

LA COMBINAISON DES AUTONOMIES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DES CONTRATS

Étude des interactions entre le choix de juridiction et le choix de loi

La thèse entend étudier les rapports entre les différents types d'autonomies que le droit international privé des contrats reconnaît aux parties pour décider non seulement de la loi ayant vocation à régir leur contrat, du juge compétent pour statuer sur les litiges qui pourraient en découler, mais aussi, dans l'approche retenue, pour fixer la teneur de leurs droits et obligations respectifs. À cette fin, la thèse a recours à une terminologie particulière : l'expression d'autonomie « conflictuelle » désigne la faculté de choix de loi (autonomie conflictuelle « à objet législatif ») ainsi que la faculté de choix de juridiction (autonomie conflictuelle « à objet juridictionnel ») quand l'expression d'autonomie « substantielle » désigne, pour sa part, la liberté contractuelle dont les parties disposent, et qui est configurée par les choix effectués par les parties sur le plan conflictuel. Le choix de cette terminologie a pour but d'intégrer la liberté contractuelle (autrement dénommée « autonomie substantielle », donc) dans le champ du droit international privé des contrats. Ceci pour souligner la manière dont les parties peuvent, au moyen de leurs autonomies conflictuelles, poser elles-mêmes le cadre légal de cette liberté, dans une mesure qui appelle parfois un encadrement.

Pour établir les bases scientifiques de cette approche globale de l'autonomie en droit international privé des contrats, un certain nombre de présupposés méthodologiques classiques doivent être questionnés. En effet, en raison de la distinction fondamentale entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable, ainsi que du principe de priorité de la résolution de la première question sur celle de la seconde, certaines interactions entre celles-ci, sans être ignorées, sont négligées en droit international privé des contrats. Le choix de juridiction et le choix de loi restent en effet principalement étudiés de manière étanche. La même étanchéité caractérise, dans l'approche dichotomique classique, les rapports entre les autonomies conflictuelles et l'autonomie substantielle. Il est certes admis que la règle de conflit de lois concerne indirectement le contenu des droits et obligations convenus par les parties parce qu'elle en désigne, au moins en partie, la source et le cadre législatifs. Toutefois, la règle de compétence juridictionnelle, pour sa part, est réputée ne concerner que la procédure. En réalité, des liens d'interdépendance unissent intimement ces différentes dimensions. La volonté des parties agit comme un agent tantôt révélateur tantôt créateur des interactions entre les autonomies conflictuelles et l'autonomie substantielle. En effet, les parties s'émancipent aisément et volontiers des présupposés méthodologiques de la matière, pour faire, par exemple, dépendre à la fois leur choix de loi et leur choix de juridiction de considérations substantielles.

La thèse entend donc revenir sur les principes méthodologiques du droit international privé français qui reposent sur une logique dichotomique, pour préconiser une approche moins grillagée et plus combinatoire, de manière à mieux mettre en évidence les interactions entre le choix de for et le choix de loi, ainsi que leurs effets sur l'étendue de l'autonomie substantielle des parties. Les mérites prêtés à cette appréhension différente du droit international privé des contrats sont de permettre une meilleure compréhension des enjeux du choix de juridiction et du choix de loi, ainsi qu'une meilleure visibilité sur les objectifs poursuivis par les parties,

de manière à montrer la nécessité pour le droit international privé de prendre parti sur ce qui relève d'une optimisation digne d'être encouragée de ce qui s'apparente à une forme d'abus de l'autonomie qu'il reconnaît aux parties. L'opportunité d'une telle approche se prolonge sur le terrain des solutions concrètement envisageables, s'agissant du régime juridique du choix de juridiction et du choix de loi. Ce régime juridique devrait se faire le reflet de leurs interactions et de leur influence sur la liberté des parties de définir la substance de leurs droits et obligations, de manière à régler efficacement les questions de droit qui peuvent en découler. Il s'agit de maintenir la distinction entre l'autonomie conflictuelle et l'autonomie substantielle *intégrale*, autre dénomination du contrat sans loi.

La démonstration se structure en deux parties. La première a pour objet de mettre en évidence *les insuffisances du modèle dichotomique* à l'aune duquel le choix de juridiction et le choix de loi, ainsi que leurs rapports avec la liberté contractuelle, sont traditionnellement appréhendés. La seconde partie cherche ensuite à établir *la nécessité d'un modèle combinatoire* d'appréhension et de réglementation des interactions entre ces versions de l'autonomie des parties.

I- Les insuffisances du modèle dichotomique se manifestent à deux égards.

En premier lieu, ce modèle tend à *éclipser les liens d'internormativité existant entre l'ordre arbitral et l'ordre étatique*. En raison de l'autonomie reconnue à l'ordre arbitral, particulièrement en droit français, les parties y jouissent d'une autonomie procédurale, conflictuelle et substantielle incontestablement plus vaste que lorsqu'elles restent soumises à la justice étatique. Dans sa version la plus extrême – et erronée – cette présentation laisse entendre que la normativité étatique n'aurait pratiquement pas droit de cité dans l'ordre arbitral, les arbitres étant par essence les organes d'application d'une normativité privée transnationale, et que les parties à l'arbitrage, réputées vouloir s'extraire entièrement de l'emprise législative, pourraient s'y offrir une autonomie substantielle intégrale.

La thèse montre au contraire qu'une *prégnance de la normativité étatique, y compris impérative et contraignante, s'observe dans l'ordre arbitral*. L'introduction de la normativité étatique peut être le fait des parties elles-mêmes (qui ont plus fréquemment recours à la loi étatique qu'à la normativité non-étatique ou à la *lex mercatoria*), ou des arbitres (qui emploient majoritairement la méthode conflictuelle pour déterminer la loi applicable, et qui savent mettre à l'écart la loi choisie au nom d'une loi de police ou de l'ordre public international lorsque cela s'impose).

Réciproquement, *l'ordre étatique, ouvert à la normativité étrangère, l'est aussi à l'égard de la normativité d'origine privée ou non étatique*. L'interdiction faite aux parties de soumettre leur contrat à une normativité non-étatique est ainsi compensée par l'arsenal de mécanismes contractuels laissés à la libre disposition des parties (faculté illimitée de choisir la loi et d'en changer à tout moment, de dépecer le contrat, d'y incorporer des normes non-étatique au titre de stipulations contractuelles, etc.), au point d'offrir aux parties une autonomie substantielle quasi-intégrale.

En somme, la thèse entend montrer dans ce premier titre que l'écueil d'une occultation de ces liens d'internormativité entre l'ordre étatique et l'ordre arbitral est de ne pas permettre de situer

avec acuité le problème du glissement des règles de droit international privé des contrats vers un octroi indésirable et involontaire d'une autonomie substantielle intégrale aux parties. Ce problème concerne bien davantage l'ordre étatique que l'ordre arbitral.

En second lieu, le modèle dichotomique *occulte les liens d'interdépendance entre les autonomies conflictuelles et substantielles*.

D'une part, *le choix de juridiction présente des enjeux substantiels*, dans la mesure où il permet aux parties de poser le cadre légal de leur autonomie substantielle, composé à la fois de l'ordre public de la *lex contractus* choisie (dont le droit international privé du for élu détermine la validité) et de celui de la *lex fori* (fixé par le choix de for). La thèse développe l'idée qu'à suivre cette logique, le choix de juridiction peut se présenter comme le choix indirect d'un régime substantiel pour les droits et obligations des parties. En conséquence, la violation de la clause de choix de juridiction, susceptible de bouleverser l'économie substantielle du contrat, appelle un régime tenant compte de cette donnée. À ce titre, les mérites d'outils procéduraux préventifs et vigoureux sont relevés (injonctions contre-procès), et des palliatifs dissuasifs sont préconisés (dommages-intérêts) en sus du remède consistant pour le juge saisi en violation de la clause de choix de juridiction à décliner au plus vite sa compétence au profit du juge élu.

D'autre part, *le choix de loi est susceptible d'avoir une influence sur le choix de juridiction*. Sur un plan technique, d'abord, cette influence résulte de l'applicabilité de la *lex contractus* à la validité au fond de la clause de choix de for. D'un point de vue pratique, ensuite, certains juges, comme le juge anglais par exemple, admettent (bien plus volontiers que le juge français) l'influence de l'applicabilité de la *lex fori* sur leur propre compétence, y compris en présence d'une clause de choix de juridiction. Le choix de la *lex fori* comme *lex contractus* influence donc à la hausse l'efficacité du choix de for. Enfin, la loi applicable au fond peut orienter le choix de juridiction. Des parties souhaitant avant toute chose bénéficier d'un régime légal donné n'auraient par exemple pas tort d'élire parallèlement le juge du même ordre juridique (*forum legis*) pour en garantir l'application la plus orthodoxe possible. D'autres parties, souhaitant prendre une maîtrise maximale sur la substance de leurs droits et obligations, pourraient choisir un juge étranger dépourvu de liens de proximité avec le contrat. Dans ce cas, la thèse tente de démontrer que le choix d'un juge neutre s'apparente au choix d'un arbitre public, appelé à mettre en œuvre un régime contractuel confectionné sur mesure par les parties. En observant la maîtrise que peuvent prendre les parties sur l'ensemble des aspects, conflictuels et substantiels, du régime juridique de leur contrat, la thèse met en relief la nécessité pour le droit international privé de se doter d'outils de gestion de ce phénomène. À cette fin, tirer les conséquences de la logique profondément combinatoire des autonomies permettrait sans doute de répondre de manière plus efficace à certaines difficultés qui se posent en droit international privé des contrats, et en particulier à celle de la frontière – poreuse – entre l'exercice combinatoire de l'autonomie conflictuelle et la quête d'une autonomie substantielle intégrale.

II- Il résulte des liens d'interdépendance mis en lumière dans la première partie de la thèse une nécessité d'appréhender selon un modèle combinatoire les diverses dimensions de l'autonomie reconnue aux parties par le droit international privé des contrats.

Ce modèle repose **en premier lieu** sur *l'identification de la combinaison des autonomies comme une catégorie d'objets juridiques*. Définie comme l'articulation d'un choix de juridiction et d'un choix de loi en vue de fixer le régime conflictuel du contrat et, surtout, le cadre de l'autonomie substantielle, cette catégorie repose sur une prise de distance par rapport à la distinction de la compétence juridictionnelle, de la loi applicable et de la substance des droits et obligations des parties.

Dans l'élaboration scientifique de ce cadre conceptuel, la thèse prend la précaution préalable de se décentrer provisoirement de son objet strict pour étudier les rapports entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable dans l'ensemble du droit international privé. Cette étude historiographique et comparative des rapports entre le *forum* et le *jus* poursuit divers objectifs : renforcer l'idée que leur distinction est poreuse ; rappeler que leur réunion volontaire est un résultat non anormal de la mise en œuvre des règles de droit international privé et dépourvu de toute nécessité tirée du principe de souveraineté ; préciser la portée du discours doctrinal relatif à la distinction de la compétence juridictionnelle et de la loi applicable, pour établir les bases d'une étude *a priori* égalitaire des divers types de combinaison des autonomies.

Les parties sont libres de configurer les rapports entre le *forum* et le *jus* comme bon leur semble et, parfois, de manière à obtenir un résultat substantiel donné. La catégorie des combinaisons effectuées est ainsi virtuellement illimitée, mais la thèse s'emploie à en systématiser les grandes familles. À ce titre, une distinction est proposée entre la *combinaison homogène* par laquelle les parties désignent le même ordre juridique ou normatif pour la compétence juridictionnelle et la loi applicable, et la *combinaison hétérogène*, dans laquelle ces deux pôles sont attribués à deux ordres juridiques ou normatifs différents. Au sein de chacune de ces grandes familles, une typologie supplémentaire est permise en fonction de la nature de l'organe juridictionnel désigné (étatique ou non), de la normativité choisie (étatique ou non) et de la plus ou moins grande complexité des agencements opérés (unicité ou pluralité des ordres normatifs désignés, présence ou absence de liens entre les ordres et systèmes normatifs désignés et le contrat). Une évaluation des avantages et des inconvénients des types de combinaison est également entreprise. À ce titre, la thèse s'attache à mettre en lumière les avantages de la combinaison homogène, c'est-à-dire de la réunion volontaire du *forum* et du *jus*, en termes de sécurité juridique et de stabilité du régime contractuel.

Ayant établi les soubassements théoriques et les avantages pratiques de la catégorie « combinaison » et ayant dépeint les objectifs auxquels les sous-catégories peuvent répondre, la thèse s'attache, **en second lieu**, à l'étude du *régime juridique de la combinaison*. Ce régime est susceptible de varier en fonction de la nature de la combinaison, mais tel n'est pas toujours le cas puisque des combinaisons de type divers (homogène ou hétérogène) peuvent soulever des enjeux similaires (toujours sous l'angle de la prohibition de l'autonomie substantielle intégrale). La réflexion sur le régime juridique de la combinaison distingue les questions qui se posent dans l'instance directe et dans l'instance indirecte, en privilégiant, sans toutefois s'y limiter absolument, le point de vue de l'ordre juridique français.

Dans l'instance directe, le problème de la désactivation d'une loi de police française est au cœur des préoccupations de la thèse. Il s'agit alors de faire preuve de nuance : sans préconiser de tirer un trait sur la jurisprudence *Monster Cable*, la thèse envisage des exceptions à la règle selon laquelle l'applicabilité d'une loi de police française ne saurait interférer avec la validité

et l'efficacité d'une clause désignant un juge étranger devant lequel l'application de cette loi de police est très sérieusement compromise. À ce titre, la mise à l'écart ponctuelle *de la clause de choix de juridiction* est proposée, en fonction de conditions relevant d'une logique combinatoire, agençant des considérations liées à la compétence juridictionnelles, à la loi applicable et à l'instance indirecte. Pour l'ordre juridique français, la question de l'impérativité internationale des lois de police n'est pas limitée aux lois de police françaises. La thèse défend l'idée que le juge français peut être appelé à réagir contre une combinaison des autonomies portant atteinte à une loi de police *étrangère*. Sur ce point, la mise à l'écart *de la clause de choix de loi* et l'application de la loi de police étrangère par le juge français sont défendues. Dans ce contexte, finalement, c'est la dualité de régime des lois de police fondée sur leur origine (locale ou étrangère) qui est remise en question, et critiquée. L'étude ne se limite toutefois pas au problème de la désactivation de l'applicabilité des lois de police au moyen de la combinaison astucieuse d'un choix de for et d'un choix de loi. D'autres difficultés sont abordées. Par exemple, celle du dépeçage excessif dans le contexte d'une combinaison hétérogène. Un tel dépeçage partage en effet des traits communs avec l'autonomie substantielle intégrale, appelant dès lors des limites, et un contrôle. À ce titre, comme pour d'autres difficultés abordées (garantir l'impérativité internationale du critère d'applicabilité des lois de police notamment), la thèse préconise d'avoir recours à la notion d'*ordre public conflictuel*, celui-ci étant appelé à limiter l'exercice, par les parties, de leurs autonomies conflictuelles. *Dans l'instance indirecte*, le produit de la combinaison des autonomies, c'est-à-dire la décision rendue par le juge élu, ou par le juge saisi en violation de la clause de choix de juridiction, est en cause. Il est avancé que cette décision mérite parfois de se heurter à un refus de reconnaissance de la part du juge français. Tel peut être le cas, premièrement lorsque la décision a été rendue au mépris d'une loi de police (du for ou étrangère) et, deuxièmement, lorsqu'elle a été rendue en violation d'une clause de choix de juridiction (étatique ou arbitrale). Une évolution du droit positif, dans le sens d'un renforcement du contrôle, est alors défendue. Cette évolution pourrait passer par une revivification de la réserve de la fraude et par un approfondissement du contrôle de conformité de la décision à l'ordre public international, ce dernier s'entendant alors moins dans une dimension procédurale ou de fond que dans un sens conflictuel, s'agissant, ici encore, de régler l'usage fait par les parties de leurs autonomies conflictuelles.

En conclusion, parce que la volonté des parties transcende les présupposés méthodologiques du droit international privé des contrats, une représentation théorique permettant de rendre compte de ce phénomène et de l'appréhender sur le plan pratique est nécessaire. Les combinaisons effectuées par les parties entre les diverses formes d'autonomies que le droit international privé des contrats leur reconnaît appelle, de la part de ce dernier, une réglementation adaptée. Les ajustements concrets proposés le sont encore au sein des outils classiques de la théorie générale du droit international privé, ce qui permet raisonnablement, pour l'avenir, d'être optimiste quant à leur possible réalisation.