européens<sup>278</sup>. Comme le divorce *talaq* et le divorce juif dit *get* privilégient chacun de manière unilatérale les hommes<sup>279</sup>, le droit du for se substitue au droit étranger discriminatoire. Cela vaut même si la femme accepte *in concreto* sa propre discrimination par le *talaq* ou le *get*.

L'opinion divergente, qui plaide pour une réduction téléologique de l'article 10 du règlement Rome III en cas de consentement de la femme discriminée<sup>280</sup>, néglige le fait que les parties ne peuvent pas consentir à leur propre discrimination, dans la mesure où le législateur poursuit, avec le principe d'égalité, des objectifs de politique sociale adressés à la totalité des citoyens et donc allant au-delà du *forum internum* d'une personne<sup>281</sup>.

---

276. Article 10 du règlement Rome III :

« Lorsque la loi applicable en vertu des articles 5 ou 8 ne prévoit pas le divorce ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps, la loi du for s'applique. »

277. Pour plus de détails, voir M.-P. Weller, I. Hauber et A. Schulz, « Gleichstellung im Internationalen Scheidungsrecht », *IPRax*, 2016, p. 123 ss.

278. M.-P. Weller et A. Schulz, « Political Private International Law », dans E.-M. Kieninger, G. Rühl et J. von Hein (dir. publ.), *How European is European Private International Law ?*, Cambridge, Intersentia, 2019, p. 285-304.

279. Voir pour des références, M.-P. Weller, I. Hauber et A. Schulz, « Gleichstellung im Internationalen Scheidungsrecht », *IPRax*, 2016, p. 123, 124 s.

280. Oberlandesgericht Munich, 2 juin 2015 – Az. 34 Wx 146/14, *IPRax*, 2016, p. 158-160; voir également U. P. Gruber, « Scheidung auf Europäisch – die Rom III-Verordnung », *IPRax*, 2012, p. 381, 391; T. Helms, « Reform des internationalen Scheidungsrechts durch die Rom III-VO », *FamRZ* (2011), p. 1765, 1772; J. Mörsdorf-Schulte, « Europäisches Internationales Scheidungsrecht (Rom III) », *RabelsZ* 77, 2013, p. 786, 825; W. Hau, « Zur Durchführung der Rom III-Verordnung in Deutschland », *FamRZ*, 2013, p. 249, 254; M. Stürner, dans *Erman Kommentar zum BGB*, 16<sup>e</sup> éd., tome II, Cologne, O. Schmidt, 2014, Art. 10 Rome III, n<sup>o</sup> 6; M. Tolani, dans Ch. Althammer (dir. publ.), *Kommentar zu den Verordnungen (EG) 2201/2003 und (EU) 1259/2010 (Brüssel IIa-VO und Rom III-VO)*, Munich, C. H. Beck, 2014, Article 10, Rome III, n<sup>o</sup> 4; S. Arnold et M. Schnetter, « Privatscheidungen und die Renaissance der autonomen Kollisionsrechte Europas », *ZEuP*, 2018, p. 646, 660 ss.

281. Voir M.-P. Weller, I. Hauber et A. Schulz, « Gleichstellung im Internationalen Scheidungsrecht », *IPRax*, 2016, p. 123, 130; M. Pika et M.-P. Weller, « Privat-

*Par. 3. Unilatéralisation cachée des rattachements*

95. Outre les lois de police et l'article 10 du règlement Rome III, il existe encore – du point de vue d'un Etat – des *formes cachées* pour mettre en œuvre de manière unilatérale des intérêts sociopolitiques. Elles s'expriment – pour reprendre les thèses de Stéphanie Francq<sup>282</sup> – dans un contexte *prima facie* neutre de règles *bilatérales* de conflit de lois. Mais en réalité, les points de rattachement de ces règles, bien que bilatéraux, sont choisis de telle sorte qu'ils aboutissent régulièrement à la désignation de la *lex fori*. On peut notamment constater deux tendances à l'unilatéralisation.

*A. Unilatéralisation par la poursuite de valeurs matérielles*

96. De nombreuses règles de conflits poursuivent premièrement un objectif matériel et substantiel précis, par exemple la protection des consommateurs ou des travailleurs<sup>283</sup> («unilatéralisation téléologique»). Cet objectif n'est pas seulement encouragé au niveau du droit matériel (par exemple, par un droit de rétractation du consommateur dans le cadre d'un contrat à distance conclu sur Internet<sup>284</sup> ou en droit du travail par la protection des salariés contre le licenciement), mais également par le biais du droit international privé. Les règles de conflit de lois font en sorte que le droit domestique soit typiquement désigné pour s'appliquer ou qu'une comparaison des dispositions avantageuses entre les systèmes juridiques soit effectuée en faveur de la partie la plus faible<sup>285</sup>.

---

scheidungen zwischen Europäischem Kollisions- und Zivilprozessrecht», *IPRax*, 2017, p. 65-72.

282. S. Francq, «Unilatéralisme versus bilatéralisme : une opposition ontologique ou un débat dépassé?», dans T. Azzi et O. Boscovic (dir. publ.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois?*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 49 ss, 62 ss.

283. Sur la protection de la partie contractante la plus faible par la voie du droit international privé, voir L. Vékás, «Wertorientierung und ihre Grenzen im IPR», dans W. Holl et U. Klinke (dir. publ.), *Internationales Privatrecht, internationales Wirtschaftsrecht*, Cologne, Berlin, Bonn, Munich, Carl Heymann Verlag, 1985, p. 145, 150 ss.

284. Voir la directive n° 2011/83/UE, 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil : *JOUE* n° L. 304, 22 novembre 2011, p. 6 ss.

285. Cf. article 6, paragraphes 1 et 2, du règlement Rome I :

«1. Sans préjudice des articles 5 et 7, un contrat conclu par une personne physique (ci-après «le consommateur»), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci-après «le professionnel»), agissant dans l'exercice de son activité professionnelle, est

B. Unilatéralisation par le biais de la résidence habituelle

97. La deuxième unilatéralisation s'opère par le biais du point de rattachement de la résidence habituelle (unilatéralisation interne). La résidence habituelle est certes formellement formulée de manière bilatérale et neutre. Pourtant, en combinaison avec les dispositions relatives à la compétence internationale (domicile ou résidence habituelle comme critère de juridiction), la résidence habituelle en tant que point de rattachement pour déterminer le droit substantiel applicable conduit régulièrement et volontairement à la *lex fori*. Ainsi, il en résulte une synchronisation de *forum* et *ius*<sup>286</sup>. Ce parallélisme ne vise pas seulement à faciliter l'application du droit substantiel : L'application de la *lex fori* est un « jeu à domicile » pour les tribunaux<sup>287</sup>. Elle sert également à l'intégration des étrangers dans le pays, puisque ces derniers sont traités de la même manière que les nationaux quant au droit applicable<sup>288</sup>.

98. Pour reprendre l'exemple mentionné plus haut, si deux immigrés syriens veulent divorcer en Allemagne, ce n'est plus leur droit d'origine syrien qui s'applique (cf. art. 17 EGBGB ancienne version<sup>289</sup>), mais le droit de l'Etat où se trouve la nouvelle résidence habituelle (art. 8

---

régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel :

- a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou
- b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité.

2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat satisfaisant aux conditions du paragraphe 1, conformément à l'article 3. Ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1.»

286. De même, A. Dutta, «Entwicklungen im internationalen Familien- und Erbrecht der Europäischen Union bis *Gogova*», *ZEuP*, 2016, p. 427, 435.

287. M.-P. Weller, «Die *lex personalis* im 21. Jahrhundert : Paradigmenwechsel von der *lex patriae* zur *lex fori*», dans K. Hilbig-Lugani et al. (dir. publ.), *Zwischenbilanz, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen*, Bielefeld, Gieseking, 2015, p. 897 ss.

288. M.-P. Weller, «Der gewöhnliche Aufenthalt», dans S. Leible et H. Unberath (dir. publ.), *Brauchen wir eine Rom 0-VO?*, Jena, JWV, 2013, p. 302, 310; voir dans le même sens, J. von Hein, dans *MünchKommBZ zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8<sup>e</sup> éd., tome 12, Munich, C. H. Beck, 2020, Article 5 EGBGB, n° 35.

289. Article 17 EGBGB ancienne version disposait : «Le divorce est régi par la loi applicable aux effets généraux du mariage au moment où la demande de divorce est devenue pendante.» La loi applicable aux effets généraux du mariage a été déterminée par l'article 14 EGBGB ancienne version dont l'alinéa 1, n° 1 disposait :

«Les effets généraux du mariage sont soumis

du règlement Rome III<sup>290</sup>). La situation juridique initialement créée en Syrie est désormais soumise au droit domestique<sup>291</sup>. Un changement de statut intervient par le biais de la mobilité transfrontalière.

Formulé à l'inverse, l'Allemagne et d'autres Etats membres de l'Union européenne « exportent » ainsi leur propre droit et leurs valeurs comme un produit (« *law as a product* »)<sup>292</sup> et étendent de cette manière leur influence mondiale. Aujourd'hui, le droit international privé est utilisé (aussi) à des fins politiques<sup>293</sup>.

### Section III. Bilan intermédiaire

99. Le droit international privé contemporain est donc défié par deux forces centrifuges<sup>294</sup>. Dans les deux cas, *la personne* est au centre de l'attention :

- D'une part, *la personne en tant qu'individu*. Le droit international privé lui accorde de plus en plus de libertés par le biais de l'*autonomie* des parties (libre choix de la loi applicable) et, indirectement, de la

---

1. à la loi de l'Etat dont les deux époux sont ressortissants ou dont ils étaient les derniers ressortissants pendant le mariage, si l'un d'eux en est encore ressortissant, sinon ... »

290. Article 8 du règlement Rome III :

« A défaut de choix conformément à l'article 5, le divorce et la séparation de corps sont soumis à la loi de l'Etat :

- a) de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut,
- b) de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que cette résidence n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et que l'un des époux réside encore dans cet Etat au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut,
- c) de la nationalité des deux époux au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut,
- d) dont la juridiction est saisie. »

291. M.-P. Weller, I. Hauber et A. Schulz, « Gleichstellung im Internationalen Scheidungsrecht », *IPRax*, 2016, p. 123, 130 ; M. Pika et M.-P. Weller, « Privatscheidungen zwischen Europäischem Kollisions- und Zivilprozessrecht », *IPRax*, 2017, p. 65-72.

292. R. Romano, « Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle », *Journal of Law, Economics & Organization*, vol. 1, n° 2, 1985, p. 225 ss ; H. Eidenmüller, « Recht als Produkt », *JZ*, 2009, p. 641 ss.

293. M.-P. Weller et G. Göbel, « Das politische IPR unserer Zeit: Gesellschaftsentwicklung durch Internationales Privatrecht ? », dans M. Gebauer et S. Huber (dir. publ.), *Politisches Kollisionsrecht – Sachnormzwecke, Hoheitsinteressen, Kultur, Symposium zum 85. Geburtstag von Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 75-89.

294. Voir également, J. Basedow, « The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations, General Course on Private International Law », *Recueil des cours*, tome 360 (2013), p. 9-516, n° 135 ss, 355 ss, 594 ss.



*résidence habituelle*, qui encourage la mobilité transfrontalière; celle-ci entraîne un changement du droit applicable.

- D'autre part, la *personne* en tant que *membre d'un groupe sociétal et citoyen de l'Etat*. L'Etat cherche à protéger et à promouvoir les intérêts de ses citoyens et des divers groupes sociaux. Il tente d'y parvenir par le biais de rattachements politiquement chargés. Par la voie de *rattachements unilatéraux cachés* et par la voie de *lois de police*, la législation de «l'environnement respectif» d'une personne est régulièrement appliquée. Contrairement à l'absolutisme, la *polis* postmoderne se conçoit comme un Etat *pour* ses citoyens.

## CHAPITRE V

### MAÎTRISE MÉTHODOLOGIQUE DES DÉFIS CONTEMPORAINS

100. Le droit international privé doit essayer de surmonter ces défis à l'aide de ses instruments méthodologiques.

En tant que méthode classique, la désignation n'y parvient toutefois pas à elle seule. En effet, celle-ci opère d'une part de manière trop schématique. D'autre part, elle a été conçue sous l'influence du leitmotiv de l'équivalence des ordres juridiques et du recours à des rattachements neutres, qui n'est plus intégralement valable aujourd'hui. Le leitmotiv de l'équivalence est de plus en plus relativisé par des rattachements politisés, la *lex fori* étant souvent considérée comme préférable.

Toutefois, l'évolution des principes de rattachements «de l'espace à l'individu»<sup>295</sup> ainsi que l'évolution de «la désignation neutre à la désignation politisée»<sup>296</sup> exigent un affinement méthodologique. Pour autant, la désignation en tant que méthode centrale du droit international privé ne doit pas être totalement abandonnée; elle doit plutôt être complétée par les méthodes de reconnaissance et de considération. On peut parler à cet égard d'une «méthode tripartite du droit international privé»<sup>297</sup>. Commençons avec la méthode de désignation.

#### *Section I. Désignation*

##### *Par. 1. Résolution des conflits de lois par attribution*

101. La méthode de désignation remonte à Savigny, qui a transposé au sein du droit international privé les catégories traditionnelles issues du droit romain (droit des contrats, délits, succession, famille etc.)<sup>298</sup>. Selon cette méthode, les relations juridiques transfrontalières

---

295. Cf. *supra* IV.1.

296. Cf. *supra* IV.2.

297. Voir en ce sens, M.-P. Weller, «Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung im IPR und Unternehmensrecht», dans R. Zimmermann (dir. publ.), *Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, p. 191-221.

298. W. Goldschmidt, «Die philosophischen Grundlagen des IPR», dans E. von Caemmerer (dir. publ.), *Festschrift für Martin Wolff*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1952, p. 203, 208 ss.

sont décomposées et ensuite regroupées conformément aux notions et catégories de droit civil : par exemple, en matière contractuelle, selon des catégories relatives à la capacité juridique, à la forme et au contenu du contrat<sup>299</sup>. Werner Goldschmidt parle ici d'une « méthode analytique »<sup>300</sup>.

102. Un point de rattachement est attribué à chacune des catégories de rattachement ainsi obtenue<sup>301</sup>. Selon Savigny, le point de rattachement doit être choisi de manière à tenir compte du « siège du rapport juridique »<sup>302</sup>. Il en résulte le principe de rattachement selon le lien géographique le plus étroit (principe de proximité)<sup>303</sup>.

« L'astuce » de la méthode de désignation est de dénouer le conflit entre deux lois matérielles potentiellement applicables – imaginons que l'une protège le consommateur et l'autre non – en attribuant le problème juridique à une seule des lois en question, idéalement indépendamment du tribunal compétent<sup>304</sup>. Elle résout alors le conflit entre deux statuts par la désignation d'un seul. C'est *soit* le droit de l'Etat A, *soit* celui de l'Etat B qui s'applique<sup>305</sup>.

---

299. C. von Bar et P. Mankowski, *Internationales Privatrecht*, tome I, 2<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2003, paragraphe 4, n° 16 parlent, lors du découpage des notions de rattachement, du processus de regroupement vertical ou de ficelage des faisceaux en fonction des intérêts poursuivis.

300. W. Goldschmidt, « Die philosophischen Grundlagen des IPR », dans E. von Caemmerer (dir. publ.), *Festschrift für Martin Wolff*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1952, p. 203, 208 ss.

301. Pour plus de détails sur l'objet et le moment de rattachement en tant que faits et conséquences juridiques d'une règle de conflit de lois, voir B. Schinkels, *Die Normsatzstruktur des IPR*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 31 ss.

302. F. C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, tome VIII, 1849, p. 28, 108, 200 :

« Pour les obligations, comme pour les droits réels, la personne sort de sa personnalité abstraite pour entrer dans le domaine juridique local d'un rapport juridique particulier ... Ici aussi, nous devons donc répondre à la question récurrente de savoir où se trouve le véritable siège de l'obligation, où elle a sa patrie dans l'espace. » (souligné par l'auteur)

303. C. von Bar et P. Mankowski, *Internationales Privatrecht*, tome I, 2<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2003, paragraphe 6, n° 55 ; P. Lagarde, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, *Recueil des cours*, tome 196 (1986), p. 9, 27 ss.

304. C. von Bar et P. Mankowski, *op. cit.*, paragraphe 4, n° 23.

305. En France, il est même question d'une « distinction existentialiste » entre le « mien » et le « tien » (« distinction existentialiste entre le moi et l'autrui »). – En ce sens, voir J.-L. Elhoueiss, « L'élément d'extranéité », *Chunet*, 130, 2003, p. 39, 40 ; voir également C. von Bar et P. Mankowski, *Internationales Privatrecht*, tome I, 2<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2003, paragraphe 4, n° 1 ss, 5 ss, 16.

*Par. 2. Déficit de la méthode de désignation*

103. Ainsi, la méthode de désignation effectue un choix, elle sélectionne<sup>306</sup>. Autrement dit, les autres systèmes juridiques concurrents se voient refuser leur application. Dès lors, la désignation s'accompagne d'un effet d'éviction<sup>307</sup>.

Des rattachements cumulatifs, qui pourraient conduire à une duplication des lois applicables pour un même objet de rattachement, sont en principe évités<sup>308</sup>.

104. La résolution des conflits de lois par attribution de la question juridique transfrontalière à *un seul système juridique* dénoue certes le risque de contradiction, qui résulte de plusieurs lois substantielles divergentes sur le fond, ayant toutes vocation à s'appliquer<sup>309</sup>. Mais cette désignation a aussi son revers : la question juridique *internationale* est – pour ainsi dire – « *nationalisée* »<sup>310</sup>.

105. L'attribution à *un ordre juridique* correspond certes à la logique de la fonction de coordination spatiale, qui est la fonction traditionnellement reconnue au droit international privé. Néanmoins, la *nationalisation d'une situation internationale* est *sous-complexe* pour les sociétés ouvertes de notre temps, puisque cette nationalisation ne tient pas compte des multiples facettes du postmodernisme. De plus, la nationalisation ne répond pas suffisamment à l'évolution du déplacement du leitmotiv « de l'espace vers la personne ». Ainsi, von Bar/Mankowski parlent à juste titre d'une « dysharmonie induite par le droit des conflits de lois »<sup>311</sup>, ou encore Gerhard Dannemann

---

306. G. Dannemann, *Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 75 ss ; P. Kinsch, *Le fait du prince étranger*, Paris, LGDJ, 1994, p. 341 :

« La technique des conflits de lois, ayant à résoudre un problème d'option, ne sert pas seulement à désigner la loi applicable à un rapport juridique mais aussi à écarter, du même coup, l'application de la loi du ou des pays tiers avec le rapport juridique, international par hypothèse, entretient également des liens ».

307. P. Kinsch, *op. cit.*, p. 333, 341 : « fonction d'éviction de la loi ». – Voir également, B. Currie, « On the Displacement of the Law of the Forum », dans *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, Duke Univ. Press, 1963, p. 3 ss (première publication : *Columbia Law Review* 58, 1958, p. 964 ss).

308. C. von Bar et P. Mankowski, *Internationales Privatrecht*, tome I, 2<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2003, paragraphe 7, n<sup>o</sup> 101 ; P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *Droit international privé*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2019, n<sup>o</sup> 145.

309. Sur le critère du lien avec l'étranger, lire J.-L. Elhoueiss, « L'élément d'extranéité », *Clunet*, 130, 2003, p. 39 ss.

310. C. von Bar et P. Mankowski, *Internationales Privatrecht*, tome I, 2<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2003, paragraphe 4, n<sup>o</sup> 18.

311. C. von Bar et P. Mankowski, *op. cit.*, paragraphe 4, n<sup>o</sup> 18.

d'un « déficit dans la perspective classique du droit des conflits de lois »<sup>312</sup>.

106. Ce déficit pèse d'autant plus lourd à la lumière des unilatéralisations esquissées. L'élément d'extranéité, qui caractérise la relation de droit en question, ne s'observe plus que très rarement dans le résultat du rattachement. Dans son cours général de La Haye (2011), Patrick H. Glenn a ainsi critiqué fondamentalement la conséquence d'un « milieu exclu », c'est-à-dire l'exclusion d'une position médiane, qui va de pair avec l'effet d'éviction de la désignation<sup>313</sup>. Au lieu de solutions de type « soit A, soit B », le droit international privé doit parvenir à un équilibre entre les règles conflictuelles, à savoir à une « conciliation des lois »<sup>314</sup>.

### Par. 3. La conciliation des lois

107. La méthode de désignation tient tout à fait compte de l'exigence de solutions différenciées. Il existe ainsi différentes approches permettant d'atténuer les faiblesses de l'éviction dès le niveau de la désignation.

Comme instruments de conciliation<sup>315</sup>, on peut citer en particulier *le dépeçage*<sup>316</sup> (1) ainsi que la désignation autonome des *questions préalables*<sup>317</sup> (2). Ces deux outils affinent les notions de « catégorie

312. G. Dannemann, *Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 75 ss.

313. P. Glenn, « La conciliation des lois », *Recueil des cours*, tome 364 (2012), p. 187 ss, 222 ss.

314. P. Glenn, « La conciliation des lois », *Recueil des cours*, tome 364 (2012), p. 187, 291 ss; sur les thèses de Glenn, M.-P. Weller, « Les conflits de lois n'existent pas ! », *IPRax*, 2012, p. 284 ss.

315. Pour d'autres mécanismes de conciliation – par exemple entre les différents acteurs (législateurs, tribunaux, etc.), entre les différents niveaux de compétence et entre les droits étatiques et non étatiques – voir P. Glenn, « La conciliation des lois », *Recueil des cours*, tome 364 (2012), p. 187, 371 ss.

316. Le dépeçage correspond à la « fragmentation » d'un rattachement en soi uniforme. Un tel démembrement peut surtout être pertinent en cas de choix d'un statut contractuel. En principe, le statut contractuel choisi s'applique *uniformément* à l'ensemble de l'exécution du contrat. Selon le concept de dépeçage, les parties peuvent toutefois, dans les limites de l'unité de décision interne, soumettre les différentes parties cloisonnées du contrat à des ordres juridiques distincts. – Voir par exemple, l'article 3, paragraphe 1, phrase 3, du règlement Rome I: D. Martiny, *MünchKommZurBürgerlichen Gesetzbuch*, 8<sup>e</sup> éd., tome 13, Munich, C. H. Beck, 2021, Article 3, Rome I, n<sup>o</sup> 66 ss; E. Jayme, « Betrachtungen zur "dépeçage" im internationalen Privatrecht », dans H.-J. Musielak (dir. publ.), *Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag*, Stuttgart, Berlin, Cologne, Mainz, Kohlhammer, 1987, p. 253 ss.

317. Dans le cas d'une question préalable, il s'agit de l'appréciation d'une relation juridique préjudicielle qui se pose dans le cadre de la *lex causae* et qui relève en même temps d'une *notion de système autonome* et qui doit donc être rattachée séparément

de rattachement» dans le cadre de la méthode analytique. Ainsi, ils rendent davantage justice à la *personne plurielle*.

A cela s'ajoute la technique de la *clause d'échappement* (3), qu'elle soit générale ou spéciale<sup>318</sup>, comme l'article 4, paragraphe 3, du règlement Rome II<sup>319</sup>. Cette clause permet de déroger à la désignation générale sur la base d'une appréciation globale de chaque cas<sup>320</sup>.

Enfin, il convient de souligner l'extension croissante de l'*autonomie des parties* (4), qui met à la disposition de la *personne plurielle* un espace supplémentaire pour s'épanouir<sup>321</sup>. Grâce aux options de choix de la loi applicable, l'individu est libre de choisir lui-même à quel ordre juridique il veut attribuer ses questions en matière de droit des contrats et de droit des personnes<sup>322</sup>.

---

au droit des conflits de lois. – Lire sur le sujet, F. Kienle, *Internationales Privatrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Munich, Vahlen, 2010, n° 24.

318. Contrairement à la Suisse (art. 14 LDIP), le droit allemand ne connaît pas de clause générale de dérogation, mais seulement quelques clauses spécialement normalisées. On peut cependant déduire des documents législatifs relatifs à l'EGBGB (1986) que le législateur de la réforme considère qu'une correction judiciaire du rattachement à la règle est possible. – Voir notamment, H.-P. Mansel, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität*, Munich, C. H. Beck, 1988, p. 483 ss.

319. Article 4, paragraphe 3, du règlement Rome II :

« S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question. »

320. Contrairement à l'EGBGB, il n'est pas clairement établi dans le droit européen des conflits de lois si le juge peut formuler une clause d'évitement, notamment lorsque celle-ci n'est pas prévue par le règlement. Le fait que les clauses d'évitement soient explicitement normées dans certains règlements (par exemple l'art. 21, par. 2, du règlement européen sur les successions ainsi que l'art. 4, par. 3, du règlement Rome I) indique plutôt – en ce qui concerne les autres règlements « silencieux », comme le règlement Rome III sur le droit du divorce – un effet de blocage. – Voir sur ce point, O. Remien, « Engste Verbindung und Ausweichklauseln », dans S. Leible et H. Unberath (dir. publ.), *Brauchen wir eine Rom 0-VO?*, Jena, JWV, 2013, p. 223, 238 ss.

321. J.-Y. Carlier, « Autonomie de la volonté et statut personnel », *Cahiers des droits maghrébins*, 1, 1995, p. 5, 13 ss ; H. Kronke, « Internationales Privatrecht », dans H. Kube, R. Mellinshoff, G. Morgenthaler, U. Palm et Ch. Seiler (dir. publ.), *Die Leitgedanken des Rechts in der Diskussion, Symposium aus Anlass des 70. Geburtstages von Paul Kirchhof*, Heidelberg, C.F. Müller, 2013, paragraphe 120, n° 13 ; H.-P. Mansel, « Die kulturelle Identität im IPR », dans G. Nolte, H. Keller, A. von Bogdandy, H.-P. Mansel, A. Büchler et Ch. Walter (dir. publ.), *Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, vol. 43, Heidelberg, C. F. Müller, 2008, p. 137, 149, 161, 174 ss.

322. H.-P. Mansel, *op. cit.*, p. 137, 161, 174 ; voir aussi, K. Hilbig-Lugani, dans R. Hüßtege et H.-P. Mansel, *Rom-Verordnungen – Nomos Kommentar*, 3<sup>e</sup> éd., tome 6, Baden-Baden, Nomos, 2019, Article 5, Rome III, n° 6.

Par. 4. Nécessité d'une méthode tripartite

108. Les quatre affinements ou atténuations de la méthode de désignation esquissés diminuent l'effet d'éviction, mais pas l'effet de nationalisation, celle-ci résidant dans la logique de l'attribution. En principe, un seul ordre juridique est applicable par catégorie de rattachement<sup>323</sup>.

A cela s'ajoute le constat, que – en raison de l'unilatéralisation<sup>324</sup> – le droit étranger est de moins en moins appliqué.

109. Or, pour satisfaire à la diversité des modes de vie postmodernes, le droit étranger doit être pris en considération à l'échelle du droit substantiel. Autrement dit, si le droit domestique est de plus en plus souvent « exporté » vis-à-vis de situations comportant un élément d'extranéité par le biais de la désignation, « l'importation de droit » doit être effectuée par d'autres techniques.

Dans ce contexte, la reconnaissance et la considération doivent être perçues comme de nouvelles « méthodes d'importation de droit ».

Section II. Reconnaissance

Par. 1. Situations juridiques établies à l'étranger

110. La reconnaissance des situations juridiques établies à l'étranger est une méthode assez récente au sein de l'Union européenne<sup>325</sup>. Elle trouve son origine dans les libertés fondamentales (surtout la liberté

---

323. Une exception peut être, par exemple, illustrée par la doctrine de la combinaison en cas de transformation transfrontalière de sociétés, voir M.-P. Weller, « Unternehmensmobilität im Binnenmarkt », dans P. Jung, Ph. Lamprecht, K. Blasek et J. Basedow (dir. publ.), *Einheit und Vielheit im Unternehmensrecht, Festschrift für Uwe Blaurock zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, p. 497 ss; S. Zwirlein, « Grenzüberschreitender Formwechsel – europarechtlich veranlasste Substitution im UmwG, zugleich Besprechung von KG, Beschluss v. 21.3.2016, 22 W 64/15 », *ZGR*, 2017, p. 114-128.

324. Cf. *supra* chap. I., sect. IV., par. 3.

325. Pour plus de détails, voir H.-P. Mansel, « Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums », *RabelsZ* 70, 2006, p. 651 ss; H.-P. Mansel, K. Thorn et G. Wagner, « Europäisches Kollisionsrecht 2010 », *IPRax*, 2011, p. 1, 2 ss; E. Jayme et C. Kohler, *Europäisches Kollisionsrecht 2001 – Anerkennungsprinzip statt IPR?*, *IPRax*, 2001, p. 501 s; J. von Hein, dans *MünchKommBZ zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8<sup>e</sup> éd., tome 12, Munich, C. H. Beck, 2020, Article 3 EGBGB, n° 88, 116 ss; Ch. Wendehorst, « Denkschulen im Internationalen Privatrecht », dans B. Fassbender, Ch. Wendehorst, E. de Wet, A. Peters, R. Michaels, Ch. Tietje, H. Merkt, F. Weiss et J. von Hein (dir. publ.), *Paradigmen im internationalen Recht – Implikationen der Weltfinanzkrise für das internationale Recht, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, vol. 45, Heidelberg, C. F. Müller, 2012, p. 33, 45, 51 ss.

d'établissement, art. 49 TFUE<sup>326</sup> et 54 TFUE<sup>327</sup>) et la libre circulation des personnes (art. 21 TFUE<sup>328</sup>).

Il existe de nombreuses questions de recherche en suspens concernant les conditions, les effets et les limites de la reconnaissance : par exemple, en vertu de quel droit l'efficacité de la situation juridique est évaluée pour la première fois<sup>329</sup> ? Ces questions pourraient faire l'objet d'un autre cours spécial. Elles ne seront donc pas approfondies ici, d'autant plus qu'il existe déjà de nombreuses études sur la reconnaissance<sup>330</sup>.

326. Article 49 TFUE :

« Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire d'un autre Etat membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un Etat membre établis sur le territoire d'un Etat membre.

La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux. »

327. Article 54 TFUE :

« Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des Etats membres. »

328. Article 21 TFUE :

« 1. Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application.

2. Si une action de l'Union apparaît nécessaire pour atteindre cet objectif, et sauf si les traités ont prévu des pouvoirs d'action à cet effet, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent arrêter des dispositions visant à faciliter l'exercice des droits visés au paragraphe 1.

3. Aux mêmes fins que celles visées au paragraphe 1, et sauf si les traités ont prévu des pouvoirs d'action à cet effet, le Conseil, statuant conformément à une procédure législative spéciale, peut arrêter des mesures concernant la sécurité sociale ou la protection sociale. Le Conseil statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen. »

Sur l'influence de la citoyenneté européenne et de la libre circulation sur le droit international de la famille, voir récemment J. Croon-Gestefeld, « Der Einfluss der Unionsbürgerschaft auf das Internationale Familienrecht », *RabelsZ* 86, 2022, p. 32-64.

329. H.-P. Mansel, « Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums », *RabelsZ* 70, 2006, p. 651 ss.

330. Voir en outre, R. Baratta, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *Recueil des cours*, tome 348 (2010), p. 253-500 ; J. Basedow, « La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires », dans P. Lagarde (dir. publ.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, p. 221-229 ; S. Bollée, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *RCDIP* 96/2, 2007, p. 307-356 ; D. Coester-



Néanmoins, il convient de rappeler les différentes catégories de cas reconnues par la jurisprudence :

111. La reconnaissance a d'abord été développée par la CJUE pour le nom d'une personne (*Garcia Avello*<sup>331</sup> et *Grunkin Paul*<sup>332</sup>), puis – à la suite de *Centros*<sup>333</sup>, *Überseering*<sup>334</sup> et *Inspire Art*<sup>335</sup> – pour les sociétés

---

Waltjen, «Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht», *IPRax*, 2006, p. 392-400; K. Funken, *Das Anerkennungsprinzip im internationalen Privatrecht, Perspektiven eines europäischen Anerkennungskollisionsrechts für Statusfragen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, p. 1-400; M. Grünberger, «Alles obsolet? – Anerkennungsprinzip vs. klassisches IPR», dans S. Leible et H. Unberath (dir. publ.), *Brauchen wir eine Rom 0-VO?*, Jena, JWV, 2013, p. 81-160; L. Hübner, «Die Integration der primärrechtlichen Anerkennungsmethode in das IPR», *RabelsZ* 84, 2021, p. 106-145; P. Kinsch, «Recognition in a Form of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law», dans K. Boele-Woelki et al. (dir. publ.), *Convergence and Divergence in Private International Law: Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haye, Eleven International Publishing, 2010, p. 259-276; C. Kohler, «La reconnaissance des situations dans l'Union européenne: le cas du nom patronymique», dans P. Lagarde (dir. publ.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, p. 67-80; P. Lagarde, «La méthode de reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé? Conférence inaugurale, session de droit international privé», *Recueil des cours*, tome 371 (2014), p. 19-42; et du même auteur: «La reconnaissance – mode d'emploi», dans *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon – Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 481-501; «Embryon de Règlement portant Code européen de droit international privé», *RabelsZ* 75, 2011, p. 673-676; *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Actes du colloque international de La Haye du 18 janvier 2013 (2013); M. Lehmann, «Recognition as a Substitute for Conflict of Laws?», dans S. Leible (dir. publ.), *General Principles of European Private International Law*, Zuidpoolsingel, Kluwer Law International, 2016, p. 11-44; J. Leifeld, *Das Anerkennungsprinzip im Kollisionsrechtssystem des internationalen Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, p. 1-240; P. Mankowski, «Primärrechtliche Anerkennungspflicht im Internationalen Familienrecht?», dans K. Hilbig-Lugani et al. (dir. publ.), *Zwischenbilanz, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen*, Bielefeld, Giesecking, 2015, p. 571-585; H.-P. Mansel, «Methoden des internationalen Privatrechts – Personalstatut: Verweisung und Anerkennung», dans M. Gebauer, H.-P. Mansel et G. Schulze (dir. publ.), *Die Person im Internationalen Privatrecht, Liber Amicorum Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, p. 27-46; du même auteur «Anerkennung als Grundprinzip des europäischen Rechtsraums – Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen internationalen Privatrechts?», *RabelsZ* 70, 2006, p. 651-731; P. Mayer, «Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé», dans *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 547-573; Ch. Pamboukis, «La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance», *RCDIP* 97/3, 2008, p. 513-560; G. P. Romano, «La bilatéralité éclipse par l'autorité», *RCDIP* 95/3, 2006, p. 457-520.

331. CJUE 2 octobre 2003, affaire C-148/02 – *Garcia Avello*, *IPRax*, 2004, p. 339.

332. CJUE 14 octobre 2008, affaire C-353/06 – *Grunkin Paul*. Un «rapport de dénomination boiteux» serait contraire à l'article 21 du TFUE: F. Wall, «L'article 21 TFUE contient-il une règle de conflit de lois «cachée»?», *IPRax*, 2010, p. 431, 432.

333. CJUE 9 mars 1999, affaire C-212/97 – *Centros*, *NJW*, 1999, p. 2027.

334. CJUE 5 novembre 2002, affaire C-208/00 – *Überseering*, *NJW*, 2002, p. 3614.

335. CJUE 30 septembre 2003, affaire C-167/01 – *Inspire Art*, *NJW*, 2003, p. 3331.

constituées à l'étranger qui transfèrent leur siège réel sur le territoire domestique (constellations d'arrivée)<sup>336</sup>.

Entre-temps, la méthode est également appliquée aux mariages entre personnes de même sexe (*Coman*<sup>337</sup>) ainsi qu'à la co-maternité (*Pancharevo*<sup>338</sup>).

Il semble que la méthode de reconnaissance s'appliquera également à d'autres statuts<sup>339</sup>. Cependant, des controverses, concernant notamment la reconnaissance de la filiation dans les cas de gestation pour autrui<sup>340</sup> et la reconnaissance de mariages polygames<sup>341</sup>, sont inévitables.

## Par. 2. Effets et limites

112. La reconnaissance vise à intégrer un statut personnel établi à l'étranger dans le cadre de la *lex fori*, raison pour laquelle on peut également parler d'une méthode d'*incorporation*<sup>342</sup>. Toutefois, les modalités de cette incorporation sont controversées :

336. M.-P. Weller, *Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, Zur Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf Scheinauslandsgesellschaften nach "Überseering" und "Inspire Art"*, Cologne, Berlin, Munich, Heymann, 2004 ; L. Hübner, *Kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus "nichtprivilegierten" Drittstaaten*, Baden-Baden, Nomos, 2011.

337. CJUE 5 juin 2018, affaire C-673/16 – *Coman*, note A. Dutta, Anmerkung zu EuGH Urteil v. 5.6.2018, Rs. C-673/16 (*Coman*), *FamRZ*, 2018, p. 1067-1068 ; P. Hammje, «Obligation de reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe conclu dans un Etat membre aux fins d'octroi d'un droit de séjour dérive», *RCDIP* 107, 2018, p. 816-835 ; J. L. Werner, «Das Coman-Urteil des EuGH – Article 21 Abs.1 AEUV als Grundlage eines ordre public européen. – Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 5. Juni 2018», *ZEuP* 27, 2019, p. 803-822.

338. CJUE 14 décembre 2021, affaire C-490/20 – *Pancharevo* ; Voir sur cette décision V. Grifo, ««Pancharevo» : Nationale Identität (Art. 4 Abs. 2 EUV) als Kompetenzschutz im Familienrecht, Entscheidung des EuGH vom 14.12.2021», *ZEuP*, 2022 (à paraître).

339. Voir par exemple, M. Grünberger, «Alles obsolet? – Anerkennungsprinzip vs. klassisches IPR», dans S. Leible et H. Unberath (dir. publ.), *Brauchen wir eine Rom 0-VO?*, Jena, JWV, 2013, p. 81, 128 : «civil status shopping» ; J. von Hein, dans *Municher Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8<sup>e</sup> éd., tome 12, Munich, C. H. Beck, 2020, Article 3 EGBGB, n° 122 ss.

340. Pour plus de détails, voir notamment B. Ditzen et M.-P. Weller (dir. publ.), *Regulierung der Leihmutterschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018 ; K. Duden, *Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015 ; C. Thomale, *Mietmutterschaft – Eine international-privatrechtliche Kritik*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.

341. Cf. sur la polygamie en droit international privé : D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome II, 5<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2021, n° 725, 748 ; B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, 8<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, n° 770 ss, 780.

342. M.-P. Weller, «Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung im IPR und Unternehmensrecht», dans R. Zimmermann (dir. publ.), *Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, p. 191, 205 ss.

- D'une part, on pourrait envisager le modèle de l'*extension* universelle des effets des règles de l'Etat d'origine, tel qu'on le connaît en droit des sociétés ou en droit de l'insolvabilité (art. 20 du règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité<sup>343</sup>)<sup>344</sup>.
- D'autre part, on pourrait également envisager une transposition<sup>345</sup> et donc, une *assimilation* de la situation juridique étrangère au sein des institutions correspondantes de l'Etat de reconnaissance. Entre autres, des discussions pourraient être menées sur le fait de savoir si un mariage homosexuel conclu à l'étranger devrait être transformé en un partenariat de vie enregistré sur le territoire national (*nostrification*)<sup>346</sup>.

On peut finalement se demander si la reconnaissance est soumise soit à l'ordre public du *for*, soit à la formule *Cassis de Dijon* de la CJUE<sup>347</sup>, ou encore, aux deux<sup>348</sup>.

---

343. Règlement (UE) n° 848/2015, 20 mai 2015, relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte): JOUE n° L. 141, 5 juin 2015, p. 19, article 20:

« 1. La décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité visée à l'article 3, paragraphe 1, produit, sans aucune autre formalité, dans tout autre Etat membre les mêmes effets que ceux prévus par la loi de l'Etat d'ouverture, sauf disposition contraire du présent règlement et aussi longtemps qu'aucune procédure visée à l'article 3, paragraphe 2, n'est ouverte dans cet autre Etat membre.

2. Les effets de la procédure visée à l'article 3, paragraphe 2, ne peuvent pas être contestés dans d'autres Etats membres. Toute limitation des droits des créanciers, notamment un sursis de paiement ou une remise de dette, ne peut être opposée, quant aux biens situés sur le territoire d'un autre Etat membre, qu'aux créanciers qui ont exprimé leur accord. »

344. J. von Hein, dans *Municher Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8<sup>e</sup> éd., tome 12, Munich, C. H. Beck, 2020, Article 3 EGBGB, n° 127.

345. De même, Ch. Wendehorst, « Denkschulen im Internationalen Privatrecht », dans B. Fassbender, Ch. Wendehorst, E. de Wet, A. Peters, R. Michaels, Ch. Tietje, H. Merkt, F. Weiss et J. von Hein (dir. publ.), *Paradigmen im internationalen Recht – Implikationen der Weltfinanzkrise für das internationale Recht, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, vol. 45, Heidelberg, C. F. Müller, 2012, p. 33, 45, 51.

346. J. von Hein, dans *Municher Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8<sup>e</sup> éd., tome 12, Munich, C. H. Beck, 2020, Article 3 EGBGB, n° 127.

347. CJUE 20 février 1979, affaire 120/78 – *Cassis de Dijon*, point 8:

« ... Attendue que les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant des disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs. »

348. Lire sur ce point, M. Grünberger, « Alles obsolet? – Anerkennungsprinzip vs. klassisches IPR », dans S. Leible et H. Unberath (dir. publ.), *Brauchen wir eine Rom 0-VO?*, Jena, JWV, 2013, p. 81, 128.

*Par. 3. Fonction correctrice*

113. Pour les besoins de cette étude, il n'est pas nécessaire de répondre à ces questions. Ce qui est essentiel, est plutôt la fonction correctrice de la reconnaissance. En effet, la reconnaissance corrige la méthode de désignation. Si cette dernière conduit (comme dans la majorité des cas) seulement au droit domestique, cela ne tient pas compte du caractère international de la relation juridique qui se pose.

114. Si le droit matériel domestique conduit à un résultat différent de celui qui correspond au statut établi à l'étranger (par exemple, en ce qui concerne le nom ou le statut matrimonial d'une personne), la reconnaissance permet de corriger le problème. Par le biais de la méthode de reconnaissance, le statut établi à l'étranger est ainsi « accepté » par la législation d'accueil. Ce faisant, la méthode de reconnaissance favorise la mobilité des personnes. Elle garantit l'intérêt de ces derniers à ce que certaines situations juridiques continuent d'exister et ce, malgré le déplacement transfrontalier. Dès lors, la reconnaissance contribue à la personne mobile et plurielle de la postmodernité.

*Section III. Considération*

*Par. 1. Méthode synthétique*

115. Outre la reconnaissance, la considération devrait être développée en tant que nouvelle méthode autonome du droit international privé<sup>349</sup>.

Le fait que la méthode de désignation privilégie la *lex fori* ne fait que déplacer le problème de l'extranéité à l'échelle du droit matériel<sup>350</sup>. Selon Heinz-Peter Mansel<sup>351</sup>, on ne peut donc pas éviter une « internationalisation du droit matériel »<sup>352</sup>. La méthode de considération contribue à cette internationalisation du droit substantiel.

116. De plus, la considération se fonde sur le constat que la méthode de désignation, avec son approche analytique et son fractionnement catégoriel des faits, entraîne un effet d'éviction (éviction des lois qui

349. En ce sens également, G. Schulze, « Die Berücksichtigung von Sachnormen als Methode des IPR », conférence donnée à l'Université de Heidelberg le 3 juin 2016.

350. A. Ehrenzweig, « Local and Moral Data in the Conflict of Laws », *Buffalo Law Review* 16, 1966, p. 55 ss.

351. H.-P. Mansel, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität*, Munich, C. H. Beck, 1988, p. 49 s. : « Après avoir attribué la situation de fait à un ordre juridique (nationalisation), celui-ci doit être adapté à ses particularités (internationalisation) ».

352. De même, sur le sujet, D. Looschelders, *Die Anpassung im Internationalen Privatrecht*, Heidelberg, C. F. Müller, 1995, p. 93 ss.

sont proches des faits en question, mais qui ne sont pas désignées et ainsi pas applicables). Cette éviction génère des frictions au niveau de la justice individuelle. Une de ses conséquences sont des contradictions normatives entre le système de droit matériel conçu pour les cas purement internes et le caractère international des questions juridiques<sup>353</sup>.

En raison de ces frictions induites par l'extranéité, des méthodes dites «synthétiques» (Werner Goldschmidt) ont été développées très tôt afin de réduire ces contradictions<sup>354</sup>.

## Par. 2. *Transposition, adaptation, substitution*

117. Les méthodes synthétiques les plus connues ont été découvertes par Hans Lewald<sup>355</sup>. Il s'agit de la transposition, de l'adaptation et de la substitution, trois méthodes de droit international privé qui ne sont utilisées qu'au niveau du droit matériel/droit substantiel.

- La *transposition*<sup>356</sup> consiste à transformer une institution juridique créée dans le pays d'origine, mais qui n'existe pas dans le pays de destination (par exemple, une hypothèque sur une voiture en matière de droit des biens) en une institution juridique fonctionnellement comparable dans le pays de destination (par exemple, un droit de gage ou une propriété à titre de sûreté).
- L'*adaptation* vise à surmonter les contradictions de normes qui résultent de l'application de différents ordres juridiques à des questions juridiques similaires au niveau du droit matériel<sup>357</sup>.

---

353. Cf. C. von Bar et P. Mankowski, *Internationales Privatrecht*, tome I, 2<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2003, paragraphe 4, n<sup>o</sup> 17 ss, 22 : «Adaptation du droit matériel à l'internationalité des faits».

354. W. Goldschmidt, «Die philosophischen Grundlagen des IPR», dans E. von Caemmerer (dir. publ.), *Festschrift für Martin Wolff*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1952, p. 203, 208 ss.

355. H. Lewald, «Règles générales des conflits de lois : Contribution à la technique du droit international privé», *Recueil des cours*, tome 69 (1939), p. 5-146.

356. Sur la transposition, voir J. von Hein, dans *Municher Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8<sup>e</sup> éd., tome 12, Munich, C. H. Beck, 2020, Introduction au DIP n<sup>o</sup> 220 ss ; B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, 8<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, n<sup>o</sup> 400 s. ; D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome I, 5<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2021, n<sup>o</sup> 427, 483 ss.

357. D. Looschelders, *Die Anpassung im Internationalen Privatrecht*, Heidelberg, C. F. Müller, 1995 ; J. von Hein, dans *Municher Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8<sup>e</sup> éd., tome 12, Munich, C. H. Beck, 2020, Introduction au DIP n<sup>o</sup> 262 ss ; M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2020, n<sup>o</sup> 337 ss ; B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, 8<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, n<sup>o</sup> 402 s. ; D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome I, 5<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2021, n<sup>o</sup> 474 s. – Selon la majorité, l'adaptation a lieu soit au niveau du droit des conflits de lois par un rattachement uniforme, soit au

- Dans le cas de la *substitution*, la fonction d'une institution domestique, qui est pertinente dans les conditions d'application d'une norme, est remplie par une institution juridique étrangère<sup>358</sup>. Cela n'est possible que si l'institution étrangère est fonctionnellement comparable à l'institution domestique. L'exemple principal est le remplacement d'un notaire local par un notaire à l'étranger.

118. A titre d'exemple, la Cour fédérale de justice allemande et la Cour de justice de l'Union européenne ont activé la substitution dans l'affaire *Kornhaas*<sup>359</sup>. En l'espèce, le régime de la responsabilité du gérant d'une SARL allemande (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung* = *GmbH*) pour des paiements effectués après le dépôt de bilan, tel que défini en droit allemand pour les GmbH (cf. art/ 64 de la loi allemande relative aux sociétés à responsabilité limitée, *GmbHG*<sup>360</sup>), a été appliqué à une SARL anglaise (une *company limited by shares* = *Ltd.*).

---

niveau du droit matériel par une correction du résultat matériel. Ses conditions et sa méthodologie sont déterminées par les circonstances du cas d'espèce. Il convient alors de distinguer trois cas : le défaut de normes, le cumul de normes et la contradiction de normes. Au niveau du droit des conflits de lois, le conflit de normes peut être résolu, par exemple, par la création d'une règle de conflit de lois complémentaire ou par l'extension d'une des règles de conflit de lois applicables en faveur d'un ordre juridique. Au niveau du droit matériel, il convient d'examiner le résultat de l'application des différents ordres juridiques : si le résultat du conflit de lois n'est approuvé par aucun ordre juridique, s'ils étaient seuls applicables à l'ensemble des faits de la vie, il doit alors être corrigé par le biais d'une création juridique autonome. Cette correction se mesure en fonction des circonstances du cas d'espèce, le résultat devant correspondre à celui qui résulterait de la seule application des différents ordres juridiques. – Voir sur le sujet, C. von Bar et P. Mankowski, *Internationales Privatrecht*, tome I, 2<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2003, paragraphe 7, n° 253 ss ; J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 6<sup>e</sup> éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, paragraphe 34 IV ; K. Thorn, dans Grüneberg (dir. publ.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 81<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2022, Introduction avant art. 3 EGBGB n° 32.

358. La *substitution* consiste à remplacer les éléments constitutifs de la norme nationale par des institutions juridiques étrangères équivalentes sur le plan fonctionnel : J. von Hein, dans *MünchKommBZ zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8<sup>e</sup> éd., tome 12, Munich, C. H. Beck, 2020, Introduction au DIP n° 247 ss ; B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, 8<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, n° 400 s ; D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome I, 5<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2021, n° 478 ss.

359. CJUE 10 décembre 2015, affaire C-594/14 – *Kornhaas*, *NJW*, 2016, p. 223 ; Bundesgerichtshof (BGH), 2 décembre 2014 – Az. II ZR 119/14, *IPRax*, 2015, p. 334 ; à ce sujet M.-P. Weller et L. Hübner, « Haftung für masseverkürzende Zahlungen – Reihweite des Insolvenzstatuts », *NJW*, 2016, p. 225 ; L. Hübner, « Kollisions- und europarechtliche Einordnung von § 64 S. 1 GmbHG », *IPRax*, 2015, p. 297-303 ; M.-P. Weller et A. Schulz, « Die Anwendung des § 64 GmbHG auf Ausländergesellschaften », *IPRax*, 2014, p. 336-340.

360. Article 64, paragraphes 1 et 2, de la loi relative aux sociétés à responsabilité limitée, dans sa version applicable aux faits au principal, disposait :

«(1) En cas d'insolvabilité de la société, les gérants sont tenus d'introduire sans délai, et au plus tard trois semaines après la survenance de l'insolvabilité,

En tant que destinataire de la responsabilité, le *director* de la *Limited* anglaise a pris la place du gérant de la GmbH, bien que seule la responsabilité du dernier soit visée par l'article 64 de la loi allemande relative aux sociétés à responsabilité limitée. Autrement dit, le gérant allemand est *substitué* par le directeur anglais<sup>361</sup>. Une telle substitution d'une figure juridique domestique par une figure juridique étrangère s'impose si la figure à substituer est équivalente en termes de fonctions<sup>362</sup>.

*Par. 3. Local and moral data approach (théorie des dates)*

119. En outre, il est possible de tenir compte de l'élément d'extranéité lors de l'interprétation de clauses générales<sup>363</sup>. Par exemple, on peut prendre en considération des lois de police étrangères conformément à l'article 9, paragraphe 3<sup>364</sup>, du règlement Rome I<sup>365</sup>.

Ces scénarios de la méthode de prise en considération ont été décrits par Albert A. Ehrenzweig<sup>366</sup> comme « *local and moral data approach* »<sup>367</sup>.

---

une demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Ceci vaut également, en substance, s'il s'avère que la société est surendettée.

(2) Les gérants sont tenus de rembourser à la société les paiements effectués après la survenance de l'insolvabilité de la société ou après la constatation de son surendettement... »

361. M.-P. Weller et A. Schulz, «Die Anwendung des § 64 GmbHG auf Auslandsgesellschaften», *IPRax*, 2014, p. 336-340.

362. Sur la substitution lors du changement de forme juridique d'une SARL française en une GmbH allemande, voir notamment, la décision de renvoi à la CJUE du Kammergericht Berlin, 21 mars 2016, Az. 22 W 64/15 ; lire à ce sujet, S. Zwirlein, «Grenzüberschreitender Formwechsel – europarechtlich veranlasste Substitution im UmwG, zugleich Besprechung von KG, Beschluss v. 21.3.2016, 22 W 64/15 », *ZGR*, 2017, p. 114-128.

363. E. Jayme, «Die kulturelle Dimension des Rechts – ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung», *RabelsZ* 67, 2003, p. 211, 224 ; E. Fohrer-Dedeurwaerder, *La prise en considération des normes étrangères*, Paris, LGDJ, 2008.

364. Article 9, paragraphe 3, du règlement Rome I :

« Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application ».

365. C. Thomale, «Griechische Spargesetze vor deutschen Arbeitsgerichten – Verwirrung um Art. 9 Abs. 3 Rom I-Verordnung », *EuZA*, 2016, 116 ss.

366. A. Ehrenzweig, «Local and Moral Data in the Conflict of Laws », *Buffalo Law Review* 16, 1966, p. 55-60 ; du même auteur, *Private International Law, General Part*, Leyden, New York, 1967 (Third printing 1974), p. 75 ss, 91 ss.

367. Lire sur la théorie des dates, C. Harms, *Die Neuauflage der Datumtheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019 ; F. Maultzsch, dans *Beck'scher Online Großkommentar*, version du 1<sup>er</sup> mars 2022, Munich, C. H. Beck, Article 17, Rome II, n° 4, 62. – Voir, à

Cette «théorie des dates étrangère»<sup>368</sup> se fonde pour sa part sur la «théorie des deux niveaux du droit international privé»<sup>369</sup>. Selon elle, le caractère international de la question juridique (à savoir l'élément d'extranéité) doit être pris en considération tant au niveau des conflits de lois (avec la méthode de désignation) qu'au niveau du droit matériel : «Après avoir attribué la situation à un ordre juridique (nationalisation), celui-ci doit être adapté à ses particularités (internationalisation)»<sup>370</sup>.

120. L'idée de date étrangère trouve son origine aux Etats-Unis<sup>371</sup>. En Allemagne, elle a été développée notamment par Erik Jayme<sup>372</sup>. La théorie part du principe que les règles juridiques étrangères peuvent être appliquées sur le territoire domestique de deux manières différentes : d'une part, en tant que normes décisionnelles étrangères (*rules of decision*) déterminées applicables par la technique classique de désignation. D'autre part – selon nous, ce point constitue l'innovation de la théorie des dates – au niveau du droit matériel en tant que simple

---

titre d'exemple, sur la théorie des dates dans le cadre de l'état d'urgence, M.-P. Weller, *Die Grenze der Vertragsstrenge von (Krisen-)Staaten, Zur Einrede des Staatsnotstands gegenüber privaten Anleihegläubigern*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013. – Sur la délimitation de la théorie des dates et de la substitution, voir également M.-P. Weller, «GmbH-Anteilsabtretungen in Basel», *ZGR*, 2014, p. 865, 875 ss.

368. M.-P. Weller, «Das Individuum und die Datumtheorie: Die "personne plurielle" der Postmoderne als Herausforderung des binären IPR», dans M. Gebauer, H.-P. Mansel et G. Schulze (dir. publ.), *Die Person im Internationalen Privatrecht, Liber Amicorum Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, p. 53-84.

369. Lire à ce sujet, H.-J. Heßler, *Sachrechtliche Generalklausel und internationales Familienrecht – Eine zweistufige Theorie des Internationalen Privatrechts*, Munich, C. H. Beck, 1985, p. 59 ss, 99 s.; E. Jayme, «Die kulturelle Dimension des Rechts – ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung», *RabelsZ* 67, 2003, p. 211, 224 s.; D. Looschelders, *Die Anpassung im Internationalen Privatrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 1995, p. 93 s.; F. Maultzsch, dans *Beck'scher Online Großkommentar*, version du 1<sup>er</sup> mars 2022, Munich, C. H. Beck, Article 17, Rome II, n° 4; M.-P. Weller, «Internationales Unternehmensrecht 2010 – IPR-Methodik für grenzüberschreitende gesellschaftsrechtliche Sachverhalte», *ZGR*, 2010, p. 679, 694 s.

370. H.-P. Mansel, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität*, Munich, C. H. Beck, 1988, p. 49 ss.

371. B. Currie, «On the Displacement of the Law of the Forum», dans *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, Duke Univ. Press, 1963, p. 67 ss; A. Ehrenzweig, «Local and Moral Data in the Conflict of Laws», *Buffalo Law Review* 16, 1966, p. 55-60; du même auteur, *Private International Law, General Part*, Leyden/New York 1967 (Third printing 1974), p. 75 ss, 91 ss.

372. E. Jayme, «Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen – Betrachtungen zu Ehrenzweigs Datum-Theorie», dans E. Jayme (dir. publ.), *Gedächtnisschrift für Albert A. Ehrenzweig*, Karlsruhe, Müller, 1976, p. 35 ss; voir aussi M.-P. Weller, «Das Individuum und die Datumtheorie: Die "personne plurielle" der Postmoderne als Herausforderung des binären IPR», dans M. Gebauer, H.-P. Mansel et G. Schulze (dir. publ.), *Die Person im Internationalen Privatrecht, Liber Amicorum Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, p. 53-84.



fait (*datum*) qui, comme d'autres faits, participe au processus de subsumption sous la norme décisionnelle domestique<sup>373</sup>.

121. Un exemple évident est celui des normes de diligence et de comportement liées au lieu, désignées en tant que *local data*. Il est permis de citer, par exemple, les règles de circulation régissant un accident à l'étranger<sup>374</sup>. Si, selon l'article 4, paragraphe 2, du règlement Rome II<sup>375</sup>, le statut délictuel domestique est applicable, alors les règles de circulation du pays de l'accident s'appliquent au moyen de la théorie des dates (cf. art. 17 du règlement Rome II<sup>376</sup>). La théorie des dates ouvre alors aux tribunaux un pouvoir d'appréciation leur permettant de « considérer », dans le cadre de la *lex causae*, des règles d'un ordre juridique qui n'a pas été déterminé à s'appliquer au niveau des règles de conflits, mais avec lequel les faits (l'accident) présentent une proximité particulière<sup>377</sup>.

122. Toutefois, les *data* étrangers ne doivent être utilisées que pour concrétiser les conditions de la règle de fond nationale (par exemple, la condition de « faute »). La *conséquence juridique* (par exemple, le montant des dommages et intérêts) est exprimée de manière autonome par la règle de la *lex causae*<sup>378</sup>.

373. E. Jayme, *op. cit.*, p. 35, 40, 43.

374. T. Pfeiffer, « Datumtheorie und "local data" in der Rom II-VO – am Beispiel von Straßenverkehrsunfällen », dans R. Michaels et D. Solomon (dir. publ.), *Liber amicorum Klaus Schurig*, Munich, Sellier, 2012, p. 229, 230; D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome II, 5<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2021, n° 1008.

375. Article 4, paragraphe 2, du règlement Rome II :

« Toutefois, lorsque la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage, la loi de ce pays s'applique. »

376. Article 17 du règlement Rome II :

« Pour évaluer le comportement de la personne dont la responsabilité est invoquée, il est tenu compte, en tant qu'élément de fait et pour autant que de besoin des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité. »

Voir également le cas pratique, *supra* n° 50.

377. J. von Hein, « Die Behandlung von Sicherheits- und Verhaltensregeln nach Art. 17 der Rom II-Verordnung », dans H. Kronke *et al.* (dir. publ.), *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, Giesecking, 2011, p. 139 ss; T. Pfeiffer, « Datumtheorie und "local data" in der Rom II-VO – am Beispiel von Straßenverkehrsunfällen », dans R. Michaels et D. Solomon (dir. publ.), *Liber amicorum Klaus Schurig*, Munich, Sellier, 2012, p. 229, 235; D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome II, 5<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2021, n° 1008; T. Vignal, *Droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2021, n° 105 ss.

378. M.-P. Weller, « Das Individuum und die Datumtheorie: Die "personne plurielle" der Postmoderne als Herausforderung des binären IPR », dans M. Gebauer, H.-P. Mansel et G. Schulze (dir. publ.), *Die Person im Internationalen Privatrecht, Liber Amicorum Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, p. 53-84.

123. La théorie des dates saurait également être illustrée par une procédure pour délit d'initié qui a été menée en France contre la société allemande Daimler SA<sup>379</sup>. Daimler avait cédé une participation financière dans la société néerlandaise EADS NV.

A l'époque, un membre du directoire de Daimler siégeait également au conseil d'administration d'EADS (il s'agit ici d'un «double mandat»). Chez EADS, on discutait déjà des problèmes liés à la livraison de l'Airbus A380, après l'annonce desquels le cours boursier d'EADS a chuté. Il se posait alors la question juridique de savoir si Daimler devait être considéré comme ayant eu pré-connaissance des problèmes de l'A380 en raison du double mandat de son membre du directoire.

Chez Daimler, l'attribution des connaissances est régie par la *lex societatis* allemande. Toutefois, l'attribution n'a pas lieu si le détenteur des connaissances est soumis à une obligation de confidentialité. Les membres des organes de direction sont soumis à des obligations de confidentialité tant en Allemagne qu'aux Pays-Bas.

Dans le cas présent, le problème méthodologique consistait à savoir si l'obligation de confidentialité prévue par la *lex societatis* néerlandaise, applicable à EADS, était pertinente, étant donné que le droit néerlandais avait été évincé au niveau de la désignation du droit applicable.

Toutefois, l'obligation de confidentialité néerlandaise pouvait être prise en considération dans le cadre de la *lex societatis* allemande, cette obligation de confidentialité néerlandaise étant une donnée étrangère dans le sens d'une limite d'attribution de connaissances. De ce fait, cette prise en considération de la règle néerlandaise au sein du droit allemand a pour conséquence qu'il n'y avait pas de délit d'initié.

#### *Par. 4. Élément de coopération judiciaire (art. 81 TFUE)*

124. Les méthodes synthétiques susmentionnées – de la transposition à la théorie des dates en passant par la transposition et la substitution – peuvent être regroupées sous le terme générique de «considération».

Ce terme de considération est notamment utilisé dans différents actes de droit dérivé de l'Union européenne adoptés en matière de conflit de lois (par exemple, art. 9, par. 3 du règlement Rome I et article 17 du règlement Rome II<sup>380</sup>).

379. M.-P. Weller, «Wissenszurechnung in grenzüberschreitenden Unternehmensstrafverfahren», *ZGR*, 2016, p. 384-413.

380. F. Maultzsch, dans *Beck'scher Online Großkommentar*, version du 1<sup>er</sup> mars 2022, Munich, C. H. Beck, Article 17, Rome II n° 60 :

125. Néanmoins, il ne s'agit pas seulement d'une classification conceptuelle et systématique. La classification en tant que méthode de droit international privé<sup>381</sup> – et pas seulement en tant que mode d'interprétation du droit national respectif – soulèverait également des questions de compétence.

La question de compétence au niveau de l'Union européenne se pose, s'il devait un jour être question d'une codification européenne des doctrines générales de droit international privé.

En effet, la considération était définie comme un élément supplémentaire de la «coopération judiciaire en matières civiles ayant une incidence transfrontalière», l'Union européenne disposerait à cet égard, en vertu notamment de l'article 81 TFUE<sup>382</sup>, d'une

---

«... la conséquence juridique de l'article 17 ne consiste pas en ce que les règles de sécurité et de comportement étrangères au statut du lieu de survenance du fait générateur de responsabilité devraient être rattachées séparément au niveau du droit des conflits de lois. Au contraire, elles ne doivent être utilisées qu'au niveau du droit matériel dans le cadre des faits générateurs de responsabilité qui sont applicables en vertu des articles 4 et suivants. Cela résulte non seulement du libellé de la norme («il est tenu compte, en tant qu'élément de fait»), mais aussi de la genèse, selon laquelle les règles de sécurité et de comportement en question ne sont pas «à appliquer», mais doivent être «prises en compte comme un élément de fait» dans le cadre de la *lex causae*; le même auteur, dans *Beck'scher Online Großkommentar*, version du 1<sup>er</sup> mars 2022, Munich, C. H. Beck, Article 17 Rome II, n° 67: «Pour l'examen de l'adéquation, ce sont surtout le contenu des règles de sécurité et de comportement étrangères au statut et l'aspect des conséquences de leur prise en compte par rapport à une application non modifiée de la *lex causae* au sens des articles 4 et suivants qui peuvent être importants. Il existe à cet égard une certaine parenté avec la règle de l'article 9, paragraphe 3, deuxième phrase, du règlement Rome I, selon laquelle il convient de tenir compte, en vue de l'application de normes d'intervention étrangères au *forum*, de la nature et du but de ces normes et des conséquences de leur application ou de leur non-application. Néanmoins, certaines différences subsistent, car dans le cadre de l'article 9, paragraphe 3, deuxième phrase, du règlement Rome I, il faut typiquement décider, sur la base d'une décision discrétionnaire, d'un éventuel rattachement spécial, en droit des conflits de lois, des normes d'intervention étrangères au *forum*, alors qu'il s'agit, dans le cadre de l'article 17, d'une prise en compte, sur le plan du droit matériel, des règles locales de sécurité et de comportement, qui est certes soumise à un filtre d'adéquation nécessitant une concrétisation, mais pas à un pouvoir d'appréciation du juge au sens strict».

381. De manière similaire (bien que sans référence à l'article 81 TFUE), D. Looschelders, *Die Anpassung im Internationalen Privatrecht*, Heidelberg, C. F. Müller, 1995, p. 93 s., selon lequel les règles de conflit de lois ne déterminent pas seulement le droit matériel applicable, mais également une application de celui-ci correspondant aux particularités de la situation à l'étranger.

382. Article 81 TFUE :

«1. L'Union développe une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires. Cette coopération peut inclure l'adoption de mesures de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres.

compétence<sup>383</sup> réglementaire qu'elle ne détient actuellement pas pour les questions purement factuelles dans le domaine du droit privé<sup>384</sup>.

---

2. Aux fins du paragraphe 1, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent, notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, des mesures visant à assurer :

- a) la reconnaissance mutuelle entre les Etats membres des décisions judiciaires et extrajudiciaires, et leur exécution ;
- b) la signification et la notification transfrontières des actes judiciaires et extrajudiciaires ;
- c) la compatibilité des règles applicables dans les Etats membres en matière de conflit de lois et de compétence ;
- d) la coopération en matière d'obtention des preuves ;
- e) un accès effectif à la justice ;
- f) l'élimination des obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les Etats membres ;
- g) le développement de méthodes alternatives de résolution des litiges ;
- h) un soutien à la formation des magistrats et des personnels de justice.

3. Par dérogation au paragraphe 2, les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière sont établies par le Conseil, statuant conformément à une procédure législative spéciale. Celui-ci statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen.

Le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter une décision déterminant les aspects du droit de la famille ayant une incidence transfrontière susceptibles de faire l'objet d'actes adoptés selon la procédure législative ordinaire. Le Conseil statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen.

La proposition visée au deuxième alinéa est transmise aux parlements nationaux. En cas d'opposition d'un parlement national notifiée dans un délai de six mois après cette transmission, la décision n'est pas adoptée. En l'absence d'opposition, le Conseil peut adopter ladite décision. »

383. M. Rossi, dans Ch. Calliess et M. Ruffert (dir. publ.), *Kommentar zu EUV/AEUV*, 6<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2022, article 81 AEUV (= TFUE), n° 16 : « Toutes les règles de droit international privé et de procédure civile ainsi que de droit général de procédure civile sont couvertes par la base juridique, mais pas le droit matériel » ; S. Leible, dans R. Streinz (dir. publ.), *Kommentar zu EUV/AEUV*, 3<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2018, article 81 AEUV (= TFUE), n° 44 : « L'harmonisation du droit civil matériel ne peut pas être fondée sur l'article 81 TFUE ».

384. L'UE n'a pas de compétence générale en matière d'harmonisation du droit privé, lire sur ce point : M. Rossi, dans Ch. Calliess et M. Ruffert (dir. publ.), *Kommentar zu EUV/AEUV*, 6<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2022, article 81 AEUV (= TFUE), n° 16 ; S. Leible, dans R. Streinz (dir. publ.), *Kommentar zu EUV/AEUV*, 3<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2018, article 81 AEUV (= TFUE), n° 44 s.

## CHAPITRE VI

### CONSIDÉRATION FINALE

126. Pour conclure, il faut revenir à la question initiale : « quel est l'avenir de la théorie générale des conflits de lois ? »<sup>385</sup>

Selon nous, la thèse du déclin du droit international privé exposée au début<sup>386</sup> n'est pas convaincante. Au contraire, les thèmes de notre époque sont *ratione materiae* transnationaux ; il suffit de rappeler la fonction intégratrice du droit international privé quant aux flux migratoires mondiaux.

Sous l'influence des sociétés ouvertes et multiculturelles de l'ère postmoderne, le centre de gravité du conflit de lois s'est déplacé : de « l'espace à l'individu », d'une part, et d'une désignation neutre en termes de valeurs à une désignation politisée, d'autre part.

127. La méthode traditionnelle de « désignation », en elle-même, – parce qu'elle opère de manière trop schématique (effet d'éviction des législations concurrentes) – est insuffisante pour tenir compte de ces évolutions. Compte tenu de la personne plurielle de la postmodernité, une correction complémentaire de la méthode de désignation est nécessaire : les méthodes de « reconnaissance » et de « considération » contribuent en ce sens à garantir la justice internationale dans les cas transfrontaliers particuliers.

128. Il est donc nécessaire de constater que les méthodes de droit international privé se sont démultipliées. A la lumière de nos considérations, trois grandes méthodes cohabitent aujourd'hui : « désignation, reconnaissance et considération ».

On peut ainsi parler de la « méthode tripartite » du droit international privé.

---

385. T. Azzi et O. Boscovic (dir. publ.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

386. Cf. *supra* n° 3.

