

Gian Paolo Romano

Le dilemme du renvoi en droit international privé

La thèse, l'antithèse et
la recherche d'une synthèse



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

LGDJ
lextensoéditions

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES

§ 2015

Sommaire

Introduction	1
---------------------------	----------

Première Partie

Thèse, antithèse et recherche d'une synthèse

Titre I : Thèse et antithèse	17
---	-----------

Titre II : Recherche d'une synthèse	45
--	-----------

Deuxième Partie

La synthèse et le droit positif

Titre I : Compatibilité de la synthèse avec les solutions législatives	277
---	------------

Titre II : Compatibilité de la synthèse avec les solutions jurisprudentielles	345
--	------------

Synthèse	659
-----------------------	------------

Table des matières

Préface (Bertrand Ancel)	V
Remerciements	XI
Sommaire	XIII
Table des matières	XV
Abréviations	XXIII
Introduction	1
Première Partie	
Thèse, antithèse et recherche d'une synthèse	15
Titre I : Thèse et antithèse	17
Section I : Énoncé de la thèse et de l'antithèse	17
§ 1. La thèse ou position	18
§ 2. L'antithèse ou opposition	18
Section II : Pertinence et insuffisance des thèse et antithèse	19
§ 1. L'argument logique ou fondé sur la nature de la règle de conflit	19
§ 2. L'argument juridique : de l'argument du respect à l'argument de l'abandon	25
A - Argument du respect du droit étranger avancé par la thèse	25
B - Argument de l'abandon avancé par l'antithèse	31
§ 3. L'argument pratique ou fondé sur l'harmonie des solutions et sur l'extension du domaine de la loi du for	35
A - Harmonie des solutions	35
B - Efficacité augmentée de la loi du for	40
Conclusions du Titre I	43
Titre II : Recherche d'une synthèse	45
Chapitre 1 : La forme de la règle chargée de trancher le conflit de renvoi	58
Section I : L'antinomie internationale (ou conflit international de lois) et ses méfaits	58
Sous-section 1 : Le concept d'antinomie internationale	58
§ 1. Définition de l'antinomie internationale	59
§ 2. Essence de l'antinomie internationale : articulation entre conflit de prétentions privées et conflit de prétentions étatiques	63
A - Autonomie de la volonté étatique et autonomie de la volonté individuelle	63
B - Du conflit de prétentions privées au conflit de prétentions étatiques	78
	XV

Sous-section 2 : Les méfaits de l'antinomie internationale	84
§ 1. Les méfaits de l'antinomie internationale du point de vue des auteurs des règles ou normes antinomiques	85
A – Inefficacité d'au moins une des règles ou normes antinomiques	85
1. Droits de créance et obligations corrélatives	86
2. Conditions de validité formelle et matérielle d'un acte	93
3. Statuts familiaux	98
B – De l'inefficacité à la perte de juridicité	100
1. Invalidité d'une des règles ou normes antinomiques	102
2. Les causes de l'invalidité d'une des règles ou normes antinomiques	106
3. Principe de non-contradiction des actions humaines et sa violation en cas d'antinomie interne et internationale	112
C – De l'inefficacité d'au moins <i>une</i> des règles ou normes antinomiques à l'inefficacité et à la perte de juridicité de l'une <i>et</i> de l'autre	116
1. Antinomie internationale de règles abstraites et sa résolution par la saisine d'un juge	116
2. De l'antinomie internationale de règles abstraites à l'antinomie internationale de décisions	118
§ 2. Les méfaits de l'antinomie internationale du point de vue des destinataires des règles antinomiques	120
Sous-§ 1. Antinomie internationale résolue par la saisine d'un juge	121
A – L'atteinte portée à la sécurité juridique et à la prévisibilité du Droit	121
1. Sécurité juridique antérieure à la naissance d'une relation juridique	121
a) Rôle de la volonté individuelle lors de la création et de la détermination de la teneur des relations juridiques	122
b) Fonction facilitatrice du Droit avant la naissance d'une relation juridique	124
c) La fonction facilitatrice du Droit international privé et sa mise en échec par le conflit international de lois	125
2. Sécurité juridique postérieure à la naissance de la relation mais antérieure à la judiciarisation de celle-ci	127
a) De la prévisibilité du Droit à la sécurité juridique	128
b) Objectif recherché par la sécurité juridique préjudiciaire : épargner aux justiciables la nécessité d'un procès pour connaître la règle de droit	129
c) Insécurité juridique préjudiciaire découlant de l'antinomie internationale et nécessité d'une saisine	131
3. Sécurité juridique postérieure à la décision de justice	133
a) Sécurité juridique apportée par la décision de justice	133
b) Sécurité juridique apportée par la judiciarisation	136
B – L'atteinte portée à la Justice	139
1. Justice matérielle et formelle, concrète et abstraite	139

2. Conflit interne de lois et son apport à l'affinement de la Justice	144
3. Antinomie internationale résolue par la saisine du juge à l'épreuve de la Justice	148
a) Violation de la « tierceté »	149
b) Occasion manquée d'une justice plus affinée	150
c) Stagnation du Droit	151
Sous-§ 2. L'antinomie internationale irrésolue	152
Section II : Prévention et résolution de l'antinomie internationale	159
§ 1. Règle de conflit bilatérale comme moyen <i>nécessaire</i> mais non <i>suffisant</i> pour prévenir l'antinomie internationale	161
A - La règle de conflit bilatérale comme moyen nécessaire pour prévenir le conflit international de lois	161
B - La règle de conflit bilatérale comme moyen non suffisant pour prévenir le conflit international de lois	171
§ 2. Bilatéralité de la règle de conflit de renvoi	176
A - Renonciation conditionnelle : le réflexe de la réappropriation de la vocation sacrifiée	177
B - Contrariété de la thèse et de l'antithèse au bilatéralisme	183
C - La bilatéralité nécessaire de la règle de conflit de renvoi et ses conditions	186
D - Conflits entre les règles de conflit de renvoi et hiérarchie des règles de conflit	194
1. Diversité non génératrice de conflits entre les règles de conflit de renvoi	195
2. Diversité génératrice de conflits positifs et négatifs entre les règles de conflit de renvoi	196
E - Renvoi au deuxième degré ou nième degré	200
1. Renvoi au deuxième degré ne recouvrant pas un renvoi-retour	201
2. Renvoi au deuxième degré recouvrant un renvoi-retour	205
Chapitre II : La substance possible de la règle chargée de trancher le conflit de renvoi	209
Section I : Les deux critères : proximité et autonomie	209
Section II : Aptitude des deux critères à fournir la synthèse entre la thèse et l'antithèse	212
§ 1. Argument logique	213
§ 2. Argument juridique	216
§ 3. Argument pratique	217
§ 4. Statut normatif du renvoi	219
Section III : Réserves suscitées par l'autonomie et la proximité à l'épreuve des situations de renvoi	220
§ 1. Autonomie individuelle	220
A - Pouvoir de désignation	220
1. Désignation de la loi applicable et absence de conflit de règles de conflit	221

2. Désignation de la loi applicable et conflit négatif de règles de conflit	224
a) Effectivité des mérites et inconsistance des réserves	224
b) Fondement rationnel du pouvoir de désignation	231
B - Attentes des parties	236
1. Différents types d'attentes	236
2. Attentes et absence de conflit de règles de conflit	237
3. Attentes et conflit négatif de règles de conflit	239
§ 2. Principe de proximité	242
A - Proximité et absence de conflits de règles de conflit	243
B - Proximité et conflit négatif de règles de conflit	245
1. La loi désignée par la proximité pure est déterminable à l'avance	246
2. La loi désignée par la proximité pure n'est pas déterminable à l'avance	247
3. Proximité et « lexforisme »	249
§ 3. Nécessité d'une généralisation des règles de conflit de renvoi proposées ?	252
A - Forme bilatérale de la règle de conflit de renvoi	252
B - Substance de la règle de conflit de renvoi	254
1. Règles de conflit de renvoi de forme et de source bilatérale	254
a) Voie bilatérale ou multilatérale législative	254
b) Voie bilatérale judiciaire	259
2. Règles de conflit de renvoi de forme bilatérale et de source unilatérale	261
Conclusions du Titre II	266
Deuxième Partie	
La synthèse et le droit positif	
	273
Titre I : Compatibilité de la synthèse avec les solutions législatives	277
Section I : Principe de proximité	278
Section II : Autonomie individuelle	297
§ 1. Composante subjective de la clause échappatoire	297
§ 2. Caractère facultatif de la règle sur le renvoi	299
A - Caractère facultatif de la disposition admettant le principe du renvoi	300
1. L'accord porte sur la loi du for désignée par la règle de conflit de renvoi du for	300
2. L'accord porte sur la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois du for	301
B - Caractère facultatif de la disposition refusant le principe du renvoi	304
C - De la facultativité judiciaire à la facultativité préjudiciaire	304

§ 3. Exclusion du renvoi en cas de loi désignée par les parties comme moyen de coordination	305
A - Conflit de renvoi entre une règle à rattachements multiples de l'État A et une règle à rattachement unique de l'État B	305
1. L'État dont la règle de conflit est à rattachement unique refuse le renvoi	306
2. L'État dont la règle de conflit est à rattachement unique accepte le renvoi	309
B - Conflit de renvoi entre une règle à rattachement unique de l'État A et une règle à rattachement unique de l'État B	311
Section III : Validité des actes	316
§ 1. Critère de la validité comme manifestation de l'autonomie individuelle	317
A - Validité appréciée avant l'établissement de l'acte (validité de l'acte potentiel)	317
B - Validité appréciée après la réalisation de l'acte	321
§ 2. Positivité de la validité comme critère bilatéral pour trancher un conflit de renvoi	325
A - Renvoi entre une règle de conflit à rattachements multiples et une règle de conflit à rattachement unique	326
B - Renvoi validant entre deux règles de conflit à rattachement unique	332
Conclusions du Titre I	341
Titre II : Compatibilité de la synthèse avec les solutions jurisprudentielles	345
Chapitre I : Renvoi en matière successorale	348
Section I : Facteurs pertinents	348
§ 1. Proximité	348
A - Attaches personnelles du <i>de cuius</i>	349
B - Attaches réelles	352
C - Contacts des prétendus ayants droit	353
§ 2. Volonté ou attentes des intéressés	355
A - Volonté ou attentes du <i>de cuius</i>	355
B - Volontés ou attentes des successibles	357
C - <i>Professio iuris</i> multilatérale du <i>de cuius</i> et des successibles	358
§ 3. Unité internationale de la loi applicable	359
A - Un critère bilatéral et tiers	359
B - Cas dans lesquels l'unité est à même de trancher un conflit de renvoi	362
C - Avantages et inconvénients de l'unité par rapport à la proximité et à l'autonomie	364
Section II : Jurisprudence française	368
Sous-section 1 : Présentation de la jurisprudence	370
§ 1. Renvoi provoqué par la succession aux meubles	370
A - Décisions ayant appliqué la loi française	371
B - Décisions ayant appliqué la loi étrangère	384

§ 2. Renvoi provoqué par la succession aux meubles et aux immeubles	392
A - Décisions ayant appliqué la loi du for	393
B - Décision ayant appliqué la loi étrangère	395
§ 3. Renvoi provoqué par la succession aux immeubles	395
A - Décisions ayant appliqué la loi étrangère	397
B - Décisions ayant appliqué la loi française	399
Sous-section 2 : Aptitude de la proximité et de l'autonomie à rendre compte de la jurisprudence	405
§ 1. Synthèse confrontée aux résultats de la jurisprudence	405
A - <i>Le de cuius</i> est ressortissant étranger	406
B - <i>Le de cuius</i> est ressortissant français	412
C - Bilan	414
§ 2. Synthèse confrontée aux motifs et aux explications avancées par la doctrine	420
A - « Équité », « intérêt prépondérant » et « résultat concret » : renvoi implicitement conditionnel (de <i>Forgo</i> à <i>de Marchi</i>)	421
B - Consécration explicite du caractère conditionnel du renvoi (de <i>Ballestrero</i> à <i>Tassel</i>)	431
Section III : Jurisprudence anglaise	444
Sous-section 1 : Présentation de la jurisprudence	445
§ 1. Loi applicable à la forme du testament	447
§ 2. Loi applicable au fond de la succession	459
A - Arrêts ayant appliqué la loi anglaise	459
B - Arrêts ayant appliqué la loi étrangère	465
Sous-section 2 : Aptitude de la proximité et de l'autonomie à rendre compte de la jurisprudence	468
§ 1. Loi applicable à la forme du testament	468
§ 2. Loi applicable au fond de la succession	472
§ 3. Bilan	478
Section IV : Jurisprudence américaine	484
§ 1. Présentation de la jurisprudence	484
§ 2. Aptitude la proximité et de l'autonomie à rendre compte de la jurisprudence	488
Section V : Jurisprudence allemande	492
Sous-section 1 : Présentation de la jurisprudence	495
§ 1. Décisions antérieures à l'entrée en vigueur de l'EGBGB (1861-1900)	495
A - Décisions ayant appliqué la loi du for	496
B - Décisions ayant appliqué la loi étrangère	500
§ 2. Décisions rendues sous l'empire de l'article 27 EGBGB	502
A - Décisions ayant appliqué la loi allemande	502
B - Décisions ayant appliqué la loi étrangère	506
C - Conflit de renvoi au deuxième degré	508
1. Conflits équivalents aux conflits de renvoi au premier degré mettant en cause la loi allemande et une loi étrangère	509
2. Conflits équivalents aux conflits de renvoi au premier degré impliquant deux lois étrangères	510

§ 3. Décisions postérieures à 1986	512
A - Décisions ayant appliqué la loi allemande	512
B - Décision ayant appliqué la loi étrangère	516
Sous-section 2 : Aptitude de la proximité et de l'autonomie à rendre compte de la jurisprudence	517
§ 1. Décisions antérieures à l'entrée en vigueur de l'EGBGB (1861-1900)	517
§ 2. Décisions rendues sous l'empire de l'article 27 EGBGB	519
A - Conflits de renvoi visés par l'article 27 EGBGB	522
B - Conflits de renvoi non visés par l'article 27 EGBGB	523
§ 3. Décisions postérieures à 1986	527
§ 4. Conclusions	531
Section VI : Jurisprudence espagnole	537
Sous-section 1 : Présentation de la jurisprudence	539
§ 1. Décisions antérieures à l'arrêt <i>Lowenthal</i>	539
A - Décisions antérieures au Code civil espagnol de 1974	539
B - Décisions rendues sous l'empire de l'article 12-2 du Code civil espagnol de 1974	544
§ 2. Arrêts du Tribunal suprême de 1996, 1999 et 2002	545
§ 3. Décisions des juridictions inférieures de 2000 à 2008	551
Sous-section 2 : Aptitude de la proximité et de l'autonomie à rendre compte de la jurisprudence	556
§ 1. Compatibilité des solutions retenues avec la synthèse proposée	556
§ 2. Inscription progressive de la synthèse dans les motifs	566
§ 3. Conclusions	576
Chapitre II : Renvoi en matière délictuelle	582
Section I : Renvoi délictuel et prévisibilité du droit	583
§ 1. Sources de renvoi en matière délictuelle	584
A - Conflit de renvoi impliquant deux règles à rattachement unique	584
B - Conflit de renvoi impliquant une règle à rattachements multiples	587
§ 2. Prévisibilité prédélictuelle et postdélictuelle	587
A - Prévisibilité prédélictuelle dans l'ordre interne	588
B - Prévisibilité postdélictuelle dans l'ordre interne	592
C - Prévisibilité de la loi applicable dans l'ordre international	594
§ 3. Renvoi et prévisibilité du droit	596
Section II : Jurisprudence en matière de renvoi délictuel	604
Sous-section 1 : Jurisprudence des pays européens	606
§ 1. Jurisprudence française	607
§ 2. Jurisprudence belge	611
A - Arrêts de la Cour de cassation	611
B - Décisions des juridictions de fond	613
§ 3. Jurisprudence allemande	614
A - Décisions ayant appliqué la loi étrangère	617
B - Décisions ayant appliqué la loi allemande	619

Sous-section 2 : Jurisprudence américaine	623
§ 1. Renvoi de type classique	625
A - Renvoi de qualification	625
B - Renvoi de rattachement	627
§ 2. Renvoi tiré du principe de proximité	628
A - Arrêts ayant appliqué la loi du for	628
B - Arrêts ayant appliqué la loi étrangère	629
Sous-section 3 : Jurisprudence australienne	631
§ 1. Faits et décision	632
§ 2. Le « conflit de règles de conflit » et la démarche empruntée par la <i>High Court</i> pour le résoudre	635
§ 3. Avatars de la prévisibilité du droit dans la trilogie <i>Pfeiffer, Zhang et Neilson</i>	639
A - Prévisibilité dans les arrêts <i>Pfeiffer</i> et <i>Zhang</i>	639
B - Prévisibilité dans l'arrêt <i>Neilson</i> rendu en appel par la <i>Full Court</i>	641
C - Prévisibilité dans l'arrêt <i>Neilson</i> rendu par la <i>High Court</i>	643
Sous-section 4 : Bilan du rôle de la proximité et de l'autonomie	644
§ 1. Principe de proximité	644
§ 2. Autonomie individuelle	649
Conclusions du Titre II	650
Synthèse	659
Bibliographie	689
Décisions citées	721
Index analytique	731