UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON-SORBONNE

École Doctorale de Droit de la Sorbonne

DE LA SÉCURITÉ DES RAPPORTS FINANCIERS DÉNATIONALISÉS

Exercice épistémologique sur la normativité juridique et scientifique

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement

le 23 octobre 2017

par

Catalina AVASILENCEI

Directrice de Recherche

Madame Horatia MUIR WATT
Professeur à l'Institut d'études politiques de Paris (Sciences-Po)

Membres du Jury

Monsieur Régis BISMUTH
Professeur à l'Institut d'études politiques de Paris (Sciences-Po)
Monsieur Frédéric BUY
Professeur à l'Université Aix-Marseille
Monsieur Olivier LECLERC
Directeur de recherche au Centre national de la recherche scientifique (CNRS)
Madame Horatia MUIR WATT
Professeur à l'Institut d'études politiques de Paris (Sciences-Po)
Monsieur Denys SIMON
Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON-SORBONNE

École Doctorale de Droit de la Sorbonne

DE LA SÉCURITÉ DES RAPPORTS FINANCIERS DÉNATIONALISÉS

Exercice épistémologique sur la normativité juridique et scientifique

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement

le 23 octobre 2017

par

Catalina AVASILENCEI

Directrice de Recherche

Madame Horatia MUIR WATT
Professeur à l'Institut d'études politiques de Paris (Sciences-Po)

Membres du Jury

Monsieur Régis BISMUTH
Professeur à l'Institut d'études politiques de Paris (Sciences-Po)
Monsieur Frédéric BUY
Professeur à l'Université Aix-Marseille
Monsieur Olivier LECLERC
Directeur de recherche au Centre national de la recherche scientifique (CNRS)
Madame Horatia MUIR WATT
Professeur à l'Institut d'études politiques de Paris (Sciences-Po)
Monsieur Denys SIMON
Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Avertissement

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

À mes parents et grands parents

Aux étudiants du Collège juridique franco-roumain
d'études européennes de Bucarest

RÉSUMÉ

De la sécurité des rapports financiers dénationalisés. Exercice épistémologique sur la normativité juridique et scientifique

Le climat d'insécurité de la crise financière globale de 2008 a perturbé le droit et l'économie dans leurs dimensions positive et doctrinale. Sollicitées pour remédier à une apparente *error communis*, les deux disciplines devraient examiner l'épistémologie de leurs paradigmes orthodoxes. L'exercice mené à cette fin relève de l'analyse du rapport entre le droit et les sciences, que l'école *Science and Technology Studies* place sous le langage de la coproduction et l'épistémologie des sciences sous l'objectif de fluidité. L'hypothèse vise la démonstration des barrières épistémologiques à l'appréhension des rapports financiers « hors marché » par le droit positif comme processus, à la fin du XX^{e} siècle. Ces obstacles proviennent des méta-normativités véhiculées par l'économie néoclassique et le positivisme normatif en droit matériel et conflictuel en tant qu'orthodoxies. La sécurité conceptuelle qu'elles assurent à ce titre est doublée d'un rituel qui les reproduit, qui prédétermine et occulte la dynamique sociale sous-jacente. La migration des acteurs financiers des marchés sécurisés par les droits étatiques vers un marché *over the counter*, largement standardisé par les contrats, devenu global, en témoigne. Cette dénationalisation, guidée par la rationalité de la sécurisation du risque, aurait pu être saisie et disciplinée en contentieux international. Un régime de l'autonomie de la volonté pro-cyclique, parasité par l'économie néoclassique, immunise pourtant les nouveaux rapports financiers à l'égard des exigences systémiques (macro). La prévisibilité de l'effectivité du contrat mobilise un aléa moral susceptible d'entraîner un droit positif automatisé, sans juge(ment).

Descripteurs : *régulation financière, droit international privé, épistémologie, raisonnement juridique, sécurité juridique, théorie économique, droit et sciences, globalisation*

ABSTRACT

Securing denationalised financial relations. An epistemological exercise on legal and scientific normativity

The 2008 global financial crisis has disrupted law and economy in their positive and doctrinal dimensions. Empowered to remedy an apparent *error communis*, both disciplines should consider the epistemology of their respective orthodox paradigms. The ensuing exercise relates to the analysis of law and science, which falls under the idiom of co-production, according to the Science and Technology Studies, and under the objective of fluidity, according to the epistemology of sciences. The argument here is that, at the end of the 20th century, epistemological barriers have arisen in the process of positive law, in relation to the apprehension of contractual financial relations concluded over the counter (OTC). These obstacles stem from the meta-normativities conveyed by neoclassical economy and normative positivism as orthodoxies in substantive law and in conflict of laws, respectively. The conceptual security that such orthodoxies provide co-occurs with a ritual that reproduces them, which predetermines and obscures the underlying social dynamics. This is reflected in the migration of financial actors from markets secured through state law to an OTC market largely standardized by contracts, which has become global. The process of denationalisation, guided by risk securitization as a rationale, could have been noted and disciplined through international litigation. However, the pro-cyclical regime of party autonomy, hacked by the neoclassical economy, prevents the new financial relations from being subjected to systemic (macro) requirements. The certainty of contractual effectiveness triggers a moral hazard which may result in an automated positive law without judge(ment).

Keywords: *financial regulation, private international law, epistemology, legal reasoning, legal certainty, economic theory, science & technology studies, globalisation*

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier vivement Madame la Professeure Horatia Muir Watt pour sa confiance en ce projet et pour les conversations très riches, occasionnées par son encadrement à la fois exigeant, innovant et patient. La possibilité de participer à ses projets de recherche m'a offert un environnement intellectuel stimulant qui a nourri constamment mes réflexions. Sans ses qualités pédagogiques et humaines ce travail n'aurait pas vu le jour.

J'adresse également mes remerciements aux membres du jury pour avoir accepté de siéger et de dédier ainsi leur temps à ce projet.

Je suis redevable à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne pour l'infrastructure administrative, l'amabilité du personnel et la richesse des ressources et opportunités dont j'ai bénéficié dans ses locaux et à distance en vertu de mon rattachement pendant mon parcours doctoral.

Mes années de thèse se sont déroulées principalement dans l'environnement académique du Collège juridique franco-roumain d'études européennes de Bucarest. Mes remerciements vont naturellement en ce sens vers Damien Bouvier et Rhoda Serban, en leur qualité de Secrétaire Général de cette institution, ainsi que vers le corps des professeurs coordinateurs, en particulier M. Michel Verpeaux, Mme Simina Tănăsescu et M. le Doyen Flavius Baias. En intégrant l'équipe pédagogique du Collège, j'ai bénéficié d'une riche expérience d'enseignement à la fois en droit privé et public, et d'un environnement de travail franco-roumain privilégié. En ce sens j'ai eu l'honneur de collaborer au fil du temps avec des professeurs venant de plusieurs universités françaises dans le cadre de leur mission à Bucarest : M. Régis Bismuth, Mme Hélène Boucard, M. Frédéric Buy, Mme Muriel Fabre-Magnan, Mme Yvonne Flour, M. Fabrice Hourquebie, M. Francesco Martucci, Mme Anne Rigaux, M. Denys Simon. Je tiens à les remercier pour l'expérience pédagogique qu'ils ont eu la bienveillance de partager avec moi, qui a enrichi mon parcours. Je remercie également mes collègues, devenus amis, de l'équipe du Collège.

Je remercie M. le Professeur Louis d'Avout d'avoir accepté ma participation en libre audition lorsqu'il a assuré la direction d'études à la Session de droit international privé de La Haye.

Une partie considérable de mes recherches et réflexions s'est déroulée à la Bibliothèque du Centre de Recherche de Droit International privé et du commerce international de l'Université Paris II (Panthéon-Assas) (CRDI – Salle 102). J'exprime en ce sens ma profonde reconnaissance à Mme Laurence Tacquard pour avoir facilité mon accueil dans d'excellentes conditions et pour sa bonne humeur.

Mon travail a bénéficié du soutien financier de la part de l'Ambassade de France en Roumanie, au titre d'une bourse de recherche de 12 mois. Je tiens également à remercier l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne pour le poste d'ATER accordé dans le cadre de son unité délocalisée à Bucarest, qui m'a permis d'assurer la continuité du projet doctoral dans de bonnes conditions.

Je veux témoigner ma reconnaissance aux associés fondateurs du cabinet PeliFilip, Alexandru Bîrsan, Ioan Dumitraşcu, Cristina Filip, Carmen Peli et Francisc Peli, qui m'ont soutenue dans la reprise de mon parcours académique. En particulier, je suis redevable à Alexandru Bîrsan qui m'a initiée au droit des marchés financiers.

J'exprime ma profonde gratitude à Pierre Legrand pour son amitié et pour la confiance qu'il m'a accordée au fil des années.

Je sais gré à Damien Bouvier et Vasile Lisnic, compagnons de voyage doctoral, pour les conversations très riches et les observations précieuses. Leur empathie et affinité intellectuelle m'ont beaucoup aidée à traverser les moments de doute.

Merci aux amis dont le soutien moral et l'aide à Bucarest, à Paris et à La Haye ont été indispensables pour achever ce travail, trop nombreux pour être cités ici autrement que de manière fragmentaire: Călin Apostol, Delia Belciu, Teodora Blidaru, Monica Buruiană, Laura Sârbu, Cosmin Cercel, Alina Corcheş, Eugenia Deaconu, Marion Goglio, Manuela Lupeanu, Virgil Mâşlea, Georgiana Micu, Mariana Vilău, Sofia Vişan, Selina Ting, Anita van Wordragen.

Je remercie chaleureusement tous ceux qui ont gentiment accepté de lire des parties de mon travail et dont les observations m'ont aidée à l'améliorer : Călin Apostol, Patrick Benoît, Teodora Blidaru, Damien Bouvier, Virginie Cayrel, Mihaela Cengher, Marion Goglio, Vasile Lisnic, Manuela Lupeanu, Daniela Măriucuța, Rhoda Serban.

Ma profonde reconnaissance va à mes parents, qui m'ont soutenue de manière inconditionnelle dans mes décisions, et sans lesquels ce travail n'aurait pas pu se dérouler dans les meilleures conditions.

Enfin et surtout, je remercie sincèrement à Alexandru Cercel qui a gracieusement accepté ce projet comme tiers quotidien dans nos conversations au fil des années.

Pour leur sérénité incontournable dans les moments les plus difficiles, Ada et Lili ont acquis leur droit à la mémoire.

AVANT-PROPOS

Lorsque nous ne citons pas la traduction française dûment publiée d'un matériel étranger, ou la version française officielle d'un arrêt, les traductions françaises sont nôtres. Des citations en langue anglaise sans traduction française ont été maintenues compte tenu des particularités du langage juridique anglais.

Ce travail intègre les références qu'il nous a été possible de consulter jusqu'au 1er juillet 2017, qui est également la date de la dernière consultation des ressources dont les liens éléctroniques ont été fournis. Seules les références consultées directement sont comprises dans la bibliographie.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AEMF	Autorité européenne des marchés financiers
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. J. Int'l L.	American Journal of International Law
Am. Rev. Intl. Arb.	American Review of International Arbitration
APD	Archives de Philosophie du Droit
Brook. J. Int'l L.	Brooklyn Journal of International Law
Bull.	Bulletin
c.	contre
C. civ.	Code civil
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cah. dr. eur.	Cahiers de droit européen
CDS	Credit default swaps
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CIJ	Cour Internationale de Justice
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CMF	Code monétaire et financier
CMLJ	Capital Markets Law Journal
coll.	collection
Colum. J. Transnat'l L.	Coumbia Journal of Transnational Law
Convention EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
coord.	coordonnateurs
Cornell Int'l L.J.	Cornell International Law Journal
CPIJ	Cour Pernamente Internationale de Justice
D.	Recueil Dalloz
dir.	direction
Droits	Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques
E.B.O.R.	European Business Organization Law Review
e.g.	*exempli gratia*
ed(s).	editor(s)
éd.	édition
ERCL	European Review of Contract Law
et al.	et les autres
etc.	*et cetera*
Europe	Revue Europe
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Grands Arrêts	B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé,* 5e éd., Dalloz, 2006
Hague Y.B. Int'l L.	Hague Yearbook of International Law
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
i.e.	*id est*
Ibid.	*Ibidem*

Id.	*Idem*
infra	ci-dessous
IOSCO	International Organization of Securities Commissions
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
ISDA	International Swaps and Derivatives Association
J. Cl.	Jurisclasseur
J. Priv. Int'l L.	Journal of Private International Law
JCP E	La Semaine Juridique, édition entreprise
JCP G	La Semaine Juridique, édition générale
JDI	Journal du droit international (Clunet)
Law & Contemp. Probs.	Law & Contemporary Problems
LPA	Les Petites Affiches
Mod. L. Rev.	The Modern Law Review
n°(s)	numéro(s)
obs.	observations
OICV	Organisation Internationale des Commissions de Valeurs (IOSCO)
op.cit.	*opere citato*
OTC	over the counter
p.	page
pp.	pages
préc.	précité(e)
q.e.d.	*quod erat demonstrandum*
Rapport FCIC	Final Report of the National Commission on the Causes of the Financial and Economic Crisis in the United States, Official Government Edition, January 2011
Rapport Larosière	The High-Level Group on Financial Supervision in the EU chaired by Jacques de Larosière Report, 25 February 2009
Rapport Pecora	Stock Exchange Practices: Hearings Before the Committee on Banking and Currency, United States Senate, (1932-1934)
Rapport Turner	The Turner Review. A regulatory response to the global banking crisis, March 2009, Financial Services Authority
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye
RDBB	Revue de droit bancaire et de la bourse
RDBF	Revue de droit bancaire et financier
REF	Revue d'économie financière
Rép.	Répertoire
Restatement First	Restatement of the Law of Conflict of Laws, American Law Institute (1934)
Restatement Second	Restatement of the Law (Second), Conflict of Laws, American Law Institute (1971)
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage

Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. DIP	Revue de droit international privé
Rev. dr. unif.	Revue de droit uniforme
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDE	Revue internationale de droit économique
RRJ	Revue de la recherche juridique. Droit Prospectif
RTDciv.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDcom.	Revue trimestrielle de droit commercial
S&TS	Science & Technology Studies
s.	suivant(s)
S.	Recueil Sirey
SEC	Securities and Exchange Commission
spéc.	spécialement
SRO	self-regulatory organisations
supra	ci-dessus
t.	tome
TCFDIP	Travaux du Comité français de droit international privé
trad.	traduction
v	*versus*
v.	voir
Va. J. Int'l L.	Virginia Journal of International Law
vol.	volume
Wash. U. L. Q.	Washington University Law Quarterly
Wayne L. Rev.	Wayne Law Review
Yale J. Int'l L.	Yale Journal of International Law
YPIL	Yearbook of Private International Law

SOMMAIRE

Introduction

Première Partie : La concurrence des représentations des sécurités juridique et économique au XX^{e} siècle

Titre I : La sécurité fournie par le droit positif

Titre II : La sécurité demandée par le marché

Seconde Partie : La (co)production de l'(in)sécurité contemporaine

Titre I : La prétendue insécurité générée par le contentieux étatique

Titre II : L'apparente sécurité promise par le marché global

INTRODUCTION

« Omnis definitio in jure civili periculosa est :
parum est enim ut non subverti possit. »
Digeste, 50 17 202

« Douter de tout ou tout croire,
ce sont deux solutions également commodes,
qui l'une et l'autre nous dispensent de réfléchir.»
Henri Poincaré, *La Science et l'Hypothèse*, 1914

1. Le début du XXI[e] siècle est source d'angoisse en raison de la succession de crises économiques, sociales et politiques, annonçant une « accélération du temps juridique »[1]. La systématisation juridique orthodoxe, légitimée par et légitimant l'État-nation en tant que source des droits subjectifs, se retrouve concurrencée par des modèles transnationaux de la globalisation[2] : les communautés de valeurs para-, infra- ou supra-étatiques[3]. Le « modèle du marché »[4] en constitue un exemple. Cette lecture de la contemporanéité n'est ni nécessairement partagée[5], ni dans la même mesure, lorsqu'il s'agit de ses

[1] F. OST, « L'accélération du temps juridique », *in* Ph. GÉRARD, F. OST, M. van de KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique,* Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, pp. 7-14, spéc. p. 13 s'agissant de la relation entre le droit et la société.
[2] Sur l'épistémologie techno-économique du terme, par rapport à celle « géo-politique » du pseudo synonyme « mondialisation » v. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé,* 3[e] éd., PUF, 2014, t. I, n°13, p. 21.
[3] Pour une systématisation de la nature des paradigmes auxquels le mot « globalisation » renvoie v. R. MICHAELS, « Globalization and Law: Law Beyond the State », *in* R. BANAKAR, M. TRAVERS (eds.), *Law and Social Theory*, 2[nd] ed., Hart Publishing, 2013, pp. 287-304. L'auteur analyse la globalisation en tant que réalité, en tant que théorie, et en tant qu'idéologie. Pour une étude historique v. J.-L. HALPÉRIN, *Profils des mondialisations du droit,* Dalloz, 2009. V. aussi J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé*, LGDJ, 2011.
[4] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché », APD 1995. 286.
[5] V. par exemple en matière de l'effectivité internationale des lois de police l'opposition entre D. BUREAU et H. MUIR WATT d'une part et L. d'AVOUT d'autre part, synthétisée par L. d'AVOUT, « Les lois de police », *in* T. AZZI, O. BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir de la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, 2015, pp. 91-121, spéc. p. 102s.

niveaux factuel et juridique respectivement. Heureusement, ce décalage nous permet un *exercice*[6] *épistémologique* : saisir la dynamique de la conceptualisation et de l'appréhension juridique des relations financières privées dont l'internationalité devient de plus en plus consubstantielle.

2. La crise financière de 2008, d'une envergure globale, tend à devenir un fait historique pour les économies de marché. Le climat d'*insécurité généralisée* qu'elle a instauré *de facto* est indéniable[7]. Les relations financières internationales semblent avoir survécu mieux que les marchés.

3. Les remèdes de nature juridique n'ont pas tardé. Le Conseil de Stabilité Financière (FSB) surveille à travers des rapports périodiques la mise en œuvre des résolutions du G20 en la matière. Les États-Unis ont adopté le *Dodd-Franck Act* en 2010. Le Royaume-Uni a divisé la *Financial Services Authority,* tandis que l'Union européenne s'est dotée des régulateurs financiers propres. Plus récemment, la Commission européenne a lancé son plan d'action pour une Union des marchés des capitaux[8], dans le prolongement de l'Union bancaire. Cette surabondance de reformes institutionnelles et de réglementation financière d'origine publique dont la légitimité a été renforcée par la crise[9], est également doublée par des auto-reformes provenant de l'industrie financière qui s'articulent autour de « politiques globales » (*global policy*)[10].

---

[6] Nous avons choisi le terme « exercice » au lieu du plus courant « essai » pour souligner le nécessaire caractère répétable de la réflexion que nous proposons.

[7] V. D. PLIHON sous « Crises financières - Instabilité financière », *in* Universalis éducation (en ligne), Encyclopædia Universalis : Les crises financières ont été définies comme « des perturbations sur les marchés bancaires et financiers qui conduisent à la défaillance d'établissements bancaires et financiers, avec un risque de propagation à l'ensemble du système financier – que l'on qualifie de « risque systémique » – de telle sorte qu'est mise en danger l'une au moins des trois fonctions clés du système financier : l'allocation du crédit et des capitaux, la circulation des moyens de paiement et l'évaluation des actifs financiers » ; les krachs boursiers, les crises de change et les crises bancaires ont été identifiées comme les formes principales des crises financières du XX^{e} siècle.

[8] COM(2015) 468 final, 30 sept. 2015.

[9] Les auteurs remarquent que ce sont les crises économiques et les crises politiques (e.g. les guerres) qui ont intensifié le plus souvent l'action publique, y compris en matière financière. S'agissant de « l'utilité » des crises pour « l'évolution des règles » v. V. DARRAS, *Le droit financier français peut-il être amené à disparaître ?*, thèse Paris II, 2011, p. 71, n°74. V. aussi C. GOYET, N. RONTCHEVSKY, M. STORCK, « Une réaction des institutions communautaires face aux récents scandales financiers: l'adoption de la directive relative aux abus de marché », RTDcom. 2003. 531.

[10] http://www2.isda.org/committees/gbl/

4. En tout cas, les acteurs financiers dont on a condamné l'irrationalité[11] – à l'encontre du modèle économique de l'acteur rationnel, présenté comme relevant de la *nature des choses* – sont devenus plus prudents, même trop. Certains sont encore engagés dans des batailles judiciaires, qui les obligent à articuler des arguments selon les contraintes du langage et de la systématisation juridique contemporaine[12]. Le terrain de l'*argument(ation) juridique* devient par conséquent partagé par les discours à la fois économiques et juridiques, opportunité qu'il convient à saisir à cause de ses *enjeux épistémologiques pour la normativité financière*, pour laquelle l'adjectif « transnational » est de plus en plus revendiqué. À ce débat contemporain, plusieurs perspectives y apportent un langage spécialisé porteur de paradigmes propres : la théorie du droit, la pratique du droit, les internationalistes, les économistes etc.

5. Dans la *réalité* des crises financières de 1929 et 2008 et les *représentations* qui y correspondent, nous avons identifié un terrain d'intérêt commun, pour une analyse microjuridique et macrojuridique[13] des rapports financiers privés (§1). Des *choix méthodologiques* propres sont possibles à travers la prise de conscience du *conventionnalisme scientifique*, et à travers l'emploi de la notion de la « coproduction » de l'école *Science and Technology Studies*[14] (ci-après « l'école S&TS ») (§2). C'est à la lumière de cette approche que *la discipline* et *le droit positif* du droit international privé et du commerce international vont dévoiler leurs enjeux quant à l'acception de la sécurité des rapports financiers dans l'espace européen et international (§3).

§1. L'opportunité épistémologique offerte par la « crise » financière

6. **Choix de deux grandes crises financières.** Les crises sont un phénomène récurrent dans l'histoire économique. Ce qui a amené les économistes à

[11] Rapport Turner, p. 39 : « 1.4 (i) Efficient markets can be irrational ».
[12] Le contentieux global de la faillite de *Lehman Brothers* en témoigne.
[13] B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », *in* J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, pp. 17-48, spéc. p. 21 : « L'approche macrojuridique privilégie l'étude du droit objectif au niveau de l'ordre juridique. L'approche microjuridique détermine les droits subjectifs à l'horizon du cas ».
[14] S. JASANOFF (ed.), *States of Knowledge. The co-production of science and social order*, Routledge, 2004. S. JASANOFF, *Le droit et la science en action*, traduite et présentée par O. LECLERC, Dalloz, 2013. V. aussi D. PESTRE, *Introduction aux Science Studies*, La Découverte, 2006 ; B. LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*, La Découverte, 1991.

comparer la crise de 1929-1935 avec celle de 2008-2015(?)[15], c'est leur ressemblance[16]. Il s'agit de leur ampleur « globale », mais également de leur causalité : « dans les deux cas, le système financier semble être un facteur déterminant »[17]. Étant généralement admises comme les plus graves à l'échelle internationale, les crises financières de 1929 et de 2008[18] demeurent représentatives quant à l'installation d'un climat général d'insécurité financière et économique.

Du point de vue juridique, bien qu'il existe de nombreuses études dédiées à chacune des deux grandes crises, une analyse comparative d'envergure n'a pas été menée. Le présent propos vise à combler cette lacune par une approche historique couvrant le XX^e^ siècle et la contemporanéité. La période correspond à la fois à l'affirmation de l'État-nation, y compris à travers la réglementation publique des relations financières[19], mais également à un développement sans précédent – quantitatif et qualitatif – de l'autonomie de la volonté et des

[15] Les krachs boursiers chinois du 2015 qui se sont propagés sur d'autres marchés financiers font douter quant à la fin de la crise économique. Sur l'engagement de la Chine dans un parcours capitaliste à la fin de années 1970 v. P. KRUGMAN, *Pourquoi les crises reviennent toujours ?*, nouv. éd., Seuil, 2009, p. 15.

[16] En ce sens P. KRUGMAN, *op.cit.*, p. 8s. et p. 211s.

[17] J. HAMON, B. JACQUILLAT, « Les crises boursières de 1929 – 1932 et 2007 – 2009 »*, in* B. JACQUILLAT (dir.), *1929 – 2009 : Récession(s) ? Rupture(s) ? Dépression(s) ?*, PUF, Descartes&Cie, 2009, pp. 53-79, spéc. p. 57.

[18] L'expression « crise financière » suivie par l'année de début désignera dans ce propos les périodes de perturbation grave du secteur financier, sans distinguer entre ses déclinaisons en crise boursière, crise bancaire, crise de la dette souveraine, et plus généralement crise économique (e.g. la période 1929-1935 correspond à plusieurs krachs boursiers - février 1929 en France, septembre 1929 aux États-Unis - ainsi qu'à plusieurs crises bancaires). L'année 2008 est adoptée quant aux événements faisant partie de la crise économique la plus grave en termes d'effets et ampleur géographique depuis celle de 1929-1935. Les événements ont débuté en 2007 avec une crise financière devenue rapidement mondiale ; les auteurs s'accordent sur le fait que le caractère global est devenu évident en 2008 – en ce sens v. A. COURET, H. le NABASQUE *et al.*, *Droit financier*, 2^e^ éd., Dalloz, 2012, p. 1172, note de bas de page n°3. V. B. JACQUILLAT, V. LEVY-GARBOUA, *Les 100 mots de la crise financière,* PUF, coll. « *Que sais-je ?* », 4^e^ éd., 2011. À noter qu'en 1997 débuta la crise financière en Asie, également appelée « crise financière mondiale », dont les origines résident également dans le secteur privé – en ce sens v. J. STIGLITZ, *What I learned at the World Economic Crisis*, Robarts Centre for Canadian Studies, Summer Institute 2000, disponible sur [http://www.yorku.ca/drache/talks/2000/pdf/stiglitz_worldban.pdf]; v. aussi J. STIGLITZ, *Avant-propos in* K. POLANYI, *The great transformation: the political and economic origins of our time*, Beacon Press, 2^nd^ ed., 2001. V. aussi P. KRUGMAN, *op.cit.*, p. 10, appelant la crise asiatique « une sorte de répétition générale de la crise mondiale en cours ».

[19] Pour les propos historiques plus anciens liés au developpement des bourses et des marchés financiers et de leur encadrement juridique v. A. TENENBAUM, *L'application internationale du droit boursier*, thèse Paris I, 2000 ; P.-H. CONAC, *La régulation des marchés boursiers par la Commission des opérations de bourse (COB) et la Securities and Exchange Commission (SEC)*, LGDJ, 2002.

opérations financières dans le commerce international. L'équilibre entre ces deux logiques mérite une analyse nuancée et interdisciplinaire[20].

7. **Perspectives interne et externe.** Une démarche historique et interdisciplinaire à titre d'exercice épistémologique s'impose au regard de la remise en cause de deux aspects. D'une part, il s'agit du préjugé de la sophistication de l'homme moderne, qu'il soit investisseur[21], économiste[22] ou juriste[23]. D'autre part, il s'agit d'un déséquilibre en termes de poids, dans le clivage identifié par Hart, entre le point de vue interne et le point de vue externe du droit[24]. Ces deux perspectives, reprises par M. Amselek en tant que la « technologie juridique » et la « science anthropologique du droit »[25] respectivement, ne bénéficient pas de la même respectabilité juridique. Tandis que la première détient une presqu'exclusivité en tant qu'approche *véritablement* juridique, la deuxième a été relayée à d'autres sciences sociales[26]. En ce sens, par exemple, une analyse interdisciplinaire dédiée à la crise financière asiatique ouvre des pistes encore peu explorées[27]. Au regard du constat que « l'économie se développe toujours dans un contexte politique »[28], *a fortiori* dans un contexte juridique, l'analyse épistémologique de celui-ci ne peut, *a priori,* privilégier l'approche interne sur celle externe, ou *vice versa.*

---

[20] Sur le caractère interdisciplinaire inhérent à l'analyse épistémologique v. G. SAMUEL, « What is Legal Epistémology? », *in* M. ADAMS, D. HEIRBAUT (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoeche,* Hart Publishing, 2014, pp. 23-36, spéc. p. 35.

[21] B. EICHENGREEN, R. PORTES, « The Interwar Debt Crisis and Its Aftermath », The World Bank Research Observer, Vol. 5, No. 1 (Jan., 1990), pp. 69-94, spéc. p. 70 : « Investors in the 1920s exhibited sophistication and foresight at the lending stage. […] There is little evidence that capital markets have grown more sophisticated over time ».

[22] Sur l'optimisme des économistes quant à la résolution du problème de la dépression dans les années 2000 v. P. KRUGMAN, *op.cit.*, p. 13s et 175s.

[23] V. B. LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*, La Découverte, 1991.

[24] Pour un résumé en ce sens v. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2014, p. 29, n°38.

[25] P. AMSELEK, « La part de la science dans les activités des juristes », D. 1997. 337. Texte remanié disponible à http://paul-amselek.com/textes/science_activite_juristes.pdf, p. 19.

[26] Sur l'autolimitation de la doctrine en France à une approche « interne » du droit à l'exclusion d'autres sciences sociales qualifiées ainsi d'approche « externe » v. H. MUIR WATT, « The Epistemological Function of 'la Doctrine' », *in* M. VAN HOECKE (ed.), *Methodologies of Legal Research*, Hart Publishing, 2013, pp. 123-131, spéc. p. 128.

[27] A. RILES, *Collateral knowledge. Legal reasoning in the global financial markets*, University of Chicago Press, 2011.

[28] P. KRUGMAN, *op.cit.*, p. 14.

8. **Une crise des modèles économiques pour la circulation du capital et la gestion du risque systémique.** Les crises financières ont essentiellement remis en cause les modèles théoriques économiques d'appréhension de la circulation du capital. Les révisions des modèles d'évaluation[29] ainsi que ceux de régulation prudentielle[30] en témoignent, à travers leur préoccupation pour la limitation du risque systémique, une fois l'impossibilité de l'éliminer admise. Cependant, la définition du risque systémique par *la description* de son effet de domino, proposé par M. Bourguinat et standardisé au niveau international[31], néglige le volet comportemental qui se trouve *en amont*[32]. Celui-ci réside dans « l'opposition des logiques micro- et macroéconomiques »[33], telle que décrite par M. Aglietta : **« les réponses rationnelles des agents individuels aux risques qu'il perçoivent, loin de conduire à une meilleure répartition des risques par diversification, amènent à élever l'insécurité générale »**[34]. La pertinence d'une approche en termes de comportements est actuellement exploitée par l'économie comportementale (*Behavioral Economics*), y compris la finance comportementale (*Behavioral Finance*), en réponse aux modèles économiques mathématiques et a-historiques, devenus orthodoxes à partir des années 1980[35]. *Quid* de la discipline juridique ?

---

[29] Prix Nobel de l'économie 2013 octroyé à Eugene F. Fama, Lars Peter Hansen et Robert J. Shiller « pour leur analyse empirique des prix des actifs » [http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2013/].

[30] V. Comité de Bâle, « Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems December 2010 (rev June 2011) » disponible à http://www.bis.org/publ/bcbs189.pdf].

[31] « Sur la base des travaux des organes internationaux, le risque systémique devrait être défini comme le risque d'une perturbation du système financier susceptible d'avoir des répercussions négatives graves sur le marché intérieur et l'économie réelle. » - considérant 15 du Règlement (UE) No 1095 /2010 du Parlement Européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), modifiant la décision n°716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/77/CE de la Commission ; H. BOURGUINAT, *Finance internationale,* 4e éd., PUF, 1999, p. 34 : « la défaillance de quelques débiteurs (souverains ou privés) significatifs entraînant, sur la base d'un effet de domino, le blocage sinon le collapsus de l'ensemble du système ».

[32] J.-M. LE PAGE, *Crises financières internationales et risque systémique*, 1re éd., De Boeck & Larcier, 2003, p. 13.

[33] *Ibid.*

[34] [Aglietta et Moutot, 1993] *in* M. AGLIETTA, *Macroéconomie financière*, 5e éd., La Découverte, 2008, p. 167. Pour cet auteur « le risque de système n'est pas une juxtaposition de risques individuels et indépendants[…] [mais] une relation particulière entre des comportements microéconomiques et des états macroéconomiques qui résultent de l'interaction de ces comportements » (*ibid.*).

[35] Sur la renonciation à la dimension historique en science économique au profit d'une approche « a-historique » à partir du milieu des années 1980 v. Ph. TRAINAR, « Portée et limites de la

9. **Une crise des modèles des disciplines sociales**. Formulé en termes de comportements, le problème du risque systémique au cœur des crises financières devient également susceptible de constituer l'objet d'autres sciences sociales, qui en partagent le langage avec l'économie, ou y font concurrence. La perméabilité sémantique peut être facilement saisie à travers la déconstruction du discours sur la crise financière de 2008 : aléa moral, rationalité, confiance, globalisation, innovation, libéralisme, autorégulation, déréglementation etc. Autant de termes qui, bien que présentant une affinité plus grande avec une discipline, ne sont pas absents du langage des autres : volonté juridique et irrationalité psychologique sont incompatibles, le libéralisme est à la fois une doctrine économique et politique, la globalisation est en même temps sociologique, économique, et juridique[36].

Il devient par conséquent pertinent de se demander si les crises financières remettent en cause seulement les modèles économiques, ou également les modèles d'autres disciplines sociales, y compris juridique[37]. Le droit est particulièrement concerné par la question, ce qui peut être illustré par deux observations empiriques concernant le droit financier positif au début du XXI^{e} siècle. Premièrement, la crise « bancaire » a été celle du « système bancaire de l'ombre » (*shadow banking*)[38], et non du système « officiel » des établissements de crédit au sens du Code monétaire et financier. Deuxièmement, le modèle d'affaires d'octroi-puis-cession (*originate-to-distribute*) largement utilisé par les banques, ayant contribué à accroître le risque systémique, fait apparaître que ces acteurs économiques ne se sont plus comportés selon le *modèle fonctionnel* envisagé par la notion juridique qui leur correspond, c'est-à-dire comme des prêteurs qui conservent un risque[39]. Troisièmement, il s'agit du développement

---

comparaison de la crise actuelle avec la crise de 1929 », *in* B. JACQUILLAT (dir.), *1929 – 2009 : Récession(s) ? Rupture(s) ? Dépression(s) ?*, PUF, Descartes&Cie, 2009, pp. 41-51, spéc. p. 41.

[36] V. R. MICHAELS, « Globalization and Law: Law Beyond the State », préc., pp. 2s. pour trois perspectives sur la globalisation : la globalisation comme réalité, comme théorie, et comme idéologie.

[37] V. par exemple l'ouvrage collectif *Droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique. Cinquièmes journées René Savatier*, PUF, 1997.

[38] P. KRUGMAN, *op.cit.*, p. 217, parlant de « la crise de la banque non bancaire ».

[39] A partir de la seconde moitié du XX^{e} siècle on privilégie le financement à travers les instruments financiers par rapport aux contrats de prêts classiques auprès des banques (v. A.

exponentiel des contrats standardisés dérivés, conclus *en dehors des marchés réglementés par les États*. En particulier les *credit default swaps* (CDS) sont des opérations nouées à des fins économiques d'assurance, sans que les entités qui y souscrivent soient soumises à l'obtention de l'agrément en tant qu'assureur et aux obligations juridiques qui y correspondent[40]. Ainsi, comme l'avait anticipé M. Bourguinat, « *la prolifération de tous les nouveaux produits serait à même de fournir presque toujours les contreparties nécessaires et, ce faisant, de transférer les risques sans pour autant que l'on soit assuré (globalement) que le risque systémique généré ne soit supérieur à la somme des risques particuliers assurés* (H. Bourguinat, 1987) »[41].

10. **Une crise normative endogène ? L'insuffisance d'une approche en termes de régulation prudentielle.** L'analyse économique des instabilités financières fait la distinction entre causes « endogènes » (*i.e.* « inhérentes au fonctionnement même de la finance et de l'économie de marché »), et « exogènes » à la sphère financière (*e.g.* politiques publiques inadaptées)[42]. Cet essai de distinction rend pertinente la question de savoir si les réactions juridiques à la crise financière de 2008 répondent à une causalité endogène ou exogène par rapport aux droits positifs. Les principales reformes ont visé prioritairement le volet prudentiel (dit aussi bancaire) de la régulation financière[43]. L'explication réside dans les objectifs qui lui sont

---

COURET, « Innovation financière et règle de droit », D. 1990. 135s.). Ainsi, même si le volet prudentiel a été théoriquement renforcé en France et au niveau international (v. V. CATILLON, *Le droit dans les crises bancaires et financières systémiques*, LGDJ, 2011), la prémisse que les banques agissent comme prêteurs et *implicitement* comme détenteurs du risque n'a pas été remise en cause avant la crise de 2008 (v. Rapport Larosière, p. 10, pc. 17)

[40] Rapport FCIC, p. 50. Sur la distinction entre les dérivés et les contrats d'assurance en droit français selon une perspective interne au droit v. A. GAUDEMET, *Les dérivés : Aspects juridiques,* Economica, 2010, n^{os} 185s., pp. 89s. Pour une analyse fonctionnelle et la présence de l'aléa moral v. M. WAIBEL, « Steering Sovereign Debt Restructurings Through the CDS Quicksand », 14 July 2012, disponible à http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2017772.

[41] H. BOURGUINAT, *op.cit.*, 4^{e} éd, p. 118 avec référence à H. BOURGUINAT, *Les vestiges de la finance internationale,* 1987, p. 139.

[42] D. PLIHON sous « Crises financières - Instabilité financière », préc. Plusieurs analyses de la crise et du *shadow banking* adoptent cette approche, e.g. A. ARQUIÉ, « Le système bancaire de l'ombre : fruit d'une régulation bancaire trop pesante ou véritable rôle économique ? », REF 2013, n°109, pp. 69-84. Pour le débat dans le mêmes termes s'agissant des cycles économiques v. « Fluctuations et crises économiques » *in* A. BEITONE, A. CAZORLA, C. DOLLO, A.-M. DRAI, *Dictionnaire de la science économique*, 4^{e} éd., Armand Colin, 2013.

[43] Le terme « régulation financière » sera employé en tant que synonyme de l'anglais *financial regulation*, en désignant la normativité financière. La précision est nécessaire au regard de la

traditionnellement assignés : la régulation prudentielle (*prudential regulation)* est censée éviter le risque systémique à travers les aspects organiques (e.g. fonds propres, ratio de solvabilité) des acteurs financiers ainsi réglementés[44]. En revanche, la régulation du commerce des instruments financiers (*securities regulation*) est censée assurer l'efficacité (l'intégrité) du marché et la protection des investisseurs à travers des règles d'accès, de transparence, et de responsabilité[45]. Bien que les contraintes prudentielles aient leur poids non négligeable quant aux comportements pertinents pour le risque systémique[46], elles ne sont pas infaillibles[47]. De plus, le phénomène de l'intégration de l'activité financière[48] remet en cause l'indifférence *a priori* de la régulation du commerce des instruments financiers quant à la survenance du risque systémique.

11. **La crise financière et la régulation du commerce des instruments financiers.** Le *modèle juridique* contemporain de régulation administrative du commerce des instruments financiers (ci-après « régulation financière ») peut être identifié dans celui qui a été adopté par les États-Unis au niveau fédéral après la crise de

---

distinction opérée en France par la doctrine entre « régulation » et « réglementation » - en ce sens M.-A. FRISON-ROCHE, « Définition du droit de la régulation économique », Dalloz, 2004. 129.

[44] F. ALLEN, R. HERRING, *Banking Regulation versus Securities Market Regulation*, Wharton School, University of Pennsylvania, Working Paper Series, July 11, 2001, disponible à http://finance.wharton.upenn.edu/~allenf/download/Vita/0129.pdf : « The primary justification for bank regulation that is usually given is the avoidance of systemic risk, or in other words, the avoidance of financial crises. With securities markets it is usually argued the main purposes of regulation are investor protection and enhancing the efficiency of markets. ». Selon Mme Frison-Roche, l'objet de la régulation bancaire est la « solidité » du système (M.-A. FRISON-ROCHE « Régulation bancaire, régulation financière », *in Mélanges Didier*, Economica, 2008, pp. 173-187, p. 173, n°1).

[45] *Ibid.*

[46] M. SÈVE, *La régulation financière face à la crise,* Bruylant*,* 2013, p. 80 : « En théorie, la manière la plus efficace de limiter le risque de comportement opportuniste et de contournement réglementaire est d'imposer des obligations de diversification et de rétention du risque afin d'inciter l'octroyeur de crédit à être plus vigilant quant au risque de contrepartie pesant sur sa transaction ».

[47] Plusieurs voix ont accusé les règles prudentielles élaborées par le Comité de Bâle comme ayant favorisé la prise de risques hors bilan par les banques, ainsi que la possibilité de manipuler le calcul des fonds propres. Le Rapport Larosière reconnaît de manière incontestable le rôle négatif joué en ce sens par *Bale 1* ; en revanche, *Bale II* (envisagées comme correctif des *Bale I*), sont exonérées de responsabilité du fait que les dispositions réglementaires qui y correspondent sont entrées en vigueur après le déclenchement de la crise. Pour une analyse compréhensive de la normativité financière supranationale v. R. BISMUTH, *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public,* Bruylant, 2011.

[48] V. « Intégration financière internationale » *in Dictionnaire de la science économique*, préc. ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Argent privé, argent public », APD 1997. 197.

1929[49]. Les *Securities Act* et *Securities Exchange Act* visaient à la fois la réglementation des acteurs, des produits et des opérations, ainsi que la création d'un régulateur (la *Securities Exchange Commission*) chargé de la surveillance du secteur. D'autres États se sont dotés peu à peu d'un tel aménagement. En France, le modèle a été adopté à la fin des années 1960[50], au Royaume-Uni au milieu des années 1980[51], et l'Union européenne suit avec la création de l'AEMF en 2010.

La crise financière de 2008 a démontré le défi que la complexification des produits saisis par le développement technologique[52] pose pour ce modèle[53]. La matière est devenue si technique que les experts – en économie, en informatique, en normativité financière – en revendiquent l'apanage. Le caractère éclairé de la volonté juridique de l'investisseur semble condamné à l'externalisation. *Quid* de la volonté juridique des législateurs, des régulateurs, des juges, des arbitres ?

12. **Le marché *vu* par le droit financier.** Les règles juridiques qui protègent les investisseurs sont qualifiées de « droit spécial de la consommation »[54], *comme si* le marché financier ne pourrait être qu'*atomique* en termes économiques. C'était le cas de la crise de 1929, d'où ces caractéristiques pour le droit financier contemporain. Pourtant, au cœur de la crise financière de 2008 on trouve beaucoup moins le grand public investisseur (consommateur oui, mais de crédits immobiliers), et beaucoup plus les sujets de droit issus des *fictions juridiques* : sociétés, organisations, États (ex. les investisseurs professionnels), bref un marché *oligopolistique*[55] qui s'était émancipé, à travers la technique contractuelle, des contraintes juridiques d'origine publique. Il a absorbé, voire

[49] P.-H. CONAC, *La régulation des marchés boursiers*…, préc., n°10, pp. 11s.
[50] Création de la Commission des opérations de bourse (COB) en 1967 – v. P.-H. CONAC, *La régulation des marchés boursiers…,* préc., n° 23, pp. 24s. L'auteur note que dans les années 1930, suite à la crise financière de l'époque, la France s'était contentée d'un durcissement de la répression pénale (n° 12, p. 15). V. aussi *infra* n° 144.
[51] V. *Financial Services Act 1986*.
[52] A. SUNDERAM, « La croissance du *shadow banking* », REF 2013, n°109, pp. 53-67, spéc. p. 64.
[53] F. BARRIÈRE, « Une cause de la crise financière : un défaut de réglementation ? », JCP E, 2009. 1571.
[54] B. AUDIT, L. d'AVOUT, *Droit international privé*, 7e éd. refondue, Economica, n°1085, p. 956.
[55] V. Rapport FCIC, p. 50.

créé à travers la demande, la bulle immobilière à l'origine de la crise financière de 2008.

Si la crise s'est installée sur ce qu'apparaît comme une erreur commune[56] qu'on a qualifié néanmoins, *post factum,* de surmontable[57], que reste-t-il du *droit* qu'elle est susceptible d'avoir généré selon l'adage *error communis facit jus*, ainsi que du *modèle de production normative* qui y corresponde ? Y-a-t-il des « bulles juridiques », à l'instar des bulles financières ?

13. **Une crise de la formulation de l'hypothèse analysée.** Dans une acception générale, une crise est « une rupture dans une situation jusque-là apparemment stable »[58], une perturbation qui provoque un dilemme[59], ou une décision, un jugement (selon ses origines grecques)[60]. Deux niveaux de la crise peuvent être ainsi saisis : une manifestation organique et une réaction cognitive (psychologique). L'antériorité de l'une par rapport à l'autre ne s'impose pas, elle ne peut qu'être postulée. En ce sens, la facticité admise de la crise financière de 2008 relève du premier niveau. Quant au deuxième, la représentation d'une *incohérence* est généralement suivie par la cristallisation d'une *volonté* en vue de la résoudre[61]. Lorsque les modèles théoriques fournis à cet égard se retrouvent en désordre[62], l'enjeu épistémologique de la formulation du *dilemme* de la crise est d'autant plus important. Pour éviter le plus possible de préjuger l'analyse, il faut prendre conscience du conventionnalisme scientifique.

---

[56] Ph. TRAINAR, « Portée et limites de la comparaison...», préc., p. 43 : « la crise actuelle a résulté d'une erreur collective, ou d'une combinaison d'erreurs individuelles [...] partagée par les ministres des Finances, les régulateurs, les contrôleurs de banque, les agences de notation, les banques, les gestionnaires d'actifs et les investisseurs ».

[57] Rapport FCIC, p. xvii : « We conclude this financial crisis was avoidable ».

[58] B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la « crise » des conflits de lois) », RCADI, t. 186, 1984, p. 1.

[59] V. « crise » *in* REY A., *Dictionnaire Le Petit Robert,* Le Robert, 2011.

[60] V. « crise » *in* REY A. (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française,* Le Robert, 2006.

[61] Sur la cohérence des modèles juridiques imposés par la logique formelle, allant jusqu'à la marginalisation du *doute* dans le raisonnement juridique (e.g. décret français du 27 août 1790 instituant le référé législatif) v. C. PERELMAN, « Droit, logique et épistémologie », *in* C. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, LGDJ, 1984, pp. 56-67, spéc. p. 58s.

[62] M. van de KERCHOVE, F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre,* PUF, 1988 ; F. TERRÉ, « L'ordre public entre deux siècles », APD 2015. 189, spéc. p. 195.

§2. Le retour du conventionnalisme scientifique et la « coproduction »

14. **Conventionnalisme scientifique et rejet de l'arbitraire.** Bien qu'à partir du XVIII[e] siècle la pensée juridique ait été influencée par d'autres disciplines[63], et par conséquent par l'épistémologie des sciences, elle n'a pas nécessairement évolué de manière synchronique avec celle-ci. Au début du XX[e] siècle, le conventionnalisme[64] avait mis en évidence les limites de la modélisation scientifique. Dans « La Science et L'Hypothèse »[65], Henri Poincaré « montrait que n'importe quel ensemble d'hypothèses pouvait être organisé pour s'ajuster formellement au résultat de l'expérience »[66]. Cette démystification de l'autorité scientifique a néanmoins ses contrepoids : « la science est ramenée à un incertain, à un subjectivisme et à une autojustification qui lui ôtait sa légitimité »[67]. Cependant, le problème de la *relativité* du positionnement scientifique à travers l'hypothèse *construite*, qui *a priori* préjuge l'analyse, ne doit pas être confondu avec la critique de l'*arbitraire*. Paradoxalement, Poincaré fait appel à une production « sage » des normes juridiques pour souligner cet aspect[68].

Le conventionnalisme scientifique n'est pas synonyme d'anarchisme ou d'arbitraire, il suppose seulement la prise de conscience des *limites* des modèles théoriques, tandis que l'arbitraire signifie l'absence de la nécessité, voire l'*impossibilité* d'un modèle. Sa relativité est compatible avec l'autorité du

---

[63] Contrairement à la relation inverse jusqu'au XVI[e] siècle – v. J.-L. THIREAU sous « Jurisconsulte » *in* D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique,* PUF, 2003.

[64] V. P. RICŒUR sous « Signe et sens », *in* Universalis éducation (en ligne), Encyclopædia Universalis : « selon cette école, les lois de la pensée sont des conventions auxquelles sont « commis » les membres de la communauté parlante. […] Pour le conventionnalisme, non seulement les notions mais les principes fondamentaux de la science sont de nature conventionnelle et donc liés à l'institution du langage ».

[65] H. POINCARÉ, *La Science et l'Hypothèse,* Flammarion, 1914.

[66] A. BOYER, « Le creuset historique du doute scientifique », *in Mélanges Rainaud*, L'Harmattan, 2009, pp. 157-175, spéc. p. 172.

[67] *Id.*, p. 173.

[68] H. POINCARÉ, *op.cit.*, p. 3 : « ces conventions sont l'œuvre de la libre activité de notre esprit, qui, dans ce domaine, ne reconnaît pas d'obstacle. Là, notre esprit peut affirmer parce qu'il décrète ; mais entendons-nous : ces décrets s'imposent à *notre* science, qui, sans eux, serait impossible ; ils ne s'imposent pas à la nature. Ces décrets, pourtant, sont-ils arbitraires ? Non, sans cela ils seraient stériles. L'expérience nous laisse notre libre choix, mais elle le guide en nous aidant à discerner le chemin le plus commode. Nos décrets sont donc comme ceux d'un prince absolu, mais sage, qui consulterait son Conseil d'État. ». Cela témoigne de la cyclicité du « paradigme scientifico-juridique » - v. P. AMSELEK, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2013, p. 195. V. *infra* n°39.

résultat ***aussi longtemps que*** l'hypothèse se vérifie ; elle permet *un certain degré de prévisibilité*, tandis que l'arbitraire est incompatible avec tout cela.

Ce positionnement à mi chemin, « contre l'arbitraire »[69], mais également contre l'absolutisme dogmatique, guide notre exercice.

15. **Pertinence méthodologique du conventionnalisme scientifique.** Du fait même qu'il relativise l'autorité scientifique, le conventionnalisme est pertinent pour la recherche en droit, indifféremment du *statut scientifique* que celle-ci revendique[70], qui à son tour dépend du sens assigné à la notion de science[71].
Le présent propos n'a pas l'intention de trancher une question qui demeure si controversée. Cependant, au regard des « *prétentions à construire un savoir scientifique sur le droit* »[72], le conventionnalisme oblige à admettre, **sur le même terrain épistémologique (c'est-à-dire en tant que critique interne)**, la « représentativité restreinte »[73] de tout modèle théorique forgé. Cela admet *la contradiction* en tant que « limite du domaine de représentation »[74], mettant en évidence le caractère essentiellement temporel de tout paradigme comme système de représentation du monde[75]. Et comme le souligne Mme M.-L. Mathieu, « il suffit de conscientiser l'existence d'un phénomène de représentation pour amorcer un mouvement de dépassement du paradigme »[76].
Par conséquent, nous considérons que l'épistémologie juridique devrait bénéficier des corollaires du conventionnalisme scientifique de la manière suivante : premièrement, *la valorisation des systématisations orthodoxes en tant*

---

[69] C. ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, PUF, 1987.
[70] V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie…*, préc., n°36, p. 27.
[71] *Id.*, n°34, p. 26. P. AMSELEK, « La part de la science dans les activités des juristes », préc., p. 1.
[72] V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie...,* préc., n°36, p. 27.
[73] M.-L. MATHIEU, *Les représentations dans la pensée des juristes*, IRJS Éditions, 2014, p. 280.
[74] *Id.*, p. 283 : l'auteure parle du « nécessaire questionnement sur le domaine de représentation » s'agissant du « paradigme comme représentation ».
[75] Sur la dimension essentiellement temporelle des paradigmes v. Th. S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions,* 3rd ed., University of Chicago Press, 1996, p. X, « [Paradigms] I take to be universally recognized scientific achievements that ***for a time*** provide model problems and solutions to a community of practitioners » (c'est nous qui soulignons). V. aussi F. SCHMID sous « Conventionnalisme » *in* D. LECOURT (dir.), *Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences*, 4e éd., PUF, 2006 : « le conventionnalisme a eu aussi la réputation de postuler l'équivalence de théories rivales ».
[76] M.-L. MATHIEU, *Les représentations…,* préc., pp. 276s. La paternité du terme « *paradigm shift* » revient à Th. S. Kuhn.

q'«outils mentaux »[77], deuxièmement, *la prise de conscience de la « neutralité axiologique »*[78] *en tant qu' «effort» d'objectivité* et troisièmement, *les limites épistémologiques des hypothèses construites*[79]. C'est la clé de lecture choisie pour valoriser nos références bibliographiques et proposée en égale mesure pour le présent propos.

16. **Conventionnalisme scientifique et pluralité des disciplines. Les barrières épistémologiques du positivisme juridique.** Limité à une discipline, le conventionnalisme scientifique oblige à la prise de conscience d'un phénomène de représentation s'agissant d'un certain paradigme[80], contre l'idée de « loi de la nature »[81]. Cependant, la pluralité des disciplines multiplie également le nombre des paradigmes dont les limites devraient être représentées. Les « obstacles épistémologiques »[82] en ce sens sont encore plus difficilement à surmonter lorsqu'au sein d'une discipline on travaille sur la base d'un paradigme orthodoxe d'une autre, pris en tant que *postulat, qui reste extérieur et non discutable*.

Par exemple, un paradigme assez répandu parmi les juristes est celui selon lequel *il y aurait des disciplines (sciences) neutres, ce qui implique des* ***modèles de lecture des faits qui s'imposent épistémologiquement au droit, par le biais de leur autorité scientifique***. Il s'ensuit que parmi plusieurs **revendications simultanées des disciplines sur la *conceptualisation* d'un « objet »[83], celles dont le statut scientifique est acquis à titre orthodoxe, auraient priorité.** Le questionnement de ce paradigme se retrouve dans les interrogations méthodologiques suivantes :

> *« Avec quels types d'outils s'aventurent [les juristes] dans l'analyse de données extra-juridiques ? Étudient-ils, par exemple, des faits historiques avec les méthodes des historiens, des faits sociaux avec les*

[77] P. AMSELEK, « La part de la science dans les activités des juristes », préc., p. 2.
[78] V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie...*, préc., n[os] 32s., pp. 24s.
[79] Sur l'avertissement que le chercheur devrait inclure par rapport aux limites des démarches entreprises liées à sa formation, sa culture et le temps dédié à la recherche v. P. LEGRAND, *Pour la relevance des droits étrangers,* PUF, 2015, p. 16.
[80] V. *supra* n°15.
[81] En ce sens v. A.-F. SCHMID sous « Conventionnalisme » *in Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences*, préc.
[82] Le terme est emprunté à G. Bachelard.
[83] Sur le caractère « cérémoniel » du « modèle objectuel » dans l'épistémologie des sciences mis en évidence par A. G. Gargani v. *infra* n°25.

méthodes des sociologues, des faits économiques avec les méthodes d'économiste ou s'en tiennent-ils à un regard de juriste ? Dans le premier cas, quel type d'histoire, de sociologie, d'analyse économique sollicitent-ils ? »[84].

D'une part on perpétue l'idée qu'*il y aurait* une discipline propre à certains faits qu'elle prend pour objet. D'autre part, les tautologies du langage révèlent que les faits historiques sont historiques *du fait même* qu'on les lit à travers une certaine conception de la discipline histoire, que ce qu'on appelle faits économiques sont économiques *par le fait même* que cette discipline les a intégrés selon ses théories. De la même manière, en droit, comme le remarque Atias, « le savoir juridique semble placer le fait sous le droit qui le détermine et l'autorise à venir à la conscience juridique »[85].

L'affirmation conforte la fameuse **autonomie de la production normative** en tant que *modèle scientifique,* qu'il s'agisse de la formule kelsenienne selon laquelle « le droit règle sa propre création » ou de celle de « clôture normative » de Niklas Luhmann[86]. Elle se place au niveau *technique, méthodologique* du droit, qui est devenu le seul *objet scientifique* de la discipline juridique[87]. Cela s'explique par le passage du jusnaturalisme au positivisme, lorsque les valeurs « *passent du contenu des règles de droit, à leurs modes d'élaboration* »[88], du terrain des idéologies sur celui des méthodes. Il s'ensuit *apparemment* que toute analyse du *contenu* du droit ne peut être scientifique, et ne mérite pas par conséquent de constituer l'objet de la discipline juridique, *aussi longtemps que celle-ci prétend un quelconque caractère scientifique.*

La convention (scientifique) ainsi établie assure sa propre barrière épistémologique s'agissant du questionnement de la portée des paradigmes empruntés, à moins que le conventionnalisme en ce sens ne soit dénoncé.

---

[84] V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie...,* préc., n°234, p. 149.
[85] C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz, 2002, n°165, p. 98.
[86] V. G. TIMSIT sous « Système » *in Dictionnaire de la culture juridique*, préc., spéc. p. 1464.
[87] V. *supra* n°7.
[88] R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, n° 52, p. 59.

Une fois la complexité interdisciplinaire réintroduite au niveau de la connaissance, des outils qui y sont adaptés sont nécessaires.

17. **L'école *Science and Technology Studies* : les relations entre la société et le savoir scientifique à travers le concept de « coproduction »[89].** Les *Science Studies* se sont développées surtout dans le monde anglophone, malgré l'existence d'importantes sources françaises en ce sens, comme les travaux de Bruno Latour[90]. Sous la plume de Sheila Jasanoff ces analyses ont été systématisés[91] autour d'un **programme épistémologique** et d'un **concept d'analyse propre, la « coproduction »,** ce qui nous permet de parler d'une « école S&TS », que cette auteure représente.

L'objectif de l'école S&TS est de rendre compte de la complexité de la « société de la connaissance » (*knowledge society)* à travers une perspective pluridisciplinaire[92]. Se positionnant à l'encontre du déterminisme mono causal mais également à l'encontre d'une théorie « totalisante », l'approche se propose une meilleure narration et explication des modèles de la nature et de la société forgés par l'homme[93]. À ce stade, les bénéfices revendiqués sont ceux qui découlent d'un élargissement du cadre épistémologique d'analyse, plutôt que les vertus prédictives d'une nouvelle théorie[94]. En ce sens, ce qui peut servir pour

[89] Traduction de l'expression « idiom of coproduction » par O. Leclerc *in* S. JASANOFF, *Le droit et la science en action*, préc., p. 14.

[90] Sur la réception de B. Latour sur le plan idéologique par certains sceptiques en France v. B. HOURS, compte rendu de B. LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*, La Découverte, 1991, L'Homme et la société, n°109, 1993, pp. 132-134. Pour une synthèse quant à l'évolution du courant y compris sa diversité v. O. LECLERC, « Présentation », S. JASANOFF, *Le droit et la science en action,* préc., pp. 5-27*,* spéc. pp. 8s. Sur l'exclusion de B. Latour de ce qui constitue la « doctrine » juridique en France v. H. MUIR WATT, « The Epistemological Function of 'la Doctrine' », *in* M. VAN HOECKE (ed.), *Methodologies of Legal Research,* Hart Publishing, 2013, pp. 123-131, spéc. p. 130.

[91] Sur ses efforts pour la délimitation d'un champ d'analyse propre v. O. LECLERC, « Présentation », préc., p. 9.

[92] S. JASANOFF, « The idiom of coproduction », *in* S. JASANOFF (ed.), *States of Knowledge...,* préc., pp. 1-12, spéc. p. 2.

[93] S. JASANOFF, « Afterword », *in* S. JASANOFF, *States of Knowledge*, préc., pp. 274-282, spéc. p. 277.

[94] S. JASANOFF, « The idiom of coproduction », préc., pp. 2s. : « [...] we gain explanatory power by thinking of natural and social orders as being produced together. [...] co-production [...] should not be advanced as a fully fledged theory, claiming lawlike consistency and predictive power. It is far more an idiom – a way of interpreting and accounting for complex phenomena so as to avoid the strategic deletions and omissions of most other approaches in the social sciences. »; S. JASANOFF, « Ordering knowledge, ordering society », *in* S. JASANOFF, *States of Knowledge…,* préc., pp. 13-45, spéc. pp. 37s. en ce qui concerne « les ambitions théoriques de la coproduction ». S. JASANOFF, *Le droit et la science en action*, préc., p. 112.

guider l'action consiste dans l'identification des « tunnels épistémologiques » *(« epistemological blinders »)*[95] aptes à se reproduire.

Un cadre conceptuel propre est proposé à travers **la notion de « coproduction ».** Les sciences et le droit (comme outil du pouvoir) se présentent comme « deux sources d'« autorité » », « des outils d'« ordonnancement » »[96] de la société, que ses membres utilisent. **La « coproduction » sert à introduire la représentation dynamique selon laquelle « *les moyens par lesquels nous connaissons et nous nous représentons le monde (la nature comme la société) sont inséparables des façons dont nous choisissons d'y vivre* »**[97]. Il est par conséquent proposé de prendre conscience de la relation étroite entre le descriptif et le normatif, du fait que « l'« être » et le « devoir-être » sont […] inextricablement liés »[98].

18. **Le langage de la « coproduction ». Typologies et outils.** La « coproduction », en tant qu'approche hétérodoxe, a adopté une nature fonctionnelle, soumise à son but d'élargissement du cadre épistémologique. Sheila Jasanoff parle d'un « *idiom* », traduit en français en tant que « grammaire de la coproduction»[99], mais aussi en tant que « méthode d'analyse »[100] ou « cadre d'analyse »[101] pour donner la mesure de l'anglais « *interpretive framework* »[102]. Fonctionnellement donc – c'est-à-dire *employée* à titre explicatif[103] – la « coproduction » mène à *construire* un récit historique qui correspond à la représentation d'un *phénomène*. On amorce bien évidemment l'émergence d'un nouveau paradigme, d'une nouvelle *convention* en train de s'établir, susceptible d'emploi à des fins stratégiques[104]. Avec cette perspective à l'esprit, les nouveautés de langage que

[95] S. JASANOFF, « Afterword », préc., p. 280. Pour la traduction nous avons emprunté le terme « tunnel » à H. MUIR WATT qui parle de « *tunnel vision* » en ce qui concerne la « clôture épistémologique » en droit international privé – v. H. MUIR WATT, « Private International Law Beyond the Schism », (2011) 2(3) Transnational Legal Theory 347-428.
[96] O. LECLERC, « Présentation », préc., p. 12.
[97] *Id.,* p. 14 ; S. JASANOFF, « The idiom of coproduction », préc., p. 2 : « co-production is shorthand for the proposition that the ways in which we know and represent the world (both nature and society) are inseparable from the ways in which we choose to live in it ».
[98] S. JASANOFF, *Le droit et la science en action*, préc., p. 49.
[99] O. LECLERC, « Présentation », préc., p. 14.
[100] *Ibid.*
[101] S. JASANOFF, *Le droit et la science en action*, préc., p. 49.
[102] S. JASANOFF, « The idiom of coproduction », préc., p. 6.
[103] *Ibid.* : « co-production begs for illustration rather than proof ».
[104] V. *infra* n°60.

la « coproduction » introduit en tant qu'outils de représentation appellent des précisions.

Sheila Jasanoff distingue entre la « coproduction constitutive » et celle « interactionniste »[105]. Dans la première elle inscrit l'analyse métaphysique préoccupée avec l'apparition de nouveaux objets de la *connaissance*, y compris de la distinction entre la « nature » et la « société » et leur « stabilisation »[106]. Par exemple, on y inclut les travaux de Bruno Latour en ce sens[107]. La « stabilisation » implique l'installation d'un paradigme, d'une représentation collective, d'une théorie orthodoxe. La « coproduction interactive », quant à elle, comprend l'analyse épistémologique, entre des objets ayant déjà reçu une certaine systématisation « stabilisée ». Elle vise des conflits de systèmes de connaissance. En ce sens, la thèse de la coproduction est qu' « il devient en effet impossible de résoudre la question de l'établissement des faits et de la crédibilité des énoncés scientifiques sans redessiner dans le même temps les règles sociales sur la crédibilité et l'autorité des individus et des institutions »[108].

L'auteure admet néanmoins qu'une approche en termes de « coproduction » rend elle-même cette première distinction plus floue, montrant que « notre connaissance des choses comme elles sont est liée aux choix antérieurs quant à la manière dont on veut connaître les choses en premier lieu » (n.trad.)[109]. Par conséquent, une méta-« coproduction » entre ces deux typologies apparaît également en tant que perspective de recherche.

Au regard des outils théoriques déjà acquis dans les sciences de la nature et sociales, Sheila Jasanoff place la contemporanéité sous les interrogations de la

[105] S. JASANOFF, *Le droit et la science en action*, préc., pp. 85s.
[106] *Id.*, p. 86 avec référence à B. Latour, *We Have Never Been Modern*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, p. 94.
[107] *Ibid.*
[108] S. JASANOFF, *Le droit et la science en action*, préc., pp. 98s. S. JASANOFF, « Ordering knowledge, ordering society », préc., pp. 13-45, spéc. p. 29 : « At times of significant change, such as those we tend to call "scientific revolutions" (Shapin 996, Kuhn 1962), it may not be possible to address questions of the facticity and credibility of knowledge claims without, in effect, redrafting the rules of social order pertaining to the trustworthiness and authority of individuals and institutions [...] ».
[109] S. JASANOFF, « Afterword », préc., p. 274 : « co-production blurs the very distinction between metaphysics and epistemology, showing how our knowledge of things as they are relates to earlier choices about how we wish to know things in the first place ».

coproduction interactive. En ce sens, quatre « vecteurs »[110] ou « voies »[111] (*pathways*[112] ou *patterns*[113]) de coproduction sont identifiés : les identités, les institutions, les langages (*discourses)* et les représentations[114]. Le droit est particulièrement concerné par les institutions et les discours[115].

19. **Le parcours de la coproduction et le conventionnalisme (scientifique). « Boucler » (*loop back*) et « emboîter » (*black-boxing)*. « Desemboîter » ?** C'est à travers ses vecteurs que la « coproduction » dévoile ce qu'on peut appeler son **parcours** :

> « *Chacun de ces instruments contribue à stabiliser « ce que nous savons et la façon dont nous savons », de même qu'ils constituent les instruments par lesquels les savoirs et les façons de savoir évoluent au cours du temps et diffèrent d'une société à une autre* »[116].

Dans ce parcours, la « co-production » signifie, d'une part, la *production* des *conventions* à travers leur « stabilisation »[117], mais également la prise de conscience du *conventionnalisme,* c'est-à-dire des limites de celles-ci, prémisse pour leur *re-production*. Par le fait que la science et le droit sont co-produites il faut comprendre les (rétro)actions par lesquelles chaque élément « boucle » (*loop*[s] *back)*[118] sur l'autre.

Représentée en termes de « parcours », la « coproduction » soulève d'une part un problème de blocage potentiel. On tire cette conclusion du fait que l'école S&TS, par l'emploi *analytique* de la « coproduction », vise à éviter ce qu'elle appelle l'«emboîtement » (*black-box*[ing]) de certaines catégories (e.g.

---

[110] O. LECLERC, « Présentation », préc., p. 15.
[111] S. JASANOFF, *Le droit et la science en action*, préc., p. 111.
[112] S. JASANOFF, « The idiom of coproduction », préc., p. 6.
[113] S. JASANOFF, *Le droit et la science en action*, préc., p. 112. S. JASANOFF, « Ordering knowledge, ordering society », préc., p. 37.
[114] S. JASANOFF, *Le droit et la science en action*, préc., pp. 115s. S. JASANOFF, « Ordering knowledge, ordering society », préc., pp. 39s.
[115] *Ibid.*
[116] O. LECLERC, « Présentation », préc., p. 15.
[117] V. *supra* n°18.
[118] Nous avons choisi de traduire l'expression « loop back » par le verbe « boucler » pour ses connotations informatiques, au lieu du verbe « revenir » préféré par O. Leclerc. V. S. JASANOFF, « Ordering knowledge, ordering society », préc., p. 25. S. JASANOFF, *Le droit et la science en action*, préc., p. 90.

« intérêt », « capital », « État », « marché »)[119]. Cet « emboîtement » consiste, par rapport à un élément d'analyse, que celui-ci « risque alors de rester enfermé dans une boîte noire, d'être traité comme étant substantiel, de se voir reconnaître une identité constitutive, et ainsi d'être soustrait à une analyse plus approfondie »[120]. D'autre part, il semblerait que la « coproduction » soit apte *par elle-même* à *reproduire* son propre schéma, c'est-à-dire « la formation simultanée de l'ordre social et de l'ordre naturel dans les sociétés de la connaissance »[121], ***comme s'il s'agissait d'un processus naturel.*** C'est donc en termes de *parcours de la coproduction* qu'on se propose de valoriser ces outils, ainsi que de réfléchir à l'éventuelle nécessité de « desemboîter » le processus. Pour faciliter la lecture, une « coproduction » sera signalée en termes graphiques à travers le signe « < > ».

20. **L'intuition de la « coproduction » chez les juristes.** La substance de la « coproduction » n'est pas aussi étrangère aux juristes qu'on pourrait le croire. Le statut « émergent »[122] de l'école S&TS n'empêche pas d'observer qu'en droit on a opéré par intuition avec la « coproduction ». Au niveau microjuridique, du raisonnement, il faut rappeler Geny, qui, s'inspirant de Bergson, parlait du *donné* et du *construit* dans l'activité des juristes[123] et de leur relation bidirectionnelle : « *le construit, œuvre de la volonté artificielle, sinon arbitraire, arrive peu à peu à augmenter la somme du donné* »[124]. Au niveau macrojuridique, le fameux *Ubi societas ibi jus* postulé à la base du droit international privé[125] a été « desemboîté » de ce statut par M. Carreau lorsqu'il notait que « *tout système juridique est […] bien le produit direct d'une société donnée ; cependant, cette relation, si elle est la plus marquante,* ***n'est pas non***

[119] S. JASANOFF, *Le droit et la science en action*, préc., p. 81. S. JASANOFF, « Ordering knowledge, ordering society », préc., p. 20.
[120] *Ibid.*
[121] S. JASANOFF, *Le droit et la science en action*, préc., p. 49.
[122] *Id.,* p. 66.
[123] F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t.I, Sirey, 1922, pp. 96-97. S'inspirant de Bergson, Geny distingue, dans l'activité du juriste, le *donné* et le *construit* : le premier « doit formuler la règle de droit, telle qu'elle ressort de la nature des choses et, autant que possible, à l'état brut », alors que le deuxième est « le travail à réaliser, partant des données naturelles acquises, [qui] tendra à les mettre en œuvre, les transformer ou les assouplir, de façon à les modeler sur les besoins mêmes de l'ordre juridique, pour lequel elles sont destinées ».
[124] *Ibid.*
[125] H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé,* 8e éd., LGDJ, 1993, t. I, p. 11.

***plus à sens unique** : le droit peut en effet être utilisé comme un moyen pour changer, réformer, la société qui le sous-tend* »[126] (c'est nous qui soulignons).

21. **La dualité droit – science du droit pour la problématique de l'école S&TS.** Comme le remarque M. Leclerc, « la place du droit, comme objet et comme discipline, au sein des *Science and Technology Studies* mérite encore d'être clarifiée »[127]. Comme objet, le droit, en tant qu'expression du pouvoir politique, peut être vu en coproduction avec le savoir élaboré par d'autres sciences (principalement celles de la nature). C'est la formule sous laquelle l'école S&TS a placé les rapports entre le droit et la science, selon une conception du droit « marquée par les caractères et les débats du droit des États-Unis »[128]. En même temps, comme discipline, la théorie du droit revendique à son tour, notamment dans les systèmes de droit civil, le statut de *science.* De plus, le jusnaturalisme semble également placer la théorie juridique du côté de la connaissance de la nature. Cette dualité mérite d'être intégrée à la problématique de l'école S&TS, car elle constitue l'hypothèse d'une « coproduction » entre la science juridique et le droit positif. Par analogie, cette dualité concerne également l'économie et la science économique. Du point de vue interdisciplinaire, une approche en termes de « coproduction » complique l'analyse, promettant en revanche des révélations aptes à la maîtriser.

22. **Le rapport entre la « science » économique et le droit. *Quid* de la « science » économique et de la théorie du droit ? *Quid* de l'économie et de la « science » juridique ? La nécessité de revisiter l'Analyse économique du droit.** Au regard des revendications scientifiques des théories en doit et en économie, le présent propos va puiser dans l'école S&TS le langage de la « coproduction » et de son « parcours »[129] en quête d'une nouvelle approche du débat.

    Il y a trois hypothèses raisonnablement envisageables en ce sens : 1) ni le droit ni l'économie ne serait des sciences ; 2) les deux serait des sciences sociales ; 3)

[126] D. CARREAU, « Le droit international économique face aux crises », *in* Mélanges C.-A. Colliard, Pedone, 1984, pp. 105-122, spéc. p. 105.
[127] O. LECLERC, « Présentation », préc., p. 10.
[128] *Id.*, p. 11.
[129] V. *supra* n°19.

l'économie serait une science de la nature (vue sa composante mathématique), alors que le droit serait une science sociale[130].

Pour la discipline juridique, le problème commun réside dans l'autorité épistémologique des *faits* en tant que *relations systématisées selon* ***une*** *théorie économique.* L'enjeu réside dans l'autorité scientifique des théories économiques pour la normativité et pour le raisonnement juridique. Cet enjeu vise à la fois les conceptions formelles du raisonnement juridique s'inspirant des sciences de la nature, ainsi que les conceptions plus flexibles s'inspirant des sciences sociales[131].

Même avec un statut de discipline beaucoup plus ancien que l'économie, le droit a subi pendant le dernier siècle d'importantes critiques sur le terrain de la théorie économique[132], *comme si* cette discipline disposait d'une autorité scientifique qui s'y imposerait du point de vue épistémologique. Comme le remarque Sheila Jasanoff, le courant *Law & Economics*, bien qu'il s'apparente des *Science and Technology Studies*, reste unilatéral dans ses analyses et par conséquent manque la dimension de la « coproduction » en ce qui concerne l'élaboration du savoir économique : « *[Posner] manque […] le constat co-productioniste selon lequel le droit, en favorisant un choix rationnel fondé sur les faits, peut créer les ontologies mêmes des comportements rationnels et irrationnels qu'il est censé permettre* »[133].

Après la crise financière de 2008, l'autorité de la science économique orthodoxe a été de plus en plus démystifiée, l'économie étant ramenée à une science sociale[134], voire en dehors du champ scientifique avec l'observation

[130] Paradoxalement, la comparaison des droits semble renforcer les effets du scientisme en droit avec la revendication d'un « tournant mathématique » causé par l'observation empirique du phénomène des indices – v. D. RESTREPO AMARILES, *The Rise of Transnational Legal Indicators. Empirical Accounts of Law in a Global Society*, thèse Université Libre de Bruxelles, 2015.

[131] Sur cette dichotomie dans l'analyse historico-épistémologique de la méthodologie juridique v. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie…,* préc., n°53, p. 39.

[132] Il s'agit du courant de l'Analyse économique du droit et de l'abondante littérature là-dessous.

[133] S. JASANOFF, *Le droit et la science en action*, préc., p. 52.

[134] L. IDOT, « Argument économique et argument sociologique », *in* D. FENOUILLET (dir.), *L'argument sociologique en droit,* Dalloz, 2015, pp. 43-59, spéc. n°36, p. 59 : « L'économie n'est pas une science exacte, mais une science sociale. Il ne faut pas l'oublier. Elle ne peut être prise au sérieux par les juristes que si elle tient compte elle-même des enseignements des autres sciences sociales ».

selon laquelle « l'économie n'est pas plus que le droit une science et ne peut prétendre restituer d'une façon neutre des faits »[135]. Cette correction de représentation appelle deux observations. D'une part, le paradigme non-coproductioniste selon lequel il y aurait des sciences neutres résiste. D'autre part, on renvoie à une représentation *antérieure* (à la crise ?) entre le droit et l'économie dans les termes de ce paradigme. D'où la pertinence du langage de la « coproduction » pour notre propos, et la nécessité de revisiter, à la lumière de la crise financière de 2008 *produite*, l'enjeu de l'Analyse économique du droit pour la normativité des relations financières.

23. **Un dialogue méthodologique ou idéologique entre le droit et l'économie ?** Dans son étude à l'hommage de Marcuse, Habermas montre qu'il y a des enjeux idéologiques (*i.e.* de pouvoir) derrière la science et la technologie modernes, qui restent cependant à l'abri d'un débat politique (en termes de valeurs)[136]. L'école S&TS renouvelle le constat : « la science et la technologie fonctionnent, en bref, comme des agents *politiques* »[137]. Cependant, dans le langage de la coproduction, ces enjeux se retrouvent épistémologiquement « emboitées » (*black-boxed)*, car ils agissent sur un terrain *a priori* neutre, celui méthodologique.

Ce n'est pas par hasard que l'Analyse économique du droit a revendiqué une autorité scientifique sur le terrain *méthodologique* de la production normative[138].

---

[135] M.-A. FRISON-ROCHE, « Droit et marché : évolution », *in* S. DORMONT, Th. PERROUD (dir.), *Droit et marché*, LGDJ, 2015, pp. 265-278, spéc. p. 265.

[136] J. HABERMAS, « La technique et la science comme « idéologie » », *in* J. HABERMAS, *La technique et la science comme « idéologie »*, trad. J.-R. Ladmiral, Gallimard, 2011, pp. 3-74, spéc. p. 34 : « Les légitimations devenues fragiles sont remplacées par d'autres qui, d'un côté, résultent d'une critique du dogmatisme des interprétations du monde léguées par la tradition et revendiquent un caractère scientifique ; mais ces dernières continuent, d'un autre côté, à exercer des fonctions de légitimation et soustraient ainsi les relations de violence existantes à l'analyse comme à la conscience que pourrait en prendre l'opinion publique. Ce n'est qu'alors qu'apparaissent les *idéologies* au sens étroit du terme : elles remplacent les légitimations traditionnelles de la domination en même temps qu'elles se présentent en se réclamant de la science moderne et se justifient en tant que critique de l'idéologie. Les idéologies sont indissociables de la critique de l'idéologie ».

[137] S. JASANOFF, *Le droit et la science en action*, préc., p. 71. S. JASANOFF, « Ordering knowledge, ordering society », préc., p. 14.

[138] R. A. POSNER, « The Decline of Law as an Autonomous Discipline : 1962-1987 », 100, Harvard Law Review, 1987, pp. 773 et 779 cité par V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie…*, préc., n° 230, p. 147.

La « légitimation économique [capitaliste] »[139] en tant que « légitimité *« par le bas* » »[140], se déploie, selon Habermas, conformément au schéma des sciences modernes, c'est-à-dire « dans un système de références méthodologiques qui reflète la perspective transcendantale d'une possibilité de disposer techniquement des choses »[141], qui privilégie l'emploi stratégique du savoir. Dans le paradigme positiviste du droit, cette perspective reste cependant à l'abri d'une analyse idéologique à cause des barrières épistémologiques auto imposées en ce sens[142]. **Pour les surmonter, il faut tout d'abord, plus qu'*adopter* une certaine méthodologie, *renoncer* aux « rituels méthodologiques »[143].**

24. **Renoncer à l'instantané comme temporalité du positivisme juridique[144].** La « coproduction » rejette « des explications causales linéaires, univoques, pour des phénomènes sociaux complexes »[145]. En ce sens, aucun des termes auquel la coproduction est envisageable à s'appliquer ne bénéficie pas d'une primauté par rapport à l'autre[146]. La contemporanéité elle-même s'inscrit non plus dans un *présent déterminé* mais dans une *continuité*. La dimension historique regagne par conséquent une place méthodologique importante[147], introduisant la *durée* au lieu de l'*instantané* en tant que temporalité pertinente. La « méthode historique »[148] en droit, quant à elle, rejette la « réalité » de l'ordre juridique et son instantané[149], au profit d'une représentation en tant qu'« artefact épistémologique »[150]. À la lumière du concept de « coproduction », la pensée de Savigny s'agissant de « l'unité du droit comme histoire et comme système »[151]

---

[139] J. HABERMAS, « La technique et la science...», préc., p. 32.
[140] *Id.,* p. 30. Habermas l'oppose à la « rationalisation *par le haut* » correspondant en principe aux « traditions chargées [...] de légitimer la domination et d'orienter l'action » (p. 33).
[141] *Id.,* p. 34.
[142] V. *supra* n°16.
[143] Le terme est emprunté à A.G. GARGANI, *Le savoir sans fondements,* Vrin, 2013, p. 141.
[144] Sur le caractère a-historique du positivisme, dérivant de ses revendications scientifiques, v. G. SAMUEL, « What is Legal Epistémology? », préc., p. 30.
[145] S. JASANOFF, « The idiom of coproduction », préc., p. 12 : « linear, unidirectional causal explanations for complex social phenomena ».
[146] S. JASANOFF, *Le droit et la science en action*, préc., p. 83. S. JASANOFF, « Ordering knowledge, ordering society », préc., p. 20.
[147] S. JASANOFF, « The idiom of coproduction », préc., pp. 4s.
[148] J.-L. HALPÉRIN, *Profils des mondialisations du droit,* Dalloz, 2009, p. 27.
[149] *Id.,* p. 28.
[150] *Id.*, p. 27.
[151] O. JOUANJAN, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », Revue européenne des sciences sociales, Tome XLI, n° 128, 2003, pp. 129-144, spéc. pp. 130s.

regagne une complexité et une profondeur dont son auteur avait sans doute l'intuition. Cette approche rencontre par ailleurs la perspective historique qu'appelle l'analyse des crises financières majeures en corrélation avec l'évolution de la normativité juridique en matière financière[152].

25. **Rompre avec les « rituels épistémologiques [et] méthodologiques »[153]. Renoncer (provisoirement) à la sécurité épistémologique des fondements.** C'est dans la philosophie d'Aldo Gargagni concernant « le savoir sans fondement », qu'on peut retrouver les éléments d'une « épistémologie politique »[154], pertinents pour valoriser le langage de la « coproduction ». En ce qui concerne l'évolution des systèmes de connaissance, le constat de Gargani correspond à celui de l'école S&TS, au sens où une nouvelle théorie de la *connaissance* est nécessairement liée à un nouveau système *normatif* de validation[155]. Cependant, une science, une fois devenue orthodoxe, tend à l'« emboîtement » des notions comme « objet », « chose », « fait »[156]. S'appuyant sur la philosophie du langage de Wittgenstein, Gargani met en évidence ces procédures qu'il appelle une « épistémologie […] de type cérémoniel »[157] (d'où l'expression de « rituel épistémologique ») qui « exerce[nt] un blocage arbitraire de la pratique linguistique »[158]. Les rituels épistémologiques correspondent à « [la recherche de] la solution à des problèmes qui […] étaient là *depuis toujours* […] [et qui produisent] des réponses sans problèmes, des définitions plutôt que des procédures contrôlées de réponse à des problèmes effectifs »[159]. D'où « l'attitude qui veut faire valoir les objets pour eux-mêmes, à l'état isolé, comme

---

[152] V. *supra* n°6.
[153] A. G. GARGANI, *Le savoir sans fondements,* préc., pp. 67s. et 141.
[154] A. I. DAVIDSON, « Introduction » *in* A.G. GARGANI, *Le savoir sans fondements,* Vrin, 2013, pp. 7-21, spéc. p 21. La pertinence de l'épistémologie des sciences pour l'épistémologie juridique est soulignée par G. SAMUEL, « What is Legal Epistémology? », préc., p. 35.
[155] A. G. GARGANI, *Le savoir sans fondements,* préc., p. 40 : « une doctrine scientifique n'en supplante pas une autre en en laissant intact le statut objectuel, c'est-à-dire les règles et les catégories d'usage du concept d'« objet », pas plus qu'en laissant inchangé le système des normes de validation et de légitimation auquel doivent se soumettre les assertions scientifiques […][mais] en construisant un nouveau modèle grammatical d'objectivité et un nouveau système de normes de validité et de techniques décisionnelles ». V. *supra* n°18.
[156] *Id.*, p. 83.
[157] *Id.*, p. 70.
[158] *Id.*, p. 83. L'auteur ajoute « En ce sens, la référence aux structures cristallisées des objets exerce une fonction d'arrêt de la procédure critico-rationnelle qui s'articule au centre de la procédure linguistique. C'est alors comme si la fonction d'articulation linguistique rencontrait un obstacle à sa propre propagation ».
[159] *Id.*, p. 70.

conditions suffisantes de légitimation d'un énoncé »[160] à l'exclusion des « modalités et [d]es décisions d'après lesquelles on entend faire usage de ces objets ou de ces faits pour valider une assertion »[161].

Les rituels épistémologiques passent sous silence l'importance de la *décision*, du *choix* relatif à un système de connaissance, ce qui implique l'exclusion d'autres[162]. Cette occultation est, selon Gargani, « le symptôme d'un besoin profondément enraciné de réaliser des situations garanties, **des régimes théoriques de sécurité contre d'autres modèles de disciplinement et d'ordonnancement considérés comme précaires et peu sûrs** »[163] (c'est nous qui soulignons).

C'est ce qui explique la difficulté organique de rompre avec ces rituels, avec la convention. Et pourtant, nous avons choisi de le faire, car la promesse de Gargani est de retrouver « le caractère de révocabilité et de fluidité »[164] qui *doit* correspondre aux « objets », « choses », « faits » – [et, en ce qui nous concerne, « droit »] – en tant que « modèles grammaticaux »[165].

26. **Retourner vers la « pensée factuelle »[166].** Gargani va plus loin que l'école S&TS car il ne constate pas seulement la ***coproduction connaissance < > ordonnancement***, mais également l'« emboîtement » contemporain des notions-fondement qui assurent une « stratégie [de légitimation] théorique par le haut »[167]. En ce sens, si l'école S&TS procède de manière casuistique selon un

[160] *Id.*, p. 72.
[161] *Id.*, p. 73.
[162] *Id.*, pp. 137s. Gargani prend l'exemple de Kant qui, ayant choisi comme « modèles de légalité » le ciel étoilé et la loi morale, procède non seulement à un *choix* positif de l'universalité, mais également à un choix *négatif* en excluant d'autres modèles. Pour Gargani « *Plutôt que de fonder la décision, l'universalité s'avère en réalité fondée sur la décision.* L'universalité est le symptôme d'une décision qui a toujours déjà été prise. [...] Le statut de généralité d'une législation morale est un facteur supplémentaire, additif, que réalise la détermination efficace et compacte d'une décision. L'universalité est en ce sens un instrument de disciplinement de la vie humaine, une fonction d'ordre de la vie civile. Mais philosophes, théologiens, et parfois même scientifiques, ont cru pouvoir identifier une espèce de lieu théorique où traiter pour ainsi dire *de manière isolée* les problèmes moraux, théoriques, cosmologiques, religieux et juridiques. En réalité, ils opéraient en concomitance avec des décisions et des stipulations qui répondaient à des profonds besoins d'organisation et de disciplinement de leur forme de vie ».
[163] *Id.*, p. 139.
[164] *Id.*, p. 84.
[165] *Ibid.*
[166] *Id.*, pp. 67s. et 165.
[167] *Id.*, p. 81 : « j'entends par *stratégie théorique par le haut* l'attribution à des constructions et à des formules symbolico-conceptuelles d'un pouvoir général et global de disciplinement des

modèle académique anglophone pour dénoncer cette tendance, Gargani théorise les modalités de « desemboîtement » à travers sa proposition de retour à la « pensée factuelle », c'est-a-dire aux « schèmes de type relationnel »[168]. Cela signifie prendre conscience que « les opérations intellectuelles […] ont en réalité une matrice constructive, factuellement déterminée et comme telle révocable […][au lieu d'être] sublimées dans la copie d'un statut idéal intérieur irrévocable »[169].

L'écho de cette approche se retrouve sous la plume de plusieurs juristes. À titre d'exemple, il est possible d'évoquer Djuvara[170] et Atias pour qui « le savoir juridique se compose d'expériences de fait »[171] ; Villey, à travers sa critique de « l'« homme » envisagé individuellement, abstraction faite de ses rapports avec ses semblables »[172]. Pour notre propos la valorisation de cette approche est importante à plusieurs niveaux. Premièrement, elle rend pertinente l'analyse des comportements des sujets de droit non seulement au regard de l'*hypothèse* de la norme juridique, mais également au regard de l'*utilisation stratégique* qu'ils en font. Deuxièmement, c'est dans la *disposition des choses* (y compris du savoir) comme mode d'organisation sociale que se retrouve la légitimation normative revendiquée par la science économique (i.e. « par le bas »)[173]. D'où la nécessité d'intégrer des éléments sociologiques en vue de « boucler »[174] sur l'analyse juridique déductive. Nous allons puiser ces éléments factuels dans des rapports publics sur les crises financières, ainsi que dans la « pathologie » du droit que constitue le contentieux selon une vue répandue dans les pays de droit civil[175].

---

procédures intellectuelles et des opérations sur le symbolisme, ainsi que des comportements pratiques à travers des mesures-standard de réglementation ».

[168] *Id.*, p. 73.

[169] *Id.*, p. 166.

[170] M. DJUVARA, « Dialectique et expérience juridique », Extrait de la *Revista de Filosofie,* n°2, 1938, pp. 3-29, spéc. p. 21 : « la connaissance morale et la connaissance juridique [...] conservent cependant le caractère social des données qui servent de point de départ à leur élaboration ».

[171] C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, préc., p. 66, n°98 : « Le droit a besoin des situations concrètes pour prendre sens. Le savoir juridique inclut nécessairement les modes de transposition des informations abstraites, tirées des règles et décisions, à l'espèce, au cas. Il a besoin du fait pour les nourrir, les faire vivre. [...] Le savoir juridique se compose d'expériences de fait. »

[172] M. VILLEY, « Le droit naturel », *in* M. VILLEY, *La Nature et la Loi. Une philosophie du droit,* Les éditions du cerf, 2014, pp. 29-47, spéc. p. 46.

[173] V. *supra* n°23.

[174] V. *supra* n°19.

[175] Th. PIAZZON, *La sécurité juridique,* Defrénois, 2009*,* n° 129, p. 223. V. *infra* n°77.

§3. L'enjeu des paradigmes sécuritaires en droit matériel et conflictuel

27. **L'intérêt d'une problématique autour de la notion de sécurité**. L'insécurité économique, engendrée par les crises financières remet en cause, *au niveau factuel,* les **revendications simultanées de sécurité financière et de prévisibilité que la normativité pertinente – d'origine publique ou privée – s'assigne.** Employées souvent à titre de *principe général et de fondement juridique,* les notions de sécurité et de prévisibilité correspondent à des rituels épistémologiques, eux-mêmes sécuritaires d'un certain paradigme[176].

Ce **triple terrain d'action** de la notion, son **pluri-sémantisme** ainsi que l'**indétermination de son champ à travers l'exclusion de l'insécurité** militent ensemble pour une analyse épistémologique en ce sens. Expression d'une « angoisse [contemporaine] »[177], couvrant plusieurs représentations « étroitement liées l'une à l'autre »[178], ayant l'aptitude de métamorphoser des argumentaires soutenant à la fois un principe et ses exceptions, « *l'idée de sécurité se retourne contre elle-même* »[179]. L'hypothèse est susceptible d'une analyse selon le langage de la coproduction, ce qui constitue notre **intérêt théorique**.

L'intérêt pratique n'est pas non plus négligeable. Lorsque l'insécurité politique a succédé à l'insécurité économique de la crise de 2008 et continue à se nourrir, les revendications de sécurité se multiplient. Pourtant, il est pertinent de se demander dans quelle mesure les divers paradigmes sécuritaires[180], tels que transposés dans la normativité intersubjective, (co)produisent un mode de vie à la hauteur de leur ambitions.

---

[176] V. *supra* n°25

[177] J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 10e éd., LGDJ, 2001, p. 203 : « Ce sont les insécurités qui donnent son relief à la sécurité. Elles sont multiples, variées. Par elles se diversifie le besoin de sécurité, qui est la forme contemporaine de l'angoisse. ». V. aussi l'affirmation de H. MAZEAUD, « Plus encore que de justice, nous avons besoin pour vivre de sécurité », cité par Th. PIAZZON, *op.cit.*, p. 11.

[178] F. VISCHER, « The Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts », RCADI, t. 142, 1974-II, spéc. p. 9 : « Certainty in law is an ambiguous notion covering several items which, however, are closely interrelated ».

[179] R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Rousseau, 1911, reproduit 2001, p. 73.

[180] Seulement en France, la veille de la crise financière coïncide avec la gestation doctrinaire de deux ouvrages d'envergure sur la sécurité juridique, témoignant d'un phénomène de paradigme sécuritaire. V. L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008; Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op.cit*.

28. **Des représentations collectives de la sécurité dans les droits financiers, pertinents pour les marchés réglementés.** En matière financière, l'insécurité liée à une crise s'oppose à un « climat de sécurité financière collective »[181], synonyme de la confiance nécessaire pour que les acteurs agissent sur le marché, bref nécessaire à une ontologie du marché. La confiance fait partie des notions autour desquelles s'articule les *discours* sur la régulation financière : confiance, stabilité, efficacité ou efficience, transparence, protection des investisseurs, concurrence[182]. Si la sécurité financière est redevable de multiples connotations[183], le dénominateur commun est une **représentation d'un certain degré de sécurité collective, de « bien commun »[184].** La stabilité est liée à la sécurité opérationnelle et au bon déroulement des transactions, même en cas de défaillance d'une partie. Efficacité et protection des investisseurs demandent un compromis en matière de sécurité[185]. Après des disfonctionnements révélés[186], la sécurité financière se retrouve dans le droit positif en tant qu'objectif de la régulation des marchés financiers, y compris à travers la notion d' « intégrité du marché »[187].

---

[181] A. COURET, « La sécurité financière », *in* L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008, pp. 363-379, spéc. p. 366.

[182] A. LAMFALUSSY, *Reflections on The Regulation of European Securities Markets*, Société Universitaire Européenne de Recherches Financières, Vienne, 2001, p. 18s : « The Committee believes there is a need for all financial services and securities legislation to be based on a conceptual framework of **overarching principles**. The most important could be: • to maintain confidence in European securities markets; • to maintain high levels of prudential supervision; • to contribute to the efforts of macro and micro prudential supervisors to ensure systemic stability; • to ensure appropriate levels of consumer protection proportionate to the different degrees of risk involved; • to respect the subsidiary principles of the Treaty; • to promote competition and ensure that the Community's competition rules are fully respected; • to ensure that regulation is efficient as well as encouraging, not discouraging, innovation; • to take account of the European, as well as the wider international dimension of securities markets ».

[183] Pour une approche dynamique de la notion v. A. COURET, « La sécurité financière », préc. V. aussi B. DELAFAYE, J. MONÉGER, *La sécurité financière : colloque du 3 décembre 2004*, Société de législation comparée, 2007 ; M. BAZEX, *La sécurité financière et l'État : bilan et perspectives*, l'Harmattan, 2004 ; G. LECACHEUR, *Les aspects juridiques de la sécurité financière des marchés réglementés*, thèse Rennes I, 1998.

[184] A. COURET, « La sécurité financière », préc., p. 366.

[185] A. COURET, « La sécurité financière », préc., p. 367 sur la protection des investisseurs comme élément concurrentiel.

[186] La France avait adopté la loi sur la sécurité et la transparence des marchés financiers le 2 août 1989, suivie une décennie après par la loi du 1 août 2003 de sécurité financière, en réponse au scandale *Enron* qui avait été suivi par le *Sarbanes-Oxley Act* aux Etats-Unis.

[187] A. COURET, H. le NABASQUE *et al.*, *Droit financier,* préc., n°1493, p. 1118 : la notion est retenue comme objectif des règles sanctionnant l'abus de marché : « L'intégrité et l'efficacité des marchés financiers supposent [...] que le public puisse bénéficier, de façon égale, de la plus

29. **Des revendications individuelles de sécurité en droit des contrats, pertinent pour les transactions financières *over-the-counter* (« OTC »)**. Il est notoire qu'au cœur de la crise financière de 2008 s'est retrouvé un marché économique non-réglementé dépassant considérablement en volume le même type de transactions sur les marchés réglementés, et ce dès les années 2000[188]. S'identifiant au commerce (international) du capital, les contrats financiers conclus pré-crise était majoritairement des dérivés de crédit, plus exactement des *credit default swaps* (CDS), conclus de gré-à-gré[189], c'est-à-dire en dehors des mécanismes de compensation multilatérale et d'une logique de « règles de marché » des droits financiers d'origine étatique. Cependant, au regard de la large utilisation du standard contractuel ISDA pour les dérivés, la qualification de contrat de gré-à-gré, désormais défini par le Code civil français comme « celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties » (art. 1110) peut être remise en cause.

En tant que « simples » contrats, l'acception pertinente de la sécurité qui leur correspond se décline *ut singuli*, à travers les notions de *prévisibilité* et de *certitude* (l'anglais « *legal certainty* » est plus précis en ce sens). Critère presque synonyme de la notion d'État de droit[190], la sécurité juridique recouvre plusieurs composantes[191], dont la prévisibilité[192] est revendiquée à titre premier par les

---

large information, ou plus exactement de l'information pertinente pour éclairer sa décision d'investissement ».

[188] Comme il résulte du communiqué du 13 novembre 2000, la Banque des règlements internationaux avait commencé à recenser l'activité du « marché global des dérivés OTC », notant que « *The overall buoyancy of activity in OTC derivatives markets contrasts with the stagnation of business conducted on derivatives exchanges […], a trend already evident for much of the 1990s.* » [http://www.bis.org/publ/otc_hy0011.pdf]. Dans le rapport de novembre 2007 concernant la situation fin juin 2007, on notait que « While growth accelerated in all major risk categories during the last three years, the highest rate of increase was reported in the credit segment. Positions in credit derivatives stood at $51 trillion at end-June 2007, compared to under $5 trillion in the 2004 survey [...]. CDSs are by far the dominant instrument in this category, accounting f, or 88% of positions in credit derivatives.

[189] Dans le rapport de novembre 2007, concernant la situation fin juin 2007, BRI notait que « While growth accelerated in all major risk categories during the last three years, the highest rate of increase was reported in the credit segment. Positions in credit derivatives stood at $51 trillion at end-June 2007, compared to under $5 trillion in the 2004 survey [...]. CDSs are by far the dominant instrument in this category, accounting for 88% of positions in credit derivatives. » [http://www.bis.org/publ/otc_hy0711.pdf].

[190] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Bruylant, LGDJ, trad. Ch. Eisenmann 1999, p. 251 : « le principe de l'État de droit […] est pour l'essentiel le principe de sécurité juridique ». *Liste des critères de l'Etat de droit adoptée par la Commission de Venise à sa 106e session plénière* (Venise, 11-12 mars 2016), CDL-AD(2016)007, spec. pp. 15s.

[191] *Ibid.*

acteurs économiques, y compris en matière financière : « *la sécurité juridique doit être aussi la certitude pour les acteurs économiques que le droit s'adapte à leurs besoins, évolue avec la conjoncture, accompagne leur activité* »[193] ; ce qui peut paraître paradoxal pour une matière « *bâtie sur l'incertitude* »[194].

30. **Quels rapports entre prévisibilité et sécurité financière?** Comme le remarque M. Couret, « il n'y a sans doute pas de sécurité financière sans sécurité juridique »[195]. Cependant, **la sécurité financière est-elle réductible à la (somme des) sécurité(s) juridique(s), ou susceptible d'accommoder d'autres principes ?** Bien que la prévisibilité désirable se prête à des degrés en fonction de la matière, et surtout lorsqu'il s'agit d'une législation préventive[196], cet impératif juridique ne semble pas susceptible de pas en arrière en matière économique. Un argument pour « moins de prévisibilité » n'existe pas en tant que tel[197], tandis que **« le manque de prévisibilité » boucle comme alternative inacceptable sur la vocation d'autres principes à composer la sécurité financière**. En tant que notion qui commande un argument « du dépassement »[198], la sécurité juridique *ut singuli* acquiert la vocation totalisante de passer en tant que « bien commun » de tous les acteurs du marché.

Cependant, Demogue avait saisi un conflit matériel irréductible, inhérent à l'existence même du marché, entre la sécurité dynamique des acquéreurs des droits (« l'intérêt du commerce »[199] ou la « sécurité des affaires »[200]) et la sécurité statique des titulaires des droits, notamment en cas d'une asymétrie de

---

[192] *Ibid.* « L'impératif de prévisibilité signifie non seulement que la loi doit si possible recevoir la publicité nécessaire avant d'être promulguée et ses effets être prévisibles, mais aussi que sa formulation doit être suffisamment précise et claire pour permettre aux sujets de droit de régler leur conduite conformément à ses règles. » reprenant CEDH, *The Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 1 J, 6538/74, 26 avril 1979, pc. 49)

[193] A. COURET, « La sécurité financière », préc., p. 379.

[194] X. LAGARDE, « Le droit des marchés financiers présente-t-il un particularisme ? », JCP G, 2005. 2045.

[195] A. COURET, « La sécurité financière », préc., p. 363.

[196] Liste des critères de l'Etat de droit adoptée par la Commission de Venise à sa 106e session plénière, préc., p. 15., point 59.

[197] À l'exception notable des critiques doctrinales de Perelman s'agissant du « calculable » en droit. V. *infra* n°79.

[198] V. C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation,* 6e éd., Editions de l'Université de Bruxelles, 2008, p. 387 : L'argument « du dépassement » est défini comme « la possibilité d'aller toujours plus loin dans un certain sens, sans que l'on entrevoie une limite dans cette direction, et cela avec un accroissement continu de valeur ».

[199] R. DEMOGUE, *op.cit.,* p. 78.

[200] Th. PIAZZON, *op.cit.*, n° 99, p. 164.

l'information[201]. En ce sens, les réglementations financières, à travers l'objectif d'éliminer l'asymétrie de l'information, visent dans une certaine mesure la sécurité statique des investisseurs en tant que titulaires d'une *richesse* (i.e. *le capital*) au regard du caractère éclairé de la décision d'investissement[202]. Tandis que l'approche contractuelle correspond *a priori* à l'égalité des parties en termes d'information.

Le principe de sécurité juridique, dans sa vocation totalisante de sécurité collective, est *en réalité* le résultat d'une « subjectivisation »[203] de la sécurité dans un sens ou dans l'autre**, à moins d'en fournir un équilibre dynamique à la résolution de ce conflit.**

31. **La compétence pour arbitrer l'objectivation de la sécurité juridique : marché ou droit (étatique) ?** La question n'est pas sans parti pris, car elle implique **la décision** d'assigner au *droit* (au sens procédural[204]) la compétence pour arbitrer entre les revendications de sécurité et de prévisibilité des acteurs économiques. Ce choix ne s'impose pas ; pourtant, au moins *apparemment*, il a été fait par les sociétés contemporaines gouvernées par l'État de droit. De même, comme le montre la théorie juridique de la finance post-crise, c'est le choix que font également les acteurs de la finance en *utilisant* le support juridique étatique[205] (e.g. le caractère *enforceable* du contrat).

Une fois cette compétence assignée, le problème qui se pose est de savoir quels sont les outils juridiques avec lesquels les systèmes juridiques ont arbitré, pendant la période analysée, les conflits de sécurité en matière économique, et plus spécifiquement en matière financière. À cet égard, l'influence de l'Analyse économique du droit sur la base des théories économiques orthodoxes rend

[201] R. DEMOGUE, *op.cit.,* p. 71s.
[202] V. *infra* n°150.
[203] A. COURET, « La sécurité financière », préc., p. 374s,
[204] V. *infra* n°93.
[205] K. PISTOR, « A legal theory of finance », Journal of Comparative Economics 41 (2013) 315–330, spéc. p. 327 : « [Legal theory of finance] maintains that law plays a more decisive role than most socioeconomic analyses suggest [;...] [it] goes a step further by arguing that absent state backing, contemporary financial markets could not exist. » V. aussi p. 325 sur le fait que le droit et la finance sont « structurellement enchevêtrés » (*structurally intertwined*). V. aussi ARISTOTE (1848, liv.1, chap. 3, §16) cité par C. MARIE-JEANNE, « L'interdiction du prêt à intérêt : principes et actualité », REF 2013, n°109, pp. 265-281, p. 265 : « cet argent n'est en lui-même qu'une chose absolument vaine, n'ayant de valeur que par la loi et non par la nature, puisqu'un changement de convention parmi ceux qui en font usage peut le déprécier complètement […] ».

pertinente la question de savoir si cette compétence n'a pas été *transférée* (et non seulement déléguée) au marché.

Le problème juridique classique qui se pose en ce sens est l'identification d'un critère de *légitimité* quant aux attentes qui doivent être protégées à travers la sécurité juridique. Pour Demogue il s'agit de « *choisir entre […] deux données dont la valeur relative est indémontrable, ou du moins indémontrée, qui en tous cas, ne peuvent être préférée l'une à l'autre qu'en vertu de cette chose si subjective : la compréhension de la vie* »[206]. Pour la dogmatique juridique le critère est loin d'être rassurant, d'autant plus qu'il ne reçoit pas une expression « juridique ». Cependant, il fait écho à la matrice anthropologique du rationnel évoquée par la philosophie de Gargani[207]. A ce niveau, les relations économiques en tant que relations de marché systématisées par la théorie économique, sont capables de fournir un critère de *légitimité de facto,* sous la forme de la rationalité économique.

Le droit devrait-il s'en remettre à ce critère ? Roger Brownsword a identifié une dynamique en ce sens en droit « moderne » des contrats qui se borne à valider des règles « intégrées » (*embedded*) à certains marchés, contrairement au droit « classique » qui établissait des règles[208]. En ce sens, le conflit sécuritaire *matériel* en ce qui concerne le critère de la légitimité des attentes peut être articulé comme un conflit entre le *droit* et le *marché*[209] ***en amont*** **de la normativité juridique, lorsque celle-ci ne fait qu' « habiller » la facticité du marché.**

[206] R. DEMOGUE, *op.cit.,* p. 74.
[207] V. *supra* n°26.
[208] R. BROWNSWORD, « Maps, Methodologies and Critiques: Confessions of a Contract Lawyer », *in* M. VAN HOECKE, *Methodologies of Legal Research,* Hart Publishing, 2013, pp.133-153, spéc. p. 147 : « [...] whereas the classical law aimed to establish the ground rules for trade, the modern law of commercial contracts aims to endorse the ground rules that are embedded in particular markets; in the classical law, the law led, but now it is practice that leads».
[209] *Ibid.* « Practice-based expectations are now in head-to-head competition with legal rule-based expectations ».

Si les crises financières *révoquent*, sur le terrain de la factualité, *l'ordonnancement* des relations financières, le droit sert-il encore à quelque chose[210] ?

Pour redonner la mesure à ces questions il faut les transposer sur le terrain de l'épistémologie politique et du parcours de la coproduction, précédemment développées. En ce sens, il faut réintégrer deux aspects dans l'analyse. Un élément temporel, qui consiste dans le ***caractère répétable*** de la question de savoir quelles sont les attentes légitimes qui méritent d'être protégées juridiquement. Un élément anthropologique, qui consiste dans ***l'usage stratégique des attentes normatives*** pour lesquelles la question de la légitimité se pose.

Au regard de ces éléments, l'hypothèse que nous avançons est que **le droit et le marché ont tous les deux vocation à *remettre en cause* (c'est-à-dire *révoquer*) un critère de légitimité des attentes normatives considéré acquis, au regard de leur usage stratégique (effectif ou probable), au moment où la question se pose**. Le marché le fait *en dernier lieu* à travers les crises financières. Quant au *droit*, les auteurs (dont les historiens romanistes) ont remarqué, sa capacité à *révoquer* un comportement (public ou privé), qu'il avait auparavant légitimé *en soi*, notamment en cas d'abus[211]. Le droit contemporain[212], a-t-il conservé cette vocation ?

---

[210] Question qu'on retrouve de plus en plus, e.g. sous la plume de V. HEUZÉ, « Faut-il confondre les clauses d'élection de for avec les conventions d'arbitrage dans les rapports internationaux ? », *in Mélanges Mayer*, LGDJ, 2015, pp. 295-309, spéc. p. 295. V. aussi F. OST, *A quoi sert le droit ?*, Bruylant, 2016 ; J. COMMAILLE, *À quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, 2015.

[211] Le droit romain avait retenu la responsabilité pour homicide du maître avoir tué son esclave sans motif, malgré sa conception juridique en tant que *res* – v. R. ALEXY, « Droit, discours et temps », *in* F. OST, M. van HOECKE (dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruylant, 1998, pp. 15-29, spéc. p. 22 ; J. BAKAN, « The Invisible Hand of Law : Private Regulation and the Rule of Law », 48 Cornell Int'l L..J. 279 (2015), spéc. p. 288 : « history also reveals that law can, and sometimes does, [...] stand[...] up to injustice, including the very injustices it creates ».

[212] L'emploi du mot « contemporanéité » ainsi que les expressions « contemporanéité juridique » et « droit contemporain » soulignent la nécessité de situer l'analyse juridique dans un contexte temporel. Dans ce propos, employés à titre rétrospectif, ces termes visent la période contemporaine à la crise financière devenue globale en 2008, et les 20 ans pré-crise ; employés à titre prospectif, ils visent la période contemporaine à la réflexion menée.

L'espace privilégié d'analyse consiste dans **la normativité des rapports financiers internationaux**, saisis principalement par la discipline du droit international privé (au sens large[213]), **à la veille de la crise financière de 2008**.

32. **Le « rapport de droit » et son utilisation stratégique à des fins sécuritaires.** Le terme « **relation privée internationale** »[214] aurait été, de manière prudente, la nomination orthodoxe de l'objet étudié. La « relation » est neutre quant à la qualification juridique, alors que le « rapport » ne l'est pas. Nos choix méthodologiques commandent en revanche autrement.

La qualification de base qui renferme une coproduction économico < > normative est la notion de *rapport* ou *lien*[215] de droit, puisqu'il est « à la fois effet de droit […] et situation juridique, source de droits et obligations »[216]. Les rapports financiers constituent donc, pour le but de la présente démarche, les relations engendrées par la circulation du capital sous une forme autre que monétaire[217], considérées comme objet d'étude *dans leur utilisation stratégique* par les acteurs économiques.

---

[213] Telle qu'enseignée en France à partir du début du XX^{e} siècle, c'est-à-dire la nationalité, la condition des étrangers, les conflits de lois, de juridictions et d'autorité y compris le commerce international. V. B. AUDIT, L. d'AVOUT, *Droit international privé,* 7^{e} éd. refondue, Economica, 2013, n°1, p.1. Les manuels ne contiennent plus de renseignements sur les raisons de cette structuration dans les programmes universitaires, se bornant à noter que les questions soulevées et les méthodes qui en découlent sont de nature différente.

[214] B. ANCEL sous « Droit international privé » *in Dictionnaire de la culture juridique*, préc., p. 491 : « Le droit international privé est la branche du droit privé dont l'objet est d'apporter un règlement approprié aux relations privées présentant un caractère international. » ; V. aussi *Mélanges Audit – Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014 ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé,* préc., t. I, p. 1; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *op.cit.* p.1 visant comme objet du droit international privé « les relations entre particuliers qui transcendent les frontières ».

[215] Sur la représentativité de la notion de « lien » v. M.-L. MATHIEU, *Les représentations dans la pensée des juristes*, préc., p. 297s.

[216] G. CORNU, *Vocabulaire juridique,*10^{e} éd., PUF, 2014, v. « rapport » 5^{e} sens - « syn. de relation, soit dans un sens factuel (rapports de voisinage), soit dans un sens juridique (rapport de droit, lien juridique) » ; v. aussi « lien » 1er sens - « rapport juridique unissant deux ou plusieurs personnes en vertu d'un acte ou d'un fait juridique (lien conjugal, lien de parenté ou d'alliance, etc.) qui est à la fois effet de droit (ex. l'obligation lien de droit, *vinculum juris,* entre créancier et débiteur, né d'un contrat ou d'un délit) et situation juridique, source de droits et d'obligations (ex. droits et devoirs attachés au lien de filiation ou au lien d'instance) ».

[217] Parmi les études consacrées à la circulation du capital sous forme monétaire v. C. KLEINER, *La monnaie dans les relations privées internationales*, LGDJ, 2010. Sur la fonction monétaire des accords (*repurchase agreements - repos*) v. A. ARQUIÉ, « Le système bancaire de l'ombre : fruit d'une régulation bancaire trop pesante ou véritable rôle économique ? », préc., p. 77.

Par exemple, les objets juridiques de « marché » et d' « instrument financier », déjà exploitées par plusieurs auteurs[218], réduisent la perspective normative à celle qui leur est attachée par les systèmes juridiques positifs. En revanche, le *rapport de droit* contient cette relative indétermination juridique dans le temps et dans l'espace, qui appelle la confrontation de son appréhension par les droits positifs à son utilisation stratégique par les acteurs économiques.

33. **Revendications sécuritaires et contentieux international.** Il est possible de constater qu'au début du XXI[e] siècle, les rapports financiers privés sont non seulement internationaux[219], mais de plus en plus « dé-territoriaux »[220], au point de remettre en cause la pertinence méthodologique du critère de l'internationalité[221]. En tout cas, ils sont saisis par un « contentieux […] international par essence »[222], qui illustre les diverses revendications sécuritaires dans un espace économique et politique partagé. La théorie contemporaine orthodoxe du droit international privé entretient la représentation que ce contentieux, avéré ou virtuel, assure cependant la « nationalisation » (ou l'enracinement national) des rapports financiers, à travers le postulat qu'un rapport de droit est nécessairement *régi* par un ordre juridique étatique. Cependant, en pratique, le critère de l'internationalité semble avoir servi en premier lieu à une « dé-nationalisation » en ce sens.

---

[218] Parmi les analyses internationalistes privatistes à partir des législations de marché et des méthodes du droit international privé v. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, « Cross-border listed companies », RCADI, 2007, t. 328, p. 9 ; H. KRONKE, « Capital Markets and Conflict of Laws », RCADI, 2000, t. 286, p. 245. A. TENENBAUM, *L'application internationale du droit boursier*, préc. Pour une analyse individuelle partant du droit des biens v. M. OOI, *Shares and other securities in the conflicts of laws,* OUP, 2003.

[219] Qu'il s'agisse de l'internationalité objective ou subjective - P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé,* 11[e] éd., LGDJ, 2014, n°5, p. 19. Sur la relativité de la notion v. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé,* préc., t. I, n°9, p. 14.

[220] « *De-territorial* » selon le mot de H. BUXBAUM, *Conflict among Enforcement Regimes in International Economic Law*, Cours à l'Académie de droit international de La Haye, session 2013, *à paraître.*

[221] Pour une synthèse du débat v. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit,* t. I, p. 372, n°326.

[222] C. HOUSSA, « L'internationalisation des contentieux bancaires et financiers », RDBF n° 4, juillet 2015, 40 : « Le contentieux bancaire et financier est, à l'évidence, international par essence. En effet, l'activité que les tribunaux sont amenés à instruire, comprendre et juger est elle-même internationale par vocation. Au Moyen Âge, les banques italiennes, les premières d'Europe, adoptaient déjà une stratégie d'internationalisation en tentant de se développer au-delà de leur marché d'origine. Elles finançaient les guerres de la plupart des monarques européens. Dès le quinzième siècle, la banque florentine des Médicis avait ouvert des succursales à Bruges, Londres, Bâle et Lyon. La banque et la finance étaient donc déjà internationales. »

Il est possible de constater que le contentieux international a nourri la *science* et le particularisme des droits internationaux privés positifs, d'où **la vocation de cette discipline à être le régulateur de la dialectique entre la *conformité* et l'*insoumission* des acteurs économiques dans l'espace international.**

Le phénomène se retrouve dans le caractère *essentiellement jurisprudentiel et doctrinal*[223] de la matière dans la première partie du XX[e] siècle[224]. Cependant, en France, l'édition de « grands arrêts » a été remplacée par celle de « grands textes »[225], confirmant sa tendance « *supranationale et textuelle* »[226]. D'autre part, c'est le droit du commerce international et des investissements[227] qui revendique le paradigme normatif sécuritaire pour les rapports financiers internationaux. En ce sens, le retour à la terminologie « droit international privé » apparaît comme une approche diachronique[228].

Elle est néanmoins nécessaire dans la mesure où la discipline du droit international privé présente la vocation d'une notion « à contenu variable »[229], qui semble avoir été capable de se réinventer par elle-même (i.e. sans recours à la force) bien plus que le droit positif. En ce sens, Rigaux notait que « *la vocation propre du droit international privé est […] son ouverture au pluralisme juridique, […] [en tant que] seule branche du droit où l'on ait l'expérience d'un « autre droit », au double sens du terme, […] [c'est-à-dire] non pas seulement […] le droit des autres États […] [mais également] le droit international, les formes non étatiques de droit* »[230].

---

[223] V. B. OPPETIT, « Le droit international privé, droit savant », RCADI, t. 234, 1992-III.
[224] V. J. FOYER, « La jurisprudence en droit international privé entre création et adaptation de la règle de droit », APD 2007. 261.
[225] S. CLAVEL, E. GALLANT, *Les grands textes de droit international privé*, 1re éd., Dalloz, 2014. B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd., Dalloz, 2006.
[226] S. CLAVEL, E. GALLANT, *op.cit.*, préc., p.1.
[227] M. AUDIT, S. BOLLÉE, P. CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 2014.
[228] Sur la pertinence épistémologique des approches diachroniques en droit, voire leur nécessité, à l'instar de l'épistémologie des sciences v. G. SAMUEL, « What is Legal Epistémology? », préc., p. 30s.
[229] F. RIGAUX, « Les notions à contenu variable en droit international privé », *in* Ch. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit,* Bruylant, 1984, pp. 237-249, spéc. p.237.
[230] *Id.*, p. 240.

Une des théories de la gouvernance dans l'espace global[231] soulèvent actuellement **le problème méthodologique** d'un renouvellement de la *discipline* du droit international privé[232], tandis que d'autres approches posent le problème de la « gouvernance des contrats » (*contract governance*) qui revendique un caractère scientifique[233] de la théorie du contrat.

Lorsque la méthodologie du droit international privé a été administrée par les États favorables au commerce international, le pluralisme juridique a proliféré au point de remettre en cause la capacité des États de réguler *à travers le(ur) droit*[234]. En ce sens, la *disponibilité* admise par le droit international public[235] semble avoir été *exercée* au sens d'une délégation aux acteurs économiques privés, qui, systématisé par la science économique, a « bouclé » contre le *droit*. Nos chemins mènent (là où ils s'arrêtent en même temps) au droit international public[236] en quête d'une acception de l'État de droit (envisagé ci-après comme synonyme de la *Rule of Law*) coproduit et coproduisant à la fois un paradigme sécuritaire collectif (l'État ou mieux) et un paradigme sécuritaire individuel (*pacta sunt servanda*)[237].

---

[231] En ce qui concerne la pertinence du droit international privé pour analyser les « dysfonctionnements dans la régulation des marchés financiers globalisés » v. H. MUIR WATT, « La régulation des marchés financiers globalisés », Cah. dr. entr. 2012. 25, dossier 28. V. aussi H. MUIR WATT, « The Relevance of Private International Law on the Global Governance Debate », *in* H. MUIR WATT and D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Private International Law and Global Governance,* OUP, 2014, p. 1; A. RILES, « Managing Regulatory Arbitrage: A Conflict of Laws Approach », 47 Cornell Int'l L.J. 63.

[232] H. MUIR WATT, « Conflicts of Laws Unbounded : The Case For a Legal-Pluralist Revival », disponible sur http://blogs.sciences-po.fr/pilagg/files/2015/09/HMW-Framing-paper-PILAGG-2015-2016.pdf.

[233] S. GRUNDMANN, F. MÖSLEIN and K. RIESENHUBER, « Contract Governance: Dimensions in Law and Interdisciplinary Research » *in* S. GRUNDMANN, F. MÖSLEIN and K. RIESENHUBER (ed.), *Contract Governance. Dimensions in Law and Interdisciplinary Research*, OUP, 2015, p. 4: « contract governance proposes a scientific answer [...] ». V. aussi F. MÖSLEIN and K. RIESENHUBER, « Contract Governance - A Draft Research Agenda», ERCL 2009. 248, J. BROWNSWORD, *Contract Law - Themes for the 21st Century*, Clarendon Press, 2nd ed., 2006), H. COLLINS, *Regulating Contracts*, OUP, 1999.

[234] Pour une analyse compréhensive et les enjeux liés aux revendications du pluralisme dans le contexte de la « contingence de la position de l'État » (*« the contingency of the state's position »*) v. R. MICHAELS, « The Re-State-Ment of Non-State Law: the State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism », 51 Wayne L. Rev. 1209, spéc. p. 1258. Pour une synthèse en droit français v. D. BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », APD 2005. 275.

[235] V. *infra* n°210.

[236] V. H. MUIR WATT, « Private International Law Beyond the Schism », préc.

[237] V. *infra* nos 98 et 100.

34. **Le paradigme méta-sécuritaire individuel en droit international privé contemporain : l' « emboîtement » de la notion d'autonomie de la volonté.** En droit international privé, on peut parler d'un impératif de prévisibilité et de sécurité juridique qui s'est forgé peu à peu, et qui sous-tend l'objectif de *l'harmonie internationale des solutions*[238]. La règle de conflit bilatérale, détachée de son contexte[239], est censée y répondre le mieux[240]. Néanmoins, la méthode savignienne fondée sur le principe de proximité a été subordonnée au principe de l'autonomie de la volonté, s'agissant notamment des domaines comme celui contractuel où « la certitude et la prévisibilité sont des nécessités »[241], donc au nom du même objectif. « Bouclant » sur la règle de conflit, et plus généralement sur l'algorithme étatique de résolution du contentieux international, le principe de l'autonomie de la volonté s'est débarrassé, en revanche, d'éventuelles fonctions localisatrices[242], à la fois en matière juridictionnelle et de conflits de lois. L'entrée en vigueur de la Convention de La Haye sur les clauses d'élection de for, les Règlements Bruxelles Ibis et Rome I (ainsi que leurs prédécesseurs) confirment en droit positif le phénomène. La matière délictuelle, où, néanmoins, cet impératif se

[238] B. ANCEL, sous « Droit international privé » *in Dictionnaire de la culture juridique*, préc., spéc. p. 493 : « l'harmonie internationale des solutions n'est qu'une fin intermédiaire ordonnée à un objectif ultérieur : la *sécurité juridique* ».

[239] V. P. GOTHOT, « Simples réflexions à propos de la saga du conflit des lois », *Mélanges Lagarde*, pp. 343-354.

[240] B. ANCEL, sous « Droit international privé » *in Dictionnaire de la culture juridique*, préc., spéc. p. 493 : « en protégeant les *attentes raisonnables*, la règle de conflit s'oppose à la détérioration des conditions de l'action et à la dénaturation du droit au plan international ; elle conserve au particulier une sécurité juridique de niveau comparable à celui dont il bénéficie lorsqu'il cantonne son existence dans le périmètre d'un ordre juridique national ». Sur la distinction entre « prévisibilité ante-normative » et « prévisibilité post-normative » et son incidence pour l'élaboration de la règle de conflit v. B. REMY, « Des notions de prévisibilité en matière de conflits de loi. Qui de l'œuf ? Qui de la poule ? », *in Mélanges Mayer*, LGDJ, 2015, pp. 791-804.

[241] P. LAGARDE, « Le Principe de proximité dans le droit international privé contemporain », RCADI, 1987, t. 196, n°109, p. 116. L'auteur note aussi que « Le besoin de prévisibilité est **prioritaire** dans tous les cas où les sujets de droit **doivent faire une anticipation sur l'avenir** avant de prendre des dispositions qui produiront ou continueront à produire leurs effets dans une période de temps éloignée. Les sujets de droit ont un **besoin absolu** de savoir à l'avance le droit qui régira ces dispositions, **surtout lorsque leur situation est plurilocalisée** et que les raisons de douter sont particulièrement grandes » (c'est nous qui soulignons). V. aussi F. VISCHER, « The Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts », préc.

[242] P. LAGARDE, « Le Principe de proximité... », préc., p. 63, n°50. V. aussi H. Batiffol, « Unilatéralisme et contrats en droit international privé », Liber amicorum Adolf F. Schnitzer, Genève, 1979, pp. 7s.

trouve atténué[243], n'a pas échappée non plus à l'emprise de l'autonomie de la volonté[244]. Les lois de police, mécanisme accommodant des formes collectives de sécurité y compris les réglementations financières[245], ont suivi en ce sens, sous une forme ou autre[246]. L'ordre public a perdu d'emblée l'opportunité à articuler un conflit en matière économique. La qualification, *a priori* l'apanage du juge, n'y échappe pas non plus, lorsque les textes renvoient spécifiquement au domaine de la loi applicable[247].

Cet omniprésent « souci de garantir la *sécurité juridique* des justiciables »[248] a mené à une conception de l'autonomie de la volonté à laquelle on a assigné un usage stratégique prédéterminé, légitime et commun[249] aux parties, correspondant à un paradigme sécuritaire collectif : la volonté de se soumettre à *une* loi *étatique*. Il s'agirait d'un usage insusceptible de conflits sécuritaires matériels avec toutes les conséquences qui en découlent de ce paradigme[250]. Le contrat sans loi (étatique) étant *postulé* en tant qu'impossibilité, l'autonomie de

[243] P. LAGARDE, « Le principe de proximité… », préc., n°109, p. 117 : « En matière délictuelle, la prévisibilité n'est certes pas indifférente dans la mesure où elle facilite les règlements transactionnels entre assureurs, mais ce besoin n'est pas tel qu'il justifie un rattachement fixe ne correspondant pas à localisation des intérêts des parties. Le principe de proximité, avec toutes les nuances qu'il comporte et avec le contrepoids de l'autonomie de la volonté, apparaît donc compatible avec le besoin de certitude, **ramené à ses justes proportions** » (c'est nous qui soulignons).

[244] Art. 14 du Règlement n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

[245] En ce sens X. BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, LGDJ, 1998. Sur la fonction politique des lois de police v. P. de VAREILLE-SOMMIÈRE, « Lois de police et politiques législatives », Rev. crit. DIP 2011. 207. Pour une analyse des lois de police en termes d'objectifs v. B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Paris, 2008.

[246] V. *infra* n°277.

[247] En ce sens V. R. GARNETT, *Substance and procedure in private international law*, OUP, 2012, p. 52, n°3.08 : « EU instruments on choice of law, such as Rome Convention and the Rome I [art. 12(1)] and Rome II [art. 15] Regulations, seek to reduce the need for courts to make characterizations by identifying specific matters to be governed by the law of the contractual or non-contractual obligation. The classification of many such matters as substantive or procedural may have been controversial under Member States' rules of private international law but they are now placed within the 'scope of the applicable law' under each instrument. Some parallel can be seen with the approach taken under the US Second Restatement, where issues are generally subjected to particular laws rather than first characterized as substantive or procedural ».

[248] S. CLAVEL, E. GALLANT, *Les grands textes de droit international privé*, préc., 2014, p. 2.

[249] B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police…*, préc., n° 135, p. 71.

[250] *Ibid. Contra,* mettant en évidence les enjeux matériels et idéologiques de l'usage stratégique *effectif* de l'autonomie de la volonté, H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de loi et de juridictions », RCADI, t. 307, 2004.

la volonté acquiert une « immunité »[251] épistémologique, suivant le schéma d'une notion « emboîtée » dans le langage de la coproduction. L'emboîtement consiste dans sa présence des deux côtés de l'acception de la sécurité, à la fois à titre individuel et collectif. Par conséquent, l'éventuelle coproduction entre ces dimensions peut être remplacée, à partir d'un certain moment, par un processus de *production automatique et autoréférentielle*. Pour le desemboîter, nous proposons de réintégrer à l'analyse juridique en termes de fondements, devenue orthodoxe, une pensée factuelle à titre de complément (et non de substitut).

35. **Le nécessaire retour à la pensée factuelle en droit international privé.** Bien qu'elle fasse l'objet des systématisations savantes[252], la discipline a été pour longtemps redevable à une pensée factuelle, jurisprudentielle, à l'« hypothèse contentieuse »[253]. Cependant, les codifications favorisant l'autonomie de la volonté et l'arbitrage dans le commerce international, ont réduit considérablement la vocation du contentieux étatique *à connaître* la réalité économique[254], prémisse pour son ordonnancement. Malgré les signaux d'alarme pré-crise s'agissant des externalités de la rationalité économique[255], les droits étatiques ont renforcée cette dernière, à la fois sur le terrain du droit matériel et du droit international privé. Les systèmes juridiques positifs ont agi d'une manière pro-cyclique au marché du point de vue *ex ante*, au point d'une *incapacité du droit à remettre en cause le critère de légitimité des attentes des acteurs économiques, tel qu'issus du marché,* du point de vue *ex post.* Cette incapacité du droit de « boucler »[256] sur le marché se ramène à **l'hypothèse d'un droit ramené à la facticité**[257], correspondant à l'hypothèse d'un droit qui, « par ses propres exigences, […] en arrive à s'annihiler lui-même »[258].

---

[251] H. MUIR WATT, « Private International Law Beyond the Schism », préc., *passim.* La terminologie de l'immunisation et de l'émancipation du contrat que nous adoptons est redevable à la perspective de Mme Muir Watt synthétisée dans cette référence.
[252] V. B. OPPETIT, « Le droit international privé, droit savant », préc.
[253] V. *infra* n°219.
[254] Sur la fonction de transparence qu'assure le contentieux financier v. J. P. BRAITHWAITE, « OTC derivatives, the courts and regulatory reform », CMLJ, 2012,Vol. 7, No. 4, pp. 364-385.
[255] H. MUIR WATT, « Aspects économiques…. », préc., n[os] 26s., pp. 68s.
[256] V. *supra* n°19.
[257] Sur la le fait que la « contingence du droit n'est pas une pure facticité » mais une « contingence délibérée » v. R. ALEXY, « Droit, discours et temps », préc., p. 29.
[258] V. J. CARBONNIER, *op.cit.,* pp. 30s. sur cette hypothèse du « non-droit ».

L'hypothèse de la clôture épistémologique de la discipline du droit international privé[259] correspond, dans le langage de la coproduction, à un « emboîtement » (*black-boxing*) de ses mécanismes dans le principe de l'autonomie de la volonté[260]. Cet exercice demande une analyse de la relation entre l'*économie de marché* et l'*État de droit* des systèmes juridiques les ayant adoptés simultanément. L'approche choisie consiste dans un retour à la pensée factuelle, correspondant au contentieux commercial et financier international, revendiqué par les mécanismes juridictionnels non-étatiques[261], et aux schémas de comportements identifiés par les analyses sur les crises financières. C'est la raison pour laquelle la présente analyse n'est pas une analyse *de* droit international privé proprement dite, mais *à travers* le droit international privé. En ce sens, l'usage stratégique que ces comportements révèlent ne sera pas mis en valeur à travers un *emploi statistique* de la jurisprudence, mais au regard de leur *caractère représentatif*[262], pour soutenir *la possibilité de la lecture que nous proposons* de la contemporanéité juridique[263], et notamment de celle pré-crise lue *post-factum.*

36. **(Dé)limitations spatio-temporelles.** Du point de vue spatial, nous allons puiser des éléments pertinents dans les ordres juridiques français, britannique, des États-Unis, et de l'Union européenne ainsi que dans le contentieux arbitral[264].

[259] H. MUIR WATT, « Private International Law Beyond the Schism », préc.
[260] H. MUIR WATT, « "Party Autonomy" in International Contracts: from the Makings of a Myth to the Requirements of Global Governance », ERCL 2010. 1
[261] Présentant l'arbitrage comme « le mode habituel de résolution des litiges » dans le commerce international, C. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international,* Montchrestien Lextenso, 2013, p.12, n°3.
[262] Sur cet usage de l'induction v. A. GARGANI, *op.cit.,* p. 161 : « Que le contact de la flamme produise une brûlure de la peau est une inférence inductive qui a précisément à son fondement non pas une stratégie théorique, mais la fixation d'un habitus de conduite pratique formé suite à un nombre extrêmement restreint d'expériences de la flamme, parfois même à une seule ».
[263] La pertinence épistémologique du présent propos est revendiqué au sens attribué à la matière, de mettre en évidence des «connaissances différentes du droit » au lieu d'« une connaissance du droit » (n.trad.) - G. SAMUEL, « What is Legal Epistémology? », préc., p. 34 : « Legal theory and philosophy is universalist in its aims; the purpose of such theories and philosophies is to reduce and unify. Legal epistemology does not have this aim as such. It is as much concerned with difference as with similarity, and thus operates within a context in which there are different knowledges of law rather than a single idea of legal knowledge ».
[264] Pour l'argumentation qui soutient la représentation de ce contentieux en tant qu'ordre juridique arbitral v. E. GAILLARD, « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », RCADI, t. 329, 2008. La pertinence des droits français, américain et britannique est également soutenue par le fait que les investisseurs ayant ces nationalités se trouvaient en tête d'un classement en termes de montants investis à la fin de 1912 (ordre du classement : Grande-

Du point de vue **temporel**[265], au regard de l'inertie juridique quant à l'appréhension de la réalité économique, nous allons d'une part privilégier les périodes autour des crises financières de 1929 et 2008, sans pourtant hésiter, d'autre part, à sonder l'intervalle à titre ponctuel. L'intérêt principal étant d'ordre épistémologique, la dimension historique et l'analyse *post factum* ont été mises au premier plan par rapport à l'actualité du droit positif, dont la pertinence doit être rattachée au contexte de la crise. En revanche, l'ampleur de notre analyse vise à souligner *l'actualité du cadre épistémologique proposé* pour les choix normatifs au XXI^{e} siècle.

37. **Un plan binaire pour plusieurs niveaux d'analyse enchevêtrés[266].** L'approche en termes de coproduction, bien qu'apparemment compatible avec la forme binaire, implique plusieurs niveaux d'analyse, macrojuridique et microjuridique, étatique et international, qui s'articulent et « bouclent » chacun sur les autres : *normativité* < > *facticité* ; marché < > droit ; donné < > construit ; principe < > exception ; règle < > décision ; sécurité < > liberté. Cela implique une boucle en termes de raisonnement difficilement compatible avec la linéarité de la forme écrite. Cette difficulté peut être saisie à travers l'emploi procédural de la coproduction sous forme d'un parcours, qui implique de se demander comment le « construit » boucle sur son « donné », pour révéler son caractère artificiel et fictif, en tant qu' « ancien construit ». En ce sens, le plurisyllogisme dont nous nous proposons de rendre compte est composé de rapports de réversibilité non seulement entre nos deux parties principales, mais également, de manière transversale, entre les divers chapitres qui les composent. Ceux-ci introduisent progressivement des niveaux de complexité, en isolant provisoirement les éléments du débat, afin de rendre maîtrisables. Car c'est leur accumulation progressive qui permet de rendre compte pleinement de l'hypothèse analysée.

La lecture du modèle de production normative pertinent pour la crise financière de 2008 que nous proposons s'articule autour de la prise de conscience de l'effet destructeur des « formes sans fond » pour le droit positif. Les déclinaisons

---

Bretagne, États-Unis, France) – en ce sens v. O. MOREAU-NÉRET, *Les Valeurs Mobilières*, Sirey, 1939, t. I, p. 36.

[265] V. aussi *supra* n°24.

[266] V. F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », RCADI, vol. 213, 1989.

conceptuelles du terme « sécurité » sont utilisées pour illustrer cet effet à travers le risque d'automaticité dans le raisonnement juridique. En ce sens, l'analyse relève de l'atypique, des limites du phénomène juridique qui demeurent cependant invisibles. D'où l'importance d'introduire le pluralisme des représentations possibles comme prémisse pour l'interprétation non-automatique. Le questionnement des significations attribuées à la sécurité juridique et à la sécurité économique par les disciplines juridique et économique est nécessaire pour révéler cet aspect. Ensuite, l'ambivalence de la perception des rapports entre la sécurité juridique et la sécurité économique ante- et post-crise financière sert à amorcer l'interrogation relative aux effets macrojuridiques de la technique juridique. En même temps, cette ambivalence véhicule le doute comme mécanisme de sécurité de la prise de décision, que ce soit du coté privé ou public.

Pour rester fidèles au cartésianisme, il conviendra d'articuler notre récit historique autour des représentations sécuritaires concurrentes, pertinentes pour les rapports financiers au XX^{e} siècle (1re Partie) pour ensuite déconstruire leur dynamique dans l'espace international en termes de la *(co)production de la sécurité* et de la *production de l'insécurité* contemporaine, témoignées par le secteur financier (2^{me} Partie).

1re Partie : La concurrence des représentations des sécurités juridique et économique au XX^{e} siècle

2^{e} Partie : La (co)production de l'(in)sécurité contemporaine

Première Partie : La concurrence des représentations des sécurités juridique et économique au XX^e^ siècle

38. **Le système juridique face à l'idéologie du marché. Le parcours de la coproduction connaissance < > ordonnancement au regard des systématisations juridiques et économiques.** Les rapports financiers privés internationaux sont appréhendés du point de vue normatif à la fois par le droit et par l'économie, mais également par les sciences sociales qui y correspondent : la théorie du droit et la théorie économique. Ces dernières produisent des systématisations (e.g. « système juridique », « marché », « rapport de droit », « rapport économique ») qui ne sont pas dépourvues d'un effet normatif. Bien au contraire, l'autorité scientifique de ces concepts relève d'une méta-normativité qui sert à construire des représentations des relations intersubjectives. Au regard de cette nature de « construit », il faut songer à la manière dans laquelle chaque discipline se rapporte à la « réalité » de l'autre, en tant que « donné »[267]. De manière réciproque, il faut se pencher sur le processus par lequel la « réalité juridique » est co(produite), successivement, à travers, des choix normatifs (juridiques) et stratégiques (économiques) correspondant à une connaissance théorique orthodoxe.

39. **Autonomie disciplinaire et « paradigme scientifico-juridique »[268]**. L'autorité épistémologique de la *science* économique soulève le problème de l'autonomie du droit, résolu principalement à travers sa nature normative. En même temps, l'épistémologie des sciences a été pour longtemps influencée par l'idée même de loi, d'ordonnancement, d'où la représentation que la nature doit elle-même obéir nécessairement à des lois[269]. La valeur de la conformité, de la régularité, et corrélativement le caractère odieux de l'insoumission, de l'anomalie, ont été ainsi perpétués, à la fois en droit et en science. En ce sens, les théories de la connaissance doivent comporter avec le paradoxe suivant : d'une part, la prise de conscience que les lois, qu'elles soient juridiques ou scientifiques, sont « des artefacts construits par notre esprit »[270], et par conséquent contingentes ; d'autre

[267] La distinction « donné » / « construit » est empruntée à Gény.
[268] P. AMSELEK, *Cheminements philosophiques…,* p.195.
[269] *Id.*, p. 190s. L'auteur parle des « effets pernicieux du paradigme juridique » sur l'épistémologie scientifique.
[270] *Id.,* p. 195.

part, le constat empirique que la conformité relève d'un « donné », de la nature[271]. L'école S&TS rend actuellement compte de ce paradoxe à travers le paradigme de la coproduction connaissance < > ordonnancement. À cet égard, malgré une « déformation » réciproque[272], droit et science n'ont pas (encore) fusionné, mais entretiennent un rapport dialectique qui alimente leur autonomisation réciproque. *Quid* du droit et de l'économie, envisagés selon cette grille de lecture ?

40. **Sécurité, choix normatifs, choix stratégiques.** En tant que modèles théoriques, le « système juridique » et le « marché » empruntent le paradoxe susmentionné : tantôt construit de la pensée, tantôt donné factuelle anthropologique. Sur le plan de la connaissance, ils assurent une sécurité qui correspond à la prévisibilité qu'ils sont aptes à fournir pour le déroulement de la vie sociale. La conformité de cette dernière à ces modèles théoriques renforce en retour leur autorité normative. Dans l'*idéal*, cette dynamique signifierait que le système juridique fournit la prévisibilité pour les choix stratégiques (économiques) et le marché assure la transparence pour les choix normatifs, de manière optimale. Dans leur relation dialectique et concurrentielle, chacun de ces modèles théoriques se nourrit de et revendique la prévisibilité de l'autre, *comme si* la vie sociale y était synchronique et conforme. Chacun prend pour « donné » le « construit » de l'autre. En *réalité* (sic !), les théories juridiques et économiques ne sont pas synchroniques ni à la vie sociale, ni l'une par rapport à l'autre. Seule l'insoumission est apte à rendre compte de cette réalité, dévoilant le caractère contingent de la méta-normativité des modèles théoriques juridiques et économiques. D'où l'importance des mécanismes qui permettent, à chaque modèle théorique, d'*internaliser l'insoumission aux fins de prévisibilité et de transparence*, qu'ils sont censés à fournir.

---

[271] *Id.,* p. 195.

[272] *Ibid.* : « par une espèce d'effet boomerang ou choc en retour, l'habitude de concevoir, même de façon purement insidieuse, les lois scientifiques sur le modèle des lois juridiques a rejailli sur la pensée juridique elle-même, sur notre vision des normes juridiques et des activités théoriques auxquelles elles donnent lieu » […] « le parasitage des conceptions de la science par des références juridiques totalement impropres n'a pas seulement contribué à fausser ces conceptions ; cet amalgame a indirectement abouti, par ricochet, à déformer également nos conceptions du droit ».

41. **L'hypothèse d'un emboîtement de la coproduction droit < > marché.** Le modèle normatif du système juridique *voit* et *régit* le rapport économique en tant que rapport de droit selon ses propres contraintes *idéologiques*, transposées au niveau *méthodologique*. Cependant, le marché en tant que modèle[273] est susceptible de revendiquer une sécurité-prévisibilité juridique sans cesse, en vertu de son autorité scientifique (méta-normative), substituant cet *ordonnancement* à sa fonction de *connaissance* (Titre II). Il convient en ce sens d'identifier les *mécanismes épistémologiques sécuritaires* qui permettraient au système juridique d'internaliser la contingence d'un modèle scientifique de connaissance, et de « boucler »[274] sur celui-ci par une (ré)appropriation de la fonction normative (Titre I).

Titre I : La sécurité fournie par le droit positif

Titre II : La sécurité demandée par le marché

[273] V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché », préc.
[274] V. *supra* n°19.

Titre I : La sécurité fournie par le droit positif

42. **Changer de question.** La question « qu'est-ce que le droit ? » demeure encore fondamentale pour la théorie générale et la philosophie du droit[275]. Sa pertinence dérive d'un souci de nature technique : les juristes doivent délimiter leur objet d'étude par rapport à d'autres disciplines. Cependant, en tant que question *générée* par le positivisme, dont « le présupposé […] est qu'il existe une instance du *fait objectif* et que la science peut en *rendre compte* »[276], elle est épistémologiquement réductrice. En renonçant à l'instantané comme temporalité pertinente[277], il convient de la reformuler de la manière suivante : « Qu'est-ce qui fait que le droit *continue à être du droit* »[278], et non autre chose (*e.g.* morale, politique, économie). Cette nouvelle perspective appelle également une autre interrogation : « Comment *sait*-on que ce que nous nous représentons en tant que droit *à un certain moment* est *du droit* ? ». Le positivisme avait rendu ce type de question superflu à travers l'universalisation de son objet : l'*existence du droit positif*. Cependant, le conventionnalisme scientifique[279] oblige a prendre conscience de l'hypothèse de la *contingence du droit positif,* ce qui rend ces questions pertinentes.

43. **La sécurité de l'existence d'un système de droit positif en tant que mode d'organisation sociale**. L'hypothèse de la contingence du droit positif est équivalente à la prise de conscience qu'un *système de droit positif* est une *représentation* que l'on pourrait vérifier empiriquement. Or, en ce sens, il faut se demander dans quelle mesure un certain « discours [juridique] est bien le *représentant de quelque chose d'autre que lui-même* » [et qui, une fois] « unanimement admis, ne fini[t] pas par se constituer en réalité »[280] (c'est l'auteure qui souligne). En revanche, en admettant la *nature conventionnelle d'une représentation*, on peut affirmer que l'existence d'un système de droit positif tient au renouvellement de cette convention à travers *les choix quant au*

[275] En ce sens v. R. LIBCHABER, *L'ordre juridique...,* préc., n°2, p. 3 : « Objet de l'ouvrage : répondre à la question « Qu'est-ce que le droit ? »».
[276] É. MAULIN sous « Positivisme» *in Dictionnaire de la culture juridique*, préc., p. 1171.
[277] V. *supra* n°24.
[278] Dans cette direction v. F. OST, M. van HOECKE (dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruylant, 1998.
[279] V. *supra* n^{os} 14s.
[280] M.-L. MATHIEU, *Les représentations dans la pensée des juristes,* préc., p. 200s.

mode d'ordonnancement des relations sociales. Ces choix relèvent, d'une part, d'une macrodynamique, en tant que choix institutionnels des formes d'organisation sociale, qui instituent une légitimation « par le haut »[281] du système juridique (Chapitre I). En même temps, ces choix relèvent également d'une microdynamique, en tant que choix individuels s'agissant de l'*utilisation* du système juridique, qui lui assure une légitimation « par le bas » (Chapitre II).

[281] V. J. HABERMAS, « La technique et la science...», préc., p. 33 s'agissant de la « rationalisation *par le haut* » correspondant en principe aux « traditions chargées [...] de légitimer la domination et d'orienter l'action ».

Chapitre I : Une macrodynamique insuffisante

44. **Une approche « par le haut »[282] du système juridique.** La notion de système juridique et l'analyse en termes de système remonte à Bentham, Rousseau, Jhering et Savigny[283]. Le XX[e] siècle est marqué par Kelsen, Hart, Raz, Luhmann, Ost etc. L'analyse « systémique » en droit a évolué peu à peu, sous l'influence de la « théorie générale des systèmes »[284] dont la cybernétique en constitue un domaine phare. Sous cette influence, les analyses juridiques ont été amenées à rendre compte du droit non seulement à travers une *cohérence* organisationnelle[285], mais également en termes de *dynamique* processuelle, qui assure cette cohérence[286]. Selon les schémas épistémologiques de légitimation « par le haut »[287], publicistes, le problème du système juridique a été posé principalement en termes de la relation entre État et droit positif. Bien qu'insuffisante en ce qui nous concerne, cette approche fournit des référentiels sécuritaires macrojuridiques pour l'appréhension des rapports économiques par *un* système juridique.

45. **Système et ordre juridique**. Si le système et l'ordre juridique sont utilisés généralement comme synonymes, certains auteurs en gardent également une distinction[288]. Parmi les critères de différentiation se trouve le caractère voulu ou non de l'objet-organisation que les deux notions désignent : selon Hayek, le

---

[282] *Ibid.*

[283] J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique,* PUF, 2[e] éd, 2016, pp. 11s. M. van de KERCHOVE, F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, préc., p. 33.

[284] V. J. von BERTALANFFY, *Théorie générale des systèmes*, trad. J. B. CHABROL, Dunod, 1973.

[285] J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique,* préc., p. 14

[286] M.VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le système juridique*..., préc., p. 10 : « Un système, sous cette vue nouvelle, est moins une collection d'éléments qu'un réseau de processus générateurs de propriétés émergentes que ne possédaient pas les composantes envisagées isolément. Dans cette logique, les relations simples de type linéaire (de déduction, de causalité...) tendent à être supplantées par des échanges récursifs (les boucles de rétroaction), tandis qu'à l'image d'un principe de commande externe (le grand horloger de l'univers, le législateur souverain) se substitue la représentation d'un système autorégulé, susceptible de garantir son autonomie et sa permanence à raison même de la maîtrise dont il dispose sur son propre programme ».

[287] A. G. GARGANI, *Le savoir sans fondements*, préc., p. 81. V. *supra* n°26.

[288] M. VAN DE KERCHOVE, M., F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, préc., p. 22s. Parmi les auteurs qui considèrent les deux notions synonymes sont cités H. Kelsen, S. Romano, J. Raz, M. Troper etc. En faveur de la distinction en droit international privé, v. D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, LGDJ, 2008.

système existerait spontanément, alors que l'ordre serait construit[289]. En ce qui nous concerne, système et ordre juridique sont synonymes pour le présent propos en tant qu'unité de pensée, « organisation artificielle »[290] du monde ou *convention scientifique fonctionnelle* pour représenter le droit positif. Au regard du caractère artificiel et temporaire de toute construction cognitive, l'objectivité d'un ordre dit « spontané » n'est en rien moins contingente que celle d'un ordre dit « délibéré »[291].

46. **Le droit positif en tant que processus de « différenciation »[292].** Dans l'hypothèse de la contingence du droit positif que nous avons adopté, il ne suffit pas de postuler celui-ci en tant que système normatif, de normes posées (Section I), il faut également saisir ses enjeux épistémologiques, en tant que système de connaissance de la société (Section II).

Section I : Le droit en tant que système normatif

47. Le droit en tant que système juridique est souvent défini exclusivement par sa composition, celle d' « ensemble de normes », ou « d'énoncés à fonction prescriptive produits par les acteurs juridiques »[293]. Cependant, une approche dynamique du système juridique ne peut pas se contenter d'une morphologie des normes juridiques. Il faut également identifier les fonctions de l'abstraction (§1), de la normativité (§2) et de l'imputation (§3) à travers lesquelles les normes juridiques ont été caractérisées.

§1. La fonction de systématisation de l'abstraction

48. **La réduction de la complexité de la réalité[294].** La conceptualisation des relations sociales à travers des normes juridiques qui forment un système assure une dimension compréhensible et maîtrisable du droit en tant que savoir

[289] M. VAN DE KERCHOVE, M., F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, préc., p. 24, note de bas de page n°20.
[290] R. LIBCHABER, *op.cit.,* n° 310, p. 421.
[291] Pour une analyse ayant au cœur cette distinction et constatant une « coexistence forcée » de ses termes v. P. DEUMIER, *Le droit spontané,* Economica, 2002, n° 435, p. 444.
[292] J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », *in* J. CHEVALLIER, D. LOSCHAK et al., *Le droit en procès,* PUF, 1983, pp.7-49, spéc p. 14.
[293] V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », *in* M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques,* Bruylant, LGDJ, pp. 11-23, spéc. p. 13.
[294] N. LUHMANN, *The self-production of law and its limits,* Document European University Institute, p. 3 cité par M. VAN DE KERCHOVE, M., F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, préc., p. 153.

construit par l'homme. En ce sens, Niklas Luhmann assimile le droit à un acte de communication, qui suppose nécessairement une synthèse[295]. La systématisation est par conséquent, au premier rang, un processus d'assignation de significations qui assure la différenciation du système de son environnement[296]. Un nouveau langage est créé, qui sert à établir les liens qui caractérisent le système. Synthétisant la doctrine orthodoxe, M. Libchaber observe que : « *Le droit constitue en effet une sorte de structure posée sur la réalité, par laquelle les choses du monde réel acquièrent une signification obligatoire. Il est ainsi la grille de lecture qui ne permet pas seulement de tracer les limites entre le licite et l'interdit, mais surtout de faire pénétrer l'ensemble des objets du monde réel dans des catégories juridiques, qui en déterminent un statut particulier* »[297].

Il s'agit d'un processus créateur d'une catégorie, car le résultat de la désignation n'a plus la même nature que ce qui en constitue l'objet : « désigner c'est créer une réalité juridique »[298]. Ce processus de représentation[299] est essentiellement artificiel.

Deux aspects méritent d'être soulignés en ce sens: la conceptualisation juridique et le lien organique entre l'abstraction et la normativité.

49. **Conceptualisme et dimension du système juridique.** L'assignation de significations donne lieu aux concepts juridiques qui servent à la formulation des règles juridiques. Les concepts visent ainsi la « modalité d'être », tandis que les règles visent la modalité de « l'avoir lieu des choses »[300]. En tant que porte entre le fait et le droit, les concepts juridiques déterminent, au moins provisoirement, la ***dimension*** du système juridique : ils fixent la limite des circonstances, des

[295] N. LUHMANN, « L'unité du système juridique », APD 1986. 163, spéc. p. 169.
[296] *Ibid.* : « La différenciation du droit se trouve, par conséquent, tout d'abord dans le réglage thématique des processus de communication. [...] la différenciation du système juridique exige de faire une généralisation des éventualités qui en relèvent et de les réduire à une auto-description en tant que systèmes d'action ».
[297] R. LIBCHABER, *L'ordre juridique...*, préc., n°19, p. 22. Même si l'auteur rejette une approche scientifique du droit (n° 2, p. 3,) son paradigme gravite autour de l'ordre juridique.
[298] M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, préc., p. 163.
[299] V. M.-L. MATHIEU, *Les représentations…*, préc. V. aussi J.-L. LE MOIGNE, « Les systèmes juridiques sont-ils passibles d'une représentation systémique ? », RRJ 1985. 155.
[300] P. AMSELEK, *Cheminements philosophiques…,* préc., p. 127.

faits qui sont pertinents pour ce système. Ils créent, dans une certaine mesure, un dédoublement des significations, un univers parallèle à travers une sélection des circonstances potentiellement causales, *perceptibles* ou (encore) *imperceptibles,* qui sont infinies dans l'absolu.

50. **Temporalité des fictions juridiques.** Le fait d'occulter délibérément certaines circonstances, s'effectue par le biais des présomptions et des fictions. Si les premières concernent le terrain de la preuve, les dernières se placent « sur le terrain de l'être »[301] ; la fiction « énonce comme vraie aux yeux du droit une proposition qui, par hypothèse, est fausse »[302], elle est une « négation délibérée de la réalité certaine ou possible »[303]. Le besoin d'accompagner la fiction d'une dimension temporelle et par conséquent d'une relativité, s'impose par rapport à deux aspects : a) d'une part, la réalité qu'elle est censée nier est telle qu'elle ressort d'autres représentations scientifiques du monde, elle est elle-même le *construit* d'autres sciences, susceptibles de révision ; b) d'autre part, la fiction « manifeste les limites de la systématisation du droit en soulignant l'insuffisance des concepts qu'elle met en œuvre »[304], d'où la nécessité d'un renouvellement périodique.

51. **Le lien organique entre l'abstraction et la normativité, expression du processus connaissance < > ordonnancement.** Pour Kelsen, le « *comportement* [*humain*] *n'est […] objet [de la science du droit] qu'en tant que et dans la mesure seulement où il est prévu par des normes juridiques, où il figure en qualité soit de condition soit de conséquence, ou, en d'autres termes, qu'en tant que et dans la mesure où il apparaît comme contenu de normes juridiques* »[305]. Cette approche met en évidence le lien organique entre l'abstraction et la normativité, repris par M. Mayer dans l'analyse du caractère

[301] J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif. Spécialement du droit privé,* Bruylant, Sirey, 1935, p. 275.
[302] *Ibid.* Dabin, comme Geny, envisage la fiction seulement en tant que contraire à la « réalité matérielle, [...] extérieure au droit » - v. G. WICKER sous « Fiction » *in Dictionnaire de la culture juridique*, préc.
[303] J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc., p. 69.
[304] V. G. WICKER sous « Fiction » *in Dictionnaire de la culture juridique*, préc.
[305] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 77.

abstrait, distinctement du caractère général, de la règle de droit[306]. En ce sens, après avoir retenu « qu'une proposition est abstraite lorsque l'idée qu'elle exprime est en correspondance avec un caractère qu'elle prend en considération »[307], M. Mayer déduit qu'une norme « est abstraite lorsque l'ordre qu'elle énonce se rattache au caractère retenu »[308]. Le lien entre l'abstraction et la normativité est d'autant plus saisi par cet auteur lorsqu'il distingue le caractère abstrait de la généralité de la norme : « Il ne suffit pas que le caractère [qui exprime l'abstraction] ait été choisi indépendamment de la personnalité du sujet (exigence négative relative à la généralité), il faut aussi qu'il l'ait été en fonction de certains effets à produire, qui lui sont rattachés (exigence positive relative à l'abstraction) »[309].

Il est possible de qualifier ce lien entre abstraction et normativité en tant qu'organique, car il est l'expression directe de l'influence de l'*ordonnancement* sur le processus de *connaissance*. En ce sens, la normativité boucle sur la conceptualisation juridique, tandis qu'à son tour la conceptualisation en tant que processus de connaissance est influencée par l'autorité scientifique des autres disciplines[310].

D'où l'importance de déconstruire, d'une part, la normativité de ce qu'on appelle droit positif et d'autre part, la méta-normativité de la science du droit.

§2. La fonction sécuritaire de la normativité

52. **L'empirisme de la distinction entre l'« être » et le « devoir-être ».** Héritée en tant qu'axiome, les manuels n'attachent pas beaucoup de discussions à l'affirmation que « *la distinction entre le fait et le droit est au cœur du système juridique* »[311]. La constatation empirique de cette distinction s'impose avec une évidence qui rendrait en principe tout questionnement inutile. Kelsen s'y remet également, en précisant que la distinction entre *Sein* et *Sollen* « ne peut pas être expliqué[e] davantage […] [étant] donnée à notre conscience de façon

[306] P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973, n°54s., p. 38.
[307] *Id.*, n°56, p. 40.
[308] *Id.*, n°56, p. 41.
[309] *Id.*, n°58, p. 41.
[310] Sur l'autorité scientifique en tant que méta-normativité v. *infra* n^{os} 82 et 138s.
[311] M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale au droit*, PUF, 2^{e} éd. 2011, p. 27.

immédiate »[312]. L'auteur renforce son observation par l'impossibilité de sa réfutation : « *personne ne peut nier que l'assertion que ceci ou cela « est » […] est essentiellement différente de la proposition que quelque chose « doit être »* »[313]. La possibilité de *connaître* le *Sollen,* objet de la science juridique, est ramenée au critère identifiable de la *volonté*[314], qui acquiert une signification *objective* à travers un *autre Sollen*[315], dont, ultimement, le fondement n'est pas la volonté, mais la norme fondamentale[316], qui est *supposée*[317]. Le caractère empirique de la distinction entre *Sein* et *Sollen* peut être attribué par conséquent à une *représentation* collective constitutive d'une réalité : « Ce qui est le droit, c'est ce que nous croyons être le droit »[318].

53. **La valeur de la normativité.** À la recherche d'une science du droit, « anti-idéologique »[319] par essence, Kelsen a voulu limiter l'usage stratégique de celle-ci, notamment celui de « servir de quelconques intérêts politiques en leur fournissant les « idéologies » »[320]. Son projet est de « décrire le droit tel qu'il est », le droit « réel » et « possible »[321], détaché de toute considération quant aux valeurs dont le droit est porteur, qui elles sont relatives[322]. La contradiction de la démarche est mise en évidence par M. Amselek qui identifie l'ambivalence de la notion de « droit positif » chez Kelsen : tantôt « droit posé », tantôt « droit effectif »[323]. Deux autres observations sont également nécessaires.

D'une part, malgré les critiques y apportées[324], il est possible d'identifier dans la *Théorie pure du droit* un paradigme dialectique dans cette approche scientifique du droit positif, une absence de « projet totalisant » (« *non-totalising*

[312] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 14.
[313] *Ibid.*
[314] *Id.* p. 14, note de bas de page n°1 : « Le contenu du *Sollen* […] est déterminé par des actes de volonté, et, lorsqu'il est ainsi déterminé, est connu ».
[315] *Id.*, p. 16.
[316] *Id.*, p. 17.
[317] *Id.*, p. 194.
[318] E. LEVY cité par H. MAZEAUD, « La maxime „error communis facit jus"», RTDciv. 1924. 929, spéc. p. 964.
[319] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 115.
[320] *Ibid.*
[321] *Ibid.*
[322] *Id.*, p. 71s.
[323] P. AMSELEK, « *Kelsen et les contradictions du positivisme juridique* », APD 1983, pp. 271-282, spéc. p. 273.
[324] F. OST, M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

thought »)[325], à travers le maintien d'un *autre* : « si le droit est identifié à la justice, le *Sein* au *Sollen*, la notion de justice a perdu tout sens, de même que celle de bien »[326].

D'autre part, comme Kelsen l'admet également, lorsque la normativité est détachée de son contenu substantiel, *il devient possible que le droit aie n'importe quel contenu*[327]. Cela est envisageable lorsqu'un ordre normatif repose sur un principe d'unité dynamique, défini par Kelsen comme « le fait que la norme fondamentale présupposée ne contient rien d'autre que l'institution d'un fait créateur de normes, l'habilitation d'une autorité créatrice de normes »[328]. Les prémisses d'une délégation pure étant ainsi assurées, la question se pose de savoir jusqu'où peut aller le contenu du droit posé au regard de sa distinction avec le fait. Bref, jusqu'où peut aller le droit délégué tout en *restant* du droit.

54. **La possibilité de la contingence du droit positif.** Kelsen ne peut identifier le droit positif qu'à travers un dénominateur commun formel : « ce qui est commun à tous les systèmes de morale possible, c'est leur forme, c'est le *Sollen,* c'est leur caractère de normes »[329]. Cependant, cette constatation constitue elle-même une proposition, un *Sein,* duquel on ne peut pas déduire que le phénomène normatif *doit* nécessairement se reproduire, car, comme l'admet Kelsen, *Sein* et *Sollen* « existent simplement côté à côté comme deux mondes absolument séparés »[330]. La contingence de la *réalité* du droit positif est ainsi indirectement admise : « *À la question : « Le soleil se lèvera-t-il demain ? », Hume répond*

---

[325] P. LEGRAND, « The same and the different » *in* P. LEGRAND, R. MUNDAY (ed.), *Comparative legal studies : Traditions and Transitions,* Cambridge University Press, pp. 240-311, spéc. p. 250 : « a thought which accepts the other as interlocutor » ; C. ATIAS, *Théorie contre arbitraire,* préc., p. 50 : « Les théories de l'État, de la volonté, de la personne en général ou celle du droit subjectif […] supposent une conception globale de la réalité et du rôle du droit à son égard ».

[326] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 75.

[327] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 197 : « une norme juridique n'est pas valable parce qu'elle a un certain contenu, c'est-à-dire parce que son contenu peut être déduit par voie de raisonnement logique d'une norme fondamentale supposée, elle est valable parce qu'elle est créée d'une certaine façon, et plus précisément, en dernière analyse, d'une façon qui est déterminée par une norme fondamentale, norme supposée (…) **Il suit de là que n'importe quel contenu peut être droit** » (c'est nous qui soulignons).

[328] *Id.*, p. 196.

[329] *Id.,* p. 72.

[330] *Id.*, p. 14. V. aussi p. 78.

qu'il n'est d'autre réponse possible que la prédiction d'un évènement probable mais non pas nécessaire »[331]. Il n'y a donc aucune *nécessité naturelle* pour que le droit positif conçu à travers la distinction *Sein – Sollen* soit considéré une constante universelle.

De plus, du fait que le droit peut avoir n'importe quel contenu, la contingence du droit est *contenue* dans le principe dynamique de production normative, *à travers l'hypothèse théorique d'un Sollen qui prendrait la forme suivante* : « tout ce qui *est*, *doit être* ». En ce sens, la possibilité du droit *posé* de s'annihiler apparaît au moins comme une possibilité théorique.

55. **La méta-normativité de la distinction entre droit et fait.** Même si Kelsen rejette toute normativité de la science du droit[332], celle-ci existe indépendamment de ses intentions[333]. Dans un lecture wittgensteinienne, Kelsen *construit la réalité de son objet scientifique* à travers un acte de langage : la distinction entre *Sein* et *Sollen*. C'est la *décision* d'assigner une signification au « devoir-être » distincte de l' « être » qui *institue* la catégorie du « devoir-être ». Au regard de la contingence de cette distinction, il est possible d'affirmer que *le droit continue à être du droit aussi longtemps* que le « devoir-être » est, ou plus exactement est *représenté* comme distinct de l' « être ». Cette (re)production du droit positif est identifié par Kelsen dans la *valeur juridique (Rechtwert),* que « le droit fonde précisément […] par le fait qu'il est norme »[334]. Cependant, Kelsen la considère « une valeur morale – relative »[335], ce qui revient à admettre sa contingence. C'est à ce point que, peut être conscient de l'autorité scientifique de sa propre théorie, Kelsen s'empêche à identifier la méta-normativité de la valeur juridique à la norme fondamentale. Paradoxalement, ce refus rapproche Kelsen du jusnaturalisme.

56. **Valeur juridique (*Rechtwert*) [Kelsen] et « clôture normative » [Luhmann].** La valeur juridique comme méta-normativité du système juridique ressort

[331] É. MAULIN sous « Positivisme » *in Dictionnaire de la culture juridique,* préc.
[332] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 88s.
[333] C. ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, préc., p. 40 : « la théorie explicative est normative dans la mesure où elle apporte nécessairement son appui à certaines positions et en condamne d'autres».
[334] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 73.
[335] *Ibid.*

cependant de l'analyse de Niklas Luhmann, qui remarque que « *la normativité n'a d'autre but ultérieur (au sens d'une « fin » intentionnelle). Sa fonction consiste en la possibilité de se créer continuellement soi-même, instant par instant, cas par cas, coup par coup, et elle* ***est destinée précisément à ne pas trouver de fin*** »[336] (c'est nous qui soulignons). Le contenu du droit positif trouve par conséquent une limite dans sa « clôture normative »[337] : c'est le droit qui définit lui-même ce qu'il est, donc il peut être n'importe quoi, *sauf* du fait, car cela l'anéantirait vu qu'il se définit *par opposition* au fait. Selon Niklas Luhmann, « un droit qui est fortement capable de s'instruire, de s'adapter, d'être « *responsable* » ***doit éviter de discréditer sa propre normativité****, faute de quoi il se bornera à n'être qu'un instrument dans l'outillage bureaucratique du pouvoir politique* »[338] (c'est nous qui soulignons). D'où l'importance sécuritaire, pour *la continuité de l'idée de droit*, de la normativité, ou plus exactement du couple normativité-factualité, car l'une se définit par rapport à l'autre.

§3. La fonction libérale de l'imputabilité

57. **L'imputabilité, expression de la normativité juridique.** L'idée de l'imputation chez Kelsen est censée met fin à une boucle causale que l'approche positiviste cherche à éliminer[339]. Kelsen avait saisi « l'essence de la causalité – la chaîne des causes et des effets est infinie dans les deux directions »[340]. Par conséquent, il introduit l'idée d'*imputabilité* pour caractériser une relation normative, ce qui élimine cette boucle infinie. Cependant, lorsqu'il identifie dans la pensée primitive la relation de l'homme avec la nature en termes d'imputation et non de causalité[341], il fournit indirectement un argument pour le paradigme scientifico-juridique[342]. Une fois la distinction entre la science et le

[336] N. LUHMANN, « L'unité du système juridique », APD 1986. 163, spéc. p. 173.
[337] *Ibid.*
[338] *Id.,* p. 188.
[339] Dans l'approche positive des phénomènes, la constatation d'une boucle infinie des causes est éliminée par la réduction du problème à résoudre à une dimension maîtrisable, par le traçage de bornes : « La pensée se débarrasse de toute considération métaphysique de cause première ou finale et, plutôt que de spéculer sur la raison d'être des phénomènes, se contente d'établir leurs conditions d'existence. ». v. É. MAULIN, « Positivisme » *in* DCJ ;
[340] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 98.
[341] *Id.*, p. 91.
[342] *Id.*, p. 92 : « ce qui est nature du point de vue de la science moderne est, pour le primitif, une partie de sa société ». V. *supra* n°39.

droit acquise, le dernier avait besoin de s'y détacher au regard du principe de causalité, ce qu'il fait par une ré-appropriation de la notion d'imputabilité.

Contrairement à la série causale, « il y a un point final de l'imputation »[343], postule Kelsen, et ce point final est l'homme libre et par conséquent juridiquement responsable[344]. Pour l'éminent juriste, l'identification de l'auteur d'un acte de conduite est une question factuelle, tandis que la question juridique est celle de l'imputation : « qui doit répondre de la conduite en question ? »[345]. En ce sens, l'imputabilité, assortie de la contrainte, devient l'expression caractéristique de la normativité juridique qui la distingue d'autres ordres normatifs : « On ne peut pas non plus trouver une différence entre et le droit et la morale dans *ce que* ces deux ordres sociaux ordonnent ou défendent respectivement ; on ne peut la trouver que dans *la façon dont* ils ordonnent ou défendent des actes humains »[346].

58. **L'équilibre liberté < > imputabilité**. L'impossibilité d'évacuer toute valeur de l'épistémologie kelsenienne se retrouve dans l'apparition de l'idée de liberté de manière consubstantielle à l'imputabilité : « Imputation et liberté sont en réalité essentiellement liées l'une à l'autre »[347]. Kelsen établit ainsi une relation bidirectionnelle dans laquelle chaque membre boucle sur l'autre, dont le rôle instituant appartient à l'imputabilité : « *On n'impute pas à l'homme parce qu'il est libre, mais l'homme est libre parce qu'on lui impute* »[348]. Il trouve dans la capacité humaine de représentation de l'imputabilité l'outil de l'équilibre social : comme dans la loi de l'équilibre de Pareto, à partir d'un certain point la liberté d'un ne peut s'accroître qu'en contrepartie de la liberté des autres[349]. La formule dynamique serait la suivante : l'homme est libre *aussi longtemps* qu'il *se*

[343] *Id.*, p. 99.
[344] *Id.*, p. 101.
[345] *Id.*, p. 100.
[346] *Id.*, p. 70.
[347] *Id.*, p. 105.
[348] *Ibid.*
[349] V. J. GÉNÉREUX, *Les vraies lois de l'économie,* Seuil, 2005, p. 84 : « une situation est optimale, au sens de Pareto, quand il n'est plus possible d'améliorer le bien-être d'un individu sans détériorer celui d'au moins un autre [...] il importe de souligner que ce critère ne prétend nullement définir un optimum social. Il s'agit d'un simple critère d'efficacité, cette dernière étant elle-même comprise comme une absence de gaspillage des ressources ».

représente en tant que point final de l'imputation[350]. Cette idée de « liberté sous la loi consiste […] en la garantie qu'on ne sera pas soumis à la volonté arbitraire d'autrui »[351] remonte aux Grecs classiques[352]. Transposé au niveau collectif, la relation prend la forme suivante : *tous* les hommes sont libres *aussi longtemps* que *chacun se représente* en tant que point final de l'imputation.

59. **Imputabilité et prévisibilité.** L'appréhension kelsenienne des rapports de droit en tant que « *rapports qui sont fondés par des normes juridiques* »[353] correspond également à une conception selon laquelle c'est le droit qui permet l'élaboration des prévisions juridiques. D'où la nécessité que la loi soit claire et précise[354], mais surtout rendue publique. Par conséquent, l'imputabilité établie par la normativité, ainsi que la liberté qu'elle garantit, sont directement liées à la revendication de la prévisibilité du droit[355]. « Nul n'est censé ignorer la loi » est la fiction qui permet à établir l'imputation pour le passé, en *supposant* la connaissance de la loi. Pour l'avenir, elle est destinée à assurer la responsabilisation des sujets de droit. Car l'imputation a une fonction d'orientation des comportements sociaux : « *l'homme se représentant la norme qui prescrit une certaine conduite, cette représentation devient cause de cette conduite conforme à la norme* »[356]. Cependant, comme le remarque Batiffol, pour Kelsen le contenu de la norme, sa teneur, n'est plus une question que la science de droit doit étudier, mais « affaire […] de politique juridique »[357].

---

[350] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 106 : « L'homme est libre parce que sa conduite, ses actes sont le point final de l'imputation. » ; Même si dans ses conséquences la théorie kelsennienne aboutit à une fiction, à ce stade Kelsen n'est pas d'accord avec Kant sur le point de considérer la liberté humaine (ou plus précisément « la non-détermination causale de la volonté ») comme une fiction nécessaire pour admettre l'imputation – v. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 102s.

[351] Ph. NEMO, « Les sources du libéralisme dans la pensée antique et médiévale », *in* Ph. NEMO, J. PETITOT, *Histoire du libéralisme en Europe,* PUF, 2006, pp. 65-111, spéc. p. 69.

[352] *Ibid.*

[353] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 77.

[354] V. Th. PIAZZON, *op.cit.,* n° 118s, p. 202s, qui parle des « défaillances de l'« art législatif » ».

[355] Sur les liens historiques entre l'idée de sécurité, l'individualisme et le libéralisme v. H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p. 395s.

[356] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 102.

[357] H. BATIFFOL, *Problèmes de base...*, p. 54.

Pourtant, dans la mesure où *la connaissance* que fournit le système juridique en termes d'imputation, ne garantit pas nécessairement *la conformité,* il faut en analyser les ressorts.

Section II : Le droit en tant que système de connaissance

60. Dans la société de la connaissance qui caractérise la contemporanéité, le savoir scientifique a la valeur d'une information[358], susceptible d'une utilisation stratégique par les membres de la société. Le savoir juridique n'est pas à l'abri d'un tel emploi. Le principe de sécurité juridique en tant qu'« idéal de fiabilité d'un droit accessible et compréhensible, qui permet aux sujets de droit de prévoir raisonnablement les conséquences juridiques de leurs actes ou comportements, et qui respecte les prévisions légitimes déjà bâties par les sujets de droit dont il favorise la réalisation »[359], est-il susceptible d'une instrumentalisation dans la société de la connaissance ? Les deux volets susmentionnés de la sécurité juridique mettent en évidence le caractère non-instantané de la positivité juridique. Au regard de ce caractère, la sécurité juridique assure, d'une part, à la fois une fonction épistémologique pour les membres de la société (§1) et la sécurité à l'encontre de l'arbitraire des institutions (§2). D'autre part, elle soulève la question de savoir dans quelle mesure elle contribue à (*im)poser* également une certaine *connaissance* des comportements sociaux (§3).

§1. La fonction épistémologique de la sécurité juridique

61. **Les règles juridiques en tant que source de connaissance.** La règle en tant que norme substantielle[360] est considérée « l'élément juridique de base, la composante élémentaire des manifestations du droit »[361]. Le positivisme lui attache une importance considérable en tant que « phénomène caractéristique du

---

[358] V. Ph. BRETON, « La "société de la connaissance" : généalogie d'une double réduction », Education et sociétés, 1/2005, pp. 45-57. Pour l'auteur, « la notion de société de la connaissance est le produit d'un double déplacement : d'une part la connaissance est assimilée à la science, plus précisément à la technoscience, d'autre part la connaissance scientifique est réduite à l'information ».

[359] Th. PIAZZON, *op.cit.*, n° 48, p. 62.

[360] P. MAYER, *La distinction....*, p. 10, n°13 : « les normes qui ont directement pour objet d'imposer des obligations ou de conférer des droits, et non de définir le mode d'élaboration ou d'application d'autres normes. »

[361] R. LIBCHABER, *op.cit.*, n° 203, p. 270.

droit »[362]. Pour Batiffol, la norme est une « prescription de caractère général, formulée avec une précision suffisante pour que les intéressés puissent la connaître avant d'agir »[363]. Pour M. Mayer elle est « toute disposition émanant d'un organe étatique qui contribue à énoncer les droits et les obligations des individus »[364]. Ces définitions ont toutes à la base une vision dans laquelle une fonction essentielle de la règle juridique est de fournir un modèle de comportement.

Cette fonction correspond à la représentation selon laquelle c'est à la règle juridique qu'il est « *assignée la vocation de donner la mesure de la possibilité de l'avoir lieu de choses* »[365]. Selon M. Amselek, la catégorie modale peut être fixe (0 ou 100% dans le cas des règles impératives et prohibitives) ou variable (entre 0 et 100% dans le cas des règles permissives)[366]. Cette marge d'appréciation est assortie cependant de ce qui constitue, selon Hart, la « pénombre d'incertitude » (*« penumbra of uncertainty »*)[367] quant à sa représentation concrète. L'évolution des relations sociales rend nécessaire l'interprétation[368] de la règle par les sujets de droit, à la fois dans leur qualité de personnes privées ou d'organes compétents (*e.g.* juges). Au regard du fait que « le vocabulaire juridique est par nature équivoque »[369], l'exercice usuel consiste dans la déconstruction des concepts juridiques jusqu'au traitement de l'environnement factuel au moment de l'adoption de la règle.

---

[362] *Id.*, n° 203, p. 271.
[363] H. BATIFFOL, Communication du 18 décembre 1962 à la Faculté de droit de Paris, cité par B. GOLDMAN, « Frontières du droit et « lex mercatoria », APD 1964. 177, spéc. p.187s. V. aussi *Liste des critères de l'Etat de droit adoptée par la Commission de Venise à sa 106e session plénière*, préc.
[364] P. MAYER, *La distinction....*, p. 10, n°13. V. aussi p. 11s, n°16 : Pour M. Mayer l'organe de l'Etat doit être spécialement désigné comme tel, ce qui exclut les personnes privées comme organes créateurs de droit, contrairement à la perspective de Kelsen.
[365] P. AMSELEK, *Cheminements philosophiques…,* préc., p. 62.
[366] *Id..*, pp. 87s.
[367] H. L. A. HART, *Le concept de droit,* trad. M. van de Kerchove, 2e éd., Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 30. H. L. A. HART, *The concept of law*, 2nd ed., OUP, 1994, p. 12.
[368] Sur le caractère inhérent de l'interprétation et le rejet de la théorie de l'acte clair v. D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Pedone, 1981, pp. 117s., spéc. p. 118 : « la clarté ou l'obscurité du texte ne peut pas être le point de départ, encore moins une condition *sine qua non* de la mise en œuvre du processus interprétatif, mais la constatation de la clarté du texte est le résultat de l'interprétation ».
[369] *Id.*, p. 114.

62. **Que « voit » le législateur et de quelle manière voit-il.** La *formulation* d'une règle de droit est dépendante de ce qui est apparent ou prévisible par rapport à l'état de connaissances dans la société à un moment donné. L'abstraction prend la forme d'une synthèse : dans sa généralité, la loi exclut des circonstances précises, des éléments qui restent ainsi indifférents, donc factuels[370]. Ce qui apparaît, du point de vue de sa fréquence, comme la situation-type, est le plus facile à intégrer en tant qu'hypothèse de la règle, soit-elle permissive ou prohibitive. En revanche, l'atypique prend le plus souvent la forme de l'exception, à travers un catalogue, dans la mesure où il est représenté. Par exemple, le Code civil français prévoit à titre de *règle* l'existence du consentement, et énumère les vices du consentement. La teneur qualitative d'une règle permissive dépend par conséquent également de ce qui à un certain moment apparaît comme la *situation-type souhaitable* du point de vue de sa fréquence (*e.g.* la validité des contrats). D'où une certaine opacité, voire indifférence téléologique du système juridique, par rapport à ce qui apparaît comme l'atypique, *comme s'*il était moins fréquent en pratique[371].

63. **L'inconnu et la certitude d'un « devoir être ».** Si la *textualité* de la règle ne peut « tout prévoir »[372], cela ne signifie pourtant pas que n'importe quelle situation ne puisse tomber sous l'appréhension du droit, en tant que *rapport de droit*. Selon Kelsen, tout comportement serait réglé soit positivement soit négativement ; ce dernier devrait être considéré comme « juridiquement *réglé* […] dans le sens où il *peut* devenir l'objet d'une norme juridique, en particulier être juridiquement commandé ou interdit »[373]. Or, la prémisse de cette certitude quant à la *concrétisation* du « devoir être » est la garantie procédurale de l'accès au juge[374]. La représentation de la possibilité d'une action en justice influence ce que, selon Niklas Luhmann, apparaît comme « un dédoublement du caractère d'attente normative en une valeur positive et une valeur négative »[375]. Cette

[370] V. *supra* n°49.
[371] Sur le développement exponentiel des dérivés de manière invisible par rapport aux transactions sur les marchés réglementés v. *supra* n°29.
[372] D. SIMON, *L'interprétation judiciaire...*, préc., p. 125.
[373] H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, PUF, 1996, p. 171.
[374] Sur l'importance de la fonction juridictionnelle pour la positivité juridique v. *infra* n^{os} 93s.
[375] N. LUHMANN, « L'unité du système juridique », APD 1986. 163, spéc. p. 179.

représentation de l'imputation[376] dans le langage de Kelsen, conditionne et est conditionné par la qualité de sujet de droit, qui implique la capacité d'attribuer une valeur positive ou négative à ses comportements, au moins provisoirement.

En tant qu'exigence de la production législative, le principe de sécurité juridique vise par conséquent à réduire l'incertitude quant à l'objectivation de l'imputation par les juges : il faut que leurs décisions soient prévisibles[377]. Il demande que la textualité des règles juridiques permette une représentation *raisonnable* de l'imputation, pour que « les sujets du droit [puissent] orienter leur conduite d'après les décisions juridictionnelles prévisibles »[378]. Le problème de l'équivoque de la textualité qui prend la forme de la « polysémie diachronique du langage juridique »[379] boucle sur la représentation du *raisonnable* à travers le sens assigné à la *rationalité*.

64. **Raisonnable et déraisonnable dans la conduite humaine.** Comme l'indique également son étymologie[380], la norme est un outil de mesure, « créé[e] et manipulé[e] par l'*Homo Faber* »[381]. Si l'observation a été faite par rapport à la logique de la création de la règle par les organes habilités en ce sens, elle est également applicable par rapport aux sujets de droit qui n'ont pas cette qualité. Lorsque les règles posées octroient une certaine liberté à ceux-ci, il est prévisible qu'ils vont en user. Cependant, surtout en ce qui concerne les règles permissives, il est difficile d'anticiper les limites de l'exercice de la liberté ainsi octroyée. L'« art de se faufiler dans l'interstice des lois »[382] est une donnée anthropologique, que ce soit dans le sens de la réclamation d'une liberté ou

[376] V. *supra* n°58.
[377] H. KELSEN, *Théorie pure du droit,* préc., p. 250.
[378] *Ibid.*
[379] D. SIMON, *L'interprétation judiciaire...,* pp. 114-115 et 384.
[380] Du latin « norma » – v. P. AMSELEK, *Cheminements philosophiques…*, préc., pp. 56s. R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, n° 206, p. 273.
[381] P. AMSELEK, « Avons-nous besoin de l'idée de droit naturel ? », APD 1978. 343, spéc. p. 347; J. DABIN, *La technique...,* p. 28 : « La règle de droit n'existe nulle part à l'état de donné ; partout et toujours elle est « fabriquée » par l'homme ». V. aussi P. AMSELEK, « La Phénoménologie et le Droit », APD 1972. 237.
[382] L. DABIN, « L'aménagement des pouvoirs normatifs selon une perspective commune aux juristes et aux économistes », *in Mélanges Sayag*, Lexis Nexis, 1998, pp. 47-60, n°6, p. 52.

d'une prohibition[383]. Ce sont les conflits qui rendent visibles les limites de l'exercice des droits, lorsque, par exemple, un certain comportement est contesté en justice, y compris à titre d'un abus de droit. En ce sens, il est possible d'affirmer que l'action en justice existe *justement* pour que ces limites *deviennent visibles* et ainsi débattues. Au regard de cette possibilité, un comportement sera adopté, sur la base d'une *certaine connaissance* du droit, en fonction d'un calcul de rentabilité sociale, dans lequel l'*imputation* se présente seulement comme un *risque,* et non comme une *certitude*. La connaissance du droit *devrait* entraîner son efficacité, mais de cela il ne peut en résulter une réalité. Le caractère abstrait de la règle[384] est susceptible de caractériser également la représentation de l'imputation. De plus, s'agissant des recours de droit privé dont les parties ont la disponibilité, ce risque abstrait est susceptible d'être aménagé, selon une perspective économique[385]. La *rationalité* de l'usage stratégique de la connaissance de la règle juridique, quel rapport entretient-elle avec le caractère *raisonnable* de la représentation de l'imputation sur la base de la textualité de la règle juridique ?

65. **La rationalité du déraisonnable.** Perelman notait que « *chaque fois qu'un droit ou un pouvoir quelconque, même discrétionnaire, est accordé à une autorité, ou à une personne de droit privé, ce droit ou ce pouvoir sera censuré s'il s'exerce d'une façon déraisonnable* »[386]. Il serait par conséquent *raisonnable* d'avoir l'attente normative que l'abus de droit entraîne l'engagement de la responsabilité de celui qui l'a commis. Cependant, il est également *rationnel* d'avoir l'attente normative qu'un certain comportement n'engage pas la responsabilité de son auteur *aussi longtemps que le type de comportement en cause n'a pas été effectivement censuré*, que cette tolérance ait été intentionnelle ou non.

Si la positivité de l'imputation n'est pas une *certitude,* il s'ensuit *qu'aussi longtemps qu'un certain comportement n'est pas censuré à travers l'engagement de la responsabilité, la représentation (rationnelle) des limites de*

[383] *Id.*, n°5, p. 50 : « De tout temps, l'homme d'affaires est enclin à se prévaloir des bienfaits de la libre concurrence lorsque tout va bien et à réclamer l'intervention vigoureuse des pouvoirs publics, lorsque les conditions du marché tournent à son désavantage ».
[384] V. *supra* n°51.
[385] V. *infra* n^{os} 274s.
[386] Ch. PERELMAN, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », APD 1978. 35, spéc. p. 36.

l'exercice raisonnable des droits demeure théorique. Par conséquent, il est possible d'affirmer qu'un sujet de droit, soit-il personne privé ou organe étatique, demeure raisonnable, *aussi longtemps* qu'il se représente la *certitude* de l'imputation du déraisonnable, c'est-à-dire la *représentation de la responsabilité* engagée en cas de dépassement de certaines limites qu'il est censé *anticiper*. Lorsque cette représentation n'existe pas, il *devient apparemment raisonnable* de penser que les limites n'existent pas, ou, en tout cas, qu'elle n'ont pas été atteintes. La *rationalisation* du droit par le modèle économique du marché[387] crée les prémisses pour une distorsion des rapports entre *rationalité* et *raisonnable*, avec des conséquences non négligeables pour la portée sécuritaire de la prévisibilité. Car si la *rationalité* est susceptible d'une déclinaison subjective, individuelle, le *raisonnable* est l'affaire de tous, car il vise l'intersubjectivité.

§2. La portée sécuritaire de la prévisibilité juridique

66. **L'association des sujets de droit à la création de la positivité.** Le principe de sécurité juridique est une exigence de la production normative dans toutes ses formes : législative, administrative et judiciaire[388]. Au regard de la portée générale des règles, il commande la non-rétroactivité de la loi. Au regard de la portée relative, individuelle, des normes, il *impose* le respect, par les autorités administratives et le juge, des prévisions légitimes et raisonnables bâties par les sujets de droit. En ce sens, le système juridique *associe*, à travers le principe de sécurité juridique, la société toute entière à la représentation du « devoir être », à la *création* de la positivité. La contingence du droit positif dépend, en dernier lieu, de la dynamique sociale.

67. **Épistémologie de la systématisation juridique de la dynamique sociale**. La dynamique sociale constitue, d'une part, l'objet de la normativité juridique, en tant qu'environnement factuel, « être ». D'autre part, elle est source de normativité, *posée* en tant que telle par le droit lui-même. Dans cette dernière

[387] M. WEBER, *Économie et société,* t. 1, Plon, 1971, p. 350, cité par Th. PIAZZON, *op.cit.,* n° 71, p. 98.

[388] Certains auteurs considèrent que « les sujets de droit, sont aussi les destinataires de la sécurité juridique » - J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, « Sécurité juridique et droit économique. Propos introductifs », *in* L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008, pp. 5-21, spéc. p. 21.

perspective, la normativité répond au schéma d'une « opération intellectuelle […] [dont] [la matrice constructive [est] factuellement déterminée »[389]. L'*empirisme* boucle sur le *volontarisme* en opposant l'effectivité à la légalité formelle.

68. **L'opposition entre le droit délibéré et le droit spontané en termes de compétence. Compétence institutionnalisée et compétence anonyme.** Le caractère artificiel du normativisme volontariste qui correspond à une vision *institutionnalisée* de la société a été dénoncé par la constatation empirique du droit spontané[390]. Cependant, c'est précisément cette opposition qui permettrait de caractériser ce dernier de normativisme *anonyme*. Car à un modèle normatif qui suppose *l'institutionnalisation*[391] *de la compétence normative,* soit-elle centralisée au niveau législatif ou décentralisée au niveau juridictionnel[392], on oppose un modèle *qui rend cette compétence anonyme.* Dans les mots de Habermas, à un schéma de légitimation *par le haut* s'oppose un schéma de légitimation *par le bas*[393].

69. **Le caractère spontané du droit.** Le droit spontané serait caractérisé, selon Mme Deumier, d'un double point de vue : la spontanéité du comportement qui sert d'« acte originel »[394] et la spontanéité de son caractère normatif[395]. Une distinction est ainsi opérée entre « l'acte juridique ainsi crée [par le comportement en cause], et la règle de droit objectif virtuellement contenue dans cet acte »[396]. La spontanéité du comportement est opposée au caractère délibéré de la proposition : « *la proposition implique une idée de réflexion, de rationalité, que l'on ne retrouve pas dans le comportement* »[397]. Pour ce qui est de la spontanéité du caractère normatif, elle consisterait dans la circonstance que les

[389] A. GARGANI, *op.cit.,* p. 166. V. *supra* n[os] 26 et 55.
[390] Cette constatation empirique est néanmoins présenté en tant qu'axiome (donc de manière scientifique) hérité à travers le dicton « Ubi societas, ibi jus ».
[391] Sur ce processus v. A.-J.ARNAUD, *Critique de la raison juridique,* LGDJ, 1981, p. 323, cité par M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le système juridique…,*préc., p. 167.
[392] H. KELSEN, *Théorie pure du droit,* préc., p. 252.
[393] V. *supra* n°23.
[394] P. DEUMIER, *op.cit.,* n° 15s, p. 26.
[395] *Id.*, n° 11, p. 22.
[396] *Id.*, n° 29, p. 35.
[397] *Id.*, n° 220, p. 202.

comportements « n'étaient pas déterminés par une volonté de poser une règle »[398], contrairement au caractère délibéré de la normativité du droit posé.

70. **Déconstruction de la distinction.** L'épistémologie de la construction de la distinction entre le droit délibéré et le droit spontané appelle une déconstruction au regard du conventionnalisme scientifique.

71. **Le comportement en tant que réaction, ordonnancement.** Premièrement, l'idée du comportement en tant qu'acte non-réfléchi équivaudrait à un acte reflexe, automatique. Cependant, la découverte de la notion de « rétroaction » (*feedback*) a montré que même l'acte réflexe n'a pas lieu *ex nihilo,* il est une *ré-action à un stimulus*, ce qui implique la préexistence d'une *action*. Ainsi, le comportement qui sert d'« acte originel » est nécessairement la réaction, plus ou moins réfléchie, à au moins un acte de *connaissance*. Mais sa nature de réaction le distingue essentiellement par la qualité d'*agir, de la volonté*. Dans le langage de la coproduction, le comportement n'est pas un acte de *connaissance*, mais d'*ordonnancement* (réaction). Le caractère accidentel de l'originalité de cet acte ne lui enlève pas cette nature. L'homme s'est mis à l'abri du froid *parce que* son corps a *réagi* de manière négative au froid, et qu'il a pris *connaissance cognitive* de cette réaction organique. S'il l'a fait en utilisant des grottes, en portant des vêtements ou en construisant des maisons, dans chaque cas, ce *comportement* constitue un acte de *décision, de volonté* dont la spontanéité n'est que la vision instantanée. Celle-ci est une fiction dans la mesure ou il est procédé *comme si* la chaîne causale infinie n'existerait pas. Mme Deumier admet implicitement la prédétermination de l'« acte originel » dans la mesure où il est admis que cet acte « répond à un besoin ressenti *par son auteur* »[399]. Comme le souligne Djuvara, « les règles [de droit coutumier] sont également des règles pensées, d'abord individuellement et puis collectivement, pour pouvoir devenir des règles positivement obligatoires »[400].

72. **La normativité spontanée, conditionnée par la connaissance du comportement originel.** À son tour, le caractère spontané de la normativité

[398] *Id.*, p. 203, n°220.
[399] P. DEUMIER, *op.cit.,* n° 36, p. 39.
[400] M. DJUVARA, « La notion de droit positif », Annales de la Faculté de Droit de Bucarest, n°4 oct-dec. 1939, p. 9.

d'un acte, conduisant à un mode d'organisation sociale, est prédéterminé par un acte de *connaissance*, celui de l'acte originel. Pour qu'il soit répété et ainsi acquérir la capacité de *modèle de comportement*, l'acte originel doit être *connu, il doit être visible, public* pour ceux qui sont susceptibles de le reproduire. L'attribution de valeur normative à ce comportement est également un acte de *décision*, d'ordonnancement, même s'il est considéré comme mimétique. Le *choix* de répéter ou pas un comportement existe, il n'est pas annulé. Sauf que, dans ce cas, le « devoir être » prend à la limite la forme de la sélection naturelle, à travers l'annihilation du comportement contraire. Les hommes qui ne se sont pas mis à l'abri du froid ont certainement développé une certaine résistance, mais n'ont pas survécu au delà de certaines températures, par conséquent le mode d'ordonnancement social s'est *imposé par la nature des choses*, à travers *les choix stratégiques et anonymes des membres d'une communauté.*

73. **La sélection naturelle, contrainte du droit spontané.** Le droit spontané s'identifie, *in fine,* à la dynamique sociale qui résulte de la somme des choix individuels anonymes, et à la sélection naturelle en tant que valeur juridique. Ce « darwinisme » a été saisi en la doctrine par Hayek[401]. La normativité spontanée est tout simplement anonyme au lieu d'être institutionnalisée, et correspond à un projet totalisant sans que la distinction entre la nature et la société aient des conséquences épistémologico-normatives. Le « devoir être » *est* ce qui *est*, ou ce qui *est doit être*[402]. Cette fusion de la connaissance et de l'ordonnancement, impossible logiquement pour Kelsen[403], rend visible, paradoxalement, la contingence de tout modèle scientifique.

74. **Contingence des modèles scientifiques.** Comme l'observe Kelsen, « *si […] un corps se comporte autrement que ne le voudrait une prétendue loi naturelle, cela prouve que la science a donné de cette loi une formule inexacte* »[404]. En ce sens,

[401] V. *infra* n°132. V. aussi P. ZUMBANSEN, G.-P. CALLIESS (ed.), *Law, Economics and Evolutionary Theory*, Elgar, 2011.
[402] V. H. KELSEN, *Théorie pure du droit,* préc., p. 252 sur « la théorie existentialiste du droit [qui] n'est qu'une variante de la théorie du droit naturel, et, à l'instar de celle-ci, elle constitue une tentative vaine et sans espoir de conclure du *Sein* au *Sollen,* ce qui est une impossibilité logique ».
[403] *Ibid.*
[404] H. KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», RCADI, t. 14, 1926, spéc. p. 233.

la positivité du droit spontané s'identifie à la contingence de l'existence en tant que fait de la nature. Cependant, cette représentation en termes *scientifiques* est diachronique, car elle est postérieure à la distinction entre la nature et la société. Selon Kelsen, pour les primitifs le « *devoir être* » de ce qui *est* s'inscrivait dans un système de relations d'imputation[405] que l'homme apercevait à travers son expérience directe de la contrainte exercée par la nature-société. Une fois la maîtrise de la contrainte assumé par l'homme à travers l'institutionnalisation (*i.e.* la création des structures sociales), c'est la représentation d'un « devoir être » qui procède de l'homme qui fonde l'ordonnancement social, vue l'invisibilité de la norme fondamentale. La revendication d'une science du droit, correspond, en ce sens, au besoin de la *connaissance* de cet ordonnancement. Cependant, la contingence des modèles scientifiques ne semble pas avoir été internalisée par la théorie du droit en tant que science sociale, alors qu'un tel constat s'imposait *a fortiori* par rapport aux sciences de la nature.

75. **Le normativisme délibéré comme « acte originel » des structures de pouvoir.** Par rapport à la perception empirique du droit spontané, le normativisme délibéré reproduit le schéma d'un « acte originel » qui consiste dans la distinction entre l' « être » et le « devoir être ». Dans cette perspective, la distinction entre la nature (connaissance) et la société (ordonnancement) qui caractérise la contemporanéité, est simultanément *cause et effet* de cette distinction. Issue d'un constat empirique[406], la distinction est porteuse d'une méta-normativité à titre d'autorité scientifique : le « devoir être » *doit être* distinct de l'« être ». Contrairement à l'épistémologie du droit spontané selon laquelle la connaissance prédétermine l'ordonnancement, l'épistémologie du droit délibéré en tant qu'*ordonnancement* suppose que celui-ci prédétermine la *connaissance*, y compris de soi-même. Sa « matrice factuelle », dans le langage de Gargani[407], se retrouve dans l'exercice du pouvoir selon différentes structures sociales, jusqu'à leur institutionnalisation. Le « devoir être » *est* ce qu'il *veut* être, ou plus exactement ce que les institutions compétentes en déterminent. D'où le risque de l'arbitraire de la *volonté institutionnalisée*. **En ce sens, le**

[405] H. KELSEN, *Théorie pure du droit,* préc., p. 91.
[406] V. *supra* n°52.
[407] V. *supra* n°26.

problème de la sanction des comportements déraisonnables est commun à la normativité anonyme et à la normativité institutionnalisée.

76. **La visibilité de l'arbitraire de la volonté institutionnalisée.** Le déraisonnable de l'exercice arbitraire de la volonté par l'homme dans sa capacité institutionnelle, est transmis dans la mémoire collective et ainsi rendu public par l'histoire (e.g. absolutisme monarchique, totalitarisme etc.). Le déraisonnable anonyme, comme celui des bulles spéculatives, est beaucoup moins discuté, ce qui montre peut être qu'*in fine* ses coûts sociaux sont supportables, à moins d'en constater qu'il prédétermine le déraisonnable institutionnalisé. La condamnation historique de ce dernier a renforcé les revendications de sécurité juridique en tant que valeur du droit[408], y compris à travers son traitement actuel comme donnée *quantifiable* par les indexations[409]. Cependant, l'épistémologie qui y corresponde varie non seulement dans le temps[410], mais également selon les traditions juridiques.

77. **La sécurité juridique – une préoccupation commune pour des raisons différentes.** Pour des raisons historiques liées aux « gouvernement des juges »[411], la France attache une importance particulière à la lutte contre la casuistique et le décisionnisme. L'exigence de la prévisibilité du droit vise à éviter cet arbitraire. En ce sens, les vertus du Code civil au XIX^{e} siècle semblent avoir engendrée une « nostalgie de la perfection perdue »[412]. D'où une aversion croissante envers le contentieux, considéré comme une « pathologie dans la mise en œuvre du droit »[413]. Générateur de casuistique, le contentieux est perçu comme une atteinte au premier rang à la sécurité juridique telle qu'envisagée par

[408] Sur le caractère universel de la sécurité juridique comme valeur du droit v. Th. PIAZZON, *op.cit.* n° 69s, p. 93s.
[409] V. B. DEFFAINS, C. KESSEDJIAN (dir.), *Index of Legal Certainty*, Report for the Civil Law Initiative (Fondation pour le droit continental), May 2015.
[410] *Ibid.*
[411] R. PERROT, « Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit français », *in* R. ANDERSEN, J. LENOBLE, P. DRAI, *La crise du juge,* Story-Scientia, LGDJ, 1990, pp. 34-43, spéc. p. 31s. sur « la méfiance du législateur révolutionnaire à l'égard des juges » et le juge « conçu comme un juge de la légalité et uniquement de la légalité ».
[412] Th. PIAZZON, *op.cit.*, n° 72, p. 99.
[413] Th. PIAZZON, *op.cit.,* n° 129, p. 223 : « L'idée progresse donc selon laquelle le contentieux est une pathologie dans la mise en œuvre du droit ; le juge est certes l'interprète officiel et naturel du droit, mais il n'est pas le seul interprète, ni même l'interprète premier. ». Dans le même sens J. CARBONNIER, *Flexible droit,* préc., p. 26.

les systèmes de droits civil[414]. Un mal nécessaire, la décision du juge doit également répondre à l'impératif de prévisibilité[415], conception héritée de Kelsen. Paradoxalement, une exigence qui n'est pas considérée propre à la culture juridique civiliste[416], a acquis un caractère de principe fondamental. Pour des raisons pragmatiques, la préoccupation des juges anglais pour la sécurité juridique est plus ancienne que les codifications européennes, Lord Mansfield étant cité en ce sens :

« in all mercantile transactions the great object should be certainty. And therefore it is of more consequence that a rule should be certain than whether the rule is established one way or the other: because speculators in trade then know which ground to go upon »[417].

78. **La conceptualisation de la sécurité juridique au regard de sa priorité par rapport à d'autres valeurs.** Il est possible de retracer dans le propos susmentionné une priorité donné à la prévisibilité par rapport à d'autres valeurs du droit, y compris la justice, pour des raisons économiques. Ce conflit a été également envisagé par plusieurs auteurs des traditions de droit civil, sans qu'une réponse nette puisse émerger[418]. Cependant, les enjeux de ce conflit méritent d'êtres rappelés.

---

[414] J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique,* préc., n°7, p. 11 : « La « casuistique » des droits de *common law* n'est pas transposable, d'emblée, dans les droits dits « de droit civil », notamment en droit français, sauf a y sacrifier leur nécessaire sécurité juridique à un certain « arbitraire » du juge et à beaucoup d'aléas ».

[415] V. *supra* n°29. B. DEFFAINS, C. KESSEDJIAN (dir.), *Index of Legal Certainty*, Report for the Civil Law Initiative (Fondation pour le droit continental), May 2015, p. 9, pc. 11 : « Legal certainty is meaningless unless a neutral, impartial third party is accessible, which can guarantee independence, which has the resources to take statements from the parties in public, equitably and within reasonable time, whose decisions are intelligible, accessible and **predictable** and with the binding authority of a final judgement ».

[416] Qualifiant l'origine de la sécurité juridique comme « étrangère à notre tradition juridique », L. AZOULAI, « La valeur normative de la sécurité juridique », *in* L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008, pp. 25-42, spéc. p. 26.

[417] *Vallejo v Wheeler* (1774) 1 Cowp 143, 153 cité par Lord Mance, *Should the law be certain?,* The Oxford Shrieval lecture given in the University Church of St Mary The Virgin, Oxford on 11th October 2011, [https://www.supremecourt.uk/docs/speech_111011.pdf]

[418] Pour une synthèse en ce sens v. Th. PIAZZON, *op.cit.,* n° 75s, p. 106s.

§3. L' invisibilité de la dystopie « rationaliste »[419]

79. **« Le calculable »[420] comme dystopie du système juridique.** L'exigence de sécurité juridique vise à atténuer le problème de l'arbitraire en droit, identifié au caractère fortement politique du droit et à un « pouvoir de décision […] illimité et arbitraire »[421], qui correspondrait, à l'extrême, à un « système de justice sans législateur »[422]. Cependant, à côté de celui-ci, Perelman attire également l'attention sur une autre forme d'extrémisme juridique, moins discutée : l'utopie « rationaliste »[423]. Dénommée également le « calculable »[424], il s'agit de « l'élaboration de règles qui permettent d'éviter tout pouvoir de décision »[425], bref d'une « législation sans juges »[426].

Si l'exigence de la prévisibilité du droit s'élève comme rempart à l'arbitraire, ses limites au regard du caractère calculable du « devoir être » ont été exclues du cadre épistémologique de la normativité contemporaine.

80. **L'invisibilité des limites pour l'exigence de prévisibilité**. La qualité de « principe structurant du système juridique »[427] assure à la sécurité juridique la presqu'omniprésence en tant qu'argument dans les débats juridiques. Cependant, lorsque la *possibilité* que la sécurité juridique s'érige en « absolu juridique »[428] est rejetée, sa vocation à mobiliser un argument « par le dépassement »[429], pour plus de sécurité juridique, est renforcée, sans que la question de ses limites soit posée. En cas de conflit avec d'autres principes[430], cet avantage argumentatif le situe dans la position de se constituer (ou bien substituer) en « modèle de droit »[431].

---

[419] Ch. PERELMAN, « Ce qu'une réflexion sur le droit peut apporter au philosophe », APD 1962. 42 cité par M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le système juridique….,* préc., p. 62.
[420] *Ibid.*
[421] *Ibid.*
[422] *Ibid.*
[423] *Ibid.*
[424] *Ibid.*
[425] *Ibid.*
[426] *Ibid.*
[427] J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, « Sécurité juridique et droit économique. Propos introductifs », *in* L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008, pp. 5-21, spéc. p. 6.
[428] *Id.*, p. 27.
[429] V. *supra* n°30.
[430] L. AZOULAI, « La valeur normative de la sécurité juridique » ,préc., p. 27.
[431] *Ibid.*

En ce sens, comme l'observe Batiffol, l'exigence de sécurité juridique risque d'évoluer d'un *moyen* à un *but*, celui de « l'aspiration à un système de règles pourvu du caractère de certitude »[432], « à défaut d'accord possible sur un but plus élevé »[433].

À l'instar de Batiffol, Hart rejette sans équivoque dans la *Postface* de son ouvrage phare un idéal juridique de certitude, comme étant contraire aux autres fins du droit[434]. Cependant, ce sont les *vertus techniques* de *moyen* de la sécurité juridique qui lui assurent les prémisses pour une métamorphose dans une *fin*, sans que le phénomène soit saisi au niveau théorique.

81. **La prévisibilité, exigence de technique juridique.** La prévisibilité juridique, qu'elle soit maniée par une politique libérale ou dirigiste[435], peut se prévaloir de l'ordre qu'elle introduit en tant que vertu technique[436]. Comme le souligne Batiffol, « *le danger est, selon la formule célèbre, la préférence de l'ordre à la justice parce que celle-ci est toujours discutable et discutée* »[437]. En ce sens, il n'est pas étonnant qu'une perspective interne du droit[438] s'arrête aux avantages technocratiques de la certitude juridique, sans que les enjeux politiques dont elle devient porteuse soient débattus.

La distinction même entre « éléments politiques » et « éléments techniques »[439] est assortie d'incertitudes car, comme le remarque Dabin, « rien n'empêche de

---

[432] H. BATIFFOL, *Problèmes de base*...., préc., p. 395.
[433] *Id.,* p. 400.
[434] H. L. A. HART, *op.cit.,* pp. 251s.
[435] Sur ce double emploi v. H. BATIFFOL, *Problèmes de base*..., préc., pp. 395s.
[436] *Id.*, pp. 398s. : « le droit, émanant de la société, tend, au moins principalement, à assurer l'existence de celle-ci, c'est-a-dire les relations qui la constituent, autrement dit un ordre. Si on cherche le but spécifique du droit, il est tentant de le voir dans cet ordre qui, permettant la prévisibilité, assure la sécurité. »
[437] *Id.*, p. 399.
[438] V. *supra* n°7.
[439] Héritée de Savigny, reprise ensuite par Ihering et développée en France par Gény – v. en ce sens J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, n°33, p. 56. V. aussi F.K. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, reprint *in* H. HATTENHAUER, Thibaut und Savigny, Ihre programmatischen Schriften, 1973 (1814), p. 104s (Traduit de l'allemand par M.-E. HANDMAN), cité par M. XIFARAS, « Introduction », *in* Th. BERNS, J.-C. K. DUPONT, M. XIFARAS (dir.), *Philosophie de l'impôt*, Bruylant, 2006, pp.1-15, spéc. p. 1 note de bas de page n°3 : « nous appellerons dorénavant élément politique la liaison du droit avec l'ensemble de la vie du peuple, et élément technique la vie scientifique du droit détachée de cette dernière ». F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Sirey, 1922, n°183, p. 23 : « la technique représente […] une construction largement artificielle du donné, œuvre d'action plus que d'intelligence, où la volonté du juriste puisse se mouvoir librement, dirigé

dire, en même temps, que le droit *a* une technique et qu'il *est* une technique »[440] (c'est l'auteur qui souligne). Cette ambivalence reflète, d'une part, la nature instrumentale du droit pour la politique, et d'autre part, le rôle structurant de la théorie juridique pour le droit positif. Ce dernier volet nécessite à ce stade une déconstruction.

82. **La méta-normativité de la prévisibilité juridique**. **Le risque de sa substitution à la normativité du droit.** Lorsque la théorie juridique postule la prévisibilité comme exigence technique de la normativité, elle mobilise en ce sens sa méta-normativité en tant que *science juridique*. Le droit *devient* élaboré « en fonction d'un savoir »[441] scientifique, sur la base d'une règle « dicté[e] par le savoir théorique »[442]. En tant qu'exigence technique, la prévisibilité répond au schéma d'une norme technique, c'est-à-dire une « règle […] de procédure à suivre en vue d'obtenir un résultat que ce régime procédural *est censé* être objectivement apte à produire »[443] (c'est nous qui soulignons). En ce sens, la science juridique prescrit la prévisibilité du droit comme systématisation *qui correspond à la connaissance du devoir-être.* Cette sécurité épistémologique[444] risque cependant de substituer sa méta-normativité à la normativité de son objet, qui est le « devoir-être » qui assure la sécurité du droit en tant qu'*ordonnancement*, précédemment analysée[445].

Le risque n'est pas du tout négligeable, car il amorce un mouvement en boucle. La proposition « la normativité *doit être* prévisible » risque d'être remplacée par la dynamique de « la normativité prévisible *doit être* positive ». Les conséquences sont d'autant plus importantes lorsqu'on met en place un système complexe de délégation, comme c'est le cas en matière de normativité financière[446].

---

seulement par le but prédéterminé de l'organisation juridique, qui suggère les moyens de sa propre réalisation ».

[440] J. DABIN, *La technique...,* préc., p. 7.
[441] P. AMSELEK, *Cheminements philosophiques…,* préc., p. 212.
[442] *Id.*, p. 214.
[443] *Ibid.*
[444] V. *supra* n°25.
[445] V. *supra* n°56.
[446] V. *infra* n^{os} 340s.

Ce caractère procédural de l'exigence de prévisibilité du droit obscurcit les enjeux liés à la méta-normativité de la théorie juridique. Cependant, de la même manière que la nature désobéit à la science, la positivité de la normativité est susceptible de remettre en cause sa science, d'où la nécessité d'une analyse en termes de microdynamique juridique.

Conclusion du Chapitre

83. Le droit se distingue du fait de la même manière que la société se distingue de la nature : à travers une opération intellectuelle d'opposition, qui remplit ainsi une fonction sécuritaire de la distinction qu'elle établit. En même temps, le droit n'assure pas seulement l'ordonnancement de la société, il fournit une connaissance de celle-ci, susceptible d'un emploi stratégique. Cet emploi, qu'il s'agisse de la qualité institutionnelle ou privée du sujet de droit, peut s'avérer déraisonnable, d'où la nécessité de le sanctionner. En ce sens, on peut affirmer qu'un sujet de droit demeure raisonnable *aussi longtemps* qu'il se représente la responsabilité qui peut lui être imputée. La prévisibilité du droit *est censée* réduire le risque d'arbitraire de l'homme agissant dans sa capacité institutionnelle, mais, à l'extrême, la certitude du droit boucle sur la représentation du caractère raisonnable d'un certain comportement, créant le risque d'une rationalité du déraisonnable, bref de l'aléa moral. Le « calculable » en tant que dystopie du système juridique[447] demeure cependant largement invisible pour l'épistémologie juridique, car la prévisibilité du droit est postulée par la théorie juridique comme exigence technique. En ce sens, la science juridique met en œuvre sa méta-normativité, qui risque de se substituer à la normativité qui est la marque distinctive, et sécuritaire, de l'existence du phénomène juridique. Ce phénomène peut passer cependant inaperçu à cause de la barrière épistémologique que la conceptualisation de la sécurité juridique assure en ce sens, qui rend invisible l'éventuelle *production* de la dystopie « rationaliste » identifiée par Perelman[448].

[447] V. *supra* n°79.
[448] *Ibid.*

Chapitre II : Une microdynamique nécessaire

84. **Une approche « par le bas »[449] du système juridique.** La « possibilité de disposer techniquement des choses »[450] comme paradigme méthodologique peut être retrouvée à la fois dans la dogmatique juridique en tant que « technologie juridique »[451] ainsi que dans l'utilisation stratégique du savoir juridique par les sujets de droit. En ce sens, si le système juridique se présente comme une « ingénierie sociale » [452], le social s'empare de la normativité à travers l'« ingénierie juridique »[453]. Comme dans la théorie du jeu, « les règles conditionnent la stratégie des acteurs, mais sont en retour aussi conditionnées par celle-ci »[454]. La technique juridique, mise à la disposition des sujets de droit pour la poursuite de leurs intérêts, transforme le « donné », l'environnement dont elle est issue. A son tour, le changement social qui en résulte boucle sur le droit à travers la pression pour que celui-ci s'y adapte, y compris à travers l'exigence de sécurité juridique. Cette dynamique entre le système juridique et l'environnement social semble relever de la nature des choses, ce qui soulève la question de l'identification des mécanismes qui la sous-tendent. Cette perspective appelle une « pensée factuelle »[455], « par le bas »[456] du système juridique, en termes de points de rencontre entre le fait et le droit.

85. **La positivité du droit en tant que problème du maintien de l'opposition entre le droit et le fait**. L'homme ne vit pas dans l'instantané[457], et la positivité du droit non plus. Cette dimension temporelle pose le problème du *maintien* de la représentation d'un « devoir-être », c'est-à-dire de son opposition par rapport au fait. Kelsen avait refusé de dissocier la validité de l'effectivité, insistant sur

---

[449] V. *supra* n°23.
[450] J. HABERMAS, *op.cit.,* p. 34.
[451] P. AMSELEK, « La part de la science dans les activités des juristes », préc., p. 6.
[452] R. POUND cité par P. AMSELEK, *Cheminements philosophiques…,* préc., p. 57, v. aussi pp. 210s.
[453] Pour une analyse du phénomène v. E. CASHIN RITAINE, L. FRANCK, S. LALANI (coord.), *L'ingénierie juridique et le droit comparé,* Schulthess, 2008. Pour une illustration v. *infra* n°265.
[454] M. CROZIER, E. FRIEDBERG, *L'acteur et le système. Les contraintes de l'action collective,* Paris, Seuil, 1977, p. 212, cité par M. van de KERCHOVE, F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988, p.158.
[455] V. *supra* n°26.
[456] V. *supra* n°23.
[457] F. OST, « L'instantané ou l'institué ? L'institué ou l'instituant ? Le droit a-t-il pour vocation de durer ? » *in* F. OST, M. VAN HOECKE (dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?,* Bruylant*,* 1998, p. 10s.

l'importance de leur lien pour la théorie du droit positif[458]. Le rapport entre les deux explique qu'on tienne comme « *valables des ordres juridiques ou des normes juridiques qui sont inefficaces relativement, jusqu'à un certain point, et qu'au contraire on ne reconnaîtrait pas comme valable une prétendue norme qui serait absolument efficace, qui ne pourrait pas absolument être enfreinte* »[459], qui correspondrait à une « *réalité naturelle quelconque* »[460]. Cependant, tandis que pour Kelsen, à travers ce lien, la positivité se décline au singulier, Mme Deumier parle de « deux positivités, effectivité et validité »[461], et lorsque les deux se conjuguent, de « positivité maximale »[462]. Cette alchimie de la positivité juridique appelle une déconstruction (Section I), ainsi qu'une réinterprétation à travers la formule du raisonnement judiciaire (Section II).

Section I : L'alchimie de la positivité

86. La question de savoir si la positivité du droit se décline au singulier ou au pluriel, pour un système juridique, est centrale pour le débat sur le pluralisme juridique. A cet égard, il est important de saisir la dualité qualitative des critères pertinents : la validité, comme critère théorique et l'effectivité, comme critère empirique, qui, dans les mots de Kelsen, reproduisent « le problème du rapport entre droit et force »[463]. S'agit-il d'une schizophrénie épistémologique ? Pour Kelsen, le droit positif est censé fournir des « significations objectives » au « devoir être », contrairement aux « significations subjectives » que les sujets de droit peuvent bâtir individuellement[464]. Seulement les dernières seraient susceptibles de degrés selon cet auteur[465]. D'où la définition classique du droit objectif en tant que l'« *ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui* ***s'imposent*** *aux membres de la société* »[466] (c'est nous qui soulignons). Le réflexif employé occulte cependant le processus sous-jacent à la positivité : les normes juridiques *s'imposent* tantôt à l'esprit, tantôt aux comportements effectivement adoptés, parce *qu'elles sont imposées.* De la

[458] H. KELSEN, *Théorie pure du droit,* préc., p. 211s.
[459] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 216.
[460] *Ibid.*
[461] P. DEUMIER, *op.cit.,* n°384, p. 381.
[462] *Ibid.*
[463] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 217.
[464] *Id.*., p. 11.
[465] *Id.*, p. 28s.
[466] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « droit », 1er sens.

même manière que la sanction n'est pas reconnue comme critère unique de la positivité, l'autorité épistémologique d'une rationalité intrinsèque à la norme *ne devrait pas* non plus l'être[467]. Sinon le chemin vers l'absolutisme juridique serait ouvert, et le droit positif n'aurait plus besoin de changement. En revanche, l'importance ***égale*** de la rationalité ainsi que du caractère contraignant de la norme pour la positivité du droit nécessite un intérêt égal pour la *connaissance* de la dynamique sociale (§1), et pour la primauté du droit s'agissant de son *ordonnancement* (§2).

§1. La transparence des revendications normatives

87. **L'invisibilité de la dynamique sociale.** La dynamique sociale résultant des choix individuels sur la base de la représentation du « devoir être » n'est ni *nécessairement* ni *automatiquement* transparente pour le système juridique. En l'absence des règles de publicité ou du formalisme requis pour certaines opérations (publicité foncière, célébration du mariage etc.), les rapports privés demeurent privés (aspect protégé également juridiquement). Le domaine contractuel est concerné au premier rang par cet aspect, qui ne semble pas avoir acquis une pertinence théorique. En ce sens, la sécurité juridique assurée par le formalisme du droit romain[468] résidait également dans le caractère public – c'est-à-dire *visible* – des rapports de droit privé. Dans le droit contemporain, cette transparence ne va pas de soi, d'autant plus lorsque les rapports portent sur l'immatériel, comme en matière financière. Pour cette raison, il nous paraît que les diverses revendications normatives procèdent *comme si une certaine connaissance* de la dynamique sociale s'*imposerait* objectivement, prémisse exploitée par la science économique[469].

88. **« L'ouverture cognitive »[470] du système juridique.** Niklas Luhmann observait que « par la programmation, [le système juridique] se rend lui-même dépendant

[467] Sur la capacité de l'individu d'élaborer des « prévisions ante-normatives » et « d'apprécier le caractère raisonnable d'une autre règle du même type qu'on lui présenterait » v. B. REMY, « Des notions de prévisibilité en matière de conflit de lois. Qui de l'œuf ? Qui de la poule ? », *in Mélanges Mayer,* pp. 791-804, spéc. p. 797.
[468] Th. PIAZZON, *op.cit.,* n° 70, p. 95.
[469] Sur cette lecture du « marché » v. *infra* n^{os} 126s.
[470] N. LUHMANN, « L'unité du système juridique », préc., p. 173.

des faits »[471], ce qui constitue son « ouverture cognitive »[472]. Cette dernière permet la flexibilité du droit, au sens où il « peut aussi changer son programme si la pression des faits l'impose »[473]. Pour certains auteurs, il s'agit des « perturbations » [474] générées par l'environnement, « que le système [juridique] absorbe et digère grâce à son auto-organisation »[475]. Cette caractérisation d'anomalie apparente, d'une sorte de concession nécessaire, contribue en revanche à occulter un statut salutaire : le « besoin » [476] que le droit a du fait, « de situations concrètes pour prendre sens »[477]. Car ce sont précisément les cas concrets qui constituent la prémisse de la positivité du droit, « la garantie de sa perpétuation »[478] : le « devoir être » a besoin de l'« être » pour qu'il puisse s'affirmer à travers l'opposition qui s'établit[479]. De ce fait, l'« être » qui se présente comme une *revendication normative doit* concerner au premier rang le système juridique.

89. **Les pratiques en tant que revendications normatives.** Si un système juridique est censé assurer l'objectivation d'une norme, l'environnement social a aussi la vocation de le concurrencer dans ce processus, à travers les pratiques qu'il accueille et perpétue. M. Terré rappelle que « *les pratiques se manifestent comme du fait, mais du fait qui est propre au droit et qui tente volontiers de le devenir (…) alors l'important n'est plus de distinguer le fait et le droit. Il est plutôt là où on se demande ce qui fait que le fait passe dans le droit, qu'il devient du droit, avec l'aide fréquente du juge, du législateur ou de l'autorité administrative* »[480]. Dans cette perspective, les pratiques en tant que représentations[481] des normes juridiques, se caractérisent essentiellement par leur **vocation d'accéder à l'objectivité.** En ce sens, contrairement à une vue

[471] *Ibid.*
[472] *Ibid.*
[473] *Ibid.*
[474] M.van de KERCHOVE, F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988, p. 152.
[475] *Ibid.*
[476] C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, préc., n°98, p. 66,.
[477] *Ibid.*
[478] J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », préc., p. 26.
[479] Sur l'importance de l'*autre* pour la survie de *soi* v. P. LEGRAND, « The same and the different », préc., spéc. p. 245: « how, ultimately, could the self exist if the other were reconcilable with it? ».
[480] F. TERRÉ, « Présentation », LPA 2003, n° 237, pp. 44-45, spéc. p. 45.
[481] Sur l'importance de la prise de conscience du phénomène de « représentation » v. M. L. MATHIEU, *Les représentations*…., préc., pp. 276s.

répandue[482], peu importe que le comportement « originel » ait été désintéressé quant à sa généralisation. La *prétention*, la *revendication* d'une objectivité existe y compris dans le cas d'une figure contractuelle[483], qui accède à l'opposabilité de la situation ainsi crée[484] par l'absence de sa contestation. Ainsi, les représentations issues des sources qualifiées d'informelles[485], d'« infra-droit »[486], de « droit vulgaire »[487], de « discours du droit »[488], peuvent accéder à un certain *degré d'objectivation du « devoir être »* du simple fait de leur tolérance. Ce processus est favorisé par le temps, qui le rend légitime, y compris à travers les sources du droit qui agissent en ce sens *en tant que récepteurs du milieu social*. À travers cette réception le système juridique reconnaît la concurrence que l'environnement social lui fait en ce qui concerne l'objectivation du « devoir être ». Kelsen avait identifié cette concurrence dans la « désuétude […] [comme] coutume négative, dont la fonction essentielle consiste à annuler la validité d'une norme existante »[489]. D'où l'importance de la visibilité des revendications normatives par le système juridique.

90. **Le nécessaire maintien de l' « ouverture cognitive ».** Lorsque M. Chevallier affirme que « la dynamique juridique ne résulte pas de processus purement internes à l'ordre juridique, mais bien de *la tension dialectique entre le droit et le fait* »[490], cette tension semble relever de la nature des choses, *comme si* la « dynamique sociale […] continue à peser sur [l'ordre juridique] tout au long de son existence »[491]. Si plusieurs auteurs l'ont saisie[492], en ce qui nous concerne

[482] P. DEUMIER, *op.cit.,* n°29, p. 35.
[483] D'autant plus s'agissant des contrats-type, qui caractérisent les contrats financiers. V. *infra* n^{os} 316s.
[484] Sur l'opposabilité du contrat aux tiers v. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit des obligations,* 10^{e} éd, Dalloz, 2009, p. 505s, n°490s. V. aussi Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse, Paris II, 1977.
[485] V. D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse Paris II, 1992.
[486] A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, préc., p. 26 cité par M. van de KERCHOVE, F. OST, *Le système juridique…,* préc., p. 167.
[487] J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 1972, p. 159, cité par M. van de KERCHOVE, F. OST, *Le système juridique…,* préc., p. 166.
[488] R. LIBCHABER, *op.cit.*, p. 423s., n°311s.
[489] H. KELSEN, *Théorie pure du droit,* préc., p. 216.
[490] J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », préc., p. 21.
[491] *Id.*, p. 19.
[492] F. OST F., M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 98 : « Si certains auteurs comme Troper ont été tentés, [...] d'en conclure à l'« inversion » pure et simple du principe

l'élément essentiel réside dans le *maintien* de cette dialectique par le système juridique lui-même. Car bien que saisissable empiriquement, cette tension n'est pas en revanche automatique, **elle est maintenue par le système juridique, à titre de contact à l'environnement social, afin d'empêcher sa « paralysie »[493], sa clôture.** Lorsque les systèmes juridiques contemporains confèrent au consensualisme un rôle non négligeable, c'est la sollicitation effective du système juridique qui demeure le principal mécanisme de la *connaissance* de la dynamique sociale[494]. Cette sollicitation peut prendre la forme macrojuridique d'une modification législative, ou la forme microjuridique du litige.

91. **La fonction salutaire du contentieux.** Contrairement à la perspective « pathologique » du contentieux[495], le maintien de l'« ouverture cognitive » du système juridique à travers les mécanismes juridictionnels mis en place est assimilable à la formule de « la fonction [qui] crée l'organe »[496] pour les systèmes biologiques. Pour saisir les enjeux du contentieux, le modèle médical est important à deux niveaux. Premièrement, selon une approche qui peut être qualifiée de préventive, Batiffol souligne le risque de paralysie du service juridique si le recours au juge était envisagé comme une « annexe nécessaire de la norme elle-même »[497]. Deuxièmement, comme l'observe M. Simon « d'une part, la maladie fait partie de la vie, et […] d'autre part, le droit « pathologique » constitue le meilleur révélateur du droit « normal » comme la découverte des mécanismes physiologiques passe par l'étude de la maladie »[498].

Par conséquent, l'absence de contentieux, donc de symptôme, ne devrait pas être nécessairement rassurante, car cette circonstance peut être qu'un faux-semblant.

---

hiérarchique, il semble plus réaliste d'y voir un phénomène de « tension dialectique » entre contrainte et liberté, subordination et autonomie [F. OST, M. van de KERCHOVE, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, 1992, p.165] ou, selon l'expression d'autres auteurs, « une relation dynamique qui n'est pas à sens unique» [F. RIGAUX, *La loi des juges,* Odile Jacob, 1997, p.246], une « co-détermination du sens de la norme par son destinataire » [G. TIMSIT, *L'archipel de la norme*, PUF, 1997, p. 6] ».

[493] J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », préc., p. 21.

[494] Sur la fonction de transparence sociale qu'assure le contentieux v. J. BRAITHWAITE, « OTC derivatives, the courts and regulatory reform », préc.

[495] Th. PIAZZON, *op.cit.,* n° 129, p. 223. V. aussi *supra* n°77.

[496] La paternité de l'expression est attribuée à Lamarck.

[497] H. BATIFFOL, *Problèmes de base...,* préc., p. 412.

[498] D. SIMON, *L'interprétation judiciaire…,* préc., p. 68.

Le non-recours aux mécanismes juridictionnels de résolution de conflits n'équivaut pas *nécessairement* ni, d'une part, à l'absence de conflits, ni, d'autre part, à l'effectivité ou au caractère raisonnable du droit écrit. En revanche, *la durée* de cette circonstance fait proliférer d'autres espaces d'objectivation du « devoir être ». L'espace aménagé en ce sens par le système juridique risque par conséquent d'être remplacé par un espace de négociation *ad hoc et opaque* de la représentation de la norme. La « zone d'échange entre le droit et le « presque droit » »[499] risque de ne plus être maîtrisée par le système juridique. Diverses revendications normatives s'installent en tant que positivités ponctuelles, en fonction d'un calcul de rentabilité quant au risque lié à l'engagement de la responsabilité, témoignant de la *présence invisible* de la dystopie « rationaliste »[500] : *q.e.d.*

92. **Le rôle sécuritaire du contentieux.** Paradoxalement, sauf pour les manœuvres dilatoires, la condition pour que le système juridique soit sollicité réside dans *le doute* quant à la portée du « devoir être » dans une situation nouvelle. Il faut donc que le « calculable »[501] soit exclu, il faut que le système juridique ne fournisse pas, au lieu d'une sécurité juridique pour *tous*, une *assurance* pour *certains*, quant à l'appréhension de la situation en cause. Sinon, l'affaire et les pratiques qui y correspondent risquent de passer inaperçues par le système juridique, immunisées au regard d'un débat contradictoire devant le juge. L'utilité d'un degré d'incertitude quant à la représentation de la norme avait été également saisie par Hart, dans la possibilité de prendre une *décision éclairée et rationnelle* au moment où l'espèce et les enjeux quant à sa résolution *deviennent connus*[502] (c'est nous qui soulignons). Dans le langage de la coproduction[503], le contentieux assure au niveau microjuridique, d'une part, une fonction de *connaissance* des revendications normatives, et, d'autre part, leur

[499] M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le système juridique…..,* préc., p. 166.
[500] V. *supra* n^{os} 79s.
[501] *Ibid.*
[502] H. L. A. HART, *op.cit.,* p. 251s. : « A margin of uncertainty should be tolerated, and indeed welcomed in the case of many legal rules, so that an informed decision can be made when the composition of an unforeseen case is known and the issues at stake in its decision can be identified and so rationally settled ».
[503] V. *supra* n°18.

ordonnancement, à travers l'assignation d'un contenu précis et circonstancié à la positivité du droit.

§2. La certitude du droit (im)posé, prémisse de sa primauté

93. **La régulation de la positivité juridique par la fonction juridictionnelle.** Comme l'observe un auteur, pour qu'il y ait du droit positif, « il *doit être* positivé »[504]. L'essence du phénomène juridique réside dans sa nature *d'ordonnancement,* que l'on peut retrouver sous la plume de M. Legrand : « *law is performance (whether voluntary or involuntary) – not a „being", but a „doing"*) »[505]. En tant que produit de la société qui *décide* de se distinguer de la nature, le droit emprunte le caractère volontariste de la décision, ce qui permet de rejoindre Villey dans l'observation selon laquelle « le berceau du droit est le *procès* […] une controverse »[506]. Comme nous l'avons précédemment souligné, le droit a besoin de cette controverse, parce que c'est à travers son opposition à l'« être » qu'il s'affirme[507], d'où son acception positive en tant qu'un ordre de contrainte[508]. Bien qu'un système juridique vise, y compris à travers l'exigence de sécurité juridique, de réduire les litiges et par conséquent la controverse qui sous-tend les conflits sociaux, son élimination se révèle comme un idéal utopique dont il faut se méfier[509]. En ce sens, la contribution de la fonction juridictionnelle à l'affirmation de la positivité juridique à travers la contrainte demeure essentielle. Au-delà de la fonction « la plus immédiate et la plus apparente »[510] du juge qui est celle de trancher un litige, il a une autre d'importance au moins égale : l'élaboration du droit, à travers sa « concrétisation »[511]. Ainsi, en *imposant* le droit lors de la résolution du litige, le juge participe à l'objectivation de la représentation du « devoir être ». Il s'ensuit que même si le dispositif d'une décision judiciaire a un effet relatif, le contentieux, à condition d'être *public*, génère un effet normatif général *de facto*,

---

[504] E. MAULIN sous « Positivisme » *in Dictionnaire de la culture juridique,* préc., p. 1174.
[505] P. LEGRAND, « The same and the different », préc., p. 250.
[506] M. VILLEY, « De la dialectique comme art de dialogue et sur ses relations au droit », *in* M. VILLEY, *La Nature et la Loi…,* préc., pp. 11-27, spéc. p. 22.
[507] V. *supra* n°56.
[508] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 41s.
[509] V. *supra* n^{os} 79s.
[510] P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », RCADI, tome 327, 2007, n° 10, p. 29.
[511] *Ibid.*

à travers les représentations concrètes du « devoir être » qui a été sanctionné[512]. De ce fait, la fonction juridictionnelle assure, entre les reformes législatives, une *fréquence* de la positivité susceptible de s'opposer à la formation d'une coutume négative[513], ainsi que le contrôle substantiel nécessaire[514] par rapport aux habilitations[515] mises en place.

Le fait de placer la décision judiciaire, selon certains auteurs, « à l'échelon inférieur de la pyramide des normes »[516], voire en dehors, ne préjuge pas la vocation régulatrice de la fonction juridictionnelle pour la positivité de la normativité[517].

Par ailleurs, l'importance de la nature de *décision*, d'*ordonnancement*, ressort de la théorie d'Ago, qui voit l'ordre juridique en tant que « système de jugements », plus ou moins individualisés, selon qu'il s'agisse des règles (« jugements généraux ») ou des décisions (« jugements particuliers »)[518]. A son tour, Batiffol voit dans décision judiciaire « l'acte spécifique de la vie du droit »[519]. Niklas Luhmann rend compte de la boucle entre les règles et les décisions de la manière suivante : « les lois ont valeur de règles normatives uniquement parce qu'il est prévu qu'elles soient appliquées dans les jugements, de la même façon que ces jugements peuvent régler normativement des situations uniquement parce que cela est prévu par les lois »[520].

94. **L'invisibilité du juge dans les systèmes de droit civil.** Cette dimension institutionnelle de la contrainte développée par Santi Romano[521], semble avoir

[512] Sur le rôle épistémologique de la jurisprudence v. C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, préc., n° 218, p. 124.
[513] V. *supra* n°89.
[514] V. *infra* n°97.
[515] Sur le concept de « norme d'habilitation » v. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation,* Dalloz, 2006.
[516] F. OST, M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 97.
[517] P. MAYER, « Le phénomène de la coordination…», n°10, p. 30 : « Si l'on cherche à décrire le droit tel qu'il s'inscrit dans la réalité, et non de façon théorique, la règle ne doit pas être identifiée à ce qu'a énoncé, même clairement, l'autorité officiellement compétente, **mais à ce qui s'impose effectivement aux membres de la société**, et cela dépend en dernière analyse des juges, non du législateur » (c'est nous qui soulignons).
[518] R. AGO, « Le délit international », RCADI, t. 68, 1939, p. 424s., note de bas de page n°2.
[519] H. BATIFFOL, *Problèmes de base...*, p. 416.
[520] N. LUHMANN, « L'unité du système juridique », préc., p. 174.
[521] S. ROMANO, *L'ordre juridique*, 2e éd., Dalloz, 1975, réimpression 2002, p. 19 : « le droit, avant d'être norme, avant d'avoir trait à un ou plusieurs rapports sociaux, est organisation,

été occultée *intentionnellement* par la théorie kelsennienne[522]. Comme l'observe un auteur, « *Contre toute évidence, Kelsen s'ingéniera à faire disparaître le magistrat de la pensée fonctionnelle. Aussi le juge devient-il insituable, voire invisible, alors même que son rôle est de plus en plus central […] parce que dans un ordre juridique tout entier centré autour de l'idée de hiérarchie des normes, c'est en réalité sur le juge que tout repose* »[523]. Le paradoxe s'explique sans doute par des éléments de culture juridique liés à l'utilisation stratégique de la prise de conscience du pouvoir du juge, qui dépassent l'objet de notre analyse, mais qui sont néanmoins susceptibles de rentrer dans le débat au regard de la gestion normative de l'aléa moral.

95. **Le risque d'une extension sans fin d'une conception pluraliste de la positivité.** Si le pluralisme des revendications normatives assure la prémisse de la controverse qui permet à la positivité juridique de s'affirmer, ce pluralisme peut également devenir source d'insécurité si son extension n'est pas gérée d'une manière responsable. Cette insécurité est de nature épistémologique, et de ce fait aussi grave que le risque d'arbitraire, car dans les deux cas la représentation de l'imputation est menacé de disparaître. Comme nous l'avons souligné, lorsque la compétence d'*(im)poser* le « devoir être » est réduite à une seule volonté, aucune donnée anthropologique ne garantit son exercice raisonnable[524]. En revanche, si elle est déléguée *à tous*, il résulte une justice auto-administrée *instituée* qui relègue la société à une *nature artificielle* incompatible avec la perspective créatrice d'une *raison naturelle*. Le « devoir être » serait anéanti à travers son identification à l'être, sans que l'« être » puisse être capable de générer un *autre* « devoir être ». En ce sens, la certitude de la positivité à travers le droit imposé, est, pour la société de la connaissance, le principe régulateur du caractère raisonnable des comportements. Car c'est la représentation de l'imputation par les sujets de droit, qu'il s'agisse de leur

---

structure, attitude de la société même dans laquelle il est en vigueur et qui par lui s'érige en unité, en un être existant en soi-même ».

[522] De la même manière, peut être, le site officiel de la Cour Constitutionnelle autrichienne ne mentionne Kelsen qu'en tant qu'un de ses premiers membres, en occultant son rôle promoteur en ce sens. [https://www.vfgh.gv.at/verfassungsgerichtshof/geschichte/history_overview.en.html]

[523] Ph. LAUVAUX, C.-M. PIMENTEL, sous « Fonctions juridiques de l'État » *in Dictionnaire de la culture juridique*, préc.

[524] V. *supra* n°76

qualité privée ou institutionnelle, qui tient à l'abri la rationalité humaine de l'aléa moral, de la rationalité du déraisonnable[525]. D'où la nécessité d'une approche récursive, en boucle, de la positivité du droit.

96. **L'extrême d'une « clôture normative » de l' « ouverture cognitive »[526].** Selon Niklas Luhmann, la « clôture normative » du système juridique réside dans « le fait que seul ce système peut conférer un caractère juridiquement normatif à ses éléments et par là les constituer comme éléments ». En tant que mécanisme d'autonomisation, son fonctionnement met également en évidence le processus par lequel un système juridique procède à l' « annexion de l'environnement »[527]. Cependant, *en théorie* la « clôture normative » ne peut jamais clôturer l'« ouverture cognitive », par l'annexion *totale et définitive* de l'environnement, car elle perdrait, de ce fait, sa raison d'être : l'autonomisation du système juridique. Lorsque la théorie positiviste du droit réduit le phénomène juridique à un « ordre d'habilitations »[528], le problème des limites quant à la positivité *simultanée* des revendications normatives diverses se pose.

97. **Fonction juridictionnelle et sécurité collective selon Kelsen. La cristallisation d'une dimension substantielle du « devoir être ».** Kelsen avait observé empiriquement, dans l'évolution des systèmes juridiques, la tendance vers la monopolisation de la contrainte par une collectivité juridique (qui s'articule ainsi en tant que telle), et son exercice par voie d'habilitation[529]. Il attribue ce processus au concept de « sécurité collective »[530] en tant que fonction de l'ordre juridique[531]. Dans un sens étroit, cette « sécurité collective » n'existe « *que lorsque le monopole de la contrainte pour la collectivité juridique a atteint un degré minimum de centralisation, en sorte que l'« auto-justice » soit exclue, au moins en principe […] [ce monopole étant] délégué à un organe spécialisé, à un tribunal indépendant* » [532]. Il s'ensuit qu'il existe des « degrés

[525] V. *supra* n°65.
[526] N. LUHMANN, « L'unité du système juridique », préc., p. 173. V. aussi *supra* n°88.
[527] M. van de KERCHOVE, F. OST, *Le système juridique...*, préc., p.32.
[528] E. MAULIN sous « Positivisme » *in Dictionnaire de la culture juridique,* préc., p. 1175.
[529] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 45.
[530] *Ibid.*
[531] H. KELSEN, *Collective Security under International Law,* U.S. Naval War College, International Law Studies, The Lawbook Exchange, Ltd, 2001, p. 10.
[532] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 45.

différents de sécurité collective »[533], le maximum étant atteint « *lorsque l'ordre juridique institue à cet effet des* ***tribunaux à compétence obligatoire*** *et* ***des organes exécutifs centraux*** »[534] (c'est nous qui soulignons). En même temps, dans un sens large, Kelsen admet l'existence du « degré le plus bas de sécurité collective »[535] y compris lorsqu'il y a une décentralisation du monopole de la contrainte, à la ***double condition*** que « l'ordre juridique détermine les conditions sous lesquelles **et** les individus par lesquels pourra être exercée la contrainte »[536] (c'est nous qui soulignons). Bien que liminaire, la remarque fait ressortir l'insuffisance du critère purement formel de l'habilitation pour l'existence de la sécurité collective, qui est censé protéger l'individu de l'arbitraire. Le « devoir être » *ne peut pas* se limiter à une habilitation en blanc, car dans ce cas il rejoindrait tout simplement la contingence de l'« être » en tant qu'arbitraire de tous ou d'un.

98. **Le lien consubstantiel entre sécurité collective et sécurité individuelle. Sécurité (liberté) et *Rule of Law*.** La notion de sécurité collective forgée par Kelsen se réfère à la sécurité physique de l'individu contre l'usage de la force qui n'a pas le caractère d'une sanction[537]. Ce qui la caractérise n'est pas un attribut quantitatif, d'agrégation, qui l'opposerait à la sécurité individuelle, mais une dimension qualitative d'être *la condition existentielle* de la sécurité individuelle : « *since security can be only collective, collective security is a pleonastic term* »[538]. Par conséquent, pour Kelsen, cette notion de sécurité est à la fois individuelle (pour chacun) et collective (pour tous), ce qui signifie que la sécurité individuelle qui exclurait la sécurité collective, de même que la sécurité collective qui exclurait la sécurité individuelle, *ne serait qu'une apparente sécurité*. En ce sens, **la sécurité kelsenienne peut être qualifiée de sécurité coproduite par une dimension individuelle et une dimension collective** (sécurité individuelle < > collective). Donnée ontologique pour l'ordre

[533] *Ibid.*
[534] *Ibid.* Kelsen ajoute « qui disposent des moyens de contrainte nécessaires dans une mesure telle que normalement toute résistance est vaine. Ceci est le cas dans l'Etat moderne, qui représente un ordre juridique extrêmement centralisé ».
[535] *Ibid.*
[536] *Ibid.*
[537] H. KELSEN, *Collective Security under International Law*, préc., p. 6.
[538] *Id.*, p. 3s.

juridique[539], sa double conditionnalité susmentionnée illustre l'impossibilité logique de réduire l'ordre juridique à un « ordre d'habilitations », sans des contraintes d'ordre substantiel pour le « devoir être »[540], que l'on trouve, dans leur minimum, dans les garanties procédurales. À ce titre, Kelsen distingue le concept de sécurité collective de celui de sécurité juridique compris comme synonyme de la *Rule of Law*[541]. Cependant, il est possible de retracer le lien entre les deux notions à travers les deux volets de la *Rule of Law* : la prééminence du droit, d'une part, et l'accès au juge, d'autre part[542]. La sécurité (individuelle < > collective) est une sécurité *établie par le droit*[543], et se définit par la centralisation de la contrainte à travers la fonction juridictionnelle[544]. Cet accès au juge assure la certitude du fait que *le droit sera imposé*, c'est-à-dire que l'imputabilité sera établie conformément à des garanties, ce qui est la prémisse pour la *liberté sous la loi* identifiable chez Kelsen[545] qui rejoint l'idée de sécurité individuelle < > collective au sens matériel[546].

99. **L'accès au juge comme « accès à la justice ».** En tant que critère de l'État de droit (*Rule of Law*), c'est un « accès à la justice »[547], à la « protection juridictionnelle »[548] qui est envisagé à travers l'accès au juge. Le juge auquel l'accès doit être garanti n'est pas n'importe quel juge, mais une juridiction dotée de garanties procédurales, comme le montrent la formulation de l'article 6 de la Convention EDH et celle de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En ce sens, autre que les garanties d'indépendance et d'impartialité, il faut souligner l'importance du caractère contradictoire de la procédure, qui permet l'articulation des revendications normatives. De plus, la publicité a une égale importance, car elle assure la diffusion sociale de la

[539] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 54s.
[540] V. *supra* n^{os} 56 et 97.
[541] H. KELSEN, *Collective Security under International Law*, préc., p. 9, note 3.
[542] Sur ce deuxième volet de la *Rule of Law* théorisé par Dicey v. É. ZOLLER sous «*Rule of law* » *in Dictionnaire de la culture juridique,* préc., pp. 1379s.
[543] H. KELSEN, *Collective Security under International Law,* préc., p. 3 : « collective security is [...] a security established by law ».
[544] V. *supra* n°97.
[545] V. *supra* n°58.
[546] V. *supra* n°98.
[547] Liste des critères de l'Etat de droit adoptée par la Commission de Venise à sa 106^{e} session plénière (Venise, 11-12 mars 2016), CDL-AD(2016)007, spéc. p. 20s.
[548] D. SIMON sous « Droit communautaire » *in Dictionnaire de la culture juridique,* préc., p. 451.

positivité ainsi créée. Le problème de l'office du juge est à son tour lié à la fois à son indépendance ainsi qu'à la primauté du droit dans l'exercice de sa mission[549]. Au regard de ces éléments, la positivité juridique ne peut, en dernier lieu, se débarrasser de la notion de justice, comme l'avait envisagé Batiffol en lui assignant la primauté en tant que finalité[550].

100. **Une conception de la justice factuellement déterminée[551] chez Batiffol : le bien commun de *chacun*.** Batiffol souligne le nécessaire caractère dynamique de la justice par rapport à l'aléa moral qu'une notion figée pourrait engendrer : d'une part, il s'agit de préserver la diligence individuelle, d'autre part, il s'agit de responsabiliser les acteurs[552]. En ce sens, l'auteur octroie une pertinence épistémologique au « *contexte social [qui] joue un rôle majeur : il s'agit bien de réaliser la justice, mais celle-ci ne se détermine qu'en fonction du rôle qui veut être attribué à la vie en commun dans la société considérée* »[553]. L'affirmation appelle plusieurs précisions. La dimension factuelle envisagée excède « la considération de la relation prise comme telle et en elle-même »[554]. La conception du « bien commun » élaborée par Batiffol est qualitative, car « la vie sociale n'est pas un but en soi »[555]. De la même manière que la conception de la sécurité individuelle < > collective de Kelsen, la notion de bien commun de Batiffol est pléonastique car elle équivaut au bien individuel de *chacun* au lieu de s'y opposer[556]. En ce sens, Batiffol rejette à la fois l'idée d'un bien commun qui n'inclut qu'une certaine partie des membres de la société[557], mais également la dissolution de l'individu « sous prétexte de son bien »[558]. C'est « la recherche d'un équilibre » [559] entre la justice et la sécurité-prévisibilité que l'auteur

[549] Cette perspective soulève le problème de la primauté épistémologique du contrat parmi les sources du droit du commerce international. V. *infra* n[os] 259 et 309.
[550] H. BATIFFOL, *Problèmes de base...*, préc., p. 401.
[551] V. *supra* n°26.
[552] H. BATIFFOL, *Problèmes de base...*, préc., p. 412s.
[553] *Id.* p. 413.
[554] *Id.*, p. 423.
[555] *Id.*, p. 432.
[556] *Ibid.*
[557] *Ibid.*
[558] *Id.,* p. 441.
[559] Th. PIAZZON, *op.cit.,* n° 76, p. 111, résumant ainsi la position de Batiffol : « Loin de privilégier en théorie la sécurité ou la justice, Batiffol explique finalement que le but véritable du droit est la synthèse des deux à travers la notion de bien commun. Le bien commun consiste à faciliter le développement d'une vie cohérente en société (sécurité), tout en assurant le respect dû à la personne humaine (justice). Pour Batiffol, le bien commun n'est pas un simple sentiment,

privilégie, à travers une approche *contextuelle,* donc, dans les mots de Gargani, « factuellement déterminée et comme telle révocable »[560]. Cependant, *quid* des modalités d'évaluation des résultats attendus de cet équilibre et des outils pour y arriver?

Section II : La formule du raisonnement judiciaire

101. L'accès au juge assorti de garanties procédurales assure la prééminence du droit dans la régulation de la dynamique sociale. Le processus permet à la fois la formation de plusieurs revendications normatives[561], et leur réduction à travers la positivation du « devoir être ». L'interdiction du déni de justice ainsi que l'obligation de motivation des décisions oblige les juges à employer et à décrire un raisonnement qui s'articule, pour les systèmes de droit civil, entre la généralité de la norme et la factualité de l'espèce. Du point de vue théorique, le but de ce mécanisme à finalité communicationnelle est d'assurer la cohérence logique du système juridique. Néanmoins, du point de vue pratique, « le but de tout raisonnement juridique est de trouver la solution d'un conflit humain »[562], susceptible de se reproduire. Cette dualité fonctionnelle est au cœur de la problématique de l'interprétation juridique, qui *devrait* se situer à la fois sur le terrain de la *représentation* (théorique), de la norme, ainsi que sur le terrain du *réel* (pratique), de la dynamique sociale.

D'une part, les difficultés surgissent notamment en cas de silence de la loi, car, comme le remarque Perelman, « la législation, l'usage et la jurisprudence ne fournissent pas de *directive* unique au juge » [563] (c'est nous qui soulignons). Il s'agit d'un problème d'*ordonnancement* valable à la fois pour les systèmes juridiques de droit civil, privilégiant une approche formelle, et pour les systèmes de droit anglo-américain, privilégiant une approche analytique. En même temps, le problème se situe également sur le terrain du mode de *connaissance* de la

---

mais une notion objective qui vise « la recherche d'un équilibre », d'une articulation entre les deux exigences contradictoires de justice et de sécurité ».

[560] A. GARGANI*, Le savoir sans fondements*, préc., p. 166. V. *supra* n°26.

[561] V. *supra* n°89.

[562] P. NÉGULESCO, « Principes du droit international administratif », RCADI 1935-I, t. 51, p. 579. spéc. p. 614.

[563] Ch. PERELMAN, « Le problème des lacunes en droit, essai de synthèse », *in* Ch. PERELMAN (dir.), *Le problème des lacunes en droit,* Bruylant, 1968, pp. 537-552, spéc. p. 543.

nature et de la société, qui mettent en jeu une « structure du réel »[564] susceptible d'être fournie par plusieurs sciences.

La formule du raisonnement judiciaire se présente par conséquent comme un processus dialectique entre les possibilités fournies déductivement par le syllogisme (§1), et la ré(tro)action des arguments pragmatiques, à effet éliminatoire (§2).

§1. Les possibilités issues de la déduction

102. **Le syllogisme.** Lorsqu'un litige survient, le juge, sous peine de déni de justice, doit appréhender juridiquement l'affaire et statuer en termes d'imputation et de responsabilité. Dans les systèmes de droit civil, il le fera à travers « *le seul modèle disponible pour apprécier le comportement individuel : la règle de droit, qui n'a pas été suivie* »[565]. L'obligation de fonder la solution sur une *source de droit*, susceptible d'être connue par les parties, a la vocation de responsabiliser le juge en tant qu'organe compétent au sein du système juridique. Comme l'affirme Demogue, « pour sauvegarder la sécurité des relations juridiques, on admet la routine de l'interprétation déductive »[566]. Ce « rituel épistémologique »[567] se reproduit selon le schéma d'« *un syllogisme, selon lequel, si les faits considérés correspondent à une situation visée par une règle de droit, ils doivent automatiquement être soumis à celle-ci* »[568]. Le raisonnement déductif, à partir de la textualité de la règle de droit qui constitue la majeure du syllogisme, est par conséquent censé protéger les parties concernés par la situation de fait, qui constitue la mineure du syllogisme, à l'encontre de l'arbitraire du juge. Cependant, le prétendu caractère automatique du raisonnement soulève le problème de la raison d'être du mécanisme juridictionnel : si la solution du juge avait été prévisible à 100%, les parties n'auraient plus aucun intérêt à porter leur litige devant le juge (sauf si elles ne

[564] C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc., p. 351s. s'agissant des « arguments basés sur la structure du réel ».
[565] R. LIBCHABER, *L'ordre juridique...*, préc., n° 124, p. 158 : « Quand il se trouve saisi d'un trouble social, le juge en examine la réalité pour le faire cesser et en déterminer les conséquences. Il s'aide alors du seul modèle disponible pour apprécier le comportement individuel : la règle de droit, qui n'a pas été suivie. »
[566] R. DEMOGUE, *op.cit.,* p. 66.
[567] V. *supra* n°25.
[568] J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique,* préc., n° 84, p. 148.

seraient pas réellement intéressées par une solution au fond – e.g. en cas de manœuvres dilatoires).

L'obligation d'identifier la majeure du syllogisme (*i.e.* la règle de droit applicable) oblige à la transparence de la motivation et permet le contrôle en droit de la décision qui sera rendue, y compris du point de vue de la cohérence du système juridique. Ce *résultat* pratique occulte cependant la distinction « *entre le syllogisme d'exposition inscrit dans la motivation de la décision et le mode de raisonnement effectivement suivi par le juge* »[569]. Dans la « cuisine » du juge, le syllogisme est la recette[570] qui n'explique pas pourtant comment les ingrédients ont été choisis.

103. **L'identification de la majeure comme choix.** La définition du syllogisme met l'accent sur la correspondance des faits à l'hypothèse de la règle, *comme si* la règle applicable s'imposerait de manière évidente. Cependant, derrière cette fiction, le véritable défi pour le juge consiste dans l'identification de la majeure, notamment en cas de concurrence entre règles potentiellement applicables, comme en cas de lacune en droit[571]. En ce sens, Kelsen attribue le terme de lacune à un « *conflit entre le droit et la morale, c'est-à-dire entre un droit positif et un certain ordre politico-moral* »[572], ayant pour conséquence non pas l'impossibilité d'application du droit positif, mais le caractère « indésirable »[573] d'une telle application. Pour cette hypothèse, Kelsen considère que le conflit ne peut être tranché en faveur du prétendu principe politico-moral qu'à la double condition que ce principe soit « *délégué par le droit positif, c'est-à-dire transformé en une norme juridique* »[574] et que la « *preuve que l'ordre juridique positif contient expressément ou tacitement une telle habilitation* »[575] soit apportée. Le rôle du juge doit être nuancé. L'*identification* (acte de

[569] D. SIMON, *L'interprétation judiciaire*…, préc., p. 138.
[570] L'emploi de l'expression « recette de cuisine » pour l'algorithme conflictuel est attribué à Francescakis. V. *infra* n°212.
[571] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 246. Pour Kelsen l'emploi de la notion de « lacune » est fait à titre de « fiction », pour responsabiliser le juge au regard de l'étendue et du contenu de ses décisions.
[572] H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, préc., p. 172.
[573] *Id.*, p. 173.
[574] *Ibid.*
[575] *Ibid.*

connaissance) de la majeure du syllogisme se présente comme un *choix* (acte d'ordonnancement), qui correspond à une *construction.*

104. **Les majeures des syllogismes concurrents.** Le problème de l'interprétation du droit par le juge est présenté, selon une conception dite « traditionnelle », en tant qu'acte de connaissance, tandis que selon une conception dite « réaliste » elle apparaît comme un acte de volonté[576], donc d'ordonnancement. Cependant, les deux aspects sont intrinsèquement liés.

Motulsky avait saisi ce double enjeu de la « découverte des termes du syllogisme juridique »[577] d'une part, et de sa construction[578], d'autre part. Pour cet auteur le syllogisme est un mécanisme de vérification de la règle « applicable » parmi plusieurs règles « possibles »[579]. Il s'agit en effet de plusieurs syllogismes concurrents ou « hypothèses juridiques »[580], parmi lesquelles le juge doit choisir. Ainsi, l'identification < > choix de la majeure n'est pas seulement un acte de connaissance d'un texte, mais également un acte d'attribution de *signification* à celui-ci. Les règles « possibles » n'impliquent pas nécessairement une pluralité de textes. Plusieurs normativités sont susceptibles d'émerger selon que la textualité de la règle est attribuée la valeur de principe ou d'exception.

L'identification des majeures concurrentes apparaît pour Motulsky comme le résultat d'un « syncrétisme juridique »[581] qui est néanmoins susceptible de déconstruction.

105. **Le retour à la « pensée factuelle »[582].** Pour Motulsky le syllogisme suppose une « comparaison »[583], qui s'effectue nécessairement entre des termes de même nature, ce qui signifie qu'il faut transformer la majeure, que la norme

[576] M. TROPER, sous « Interprétation » *in Dictionnaire de la culture juridique*, préc., p. 843.
[577] H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé,* Sirey, 1948, reproduit Dalloz, 2002, n° 51, p. 50.
[578] *Ibid.*
[579] *Id.*, n° 54, p. 52.
[580] P. HURT, *Les hypothèses juridiques. Une étude du raisonnement judiciaire*, Thèse, Paris I, 2007.
[581] H. MOTULSKY, *op.cit.,* n° 55, p. 52.
[582] V. *supra* n°26.
[583] H. MOTULSKY, *op.cit.,* n° 60, p. 59.

« redevien[ne] du fait »[584]. Cela n'a rien d'étonnant pour les juristes de *common law* qui procèdent de manière analytique. En revanche, pour les civilistes, le retour aux faits, la réversibilité du processus d'abstraction[585], constitue un défi important dont « l'esprit juridique français a horreur »[586] et qui porte atteinte « à la sécurité du droit »[587].

Le passage de l'abstraction de la norme à la concrétisation des faits sous-jacents lorsqu'un litige doit être résolu soulève un problème épistémologique. Faut-il identifier l'introuvable représentation ayant servi à la création de la règle ? S'agit-il de la dernière représentation issue de la jurisprudence ? Des représentations avancées par les parties au litige ? Des modèles scientifiques orthodoxes d'autres disciplines, eux-mêmes susceptibles de révision ?

Dans le processus inverse d'abstraction lors de la création de la norme, le fait de « hiérarchiser les données »[588] suppose non seulement de trancher entre les circonstances qui constitue le principe et l'exception respectivement, mais également d'abandonner certaines à l'environnement factuel comme non pertinentes[589]. Lorsque le substrat factuel d'un « devoir-être » est réanimé, cette hiérarchie comment est-elle reconstituée ?

106. **Le syllogisme comme processus en boucle.** Lorsque le syllogisme est caractérisé par la subsomption des faits à l'hypothèse juridique, l'approche relève d'une linéarité qui est réductrice. La description correspond au résultat obtenu et non au processus suivi pour y arriver. Plutôt, le syllogisme juridique a

[584] H. MOTULSKY, *op.cit.,* p. 61, n°62 : « Cette comparaison [entre les données révélées par l'analyse de la règle de Droit et celles qui forment le « cas particulier »] n'est, en principe, possible qu'une fois que les deux facteurs à mettre en regard sont de nature identique, ce qui implique, en tant qu'il s'agit de notions juridiques, que l'analyse ait touché la réalité sociale qui seule forme « l'élément » dernier d'où a pu sortir le Droit. Il s'opère donc, à un moment donné, un retour du juridique au social : à force d'analyse, le Droit devient, ou plus exactement redevient du fait. ».
[585] V. *supra* n^{os} 48s.
[586] L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans État,* PUF, 1992, p. 50, cité par Th. PIAZZON, *op.cit.,* n° 135, p. 250.
[587] Ph. MALAURIE, « Notre droit est-il inspiré ? », *Defrénois,* 2002, art. 37545, p. 637s., spéc. p. 648 cité par Th. PIAZZON, *op.cit.,* n° 135, p. 250.
[588] C. ATIAS, D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », D. 1977. 251, spéc. p. 256.
[589] *Ibid.* « Certaines sont à écarter, comme *indifférentes*. Les autres doivent être rangées parmi celles qui indiqueront le principe – données *directives* – et celles qui montreront les exceptions, les tempéraments ou qui signaleront les précautions à prendre – données *correctives* ».

la vocation d'être représenté à travers un processus en boucle[590] : un aller-retour entre les faits de l'affaire et la reconstruction des données pertinentes pour l'hypothèse juridique, au bout duquel une qualification et un régime juridique seront retenus. La représentation de la norme et celle de l'affaire se déconstruisent et reconstruisent réciproquement[591]. Selon la formule synthétique de M. Simon, dans l'activité interprétative du juge il s'agit d'une « recherche d'un point d'équilibre entre le "donné" et "construit", entre la lettre et l'esprit, entre ce qui est et ce qui devrait être »[592].

Lorsque plusieurs configurations d'équilibre sont envisageables, la question essentielle demeure de savoir « comment des décisions peuvent-elles être bien fondées lorsque aucun argument déductif n'est en mesure de les justifier de façon satisfaisante ? »[593]. Cette insuffisance de l'approche déductive résulte justement de la pluralité des solutions qu'elle est susceptible de justifier. Le syllogisme retenu pour la motivation d'une décision, c'est-à-dire le « syllogisme d'exposition »[594] ne se suffit pas à lui-même dans sa composante déductive, et de ce fait, en pratique ses concurrents sont éliminés pour le renforcer.

§2. L'effet éliminatoire des arguments pragmatiques

107. **La « justification de second ordre »[595]. *Ratio decidendi* et *obiter dicta*.** L'exigence de motiver les décisions de justice est une garantie procédurale de la responsabilisation du juge quant à la construction logique de la solution adoptée. Dans la textualité de la motivation, plus brève ou plus longue selon les traditions juridiques, le raisonnement judiciaire s'articule autour de la « ratio decidendi », enveloppée « des motifs surabondants, des incidentes, des redondances ou des "obiter dicta" »[596]. En ce sens, on a observé que « *la justification déductive prend place dans le cadre d'un ensemble de motifs sous-jacents dont elle ne*

[590] Sur le caractère circulaire de la qualification juridique des faits v. F. RIGAUX, *La loi des juges,* Odile Jacob, 1997, p. 53 [compte rendu par P. BRUNET, RIDC 1998. 280, spéc. p. 281].
[591] V. Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique,* Dalloz, 2e éd., 1999, n° 44, p. 83.
[592] D. SIMON, *L'interprétation judiciaire…*, préc., p. 843.
[593] N. MacCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, trad. J. GAGEY, PUF, 1996, p. 61.
[594] D. SMON, *L'interprétation judiciaire…*, préc., p. 138. V. *supra* n°102.
[595] N. MacCORMICK, *op.cit.,* p. 118.
[596] D. SMON, *L'interprétation judiciaire…*, préc., p. 136.

rend pas compte »[597]. À côté de la composante déductive retenue par le syllogisme juridique, intervient ce qui a été appelée « la justification de second ordre »[598]. Il s'agit d'une « expérimentation »[599], qui suppose l'évaluation des règles possibles en fonction de « ce qui a du sens pour le monde, et […] [de] ce qui a un sens dans le cadre du système »[600]. Cette composante argumentative pragmatique a le rôle de faire que la solution retenue s'*impose* au regard, d'une part, d'une certaine représentation de la réalité, d'une « structure du réel »[601] et, d'autre part, de la logique systématique et téléologique construite par la science juridique.

108. **La construction de la nécessité de la solution retenue par le juge.** Il a été observé que pour défendre une solution juridictionnelle de l'objection d'être arbitraire, « *il est donc bien préférable de la faire apparaître comme le produit d'une nécessité objective* ***ou*** *de l'application d'une règle préalable* »[602] (c'est nous qui soulignons). Bine que présentés comme des contraintes alternatives, en pratique elles se conjuguent. Selon la conception retenue ci-dessus, la règle en tant que majeure du syllogisme retenu résulte de ***l'attribution d'une certaine signification à un texte juridique***[603]**.** Dans ce processus, l'expression « nécessité fait loi » acquiert une importance particulière : la solution retenue apparaîtra comme l'interprétation *nécessaire* du fondement juridique choisi. Duncan Kennedy parle en ce sens d'une « expérience de la nécessité » (*experience of necessity*)[604] menée par le juge à titre de justification, y compris au risque que la

[597] N. MacCORMICK, *op.cit.*, p. 75.
[598] *Id.*, p. 118. V. aussi p. 126 : « la justification de second ordre implique deux éléments : un raisonnement conséquentialiste et un raisonnement ayant pour objet d'évaluer les règles proposées en s'assurant de leur cohérence et de leur compatibilité avec le système de droit en vigueur […] [qui] se recoupent et réagissent l'un à l'autre ».
[599] *Ibid.*
[600] *Id.*, p. 121.
[601] C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc., p. 351s. s'agissant des « arguments basés sur la structure du réel ».
[602] V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, « Introduction », *in* M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 3.
[603] V. *supra* n°103s.
[604] D. KENNEDY, « A Semiotics of Legal Argument », *in* Academy of European Law (ed.), *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. III. Book 2, pp. 309-365, 1994, cité par H. MUIR WATT, « A semiotics of private international legal argument », YPIL 14 (2012/2013), pp. 51-70, spéc. p. 53, note de bas de page n°16 : « With what tools do legal arguers generate the experience of necessity in cases that appear to require something more than the deductive

technique juridique soit déformée[605]. La démarche correspond à un acte de communication qui relève d'un « devoir être » propre à la mission du juge, celle de trancher le litige. La représentation de la responsabilité qui s'y attache oblige le juge à comparer des scénarios possibles et, en fin de compte à « opérer un choix entre des modèles antagonistes du comportement humain »[606]. En même temps, pour que ce choix soit à l'abri de l'arbitraire, il sera évacué autant que possible à travers un ensemble d'éléments, doté d'une fonction de contrainte épistémologique, qui correspond, dans le langage de Gargani, à un « rituel épistémologique »[607].

109. **La contrainte (l'autorité) épistémologique. Délimitation de la notion.** L'utilisation de la notion de « contrainte » ou « autorité » épistémologique par le présent propos diffère sensiblement de celle envisagée par la *Théorie des contraintes juridiques*[608]. Bien que cette théorie valorise dans une certaine mesure le pouvoir factuel de la représentation de la norme, nous ne pouvons pas nous rallier à sa prémisse qui consiste dans la « rationalité juridique spécifique » de l'*homo juridicus* lorsqu'on lui prétend une visibilité absolue du système juridique[609]. Cette forme de rationalité intentionnellement « dépsychologisée »[610] est susceptible de conduire à une conception automatisée du raisonnement juridique[611], insusceptible de révision.

---

application of rule to facts for their resolution ? Necessity means that there is a non-deductive « correct », « objectively required », legal outcome to the problem of rule-definition. »

[605] V. H. MUIR WATT, « A semiotics of private international legal argument », YPIL 14 (2012/2013), pp. 51-70, spéc. p. 53, n°4 : « Ultimately, the analysis shows the way in which such practice succeed in generating the "experience of necessity" through which an apparently rational solution can be justified despite the inadequacy of available tools. »

[606] *Id.*, p. 122.

[607] V. *supra* n°25.

[608] M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant, LGDJ, 2005.

[609] V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, « Pour une théorie des contraintes juridiques », *in* M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, préc., p. 16 : « L'*homo juridicus* a par définition, au moment où il décide, une connaissance complète de l'état du système juridique au sein duquel il opère, y compris des interprétations que peuvent en donner les autres acteurs de ce système. Ces interprétations possibles font partie du système juridique lui-même. »

[610] *Id.*, p. 15 : « La perspective adoptée est donc celle d'une reconstruction théorique rationnelle qui tient à dépsychologiser l'étude du processus de décision de l'acteur ».

[611] *Id.*, p. 14 : « on n'affirme pas qu'il n'existe pas d'autres solutions que celle à laquelle conduit la contrainte juridique, mais seulement que si l'acteur en choisit une autre, il n'agit pas rationnellement en *homo juridicus* ».

En revanche, la notion de contrainte épistémologique traduit la méta-normativité qui permet de mettre en évidence le processus de connaissance < > ordonnancement dans le raisonnement juridictionnel. La « justification de second ordre »[612] fait apparaître que le syllogisme retenu n'est ni contingent, ni automatique, mais *imposé* par certaines *représentations* factuelles et normatives, qui sont *révocables*[613].

110. **Degrés d'autorité épistémologique.** Selon Perelman, l'argument pragmatique est « celui qui permet d'apprécier un acte ou un événement en fonction de ses conséquences favorables ou défavorables »[614]. Son avantage consiste dans le fait qu'il semble aller de soi, par la simple constatation d'une « liaison *fait-conséquences* […] *quel que soit le bien-fondé de la liaison elle-même* »[615], tandis que c'est sa réfutation qui nécessite une justification[616]. La particularité de l'argument pragmatique consiste donc à emprunter l'autorité épistémologique d'*une* représentation de la réalité, qui se situe en amont du problème juridique à résoudre. Le problème se pose de savoir si cette représentation (i.e. le lien fait-conséquences) est directement envisageable par le juge sur la base des circonstances du litige, ou fourni par un *modèle scientifique* d'appréhension de ces faits.

L'enjeu est primordial pour le rôle du juge et pour l'autonomie épistémologique du droit au regard d'autres disciplines. Si l'argument pragmatique qui sert de contrainte épistémologique est construit par le juge *ex propriis sensibus,* son autorité épistémologique (*i.e.* sa méta-normativité) est également relative *per se*, ce qui correspond en fin de compte à la relativité des décisions judiciaires. En revanche, si le juge emprunte un modèle de la réalité fourni par une science, la méta-normativité de celle-ci s'imposera *aussi longtemps* que le paradigme en cause ne soit réfuté, en principe à l'intérieur de cette science. Dans ce cas, le juge *devrait* suivre les querelles scientifiques entre des théories orthodoxes et hétérodoxes, sans pour autant subordonner la normativité juridique à la méta-normativité que chaque modèle scientifique revendique. Sinon, le droit positif se

[612] N. MacCORMICK, *op.cit.,* p. 118. V. *supra* n°107.
[613] V. *supra* n°26.
[614] Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation,* préc., p. 358.
[615] *Id.*, p. 360.
[616] *Id.*, p. 359.

limiterait à prêter sa normativité à une méta-normativité scientifique, qui de ce fait ne serait plus remise en cause, mais immunisée au regard d'un jugement de valeur *externe* à la science en cause[617]. L'automaticité de la réponse normative fournie par un paradigme scientifique fait « écran » au débat qui *doit* caractériser le phénomène juridique[618], le juge serait réduit à un technicien. Il s'ensuit *qu'aussi longtemps* que la contingence du modèle utilisé n'est pas représentée, celui-ci s'installe comme réalité, y compris à l'aide du système juridique lui-même[619]. De ce fait, le problème du mode d'internalisation des modèles scientifiques par le droit est un problème à la fois interne et externe pour le droit positif et pour la science du droit elle-même.

111. **Les fins intermédiaires entre téléologie et technique juridique. Autorité épistémologique de la science juridique.** Le syllogisme juridique tel que décrit par la science juridique répond au schéma d'un argument pragmatique : il impose une certaine lecture de la réalité conformément à des méthodes d'interprétation. Parmi celles-ci, l'interprétation téléologique suppose la détermination du sens d'une règle en fonction du but, de l'objectif de celle-ci, qu'il faut également déterminer. Il s'ensuit que le juge doit composer avec deux variables interdépendantes : d'une part, l'identification de l'objectif qui doit prévaloir et d'autre part, le choix du « devoir être » qui y correspond. Le syllogisme construit par le juge retiendra par conséquent un binôme formé par une finalité axiologique et un moyen technique.

Lorsque la fin ultime de l'ordre juridique est insaisissable, les juristes se sont appuyés sur les « fins intermédiaires », que Geny définissait comme « moins profondes mais plus limpides, - en stricte harmonie avec les besoins sociaux, - [qui] suppléeraient la fin suprême de l'ordre juridique […] dont les contours

[617] Sur l'illustration de ce risque en ce qui concerne les rapports entre le droit et la science économique à la fois en théorie et en pratique v. *infra* n[os] 130s., 163s., 261 et 267.
[618] C. ATIAS, D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », préc., p. 256s : « Prétendre que telle solution à maintenir ou à établir est imposée par les faits, c'est d'abord la mettre, sans contrôle, à l'abri de la critique. [...] L'idée que le droit se constitue par soumission au fait masque les choix effectués, plus ou moins consciemment, dans la phase politique ».
[619] H. H. MAZEAUD, « La maxime „error communis facit jus"», RTDciv. 1924. 929, spéc. p. 946 qui soulève le problème de la validation jurisprudentielle de l'erreur suivie par un revirement.

vagues semblent impuissants à tracer la voie à suivre »[620]. Si la fin du système juridique se décline dans les fins intermédiaires, celles-ci gardent-elles la nature de *but* ou se transforment-elles en *moyens* ? Il est possible de retrouver cette problématique sous la plume de Geny s'agissant de la volatilité axiologique des fins intermédiaires, et du risque de leur confusion avec la technique juridique[621] lorsque celle-ci les réifie. Cependant, ce risque de confusion ne résulte pas d'une influence à sens unique (de la politique juridique à la technique juridique), mais à double sens.

Saisi par Perelman[622] et par Perrot[623], le phénomène est révélateur pour la méta-normativité de la science du droit par rapport au raisonnement judiciaire constitutif du droit positif. Selon Perrot, si chaque technique est subordonnée en principe à une finalité, ou à une nécessité pratique qui fournit sa « raison d'être »[624], en pratique, il arrive qu' « un procédé technique révèle à l'*usage* une fonction nouvelle à laquelle on n'avait pas songé primitivement »[625] (c'est nous qui soulignons), et ainsi « le procédé de mise en œuvre est susceptible de transformer la finalité des institutions »[626]. Perrot constate par la suite que d'une part les techniques doivent se spécialiser pour s'adapter aux inflexions de la volonté, et d'autre part, « par une sorte de choc en retour, le « but » et la « technique » cherchent perpétuellement un point d'équilibre à la manière d'un

[620] F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Sirey, 1927, p. 44.
[621] *Id.*, p. 48 : « De fait, si on leur refuse la base commune et profonde d'un idéal suprême et dominateur, on ne voit pas ce qui soutiendrait chacune de ces fins intermédiaires, qui risquent fort de demeurer à l'état de concepts vides, sinon même de simples mots. D'autre part, qui arrêtera, qui définira ces fins intermédiaires ? Ne risque-t-on pas de les voir se succéder, de façon incohérente, les unes aux autres, se transformant et s'interchangeant au gré des esprits, capables de les imaginer sans mesure ? Souvent même, elles se confondront avec les institutions juridiques, qui devraient n'en être que l'aboutissement et elles dépouilleront ainsi ce caractère de finalité, qui, seul, les revêtait d'un apparent prestige ».
[622] C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation,* préc., p. 368 : « dans la pratique, il existe une interaction entre les buts que l'on poursuit et les moyens mis en œuvre pour les réaliser. Les buts se constituent, se précisent et se transforment, au fur et à mesure de l'évolution de la situation dont font partie les moyens disponibles et acceptés ; certains moyens peuvent être identifiés à des fins, et peuvent même devenir des fins, en laissant dans l'ombre, dans l'indéterminé, dans le possible, ce à quoi ils pourraient servir ».
[623] R. PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1947.
[624] R. PERROT, *op.cit.,* p. 46, n°28 : « Ce qui est certain, c'est que tout instrument, même le plus abstrait, est toujours teinté d'une certaine finalité, celle-là même qui, à l'origine, justifia sa raison d'être. « C'est en vue d'une utilité pratique, a écrit Bergson, qu'une connaissance formelle fait son apparition dans le monde ». ».
[625] R. PERROT, *op.cit.,* n° 20, p. 35.
[626] R. PERROT, *op.cit.,* n° 49, p. 77.

continuel mouvement oscillatoire »[627], point d'équilibre qui peut lui-même se déplacer[628].

Notons à ce stade que la dialectique identifiée par Perrot est rendue possible en premier lieu par le contentieux qui est apte à révéler *l'usage* d'une technique, et en deuxième lieu par la capacité du juge à saisir la vocation de cet usage à transformer la finalité de celle-ci. Cependant, la méta-normativité de la science juridique est susceptible d'empêcher une telle représentation lorsqu'elle prédétermine le cadre théorique pertinent, ou lorsqu'un revirement de jurisprudence est perçu comme source d'insécurité[629]. De ce fait, le juge est, dans une certaine mesure, déresponsabilisé[630]. Par exemple, lorsque la théorie du droit préétablit que les rapports de droit privé mettent en cause seulement des intérêts privés et individuels, elle empêchera *a priori* la formation d'une représentation contraire. Cependant, les arguments conséquentialistes peuvent, sans remettre en cause la théorie, ajuster le cadre épistémologique pertinent à travers l'élimination des solutions inacceptables.

112. **L'effet éliminatoire des arguments pragmatiques : le raisonnement *a contrario* par rapport à la situation de fait qui correspondrait à une solution qui doit être abandonnée.** L'acceptabilité de la solution-conséquence retenue par le syllogisme caractérise les démarches contemporaines d'interprétation juridique[631]. Cependant, en tant que *moyen* pour une *fin ultérieure*, elle n'assure pas un lien de causalité exclusif pour la « synchronisation » de la société au modèle idéal envisagé par le système juridique. De ce fait, l'appréciation de l'acceptabilité peut se borner à une fin intermédiaire à caractère technique, comme l'exigence de sécurité juridique, ou à une institution juridique postulée comme moyen par la science économique. L'acceptabilité résultera en plus par

[627] R. PERROT, *op.cit.,* n° 40, p. 66.
[628] R. PERROT, *op.cit.,* n° 53, p. 82.
[629] V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance,* LexisNexis, 2015, n°3, p. 4, s'agissant « des revirements de jurisprudence, dernier avatar de l'insécurité juridique ».
[630] Sur la déresponsabilisation qui implique le statut de technicien en droit v. C. ATIAS, *Épistémologie juridique,* Dalloz, 2002, n° 14, p. 12,: « Ce repli sur une technique présente l'avantage appréciable de mettre les juristes à l'abri de l'engagement que la science implique. Le savoir serait composé des données que fournit le législateur. La technique vient après la science ; elle ne saurait être tenue pour responsable de ses recherches, de ses découvertes, voire de ses erreurs ».
[631] Sur le nécessaire caractère acceptable de la solution v. Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique,* préc., n° 44, p. 83.

un processus d'élimination des solutions dont les conséquences sont *visiblement contraires* aux fins retenues, à travers l'argument pragmatique.

Ce type d'argument renforce le syllogisme retenu à travers la détermination des conséquences inacceptables des solutions abandonnées. L'état de fait (inacceptable) postulé comme conséquence d'une solution *possible,* servira de contrainte épistémologique pour l'adoption de la solution contraire. Il s'agit d'un raisonnement *a contrario* non pas à partir d'une règle, mais à partir d'une situation de fait, conséquence qui résulte d'une évaluation *ad hoc* (*common sense)* ou d'un modèle de comportement fourni par une science. Cette « structure du réel »[632], *simultanément d'ordre technique et téléologique*, qui agit à titre d'autorité épistémologique pour le raisonnement judiciaire se retrouve parfois expressément dans la motivation des décisions.

C'est par exemple le cas du fameux arrêt *Costa c. ENEL*[633] qui a consacré la primauté du droit de l'Union. Même si pour certains auteurs « la conclusion s'en impos[ait] à l'esprit comme une évidente nécessité »[634] à partir des arguments systémiques avancés, c'est l'enjeu économique de la construction du marché intérieur qui a le poids le plus important, comme d'ailleurs le souligne M. Simon[635]. L'arrêt avait retenu que « le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, **sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la communauté elle-même** »[636].

---

[632] C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc., p. 351.
[633] CJCE, 15 juillet 1964, *Costa /ENEL*, 6/64, Rec. 1157.
[634] V. D. SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *in* Société française pour le droit international*, Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux, Pedone, 2000, pp. 207-249, spéc. p.219s.
[635] *Id.*, p. 220 : « Les auteurs du traité ont voulu créer une union douanière, un marché commun, un marché unique et plus récemment une union économique et monétaire. Un tel objectif ne peut être réalisé sans que les activités économiques couvertes par les traités fassent l'objet d'une réglementation juridique commune. L'uniformité du droit applicable dans l'espace économique communautaire est une exigence – non pas d'abord de nature juridique, mais surtout de nature économique – indispensable pour que l'objectif – voulu par les États membres – soit atteint. La preuve peut en être apportée en **raisonnant *a contrario***. » (c'est nous qui soulignons). L'auteur ajoute à la page 222 : « La dimension économique de la construction européenne attribue par conséquent par une sorte d'*impératif juridique* une condition particulière au droit communautaire dans les ordres juridiques des États membres (…) ».
[636] CJCE, 15 juillet 1964, *Costa /ENEL,* 6/64, Rec. 1157.

C'est également le cas de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire *Boll*[637] qui confirme l'existence des lois d'application immédiate en vertu de l'ordre public d'un État, mécanisme qui est de nature à restreindre le champs des conflits de lois sur lequel porte un traité international[638]. Comme il a été observé par MM. Batiffol et Francescakis, le juge international « a eu directement en vue l'aspect concret des problèmes humains que cette affaire a mis en cause »[639]. La prise en compte du fait que la législation suèdoise en cause avait un objectif de protection sociale et non seulement de protection individuelle, et qu'elle n'était pas singulaire[640] mène à la conclusion que « la Cour ne pourrait aisément souscrire à une interprétation qui ferait de la convention de 1902 un obstacle sur ce point au progrès social »[641].

Au niveau de la théorie juridique, l'effet éliminatoire des arguments pragmatiques renforce en même temps la légitimité de la fin intermédiaire ainsi validée dans ses vertus technico-téléologiques. La nature révocable du lien de causalité entre un moyen juridique et une fin sociale peut devenir invisible à travers la positivation des modèles scientifiques comme réalité juridique. D'où l'importance des notions juridiques *flexibles* ou « congénitalement indéterminé[es] »[642] en tant qu'outils pour saisir les enjeux épistémologiques de l'autorité scientifique.

[637] CIJ, 28 nov. 1958, Affaire dite *Boll* (affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs – Pays-Bas c. Suède).
[638] H. BATIFFOL, Ph. FRANCESCAKIS, « L'arrêt Boll de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé », Rev. crit. DIP 1959. 259, spéc. p. 271s.
[639] *Id.*, p. 276.
[640] *Id.*, pp. 273-276.
[641] *Id.,* p. 276.
[642] Ph. FRANCESCAKIS, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », TCFDIP 1966-1969, pp. 149-178, spéc. p. 152, à propos de la notion d'« ordre public ».

Conclusion du Chapitre

113. L'apparente contradiction des critères de la positivité – validité et effectivité de la norme – est salutaire à travers le contrôle que l'un assure pour l'autre au niveau de la connaissance dans l'articulation d'un conflit. La résolution de ce conflit équivaut à la positivation du droit par les juridictions, ce qui constitue le mécanisme de sécurité de la représentation du droit positif en tant que réalité. C'est à travers le contentieux que les revendications normatives deviennent visibles, et c'est la sollicitation en ce sens du système juridique qui assure la primauté du droit comme mode de régulation sociale. Le propre du raisonnement judiciaire est son caractère dialectique, en boucle, dont les prémisses épistémologiques sont assurées par les garanties procédurales de l'accès au juge comme accès à la justice. La conception classique du syllogisme juridique ne rend pas compte de ce processus. La lecture du cadre factuel du litige est interdépendante avec le sens attribué à la règle de droit majeure du syllogisme. Les modèles scientifiques de lecture de la société sont aptes à articuler une contrainte épistémologique (méta-normativité) pour le juge en amont de l'interprétation normative. Telle contrainte peut servir à formuler des arguments pragmatiques (conséquentialistes) et ainsi fournir une réalité à la base de l'acceptabilité ou de l'inacceptabilité d'une solution. Par conséquent, un paradigme scientifique peut être immunisé du débat et instauré en tant que réalité juridique. Pour pallier le phénomène, le raisonnement judiciaire *doit* se caractériser par un manque d'automaticité, qui consiste dans un emploi *temporaire et conditionnel* des modèles scientifiques, et à l'épreuve de leur *usage* stratégique. Cela signifie prendre conscience que « les opérations intellectuelles […] ont en réalité une matrice constructive, factuellement déterminée et comme telle révocable […] [au lieu d'être] sublimées dans la copie d'un statut idéal intérieur irrévocable »[643].

[643] V. A. G. GARGANI, *op.cit,* p. 166.

Conclusion du Titre

114. À la question de savoir « Qu'est-ce qui fait que le droit continue à être du droit », nous ne pouvons que rejoindre la conclusion de Batiffol : « le droit qui dure est celui qui s'est bâti par voie d'approximations successives, *trial and error,* au contact des réalités concrètes »[644]. En ce sens, la science juridique postule qu'il *doit* y avoir un « devoir être » pour qu'il y ait du droit. Cependant, au regard de la contingence de toute régularité constatée, ainsi que du pouvoir du droit à s'auto-définir, la contingence du phénomène juridique n'est pas seulement une possibilité théorique, mais également une *option* pour celui-ci. C'est la positivation du droit, le fait qu'il est (*im)posé,* qui maintient le droit distinct du fait. Cette réalisation du droit positif a un impact sur *la connaissance* des relations intersubjectives, c'est-à-dire leur qualification en tant que *rapports de droit*.

115. Le principe de sécurité juridique postule, d'une part, que le système juridique *doit* fournir la connaissance nécessaire aux membres de la société pour qu'ils soient éclairés sur les conséquences juridiques de leurs comportements. Cependant, un comportement ne sera adopté qu'en fonction d'un calcul social susceptible d'être appréhendé par divers modèles scientifiques, y compris le modèle fourni par la science économique. D'autre part, le principe de sécurité juridique *impose* que les prévisions juridiques légitimes soient protégées. En ce sens, du point de vue argumentatif, la sécurité juridique est susceptible de mobiliser un argument pragmatique (conséquentialiste) qui incorpore des modèles scientifiques de représentation du comportement humain. Lorsque le droit positif valide ces modèles, il fournit à la société une *connaissance* susceptible d'un emploi stratégique à travers la revendication que toutes les attentes normatives y fondées soit *automatiquement légitimes*. La protection de toutes ces revendications *en même temps* au nom de la sécurité juridique à titre d'*ordonnancement* traduit un processus à travers lequel l'exigence formelle de sécurité juridique se retourne contre l'exigence substantielle de sécurité que traduit l'idée de liberté sous la loi.

[644] H. BATIFFOL, *Problèmes de base...,* préc., p. 469.

Au niveau théorique, il s'agit du risque de confusion entre les fonctions de *connaissance* et d'*ordonnancement* attribués aux sciences et au droit positif respectivement. **La (re)production[645] du système juridique dépend en égale mesure du processus de connaissance de la dynamique sociale, et du processus de son ordonnancement, qui s'assurent ainsi l'autonomisation réciproque.** Pour pallier le risque de leur confusion, l'accès au juge permet à la fois l'articulation d'un conflit entre les revendications normatives (leur *connaissance*) et l'*ordonnancement* qui consiste dans la résolution du conflit (à travers la réduction de ces attentes quant à leur prétention de légitimité).

Le raisonnement judiciaire constitue le mécanisme de sécurité de la distinction entre la connaissance et l'ordonnancement *aussi longtemps* qu'il attache au « devoir être » *imposé* le conditionnel comme dimension essentielle.

[645] Sur l'analyse du système juridique en termes de « production » et « reproduction » v. J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », préc., p. 21s. et 25s.

Titre II : La sécurité demandée par le marché

116. **Le marché : fin intermédiaire pour la téléologie libérale**. Au XIX^e^ siècle, le marché « positif » devient une dimension de la société à côté de la dimension politique (étatique)[646]. Le phénomène est à la fois cause et effet d'un processus d'autonomisation de la science économique. La notion de marché, consubstantielle aux vertus de la circulation du capital, devient l'objet d'une approche systématique[647]. Le savoir élaboré en ce sens ne pouvait pas être ignoré par la téléologie juridique. Les attentes à protéger à travers le concept de sécurité juridique s'articulent également à travers *un* fonctionnement du marché, saisi par la discipline économique. Pour la contemporanéité, la protection juridique que revêt la notion de marché à l'échelle nationale, européenne et internationale soulève le problème théorique de l'incidence de la science économique par rapport à la technique juridique et à la téléologie juridique.

117. **Sécurité, risque et responsabilité sur les marchés financiers.** Les relations intersubjectives relatives à la circulation du capital font l'objet d'une réalité appréhendée simultanément par la science économique et par la science juridique. Chacune de ces disciplines élabore un cadre épistémologique orthodoxe susceptible de sécuriser la méta-normativité qui y correspond. Cependant, l'usage stratégique du savoir par la société de la connaissance peut-il modifier l'objet même de ce savoir ? Quelle est la relation qui s'établit entre les attentes des acteurs économiques en matière de risques financiers et juridiques, et la protection juridique que ces attentes peuvent recevoir *en même temps* ? Dans le langage de l'école S&TS, la question peut être formulée en termes de relation entre les fonctions de *connaissance* et d'*ordonnancement* du système juridique et de la science économique respectivement. L'hypothèse de l'émergence d'un paradigme contemporain de téléologie scientifique sera analysée (Chapitre I). En égale mesure, il faut identifier la dichotomie de régime juridique quant à l'appréhension des rapports financiers au début du XXI^e^ siècle

[646] K. POLANYI, *The great transformation: the political and economic origins of our time*, préc., p. 120.

[647] D'où le concept de système financier défini comme « l'ensemble des règles, des pratiques et des institutions (bourses de valeurs, banques etc.) qui permettent de mobiliser des capitaux pour les mettre à disposition d'agents à besoin de financement » - v. J.-P. POLLIN sous « Systèmes financiers », *in* J. COUPPEY-SOUBEYRAN (éd.)*, Dictionnaire de l'économie,* Encyclopædia Universalis, Albin Michel, 2007.

(Chapitre II), qui servira à donner la mesure du paradigme précédemment articulé. Une incursion historique au début du XX^{e} siècle permettra de saisir l'articulation du dilemme du juge quant à l'appréhension des rapports financiers (Chapitre III) témoignant des contours variables de la dichotomie juridique précédemment identifiée.

Chapitre I : Une téléologie scientifique

118. **Une hypothèse paradoxale.** L'antériorité historique de la systématisation juridique par rapport à celle économique[648] ne l'a pas dotée automatiquement d'une autorité scientifique supérieure. Bien au contraire, sur le plan épistémologique, l'économie oppose « une infrastructure *théorique* sans équivalent dans les autres sciences sociales »[649], y compris par rapport aux « *doctrines* »[650] juridiques. À l'aide des outils mathématiques, l'économie semble avoir échappé à la qualification de science normative[651], sans pour autant rester indifférente au droit, qui en fait l'objet d'une. Comme le remarque Mme Frison-Roche, lorsque le droit et l'économie se construisent *les faits* réciproquement, « il est difficile de désigner le degré de normativité des uns et des autres dans leur interaction »[652].

A première vue, économie et droit semble suivre le schéma d'une répartition claire des fonctions de connaissance et d'ordonnancement de la société. Néanmoins, la presqu'omniprésence des arguments économiques dans les discours juridiques contemporains ainsi que les dysfonctionnements récents des marchés financiers soulèvent le problème des rapports épistémologiques que le droit positif et la doctrine juridique entretient avec la science économique. L' « ouverture cognitive »[653] du droit, comment s'est elle manifestée à l'égard des théories économiques porteuses des concepts libéraux ? *Quid* de la « clôture normative » ? Une esquisse d'évolution de la science économique moderne (Section I) permettra d'identifier les vertus téléologiques qui l'ont accompagnée. Leur impact sur l'épistémologie juridique sera évalué à travers l'analyse des revendications normatives formulées (Section II).

---

[648] S. SCHWEITZER, L. FLOURY, *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, PUAM, 2015, p. 25.

[649] Ph. MONGIN, sous « Économie théorique » *in Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences,* préc.

[650] *Ibid.*

[651] *Ibid.* pour le rapprochement de la micro-économie à une « science normative », dont la parenté remonte à Edmund Husserl.

[652] M.-A. FRISON-ROCHE, « Droit économique, concentration capitaliste et marché », *in Mélanges Farjat,* pp. 397-403, spéc. p. 399 : « le droit n'est pas simple traducteur de l'économie, ni même garde-fou, il est lui-même un instrument d'action et d'organisation économique ; en cela, il est de cette façon un fait, construisant d'autres faits de nature différente. Il est difficile de désigner le degré de normativité des uns et des autres dans leur interaction ».

[653] V. *supra* n°88.

Section I : La transformation de la discipline économique

119. **Une naissance libérale.** Comme l'indique son étymologie, l'économie se rattache à l'idée d'une « bonne gestion »[654], témoignant de sa nature d'outil, de technologie à utiliser par l'homme lorsqu'il dispose des choses. La systématisation de ce savoir à travers la science économique relève d'un processus d'autonomisation des mécanismes de régulation sociale. Il est possible d'identifier ce que Niklas Luhmann appelle un « sous-système social », qui, pour cet auteur, est susceptible d'autonomisation lorsqu'il « assume une fonction spécifique qui ne se trouve remplie nul part ailleurs dans la société »[655]. Selon cette logique, il devient pertinent de se demander comment les théories économiques ont cristallisé leur objet d'étude, dans quelle mesure l'ont-elles détaché de l'objet d'autres sciences sociales, et quelles fonctions ont-elles revendiqué ou assigné à leur objet et au savoir élaboré. La dynamique dont nous nous proposons de rendre compte passe, d'une part, par la fonction technocratique attribuée à la science économique (§1) et d'autre part, par l'émergence du marché comme concept phare et consubstantiel au libéralisme économique (§2).

§1. La fonction technocratique de la macro-économie

120. **La « science de la richesse »[656].** La revendication de l'économie en tant que science date du XVIII[e] siècle. Son objet est d'analyser « les faits, les lois ou les rapports qui s'établissent entre les choses qui ont la propriété de satisfaire les besoins des hommes »[657]. L'économie apparaît comme la science des rapports entre « les besoins […] et les objets qui ont la propriété de les satisfaire […,] les richesses »[658].

Les recherches débutent de manière empirique, par l'observation de certaines régularités sociales qui amènent à la formulation des hypothèses et des liens de

---

[654] V. « Économie » *in Dictionnaire historique de la langue française,* préc. : « économie a désigné dans son premier emploi l'art de bien administrer une maison puis la bonne gestion des biens d'autrui ».

[655] N. LUHMANN, « L'unité du système juridique », préc., p. 180.

[656] Ph. MONGIN, sous « Économie théorique » *in Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences,* préc.

[657] G. KLOTZ, Y. BRETON, « Jules Dupuit : de la nécessité des lois en économie », *in* A. BERTHOUD, B. DELMAS, T. DEMALS (coord.), *Y a-t-il des lois en économie ?*, 11[e] Colloque International de l'A.C.G.E.P.E., Presses Universitaires du Septentrion, 2007, pp. 219-238, spéc. p. 221.

[658] *Id.*, p. 222.

causalité qui bénéficient d'un certain degré de certitude, à travers leurs vérifications successives[659]. L'emploi d'un appareil méthodologique emprunté aux sciences dures[660] fait que l'économie accède peu à peu au statut scientifique.

121. **Science de la nature ou science sociale.** Le problème de savoir si l'économie relève des sciences de la nature ou des sciences sociales a des profondes implications par rapport à son autorité scientifique. Une réponse en ce sens dépend, d'une part, des critères employés pour la distinction entre les deux types de sciences, et d'autre part, de la manière dans laquelle la nature et la société sont distinguées. Comme il a été observé, « les lois proprement scientifiques sont censées permettre d'expliquer ou de prédire les phénomènes propres à leur domaine »[661]. De ce point de vue, même si les résultats des théories économiques restent débattus, la discipline s'est assignée un tel projet à travers une recherche fondée sur la causalité de la richesse. En même temps, lorsque Polanyi analyse la marchandisation de la nature, il identifie la confusion des physiocrates qui avaient assimilé « la nature de l'homme » à la « nature physique », apparemment corrigée par Adam Smith lorsqu'il avait circonscrit le phénomène économique au facteur humain[662]. En ce sens, c'est l'épistémologique scientifique qui maîtrise la distinction entre nature et société, donc y compris la perméabilité des fonctions de connaissance et d'ordonnancement y imparties. Quoi qu'il en soit, les vertus du savoir scientifique de fournir les moyens pour atteindre un certain résultat, de nature technique, assumées par l'économie, constituent la prémisse de sa fonction technocratique.

---

[659] V. E. ROTHSCHILD, « Adam Smith's Laws », *in* A. BERTHOUD, B. DELMAS, T. DEMALS (coord.), *Y a-t-il des lois en économie ?*, préc., pp. 37-40, spéc. p. 39 : « A substantial number of the most creative of all economists have believed that they were seeking to identify laws „like those of the physical order". They would have been horrified at the thought that these laws were to be imposed by force, or even by law. But these same economists would have been inhuman if they had not been satisfied when their explanations of economic theory proved to be convincing: to other economists, to economic opinion, and to political opinion. They were satisfied, that is to say, when the laws „imposed themselves" ».

[660] G. KLOTZ, Y. BRETON, « Jules Dupuit : de la nécessité des lois en économie », préc., p. 224.

[661] M. LAGUEUX, « Y a-t-il des lois en économie ?», *in* A. BERTHOUD, B. DELMAS, T. DEMALS (coord.), *Y a-t-il des lois en économie ?*, préc., pp. 63-67, spéc. p. 65.

[662] K. POLANYI, *op.cit.,* p. 117.

122. **Une fonction technocratique.** L'autonomisation scientifique de l'économie lui permettait d'acquérir l'autorité nécessaire pour accéder à l'influence de l'autorité politique : « la promotion de l'économie comme science devrait permettre aux professionnels de jouer le rôle de conseiller du Prince »[663]. La dénomination initiale d'« économie politique » témoigne également en ce sens. Cependant, Napoléon n'y était pas favorable apparemment, à cause du libéralisme dont les théories économiques étaient porteuses, ce qui fait que la discipline économique s'est développée en France en dehors du modèle universitaire classique[664]. L'apparition du mouvement technocratique au XX^e^ siècle par opposition au pouvoir détenu par le savoir économique dans les décisions politiques[665] confirme le rôle de cette dernière. Paradoxalement, la discipline économique avait déjà déployée sa fonction technocratique avec la révolution industrielle. Elle va reprendre ouvertement ce rôle avec le rétablissement de la science économique au milieu du XX^e^ siècle et le développement du caractère scientifique des théories de la finance à partir des années 1960[666].

123. **Un conventionnalisme scientifique hétérodoxe. Représentation factuelle et normative du savoir économique.** Sous l'influence de William James, Bergson et Poincaré, les scientifiques doutent d'eux-mêmes à partir du début du XX^e^ siècle : « la notion de loi scientifique est toujours relative. La loi dégagée ne vaut que pour les phénomènes observés et dans la mesure où ils ont été bien observés. Elle n'est normative que dans cette mesure »[667]. Cependant, la théorie économique est restée pour longtemps immune au conventionnalisme. Ce n'est que récemment que le paradigme a commencé à l'intégrer : observant la « porosité politique, sociale et même matérielle qui affecte [l]es

---

[663] G. KLOTZ, Y. BRETON, « Jules Dupuit : de la nécessité des lois en économie », préc., spéc. p. 219.
[664] S. SCHWEITZER, L. FLOURY, *Droit et économie : un essai d'histoire analytique,* préc., pp. 26s., qui citent la première chaire d'économie créée en 1820 aux Arts et Métiers occupée par Jean-Baptiste Say.
[665] V. « Technocratie » sous « Technique » *in Dictionnaire historique de la langue française,* préc.
[666] G. HIRIGOYEN, « Brève histoire de l'évolution de la pensée financière scientifique », LPA 1994, n°108, pp. 12-18.
[667] E. ANTONELLI, « Rapports du politique et de l'économique », *in* Mélanges Truchy, Sirey, 1938, pp. 18-31, spéc. p. 25.

catégories [économiques]»[668], il devient évident que « les phénomènes économiques sont, en effet, inséparables des représentations mentales que les agents peuvent en avoir »[669]. De plus, l'analyse empirique de l'histoire des faits économiques apte à fournir « des régularités propres à un système de règles contingentes »[670] ne devrait pas être confondue avec le savoir technique qui offre le moyen pour atteindre une fin. Cependant, le glissement d'un paradigme épistémologique fondé sur les sciences naturelles vers un autre qui relève des sciences sociales reste hétérodoxe[671].

124. **La méta-normativité du savoir à fonction technocratique.** Même si les théories économiques se sont présentées comme ayant une « valeur empirique douteuse »[672] aux yeux des juristes, la portée technocratique du savoir économique ne doit pas être sous-estimée. Le choix politique fondé sur le savoir économique présente des avantages incontestables, lorsque ce savoir permet d'éliminer les scénarios invalidés par l'histoire économique. Cependant, lorsque ce choix est relégué à *une* théorie économique sans que le conventionnalisme scientifique soit saisi, il risque d'absorber la méta-normativité d'un tel savoir comme absolu et non relative. C'est, dans une certaine mesure, « *demander à la science plus qu'elle […] peut donner […] exiger de cette discipline un critérium des choix, c'est la faire sortir de son objet propre.* »[673].

125. **Fonction technocratique, macro-économie et micro-économie.** La division scientifique entre micro-économie et macro-économie est acquise au début du XX^{e} siècle avec les travaux de Keynes, considéré le père fondateur de

[668] C. SCHMIDT, « Comment la croyance dans les lois économiques peut devenir un obstacle au progrès de la science économique », *in* A. BERTHOUD, B. DELMAS, T. DEMALS (coord.), *Y a-t-il des lois en économie ?*, préc., pp. 69-79, spéc. p. 79.
[669] *Id.*, p. 78.
[670] N. POSTEL, « Les économistes, de la recherche de lois universelles à la découverte des règles contingentes », *in* A. BERTHOUD, B. DELMAS, T. DEMALS (coord.), *Y a-t-il des lois en économie ?*, préc., pp.563-583, spéc. p. 580.
[671] *Id.*, p. 582 ; J. GÉNÉREUX, *Les vraies lois de l'économie,* préc., p. 28 : « LES LOIS DE L'ÉCONOMIE SONT LES LOIS DES HOMMES. Si elles existent, les lois de l'économie ne sont pas une mécanique naturelle et invariable. Elles sont fondées sur des conventions, des règles et des institutions créées par et amendables par les hommes ».
[672] D. DANET, « La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ? », RIDE 1993. 5, spéc. p. 19.
[673] G. LEDUC, « Sur la nature et les limites du problème économique », *in* Mélanges Henri Truchy, Sirey, 1938, pp. 230-239, spéc. p.239.

la macro-économie[674]. Cependant, l'économie néoclassique, bien qu'elle élabore une synthèse entre les principes keynésiens et la loi de l'équilibre général de l'économie développée par l'approche micro-économique, se situe plus proche de la dernière que des premiers[675]. En ce sens, la fonction technocratique de la macro-économie s'est développée dans le contexte spécifique de l'économie étatique et notamment des mesures prises à la suite de la crise économique de 1929. En revanche, la théorie néoclassique s'est émancipée de la dimension étatique, en empruntant néanmoins la fonction technocratique pour les outils micro-économiques qu'elle propose.

§2. Du marché libéral au marché rationnel

126. **L'autonomisation politique du concept de marché. L'échange comme lien social. La liberté commerciale et le libre échange international.** La naissance de la science économique est marquée également par une fonction libérale : l'échange relève d'une liberté naturelle, qui a la particularité de créer un **lien social** d'interdépendance[676]. La théorisation de la liberté économique peut être attribuée, selon une interprétation, à une « émancipation de l'activité économique vis-à-vis de la morale […] comme une réponse aux problèmes non résolus par les théoriciens politiques du contrat social »[677]. Le marché, à la base expression matérielle et empirique de l'échange, devient un concept à travers lequel l'échange est systématisé du point de vue théorique par les économistes. Le mouvement peut apparaître comme porteur d'un outil technique qui pourrait être mis au service d'une politique, cependant cette perspective technocratique serait réductrice du point de vue épistémologique[678]. Un auteur identifie dans le concept de marché tel que développé par le libéralisme un « modèle politique

[674] Ph. MONGIN, sous « Économie théorique » *in Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences*, préc.
[675] *Ibid.*
[676] J.-M. DANIEL sous « Libéralisme » *in Dictionnaire de l'économie*, préc. : « Les philosophes libéraux […] vantent les mérites du commerce qui unit les hommes et les rendant dépendant les uns des autres ». V. aussi G. FACARELLO, « La « liberté du commerce » et la naissance de l'idée de marché comme lien social », *in* Ph. NEMO, J. PETITOT, *Histoire du libéralisme en Europe*, pp. 205-253 ; Ph. NEMO, Préface de F.A. HAYEK, *Droit, liberté, législation. Vol.2 Le mirage de la justice sociale*, PUF, 2013, p. 30.
[677] P. ROSANVALLON, *Le libéralisme économique. Histoire de l'idée de marché*, Seuil, p. II.
[678] *Ibid.* L'auteur voit dans le concept de « marché » de la littérature du XVIII[e] siècle non pas une question « technique » mais un concept sociologique et politique.

alternatif »[679], essentiellement indépendant « des formes de pouvoir et d'autorité »[680], qui constitue une critique de l'État[681]. Cette représentation est soutenue par l'incompatibilité *per se* que les économistes classiques identifient entre l'économie et toute forme d'« organisation artificielle »[682], y compris étatique. En ce sens, la nature de « construit » théorique du concept de marché, ainsi que sa contingence, sont occultées.

Le mouvement d'autonomisation scientifique de l'économie suit le schéma décrit par Niklas Luhmann, d'une autonomisation d'un sous-système social à travers l'assignation d'une fonction spécifique[683]. Le sous-système économique s'assigne la fonction de la liberté, ce qui le situe à la fois en *parallèle* et en *concurrence* avec le système juridique étatique[684] s'agissant des prétentions de régulation sociale[685]. De plus, lorsque l'épistémologie juridique orthodoxe privilégiera une approche interne, technique, elle-même ouvre la voie pour que l'économie s'inscrive dans la téléologie des « fins intermédiaires » du droit[686].

Il est par conséquent possible de placer l'autonomisation scientifique de l'économie dans une dynamique théorique qui va « détacher l'économie politique de ses sources juridiques originelles »[687]. En même temps, la théorie économique va « boucler »[688] sur le droit en renforçant le fondement téléologique des principes tels que la liberté contractuelle[689].

---

[679] *Id.*, p. IV.
[680] *Ibid.*
[681] J.-M. DANIEL, « Libéralisme » préc., « Le libéralisme des origines critique l'État colbertiste […] Jusqu'en 1914, l'économie européenne évolue selon une référence théorique faisant du marché la solution aux problèmes, et de l'État un problème en soi ».
[682] M. LETER, « Éléments pour une étude de l'école de Paris (1803-1852) », *in* Ph. NEMO, J. PETITOT, *Histoire du libéralisme en Europe*, préc., pp. 429-509, spéc. p. 446 : « l'école de Paris est définie par la présence exclusive d'économistes, de juristes, d'historiens et de sociologues libéraux, pour qui une économie non libérale ne relève pas de l'économique mais d'une « organisation artificielle » qui perturbe les lois de l'économie conçues comme naturelles. À cette époque, l'expression « économiste libéral » que nous employons aujourd'hui aurait donc été perçue comme une tautologie ».
[683] N. LUHMANN, « L'unité du système juridique », préc., p. 180. V. *supra* n°119.
[684] Sur la fonction libérale de l'imputabilité juridique v. *supra* n°58.
[685] P. ROSANVALLON, *Le libéralisme économique. Histoire de l'idée de marché*, préc., p. II.
[686] V. *supra* n°111.
[687] B. OPPETIT, « Droit et économie », APD 1992. 17, spéc. p. 18.
[688] V. *supra* n^{os} 19 et 41.
[689] V. D. RYAN, Review of P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, Oxford 1979, Australian Journal of Law & Society, 1982, vol. 1, n°1, pp. 125-131, spéc. p. 127.

Cette systématisation alternative de la société se cristallise à la fois en tant que liberté du commerce (concurrence) sur le plan interne, ainsi qu'en tant que libre-échange au niveau du commerce international[690], qui se présente comme une meilleure alternative à la guerre[691]. Les prémisses pour la privatisation de l'appréhension juridique du commerce international sont ainsi assurées à la fois au niveau téléologique et technique[692].

127. **L'ignorance du conventionnalisme scientifique. La liberté, valeur sécrétée par le concept de marché.** L'affirmation de l'économie comme la « science des échanges »[693] conduit à la notion de marché comme forme de systématicité. Cependant, du point de vue méthodologique, si le concept a la base l'induction à partir d'un phénomène observable, son traitement selon une épistémologie scientifique orthodoxe va couper les vertus du concept de l'observation synchronique de la réalité économique. L'approche scientifique de l'économie va emprunter la méthodologie propre au phénomène scientifique à l'époque. En ce sens, avant la mise en évidence du conventionnalisme scientifique au début du XX^e^ siècle, on procédait par la construction des hypothèses par voie inductive et leur démonstration par voie déductive. Au XIX^e^ siècle, la liberté commerciale apparaît pour les économistes « comme une déduction logique des raisonnements antérieurs »[694], à travers une démarche correspondant à l'épistémologie scientifique de l'époque, c'est-à-dire à travers « un processus de rectification par la raison de ce que nous donne à croire notre perception de la réalité »[695]. Les régularités du marché ne correspondent plus à son observation empirique, mais procèdent d'un marché idéal épuré à titre scientifique et fondé sur une perspective micro-économique, « atomisée »[696] de

[690] J.-M. DANIEL sous « Libéralisme » *in Dictionnaire de l'économie*, préc.
[691] *Ibid.*
[692] V. *infra* n^os^ 293s.
[693] B. OPPETIT, « Droit et économie », préc., p. 18.
[694] G. KLOTZ, Y. BRETON, « Jules Dupuit : de la nécessité des lois en économie », préc., p. 229.
[695] *Id.*, p. 228.
[696] D. RYAN, Review of P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, préc., p. 127 : « Disciples of Bentham and Ricardo supported individualism and an atomistic theory of society. "Political economy", as Atiyah points out, abjured empiricism in favour of *a priori* principles derived from the model of the free market with its perfect competition. The theory was that market forces, the combination of supply and demand, would allow an individual to best allocate his resources to ensure his happiness. The sum of such individual optimal allocations was to be collective happiness ».

la société. Cette rationalisation qui caractérise l'épistémologie scientifique orthodoxe semble avoir également contagionné le fonctionnement du marché postulé par la théorie économique, qui procède de l'hypothèse du principe de rationalité individuelle.

128. **Le lien consubstantiel entre le marché et la rationalité. La rationalité économique : forme de causalité scientifique**. La notion de rationalité est un « postulat fondateur en économie »[697], dans sa dimension « à la fois positive et normative : il s'agit de déterminer ce qu'est un comportement économique rationnel mais aussi ce qu'il devrait être »[698]. En ce sens, le concept peut être rapproché fonctionnellement de la notion de causalité scientifique. Le modèle économique du marché comprend les relations qui s'établissent sur la base du principe de rationalité[699], défini comme « la propension à préférer plus à moins, à obtenir la plus grande satisfaction à partir de ressources données ou, ce qui est équivalent, à atteindre un objectif donné avec le minimum possible de ressources »[700]. Les conditions de ce principe sont, d'une part, la transparence et d'autre part, la nature asociale de l'environnement dans lequel il se manifeste[701]. Cette forme de rationalité économique correspond à ce que les économistes ont classifié en tant que « *rationalité forte* (ou parfaite) [qui] suppose des individus ayant un accès parfait aux informations adéquates, une capacité de calcul et de traitement des informations optimale, au point que, dans la phase instrumentale, ils prennent les meilleures décisions, celles qui maximisent le résultat obtenu compte tenu des moyens disponibles »[702]. En ce sens, le principe de rationalité en tant que forme de causalité scientifique fonde *un* modèle de marché qui conduit, par la somme mathématique des choix individuels rationnels, à la maximisation du bien social. Ce paradigme de la rationalité forte, substantielle, issue d'une approche microéconomique a été consolidé par l'économie néoclassique (devenue orthodoxe) à travers l'autorité scientifique de son

[697] N. BERTA sous « Rationalité » *in Dictionnaire de l'économie*, préc.
[698] *Ibid.*
[699] B. GUERRIEN sous « Marché » *in Dictionnaire de l'économie*, préc.
[700] *Ibid.*
[701] N. BERTA sous « Rationalité » *in Dictionnaire de l'économie*, préc. : « la rationalité individuelle la plus simple suppose que l'individu prend sa décision dans un environnement donné, connu et sur lequel il n'a pas d'influence ou, plus précisément, sur lequel il pense ne pas avoir d'influence ».
[702] J. GÉNÉREUX, *Les vraies lois de l'économie*, préc., p. 206.

allégeance mathématique[703]. En revanche, le retour des recherches empiriques indiquait l'émergence hétérodoxe d'une conception procédurale et limitée de la rationalité.

129. **La découverte de la rationalité procédurale, limitée.** À partir de la seconde moitié du XX^e^ siècle, les travaux d'Herbert Simon orientent l'étude de la rationalité économique de sa dimension idéale vers sa dimension positive, en tant que « rationalité limitée » et de nature « procédurale »[704], compte tenu des coûts pour l'analyse de l'information ainsi que de la variabilité de l'environnement inter-social[705] : L'*homo economicus* redevient ainsi tout d'abord humain, la connaissance et le calcul absolus lui sont inaccessibles par définition, son choix rationnel devient un « choix raisonnable étant donné les connaissances partielles disponibles sur l'environnement »[706] et le temps limité pour prendre une décision[707]. Selon cette perspective nouvelle, la rationalité procédurale ne garantit pas la rationalité substantielle : « *l'erreur individuelle peut être la plus élémentaire conséquence d'un comportement rationnel. Une procédure rationnelle de décision peut en effet conduire à un résultat sous-optimal, voire contraire à l'objectif recherché, quand l'information qui la fonde est imparfaite* »[708].

Par son approche, Herbert Simon réintroduit l'empirisme qu'il appelle « expérience commune » (*common experience*)[709] comme méthodologie pertinente pour la science économique, au moins pour la construction des

---

[703] *Id.*, p. 217. V. *aussi* p. 220s : « L'hypothèse de rationalité forte est donc nécessaire aux théorèmes de l'économie du bien-être qui prétendent fonder scientifiquement la supériorité des marchés concurrentiels. [...] le courant dominant a préféré appauvrir son hypothèse fondatrice pour qu'elle reste compatible avec les deux projets qui constituent son unité – et donc sa force – politique et scientifique : démontrer la supériorité naturelle d'un système fondé sur la libre recherche de l'intérêt individuel et mettre les comportements en équations pour élever les lois de l'économie au rang de théorèmes mathématiques incontestables ».

[704] La parenté des concepts est attribué à Herbert Simon - J. GÉNÉREUX, *Les vraies lois de l'économie*, préc., p. 219. V. aussi H. A. SIMON, « A Behavioral Model of Rational Choice », The Quarterly Journal of Economics, Vol. 69, No. 1. (Feb., 1955), pp. 99-118.

[705] N. BERTA sous « Rationalité » *in Dictionnaire de l'économie*, préc. V. aussi C. QUINET, « Herbert Simon et la rationalité », Revue française d'économie, 1994. 133.

[706] N. BERTA sous « Rationalité » *in Dictionnaire de l'économie,* préc.

[707] J. GÉNÉREUX, *Les vraies lois de l'économie,* préc., p. 219s. : « dans un monde complexe et incertain, il n'est pas rationnel de passer ses journées à essayer en vain de ne pas se tromper ».

[708] *Ibid.*

[709] H. A. SIMON, « A Behavioral Model of Rational Choice », préc., spéc. p. 100.

hypothèses[710]. En ce sens, la théorie économique est reliée au marché positif, souci partagé également par l'économie expérimentale[711]. De plus, la pertinence de la dimension psychologique de l'acteur économique pour le concept de rationalité, caractérise les théories de l'économie comportementale (*Behavioral Economics*), qui sont restées hétérodoxes au XX^{e} siècle. Cependant, malgré les avancées des théories économiques pour rendre compte des phénomènes d' « insoumission » du marché aux « lois » économiques, y compris le problème de l'aléa moral, le paradigme néoclassique de la rationalité forte est resté orthodoxe au moins jusqu'à la crise financière de 2008. Dans quelle mesure a-t-il été étayé à la fois par sa propre méta-normativité et par son incorporation dans le droit positif ?

Section II : La revendication d'une primauté normative

130. **Le problème de la répartition des fonctions de connaissance et d'ordonnancement du marché positif entre le droit et la science économique.** L'existence d'une « action réciproque du juridique sur l'économique »[712], bien qu'identifiée par la doctrine juridique comme dialectique[713], mérite d'être analysée sur le terrain des représentations. L'économie néoclassique, dotée d'un appareil méthodologique mathématique, a acquis et par la suite renforcé son autorité scientifique. Cette théorie a fourni un modèle de fonctionnement du marché à titre de connaissance de la société, mais ne semble pas s'être borné à cette fonction. La systématisation économique fondée sur les concepts de marché et de rationalité présente une vocation totalisante[714] parce que « tous les aspects de la vie humaine […] peuvent faire l'objet d'un marché »[715]. Dans le langage de Karl Polanyi, au lieu que l'économie soit intégrée (*embedded)* à la société, c'est la société qui est intégrée

[710] *Ibid.*
[711] J.-L. RULLIÈRE sous « Économie expérimentale », *in* Universalis éducation (en ligne), Encyclopædia Universalis.
[712] B. GOLDMAN, « Droit et sciences économiques », préc., p. 107.
[713] P. CATALA, « Les lois du marché », *in Mélanges Ghestin*, 2001, pp. 201-215, spéc. p. 201 : « [Les lois du droit et de l'économie] sont, sinon en conflit ouvert, du moins en situation de dialectique permanente ». Dans le même sens v. M.-A. FRISON-ROCHE, « Droit et marché : évolution », préc., p. 268.
[714] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché », préc., n°9, p. 291.
[715] G. FARJAT, *Pour un droit économique,* PUF, 2004, p. 24.

à l'économie[716]. En ce sens, le marché réclame une primauté épistémologique par rapport à d'autres formes de systématisation, issues à la fois des sciences de la nature et de la société. Car du fait que l'économie de marché applique la fiction de la marchandisation à la fois à la nature et à la société[717], cette théorie remet en cause la distinction entre les deux. De ce fait, elle acquiert la vocation de fournir *simultanément* les fonctions de connaissance et d'ordonnancement de la société. *Quid* du droit ?

Goldman formule le problème en termes d'« une évolution de la nature même du droit en fonction des enseignements ou des recettes que fournirait la science économique »[718]. Porteuse d'une idéologie politique de liberté et de richesse, l'économie de marché produit une légitimité scientifique apte à se substituer à la légitimité politique (actuellement démocratique), de la même manière que cette dernière avait remplacé la légitimité transcendantale (issue des dogmes religieux)[719].

Cette substitution peut rester invisible pour la théorie juridique lorsque la systématisation kelsennienne a survécu pour l'orthodoxie juridique exclusivement dans sa composante de légitimation « par le haut » à travers la norme fondamentale. Pour la révéler, il faut confronter la légitimation « par le bas » produite par l'économie de marché avec la microdynamique du système juridique précédemment identifiée[720]. D'une part, la positivation du « devoir être » par le système juridique est concurrencée par une positivation issue du marché (§1). D'autre part, du point de vue théorique, il faut explorer le rôle réclamé par la rationalité économique dans le raisonnement juridictionnel qui sert à établir la représentation de l'imputation (§2).

---

[716] K. POLANYI, *op.cit.,* p. 60 : « the control of the economic system by the market is of overwhelming consequence to the whole organization of society : it means no less than the running of society as an adjunct to the market. Instead of economy being embedded in social relations, social relations are embedded in the economic system ».
[717] *Id.*, p. 71s.
[718] B. GOLDMAN, « Droit et sciences économiques », *in* Le droit, les sciences humaines et la philosophie, XXIX[e] Semaine de synthèse du Centre international de synthèse, Librairie Philosophique J. Vrin, 1973, pp. 105-117, spéc. p. 109.
[719] G. FARJAT, *Pour un droit économique,* préc., p. 25 : « La légitimité économique ne tend-elle pas à remplacer la légitimité démocratique, qui avait elle-même succédé à la légitimité religieuse (la monarchie de droit divin) ? ».
[720] V. *supra* n[os] 23 et 84s.

§1. Le maintien du marché comme téléologie

131. **Hayek c. Kelsen.** La critique adressée par l'auteur de la théorie pure du capital[721] à l'auteur de la théorie pure du droit est révélatrice pour la concurrence entre le droit et l'économie de marché quant à la primauté en ce qui concerne l'ordonnancement de la société. La théorisation du marché en tant que source de normativité est doublée par l'autorité scientifique (la méta-normativité) dont bénéficie la science économique. Par conséquent, la prééminence du droit positif comme mode de régulation sociale, en tant qu'« ordre normatif centripète »[722], est remise en cause. La déconstruction de cette contestation permettra d'identifier les divers plans épistémologiques sur lesquels elle s'articule.

132. **Une légitimation « par le bas »[723].** Une lecture formaliste de Kelsen conduit Hayek à lui reprocher l'absence de critère de distinction « entre un système juridique dans lequel la *Rule of Law* […] prévaut, et d'autres où ce n'est pas le cas »[724]. Le positivisme juridique est qualifié de « simplement idéologie du socialisme […] et de l'omnipotence du pouvoir législatif »[725], par utilisation du pouvoir de la représentation historique de l'arbitraire institutionnalisé[726]. L'anti-idéologie déclarée de Kelsen qui correspond à une relativisation des valeurs consacrés par le droit positif[727] est contestée comme l'absence de recherche de tout critère de justice par le positivisme[728]. En revanche, Hayek identifie les « règles de juste conduite » en tant que « règles indépendantes de tout objectif, qui concourent à fonder un ordre spontané […] à la base d'une « société de droit privé » et qui rend possible une Société Ouverte »[729]. En ce sens, pour Hayek un « ordre de droit » n'est pas « n'importe quel ordre imposé

[721] F. A. HAYEK, *The Pure Theory of Capital*, 1941.
[722] S. BOLLÉE, « Retour au Cap des Tempêtes », *in Mélanges Mayer,* LGDJ, 2015, pp. 65-76, spéc. p. 70. Cependant, pour cet auteur ce n'est pas la représentation de l'imputation qui joue le rôle essentiel dans la représentation de la prééminence du droit par les sujets de droit, mais bien « autres raisons ».
[723] V. *supra* n°23.
[724] F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté,* vol.2 : *Le mirage de la justice sociale*, trad. R. Audouin, PUF, 2e éd., 1986, p. 59.
[725] *Id.*, p. 63.
[726] V. *supra* n°76.
[727] V. *supra* n°53.
[728] F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté,* vol.2 : *Le mirage de la justice sociale*, préc., p. 52.
[729] *Id.*, p. 37.

par voie d'autorité, mais un ordre engendré par l'obéissance des individus à des règles de juste conduite »[730].

Parallèlement, ce qui est appelé « l'ordre de marché ou catallaxie »[731] est affranchi de l'adjectif économique à cause de ses implications téléologiques, c'est-à-dire la poursuite d'un objectif à travers la bonne gestion[732]. Hayek est a-téléologique : « le *kosmos* du marché n'est ni ne peut être ainsi gouverné par une échelle unique d'objectifs; il sert la multitude des objectifs distincts et incommensurables de tous ses membres individuels »[733]. La Grande Société de Hayek est « une communauté par les moyens et non une communauté pour les fins »[734]. L'ordre qui en résulte est spontané, « engendré par l'ajustement mutuel de nombreuses économies individuelles sur un marché »[735], et correspond à une « société libre […] sans hiérarchie commune de fins particulières »[736]. En ce sens, Hayek oppose à la légitimation « par le haut » de Kelsen (la norme fondamentale) une légitimation « par le bas » (l'économie individuelle).

La spécificité normative de cet ordre spontané est de résulter des « actes de gens qui se conforment aux règles juridiques concernant la propriété, les dommages et les contrats »[737]. En ce sens, la propriété privée, la responsabilité civile et la liberté contractuelle apparaissent comme une communauté de droit au sens technique, de moyens fournis aux sujets de droit. Ces moyens ont rendu possible l'échange valorisé en tant que lien social par les théories économiques[738], idée qui se retrouve également chez Hayek sous la forme d'une collaboration sociale dans l'ignorance et détachée de l'emploi stratégique de la technique juridique[739].

133. **Une revendication normative.** Hayek identifie dans le droit civil un ensemble de *techniques* fournissant les *moyens* d'action économique aux sujets

[730] *Id.*, p. 56.
[731] *Id.*, p. 129s.
[732] *Ibid.* V. *supra* n° 119 pour les connotations étymologiques de l'économie.
[733] *Id.*, p. 130.
[734] *Id.*, p. 133.
[735] *Id.*, p. 131.
[736] *Ibid.*
[737] *Ibid.*
[738] V. *supra* n°126.
[739] F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté,* vol.2 : *Le mirage de la justice sociale*, préc., p. 132 : « Dans la Grande Société, nous contribuons tous en fait, non seulement à la satisfaction de besoins que nous ignorons, mais parfois même à la réussite de desseins que nous désapprouverions si nous en avions connaissance ».

de droit. En ce sens, cette branche n'apparaît pas comme un droit simplement posé au sens du positivisme juridique, mais comme un droit qui satisfait les besoins d'une vie commune et porteur de la liberté individuelle, qui a rendu possible la positivation de la Grande Société[740] qui sous-tend l'idéal d'« un ordre pacifique mondial »[741]. Pour préserver cette liberté lorsque l'État a monopolisé la contrainte juridique, Hayek revendique son abstention quant à la détermination d'un « devoir être » substantiel : « l'ordre de la Grande Société doit forcément être réalisé à travers l'observance de règles abstraites et indépendantes de tout objectif »[742]. La justice n'est pas une question de « résultats qu'une action particulière entraînera en fait »[743], ce qui signifie que l'appréhension juridique d'un comportement *doit être* détachée de son usage stratégique.

L'adoption de nouvelles règles doit se borner à un « test négatif d'injustice »[744] visant à éliminer celles qui ne sont pas cohérentes avec le corpus qui soutient l'ordre spontané[745]. Pour Hayek, « l'emploi de la contrainte ne se justifie que là où elle est nécessaire pour protéger le domaine privé de l'individu contre le trouble causé par autrui »[746]. En ce sens, les règles doivent protéger la sphère privée d'action du sujet de droit, y compris dans sa dimension intersubjective, sans pour autant fixer un contenu substantiel de cette sphère. Il s'ensuit que la condition pour la mobilisation de la contrainte juridique consiste dans l'articulation d'un conflit intersubjectif. Dans cette perspective, lorsque le conflit ne s'articule pas, les sujets de droits demeurent protégés.

---

[740] *Id.*, p. 47.
[741] *Id.*, p. 68.
[742] *Id.*, p. 47.
[743] *Id.*, p. 47.
[744] *Id.*, p. 64.
[745] *Id.*, p. 64 : « Historiquement, pourtant, c'est la quête de la justice qui a engendré le système de règles génériques qui, à son tour, est devenu le fondement et la protection de l'ordre spontané en voie de développement. Pour faire apparaître un tel ordre, l'idéal de justice n'a pas besoin de définir le contenu spécial des règles qui peuvent être regardées comme justes (ou du moins, non injustes). Le nécessaire est simplement qu'un critère négatif nous permette d'éliminer progressivement les règles qui s'avèrent être injustes parce qu'elles ne sont pas universalisables à l'intérieur du système des autres règles dont la validité n'est pas contestée. »
[746] *Id.*, p. 68.

134. **Le marché comme téléologie.** Hayek rejette la qualification de sa théorie comme relevant de la doctrine du droit naturel[747], même si les théories du marché s'y apparentent[748]. L'approche adoptée est présentée comme une troisième voie par rapport au positivisme et au jusnaturalisme et est appelée « méthode évolutionniste d'analyse du droit »[749]. En ce sens, sa marque distinctive semble être l'absence d'une téléologie, soit-elle d'origine humaine ou transcendantale. Cependant, la critique qu'il avait adressé à Kelsen s'agissant du caractère idéologique d'une anti-idéologie[750] est *mutatis mutandis* applicable dans son cas. La prétention que le droit civil en tant que droit a-téléologique soutient et *doit* soutenir l'ordre spontané du marché équivaut au postulat du maintien du marché comme téléologie juridique, ce qui dépasse la sphère du droit privé. Le marché s'identifie à une « fin intermédiaire » insusceptible d'amélioration, non seulement à défaut d'accord sur une hiérarchie de valeurs, mais parce que de telles hiérarchies caractérisent la « société tribale unie par des objectifs (ou téléocratie) »[751].

La prétendue neutralité idéologique à titre scientifique de l'économie[752] est par conséquent incorporée à la téléologie juridique par le biais d'une négation en ce sens, ce qui permet d'éviter la critique qui s'y attache.

135. **Le support juridique de l'ordre spontané.** Hayek prend d'ordre spontané une systématisation conceptuelle du marché qui résulte d'une certaine effectivité du droit civil[753] positif en tant qu'« être ». Il résulte que cette normativité *doit* se reproduire. Cependant, les règles de droit communément

---

[747] Id., p. 70.
[748] H. BOUTHINON-DUMAS, « L'appréhension du marché par le droit », *in* G. BENSIMON (dir.), *Histoire des représentations du marché*, Michel Houdiard, pp. 755-773, spéc. p. 757 : « le marché, lui, est appréhendé sur le mode de la loi naturelle [...] [il] aurait ses lois ».
[749] *Id.*, p. 71.
[750] *Id.*, p. 63.
[751] *Id.*, p. 46.
[752] B. GOLDMAN, « Droit et sciences économiques », préc., p. 113 : Goldman part de l'hypothèse que « la science économique est neutre à l'égard des fins », pour ensuite nuancer cette position : « la science économique […] pose des fins ou en tout cas fournit le choix des procédés pour atteindre certaines fins ».
[753] H. BOUTHINON-DUMAS, « L'appréhension du marché par le droit », *in* G. BENSIMON (dir.), *Histoire des représentations du marché*, Michel Houdiard, pp. 755-773, spéc. p. 758s. L'auteur identifie dans les principes du Code civil ce « droit classique qui sert le marché en l'ignorant » et qui est issu du libéralisme politique de l'époque. V. aussi p. 760 : « Le droit civil économique est le sous-bassement juridique du marché mais il n'est pas que cela. »

admises (de droit privé) par lesquelles Hayek étaye sa systématisation, n'ont rien d'intrinsèquement spontané. C'est le « libéralisme économique triomphant au début du XIX^{e} siècle, d'où découlerait le caractère absolu de la propriété, la liberté des contrats et la responsabilité des entrepreneurs »[754]. Ainsi, « le libéralisme est lui-même un fait construit, notamment construit par le droit »[755]. La remarque n'est pas singulière, car Goldman observait par exemple que l'apparition des entreprises de grande taille (à la base des groupes de sociétés) est le résultat de « l'évolution du droit des sociétés [qui] a conduit, dès 1930, à faciliter les fusions de sociétés »[756]. Ce qui apparait donc à Hayek comme « spontané » est effectivement, dans une analyse qui couvre une temporalité qui dépasse l'instantané et la contemporanéité, le résultat d'une construction juridique.

136. **La subjectivisation du caractère légitime des attentes normatives.** La conformité qui sous-tend l'ordre spontané résulte des règles juridiques qui, dans la vision de Hayek, *doivent se* borner à ne prescrire aucun comportement, mais seulement à habiliter les individus à poursuivre leur propre « économie ». Au modèle de la compétence institutionnalisée, Hayek substitue une compétence anonyme[757], mais une *compétence* néanmoins et non une simple liberté « naturelle »[758]. Il y a en ce sens un déplacement épistémologique qui fait que la construction théorique du marché en tant qu'ordre spontané « boucle »[759] sur la normativité du droit, qui se retourne contre elle-même.

Chez Hayek, la représentation de la norme vise les possibilités d'agir ou « de l'avoir lieu de choses »[760] : « la fonction primordiale des règles de juste conduite

[754] B. GOLDMAN, « Droit et sciences économiques », préc., p. 106, faisant référence aux travaux de M. Houin en ce sens.
[755] M.-A. FRISON-ROCHE, « Droit économique, concentration capitaliste et marché », *in Mélanges Farjat,* pp. 397-403, spéc. p. 401.
[756] B. GOLDMAN, « Droit et sciences économiques », préc., p. 111.
[757] V. *supra* n^{os} 68s.
[758] V. J. BAKAN, « The Invisible Hand of Law : Private Regulation and the Rule of Law », préc., p. 284 : « [...] it is helpful to return to the work of legal realist scholars who, nearly a century ago, revealed the public legal underpinnings of private economic power. The allegedly private, free, and voluntary market imagined by *laissez-faire* ideas, they argued, was in fact dependent upon coercive state power in the form of property and contract law, meaning the market was no less "public" than the regulatory regimes constraining it in aid of public interests».
[759] V. *supra* n°19.
[760] P. AMSELEK, *Cheminements philosophiques…,* préc., p. 62. V. *supra* n°61.

est ainsi de dire à chacun ce sur quoi il peut compter, quels objets matériels ou services il peut utiliser pour ses projets, et quel est *le champ d'action* qui lui est ouvert »[761] (c'est nous qui soulignons). Cependant, la question des *limites de légitimité dans l'utilisation des moyens* reste ouverte. C'est la raison pour laquelle, en pratique, face aux excès des marchés, le droit économique, y compris le droit de la régulation financière, est apparu. Néanmoins, pour Hayek la question se résout à travers le droit de la responsabilité civile[762], source de la représentation de l'imputation.

En ce sens, Hayek remplace la protection juridique des intérêts avec la protection des attentes légitimes[763], ce qui *devrait* « canalis[er] les efforts de tous vers la recherche d'accords de gré à gré »[764]. D'où il résulte que la sécurité juridique devient réifiée par le contrat, qui s'impose comme seule dimension pertinente pour l'appréciation du caractère légitime des attentes qui méritent la protection juridique.

137. **Conséquences.** Premièrement, puisque la mobilisation de la contrainte juridique est réservée au cas du conflit intersubjectif (lorsque la liberté d'autrui est enfreinte), le problème d'un « devoir être » à titre d'imputation ne peut se poser qu'*ex post* au dommage, et non à titre préventif. En absence de la survenance d'un dommage, de nature contractuelle ou extracontractuelle, le conflit qui justifierait la mobilisation de contrainte juridique ne s'articule pas.

Deuxièmement, lorsqu'un litige est porté devant le juge, le maintien du marché se retrouve à la fois dans la composante déductive du raisonnement[765], ainsi que dans les arguments pragmatiques à effet éliminatoire : les solutions contraires à la sécurité juridique (désormais subjective et essentielle au maintien du marché) deviennent inacceptables *per se*.

---

[761] F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté,* vol.2 : *Le mirage de la justice sociale*, préc., p. 44.
[762] *Id.*, p. 131. V. *supra* n°132.
[763] *Id,* p. 133. V. *supra* n°132.
[764] *Id.*, p. 150. Sur la cristallisation du marché global des dérivés à travers les contrats-cadre sur des opérations de gré-à-gré v. *infra* n^{os} 316s.
[765] F.A. HAYEK, *Droit, liberté, législation. Vol.2 Le mirage de la justice sociale*, préc., p. 60 : « pour le juge, la question de savoir si une certaine règle est valide ne peut trouver de réponse par une déduction logique de l'acte qui lui a donné pouvoir d'ordonner l'application de la règle, mais seulement par référence aux implications d'un système de règles qui, en fait, existe indépendamment de sa volonté et de celle d'un quelconque législateur ».

Les prémisses d'une automaticité invisible et qui se (re)produit dans le raisonnement juridictionnel sont ainsi assurées. Ce glissement a été renforcé par l'analyse économique du droit qui a favorisé la substitution de la rationalité économique au caractère dialectique du raisonnement juridique.

§2. La méta-normativité de la rationalité économique

138. **L'hypothèse d'un critère scientifique pour établir l'imputation.** La recherche d'un critère objectif par les juristes pour établir le contenu des règles juridiques est, dans une certaine mesure, la conséquence de la disparition des fondements de nature transcendantale de la morale en général et du droit en particulier. Le développement de la science économique semble avoir fourni de l'espoir à Gény en ce sens, qui aurait voulu que cette discipline fournisse un tel critère[766]. Cependant, il a fallu attendre le développement d'un fondement micro-économique de la théorie néoclassique pour que le « rêve scientiste de Gény »[767] prenne contours. Les théories fondées sur le marché et la rationalité économique forte se sont montrées aptes à fournir une fin intermédiaire capable de jouer à la fois un rôle technique et téléologique pour la systématisation juridique. Les principes avancés par l'école de l'Analyse économique du droit sont révélateurs pour les revendications établis à titre méta-normatif par l'économie au regard du droit positif et de la science du droit.

139. **L'Analyse économique du droit, une théorie économique.** La théorie de l'Analyse économique du droit est née dans les années 1960 à l'Université de Chicago à partir des travaux interdisciplinaires menés par des économistes[768]. Bien qu'elle se décline sous plusieurs formes et méthodologies[769], un dénominateur commun peut être identifié. L'Analyse économique du droit reste, par ses origines et ses développements, une théorie de la *science économique* sur le droit. Par voie de conséquence, dans la systématisation des données, y compris juridiques, l'économie néoclassique devenue orthodoxe a *imposé* son épistémologie à titre d'autorité scientifique. La méta-normativité de l'économie

[766] C. JAMIN sous « Économie et droit » *in Dictionnaire de la culture juridique*, préc., citant une lettre de Gény adressée à Saleilles en 1896.
[767] *Ibid.*
[768] S. SCHWEITZER, L. FLOURY, *op.cit.,* p. 121.
[769] *Id.*, pp. 123s.

sert comme mode principal de la *connaissance* du phénomène juridique. La doctrine juridique souligne en ce sens l'émancipation de la science économique d'un rôle technocratique que jouait l'économie politique, à une nouvelle méthodologie pour systématiser le droit positif et la science du droit[770]. Cette nouvelle connaissance a bouclé[771] sur la normativité propre au phénomène juridique à travers la revendication d'une prééminence de la rationalité économique dans la détermination du « devoir être ».

140. **L'impact de l'Analyse économique du droit sur le droit privé.** Les caractéristiques de cette *doctrine* telles qu'elles résultent de l'ouvrage représentatif de Richard Posner concernent le problème du coût social de la normativité, y compris s'agissant des règles de responsabilité civile[772]. L'idée centrale est de déplacer le problème de la distribution légitime des droits, d'un espace monopolisé par la théorie juridique, sur le marché ; le système juridique devrait seulement rendre possible cette distribution par le marché à travers la minimisation des coûts de transaction et le caractère cessible des droits[773]. En ce sens, Richard Posner démontre en quoi les règles concernant la propriété, les contrats et la responsabilité civile contribuent au maintien du marché synonyme de l'efficacité économique, dénonçant l'intervention publique[774]. Bref, les règles qui ont permis la création des marchés (ce qui « est ») *doivent* renforcer les mécanismes du marché indifféremment d'autres considérations, car le critère de l'efficience que le marché *produit en soi* suffit, sans qu'il y ait besoin de corrections. En ce sens, la rationalité économique forte de l'économie néoclassique avec ses bénéfices *automatiques et illimités* est importée comme contrainte épistémologique pour le « devoir être » juridique *à titre exclusif*. Cette méta-normativité boucle sur la représentation de l'imputation de la norme juridique : la légitimité d'une attente normative s'identifie à la compétence

[770] *Id.*, p. 124s.
[771] V. *supra* n°19.
[772] D. H. J. HERMANN, Review of Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (1973), 1974 Wash. U. L. Q. 354, spéc. p. 358s.
[773] *Id.*, p. 359 : « The most significant aspect of the thesis is that it should not matter who held the initial right [...] Without transaction costs, the market would "move" the right to the most highly valued use [...]the legal assignment of rights should be one that will ultimately result in the same distribution of rights that would occur if the market could function properly ».
[774] *Id.*, p. 360-363.

donnée aux acteurs économiques d'agir selon la rationalité économique *supposée* efficiente à la fois au niveau micro et macro.

141. **La vocation à l'exclusivité de l'Analyse économique du droit.** Le problème de savoir à quel niveau du raisonnement juridique s'intègre ou prétend s'intégrer l'Analyse économique du droit est révélateur pour le caractère exclusif auquel tende cette approche. D'une part, cette théorie offre des critères pour l'élaboration des règles de droit, ainsi que pour la construction déductive des hypothèses juridiques. D'autre part, elle peut servir à la construction des arguments pragmatiques, en termes de conséquences[775]. Cette distinction peut être rapprochée à la division identifiée par Richard Posner entre une version formelle et une version pragmatique de l'analyse économique du droit[776]. Cependant, rien dans cette théorie n'empêche que les deux formes se conjuguent dans le raisonnement juridictionnel, éliminant d'autres facteurs qui caractérisent *normalement* le sens assigné aux règles juridiques[777].

En ce sens, Oppetit notait que « ce qu[e l'analyse économique] peut offrir au juriste, c'est une **aide technique à la vérification de ses hypothèses**, et donc une contribution à l'élimination du dogmatisme : mais elle ne saurait se substituer purement et simplement au raisonnement juridique »[778] (c'est nous qui soulignons). Ce type de limitation par rapport à l'usage méta-normatif de la rationalité économique témoigne indirectement du risque de substitution de cette dernière à la dialectique qui caractérise le raisonnement juridictionnel.

---

[775] V. *supra* n[os] 110s.

[776] R. A. POSNER, « Legal Pragmatism », Metaphilosophy, Vol. 35, n°1/2, January 2004, pp. 147-159, spéc. p. 152 : « In the formalist version, legal decisions are deemed sound insofar as they conform to a given economic norm, such as Pareto superiority or wealth maximization. In effect, economic logic is substituted for legal logic, but the structure of law remains logical. In the pragmatic version of economic analysis of law, economic analysis identifies the consequences of legal decisions but leaves it up to the judge or other policy maker to decide how much weight to give to those consequences in the decision-making process. Economics so understood is an empirical social science, not a body of normative doctrine ».

[777] B. GOLDMAN, « Droit et sciences économiques », préc., p. 113 : Goldman avait observé que même en présence d'un rôle technocratique de la science économique, la règle de droit n'est pas soumise exclusivement aux considérations économiques : « la décision qui conduit à la règle de droit n'a pas pour fondement exclusif les enseignements ainsi fournis par la science économique. Cette décision est une décision globale, même dans les matières qui paraissent dépendre le plus étroitement de l'économique, qui intègre des considérations de protection sociale […], des considérations purement politiques […] ; il s'agit d'un ensemble de facteurs qui déterminent la règle de droit, et dans son élaboration intervient une décision qui opère un choix entre ces facteurs ».

[778] B. OPPETIT, « Droit et économie », *préc.*, spéc. p. 26.

L'Analyse économique du droit est par conséquent porteuse d'une *automaticité* du raisonnement juridique lorsque les considérations économiques tendent à égaliser la composante déductive avec la composante pragmatique du raisonnement juridique. Le risque en ce sens correspond également à l'importation de la méta-normativité de la science économique à titre d'ordonnancement, de normativité juridique, le conventionnalisme scientifique demeurant invisible. A cela contribue la caractéristique de la théorie économique néoclassique d'avoir privilégié un modèle idéal de marché. Paradoxalement, lorsqu'un litige survient, la construction des arguments pragmatiques fondés sur le marché *positif* (la réalité économique) serait capable de révéler ses anomalies par rapport au marché idéal. Cependant, cette capacité est annulée par la vocation du concept de marché à servir à la foi de *technique juridique et de téléologie juridique.*

142. **La déresponsabilisation du juge**. Le problème de la primauté donnée « au calcul rationnel sur le raisonnement subjectif »[779] pose, d'une part, le problème de la fusion invisible entre les fonctions de connaissance et d'ordonnancement imparties à la science et au droit. L'absorption de la normativité juridique par la méta-normativité de la science économique devient possible sans remettre *formellement* en cause les processus de positivation. En même temps, le juge est déresponsabilisé : « *les juridictions peuvent se reposer sur l'expert à qui elles donnent la parole et dont la technicité est garante de l'impartialité* »[780]. Le « partage nécessaire des responsabilités »[781] entre le juge et l'expert demeure purement formel.

[779] D. DANET, « La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ? », préc., p. 15.
[780] *Ibid.*
[781] *Id.*, p. 23s.

Conclusion du Chapitre

143. L'essor de la science économique coïncide avec le développement du libéralisme politique. Le marché, concept de l'économie, est porteur d'une idéologie libérale, sécurisant la liberté individuelle des sujets de droit. En même temps, la fonction technocratique assignée à la science économique conduit à un mouvement de légitimation « par le bas »[782] de la normativité. Cette légitimation est renforcé lorsque le marché libéral est systématisé comme modèle scientifique de fonctionnement de la société à travers la notion de rationalité économique. Celle-ci, entendue comme critère d'efficience au niveau micro-économique, joue le rôle de la causalité scientifique du concept de marché, et par conséquent est investie comme vecteur d'efficience au niveau macro-économique par le courant néoclassique de l'économie.

Par rapport à la systématisation juridique, l'économie néoclassique, à titre de courant orthodoxe, a été transposée comme moyen technique de l'ordonnancement d'une société libérale. Cette approche ressort de manière évidente des travaux de Hayek, ainsi que du courant de l'Analyse économique du droit tel que représenté par Richard Posner. Dans ces discours, les concepts de marché et de rationalité, résultats d'un droit privé positif, bouclent sur le processus de la positivation du droit, qui assure la prééminence de sa normativité propre. D'une part, il s'agit d'une présentation anti-téléologique du marché, ce qui masque les revendications téléologiques du concept. D'autre part, la rationalité économique favorise la subjectivisation du caractère légitime d'une attente normative. La conjugaison de ces mutations déclenche une automaticité au niveau du raisonnement juridictionnel. Dans le concept de marché la technique et la téléologie juridique fusionnent, son caractère de fin « intermédiaire » évoluant vers la permanence. Il y a en ce sens une vocation à l'exclusivité que le marché mobilise du point de vue argumentatif : tantôt du côté des hypothèses construites déductivement, tantôt au niveau de l'argument pragmatique à effet éliminatoire. Il s'ensuit qu'au niveau de la sécurité juridique, la légitimité d'une attente individuelle devient fondée exclusivement sur une

[782] V. *supra* n°23.

rationalité économique que le concept de marché (auto)légitime au niveau macro-économique. Cette mutation témoigne d'une régression (décentralisation) normative en termes de la liberté individuelle comme compétence.

Chapitre II : Une dichotomie de régime juridique

144. **Échelle du marché et compétence juridique. L'appréhension *ut singuli* et systémique des relations financières.** L'économie néoclassique soutenant l'économie de marché est consubstantielle au capitalisme, entendu comme la mobilisation du capital en vue de la production[783]. En ce sens, la circulation du capital constitue le moteur de l'économie de marché et suit une logique de marché telle que systématisé par la science économique. Cependant, la notion de marché financier au sens économique est *a priori* indifférente aux compétences juridiques telles qu'elles résultent des systèmes juridiques positifs. Cette « *non-coïncidence entre les territoires de la normativité juridique (frontière, nation, État) et les marchés économiques dont on voudrait réguler le fonctionnement* »[784] appelle une interrogation quant à la dépendance du paradigme de régulation financière, de la compétence juridique positive.

L'évolution de la terminologie du droit financier au XX^e^ siècle témoigne de la dynamique particulière de l'appréhension juridique des relations financières : droit des « valeurs mobilières »[785], « droit boursier », « droit des marchés financiers », « droit financier »[786]. Une *summa divisio* peut être identifiée. D'une part, l'échelle *ut singuli*, individuelle, à travers le rapport de droit pris isolément. D'autre part, l'échelle systémique, à travers le marché maîtrisable par le système juridique. La relation consubstantielle entre le rapport financier et la notion de marché avait été saisie dans la doctrine juridique lorsque la notion de valeur mobilière au sens étroit était rattachée aux « titres qui peuvent être négociés sur les marchés spéciaux dénommés bourses de valeurs »[787]. Sans s'imposer comme *summa divisio* du régime juridique dans la table des matières des manuels de

[783] V. « Capitalisme » *in Dictionnaire historique de la langue française*, préc. : « économiquement, le terme s'applique à toute économie où une grande masse de biens capitalisés est affectée à la production ».
[784] M.-A. FRISON-ROCHE, « Définition du droit de la régulation économique », D. 2004. 129, n°6.
[785] V. O. MOREAU-NÉRET, *Les Valeurs Mobilières*, Sirey, 1939, t. I et II.
[786] Toutes ces expressions seront employées comme synonymes l'une de l'autre en ce qui concerne la discipline juridique concernant la circulation du capital, en particulier « droit des marchés financiers » et « droit financier ».
[787] O. MOREAU-NÉRET, *Les Valeurs Mobilières*, préc., t. I, p. 9.

droit financier[788], cette distinction a été rendue pertinente *ex post* par la crise financière de 2008 à travers le rôle joué par la circulation du capital en tant que « finance de l'ombre » (*shadow banking*). Il s'git des *marchés* de gré-à-gré, où la norme publique s'efface[789]. Par conséquent, il est possible d'observer que ce qui a rendu possible un droit financier d'origine étatique c'est une nationalisation juridique de la notion de marché (Section I), tandis que le rapport financier « hors marché » est devenu synonyme d'une compétence privée d'origine contractuelle (Section II).

Section I : Des marchés financiers nationaux

145. L'appréhension des rapports financiers dans un contexte de marché correspond à une intervention plus ou moins étendue de l'État à travers le droit public ou à travers un corpus de règles qualifié de « droit de la régulation économique » ou « droit public économique ». En tant qu'intervention de l'État dans l'économie, ces règles juridiques visent des objectifs et des moyens qui sont co-déterminés par le processus de connaissance < > ordonnancement du marché financier. La systématisation juridique orthodoxe postulant la positivité du droit étatique détermine les critères de rattachement pertinents pour la délimitation du marché financier, qui devient ainsi visible pour le système juridique (§1). Cette approche systémique permet d'identifier les ressorts des mécanismes juridiques forgés avec l'objectif de sécurité financière (§2).

§1. Les critères de rattachement pertinents

146. **Le marché financier pertinent pour le droit : un problème du droit positif et de la positivation du droit.** La notion de marché peut être pertinente

[788] Mais présente néanmoins indirectement : v. F. DRUMMOND, Y. SCHMIDT, « Les manifestations en droit financier », préc., n° 9, p. 23 : « À première vue, le secteur financier apparaît comme l'un des domaines les plus étroitement contrôlé par les pouvoirs publics, car l'un des plus sensibles (…) c'est vrai pour les marchés réglementés, ce ne l'est pas pour les marchés de gré à gré, marchés internationaux, qui ne bénéficient d'aucune reconnaissance officielle d'une autorité nationale ou internationale et sont conçus comme de véritables espaces de liberté où la loi des parties est la seule qui prévaut. »

[789] Th. BONNEAU, F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, Economica, 2010, p. 41. J.-G. d'HÉROUVILLE, « Les marchés réglementés et de gré à gré », *in* Th. BONNEAU (dir.), *La modernisation des activités financières*, GLN Joly Éditions, 1996, pp. 49-56, spéc. p. 50 : « les marchés de gré-à-gré en revanche ne font l'objet d'aucune réglementation publique et ne comportent pas d'organisme de régulation, de contrôle ou de compensation ».

pour le droit à plusieurs niveaux[790]. Selon la dichotomie entre l'approche interne et externe du droit, le marché peut servir, d'une part, d'élément technique dans le présupposé de la règle, ou, d'autre part, d'élément de contexte qui sous-tend la rédaction des règles juridique ou encore qui permet de projeter les conséquences d'un certain « devoir être ». De manière transversale, le langage de la coproduction[791] invite à réfléchir sur les fonctions de connaissance et d'ordonnancement que la notion de marché remplit lorsque le droit est posé est positivé respectivement. Le marché soulève le problème de sa représentation, c'est-à-dire d'*assignation conventionnelle* d'un sens, et rend visible la tension entre le droit et l'économie pour sa définition. Qui est le représentant est qui est le représenté[792] ? Le marché économique *vu* par le système juridique *à un certain moment* dépend en principe de la compétence de ce dernier. Lorsque le marché reçoit une signification juridique, la *connaissance* ainsi fournie aux acteurs économiques (y compris l'État) est susceptible de « boucler »[793] sur le marché *positif* à travers une transformation, dont la *positivation subséquente* du droit *devrait* également rendre compte. Contrairement à ce que Hayek soutient[794], la dynamique du marché économique n'est pas (ou n'est *plus*) spontanée dans la société de la connaissance, elle est influencée dans une large mesure de l'*information* issue du processus de la positivation du droit.

147. **Perspective quantitative et qualitative du marché financier en tant que fondement des règles en matière financière.** Du point de vue économique, le marché financier se rattache à la circulation du capital, donc il est possible d'affirmer qu'*il est là où le capital circule*. Si le rapport de droit résume la bilatéralité, le marché ne résume pas *seulement* la multilatéralité, car il peut être atomique, oligopolistique ou même monopolistique. Le marché financier, comme tout marché économique, peut être à la fois celui du grand nombre de relations et de petits montants, mais également celui du petit nombre de relations et des grands montants. Il est *ce que les acteurs du marché en font* et ce que *le droit leur permet d'en faire.*

[790] H. BOUTHINON-DUMAS, « L'appréhension du marché par le droit », *in* G. BENSIMON (dir.), *Histoire des représentations du marché*, Michel Houdiard, pp. 755-773, spéc. p. 755.
[791] V. *supra* n°18.
[792] M.-L. MATHIEU, *Les représentations dans la pensée des juristes*, préc., pp. 199s.
[793] V. *supra* n^{os} 19 et 41.
[794] V. *supra* n°132.

Pour le système juridique le défi est complexe : à la fois identifier ce qu'*est* le marché financier (comment circule le capital), et imposer ce qu'il *devrait être* (comment devrait circuler le capital). Par rapport à cette question, nous avons montré que les doctrines fondées sur la science économique orthodoxe au XX^e^ siècle ont fait fusionner les fonctions de connaissance et d'ordonnancement du marché[795]. Cela se traduit dans une mutation au sens où le défi du système juridique est susceptible de devenir d'*imposer* que le capital circule *comme* il circule.

Le glissement est également facilité par le fait que la question ontologique du marché financier prévaut sur celle axiologique de sa régulation : les États sont intéressés en premier lieu par *l'existence* ou *l'accès* au marché financier, et de manière secondaire de sa régulation, car réguler au point d'en supprimer l'existence serait contraire au bon sens. L'État a l'intérêt de financer sa dette ou de rendre productif son excèdent, ainsi que d'assurer le financement des acteurs économiques qui contribue à ses recettes. Le moyen pour avoir un certain contrôle sur ce processus réside dans l'organisation d'un marché financier afin d'attirer à la fois l'épargne locale et les investisseurs étrangers, ce qui mène à une concurrence entre les États en ce sens.

La circulation du capital rend difficile son rattachement, qu'il soit territorial ou personnel, public ou privé[796], à travers les compétences étatiques.

148. **La nature des rattachements retenus : l'ordre public et considérations techniques.** Niboyet avait identifié trois fondements pour les règles impératives de droit interne : la nature des choses, des raisons techniques et des considérations d'opportunité[797]. Privilégiant une approche unilatéraliste

[795] V. *supra* n°142.

[796] V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Argent privé, argent public », APD 1997. 197, spéc. p. 198 : « Mais c'est à une révolution plus grande que le droit financier invite, en ce que, pour un marché financier, la distinction entre argent public et argent privé devient indifférente, donc disparaît véritablement ».

[797] J. P. NIBOYET, « La force de la règle de droit en droit français », *Mélanges Sugiyama*, Sirey, 1940, pp. 241-262, spéc. p. 242s. Partant de l'observation que « toute société organisée a besoin d'un certain nombre de règles absolument impératives », Niboyet distribue celles-ci en trois catégories : a) celles d'après la nature des choses (*i.e.* la famille, la propriété) ; b) celles dues à des raisons d'ordre technique (*e.g.* le minimum de réglementation pour la validité des actes juridiques) ; c) celles fondées sur des considérations d'opportunité (ce qui fait que cette catégorie varie aussi bien dans le temps que dans l'espace). Cela ne signifie pas que ces matières sont

(*i.e.* la coïncidence de la compétence législative avec la compétence juridictionnelle), l'auteur poursuit la classification sur le terrain de la compétence internationale, et distingue entre les fondements d'ordre public, des raisons de technicité et des raisons d'opportunité[798]. Les lois de police sont classées dans la dernière catégorie, du fait que celles-ci « présentent un intérêt essentiel pour l'État qui les édicte »[799], qui pour Niboyet est impossible à être préservé à travers une délégation à un autre ordre juridique[800].

Faisant écho à cette approche unilatéraliste, MM. Audit et d'Avout retiennent, comme principaux rattachements pour le droit financier, et implicitement pour le marché y visé, l'ordre public et les raisons techniques : le premier vise le lien territorial avec l'épargne sollicitée, tandis que le deuxième concerne la plateforme de transaction (la bourse traditionnelle, puis le marché réglementé)[801]. Mme Idot observe, par rapport au droit de l'Union européenne, qu'une « localisation par le marché » se décline en rattachements liés à la « mise sur le marché », d'une part, et à « l'effet sur le marché » d'autre part[802]. Ces conceptualisations nécessitent d'être approfondies au regard de la dynamique économique et juridique.

149. **Localisation de la négociation. Bourse, entreprise de marché, contrepartie.** Le rattachement technique à une plateforme de transaction a été de nature territoriale lorsqu'une place financière (la bourse) avait une signification physique, était une « donnée factuelle »[803]. Son maintien a évolué dans l'obligation des entreprises de marché, en tant que sociétés de droit privé

---

entièrement composées de règles impératives, des aspects particuliers pouvant être toutefois régis par la liberté individuelle.

[798] J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, Sirey, 1949, t. VI, n°1718, p. 264.

[799] *Ibid.*

[800] *Ibid.* « En matière d'opportunité, on peut citer l'application des lois de police qui présentent un intérêt essentiel pour l'Etat qui les édicte, et dont les exigences de police ne sauraient être satisfaites, s'il appartenait aux tribunaux d'un autre pays de les appliquer, un peu comme si un pays édictait un règlement de police, mais chargeait la police d'un autre de le faire respecter ».

[801] V. B. AUDIT, L. d'AVOUT, *Droit international privé*, préc., n°1085, p. 956.

[802] L. IDOT, « Le domaine spatial du droit communautaire des affaires », TCFDIP 1992-1993, pp. 145-177, spéc. n°20, p. 150.

[803] A. COURET, H. le NABASQUE *et al.*, *op.cit.,* n°1580, p. 1174,: « La localisation géographique, qui est donc une donnée factuelle et non un élément qualificatif d'une place financière, induit des conséquences en droit, notamment quant à la loi régissant les acteurs du marché ainsi que les opérations réalisées ».

soumises à l'agrément administratif pour gérer des marchés réglementés, d'avoir effectivement la nationalité locale[804]. Cependant, cette organisation étatique de la circulation du capital à travers les marchés réglementés n'assurait pas l'exclusivité quant aux transactions financières, existant la possibilité de dérouler des opérations de gré-à-gré[805].

De plus, dans l'espace européen la première directive MIF[806] entrée en vigueur en 2007, à la veille de la crise financière, a abrogé le monopole des entreprises de marchés en ce qui concerne l'organisation des plateformes de transactions, ainsi que l'obligation de concentration des ordres[807]. De nouvelles formes d'organisation des négociations (les systèmes multilatéraux de négociation (MTF) et l' « internalisation » des ordres) sont apparues, avec la possibilité d'être gérées par des prestataires des services d'investissements. Le rattachement à travers la nationalité de ceux-ci (lieu d'enregistrement et direction effective) ressort des conditions d'agrément dans les pays de l'espace économique européen[808].

C'est à travers les conditions d'agrément qu'un droit financier étatique peut « nationaliser »[809] le régime juridique applicable aux plateformes gérés par ces sociétés. La directive MIF refondue renforce cet outil en condamnant l'arbitrage

[804] L. 421-2 CMF : « (…) Lorsque l'entreprise de marché gère un marché réglementé régi par les dispositions du présent code, son siège social et sa direction effective sont établis sur le territoire de la France métropolitaine ou des départements d'outre mer ou de Saint-Barthélemy ou de Saint-Martin. »

[805] V. *infra* n°159.

[806] Directive 2004/39 du 21 avr. 2004 concernant les marchés d'instruments financiers.

[807] A. COURET, H. le NABASQUE *et al.*, *op.cit.*, n°59, p. 47 : « jusqu'en 2007, les marchés réglementés en France étaient protégés par le principe de concentration des ordres qui donnait la possibilité à un État d'exiger que les transactions qui répondent à des critères définis soient obligatoirement effectuées sur un marché réglementé. La mise en œuvre de ce principe contenu dans l'article L. 421-12 ancien du Code monétaire et financier avait pour objectif de favoriser les marchés réglementés, de ce fait, ils occupaient une place centrale dans le système français. Ce principe a disparu depuis la transposition de la directive 2004/39/ CE […]».

[808] V. considérant n°46 de la Directive MIF refondue (Directive 2014/65/UE du Parlement Européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE (refonte)) : « [...]*Une entreprise d'investissement qui est une personne morale devrait être agréée dans l'État membre où se trouve son siège statutaire. Une entreprise d'investissement qui n'est pas une personne morale devrait être agréée dans l'État membre où est située son administration centrale. Par ailleurs, les États membres devraient exiger que l'administration centrale d'une entreprise d'investissement soit toujours située dans son État membre d'origine et qu'elle y opère de manière effective.* ». Pour le droit français v. art. L 532-2 1° CMF.

[809] Sur les mécanismes de « (re-)nationalisation » du commerce international v. *infra* n^{os} 269s.

normatif et indirectement l'abus de la libre prestation de services financiers dans l'espace économique européen[810].

150. **La localisation du public investisseur.** C'est décidemment le public en tant qu'investisseurs potentiels qui est au cœur du marché financier et de son encadrement juridique à travers une réglementation impérative. Plus qu'un « lieu », le marché est une « activité »[811] qui concerne le public. Comme le soulignent MM. Audit et d'Avout, il s'agit d'un rattachement fondé sur la protection des investisseurs : « Le droit financier moderne pourrait sans abus être présenté, à certains égards au moins, comme un droit spécial de la consommation. En effet, indépendamment des aspects techniques de la négociation boursière, le fait du placement public des titres suscite la nécessité de protéger les investisseurs profanes »[812].

Confirmant l'épistémologie orthodoxe de la régulation financière, la qualification de cet ordre public comme étant de protection[813] mérite d'être remise en cause à plusieurs niveaux. Premièrement, face à l'innovation financière, tout investisseur est inévitablement profane au moins dans un premier temps. Deuxièmement, elle favorise une représentation *qualitative* et atomique du marché financier, ce qui est une question contingente. En ce sens l'expérience de la crise financière de 2008 témoigne de l'existence d'un marché économique *quantitativement* supérieur au marché pris en compte par la régulation financière d'origine étatique. Troisièmement, cette approche occulte le fait qu'« une préoccupation d'intérêt collectif est fréquemment sous-jacente

[810] V. considérant n°46 de la Directive MIF refondue, préc. *supra* : « Les principes de la reconnaissance mutuelle et de la surveillance exercée par l'État membre d'origine exigent que les autorités compétentes des États membres ne devraient pas octroyer l'agrément, ou devraient le retirer, lorsque des éléments tels que le contenu du programme d'activité, l'implantation géographique ou les activités effectivement exercées indiquent, de manière évidente, que **l'entreprise d'investissement a opté pour le système juridique d'un État membre afin de se soustraire aux normes plus strictes en vigueur dans un autre État membre sur le territoire duquel elle entend exercer ou exerce la majeure partie de ses activités** [...]» (c'est nous qui soulignons).

[811] H. de VAUPLANE, « Les notions de marché », RDBB, 1993. 62, repère n°36.

[812] B. AUDIT, L. d'AVOUT, *Droit international privé*, préc., n°1085, p. 956. Sur la distinction de la finalité des règles financières par rapport à l'intérêt général de structuration du marché et de la protection de l'épargne respectivement v. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.,* n°1045, p. 599.

[813] F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 10e éd., 2009, n°384, p. 399.

aussi bien aux lois de protection individuelle […] qu'aux lois dont l'application doit être uniforme sur tout le territoire »[814], ce qui *a priori* fait obstacle à l'inclusion de ces règles parmi les mécanismes de sécurité financière[815].

Le problème de savoir si le rattachement au public en tant que marché pertinent est territorial ou personnel est une question distincte de la portée territoriale ou extraterritoriale des règles juridiques, comme l'avait souligné Niboyet[816]. En ce sens, l'absence de rattachement territorial soulève souvent un problème d'effectivité de la régulation financière et de portée extraterritoriale[817].

151. **La localisation des services financiers.** Le problème du rattachement *a priori* territorial du public en tant que marché vise non seulement les règles concernant l'offre publique mais également les obligations des prestataires de services d'investissement[818] en tant qu'intermédiaires. Le caractère réglementé de ces services dérive de leur objet : les instruments financiers[819]. Comme il a été remarqué, « le périmètre de ces services dépendra du devenir de la notion d'instruments financiers »[820], qui désormais se décline en titres financiers et contrats financiers[821].

152. Les rattachements retenus par les droits financiers étatiques limitent la portée des règles dans ce domaine, mais sont à leur tour déterminés par un objectif de sécurité financière. Il convient d'en analyser les mécanismes sous-

[814] P. MAYER, « Les lois de police étrangères », JDI 1981. 277, spéc. p. 292.
[815] V. *infra* n°156.
[816] Sur le fait que la portée de la loi peut être territoriale ou extraterritoriale, aspect distinct par rapport au problème du rattachement territorial / personnel v. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, Sirey, 1944, t. III, n°842s., pp. 5s., spéc. n°843, p. 7: « on identifie à tort, sous un même vocable, d'une part les statuts personnels avec les statuts extraterritoriaux, et d'autre part les statuts réels avec les statuts territoriaux ».
[817] *Morrison v. Nat't Austl. Bank Ltd.*, 130 S. Ct. 2869 (2010). V. *infra* n°360.
[818] Sur la distinction entre le monopole financier et les règles concernant le démarchage financier v. H. BOUCHETEMBLE, W. SANBAR, *Droit des opérations bancaires et financières transfrontalières : Aspects juridiques et pratiques de l'accès au marché français*, RB, 2013, n° 9s., pp. 28s.
[819] La notion de « valeurs mobilières » a été remplacée par un catalogue de « titres », avant l'émergence de la notion d' « instrument financier », qui à son tour privilégie une définition énumérative - V. H. le NABASQUE, Ph. PORTIER, « Les instruments financiers », *in* Th. BONNEAU, *La modernisation des activités financières,* GLN Joly éditions, pp. 27-48, spéc. p.28-29.
[820] V. H. CAUSSE, « Les services d'investissement », *in* Th. BONNEAU, *La modernisation des activités financières,* GLN Joly éditions, pp. 13-26, spéc. p. 15.
[821] Art. L 211-1 CMF.

jacents qui permettraient de « boucler »[822] sur la notion de marché pertinente du point de vue épistémologique pour la positivation du droit.

§2. L'objectif de sécurité financière

153. **Une sécurité opérationnelle à travers divers mécanismes.** Les réglementations financières d'origine étatique poursuivent un objectif de « sécurité financière »[823] ou « sécurité des marchés »[824]. Consubstantielle au droit financier, la notion se retrouve de manière transversale dans la téléologie des divers dispositifs : au niveau institutionnel du mode d'organisation du marché, et au niveau fonctionnel des règles prudentielles et de conduite[825]. La dimension institutionnelle vise principalement la présence du régulateur tandis que la dimension opérationnelle concerne d'une part la transparence du marché financier[826], et d'autre part la compensation multilatérale pour pallier le risque de contrepartie[827]. La protection des investisseurs y figure avec un rôle seulement indirect à travers la confiance qu'elle instaure[828], optique qui fait écran à une influence réciproque entre ce régime et l'objectif de sécurité financière. Il convient par conséquent d'en identifier les ressorts et de la remettre en cause.

154. **Une approche technique du risque juridique. Une sécurité procédurale.** Les règles instaurées par le droit financier visent à assurer (de manière artificielle) les conditions économiques pour que le marché financier produise une allocation optimale des ressources financières à travers la libre concurrence. Le risque juridique est éliminé : d'une part, quant à la formation valable des engagements financiers (à travers les règles de transparence) et

---

[822] V. *supra* n[os] 19 et 41.
[823] A. COURET, « La sécurité financière », préc., pp. 363s. V. *supra* n°28.
[824] *Id.*, p. 364.
[825] G. LECACHEUR, *Les aspects juridiques de la sécurité financière sur les marchés réglementés*, préc.
[826] J. MÉADEL, *Les marchés financiers et l'ordre public*, LGDJ, 2007, p. 22. J.-G. d'HÉROUVILLE, « Les marchés réglementés et de gré à gré », *in* Th. BONNEAU (dir.), *La modernisation des activités financières*, GLN Joly Éditions, 1996, pp. 49-56, spéc. p. 52.
[827] H. De VAUPLANE, « Les notions de marché », Rev. dr. bancaire et bourse, 1993. 62 : « En fait, la différence entre [marché réglementé et de gré à gré] réside dans le critère de la sécurité, car il peut très bien exister des marchés de gré à gré avec des contrats standardisés, et donc liquides. Ce risque de contrepartie – ou insécurité – n'existe pratiquement pas dans les marchés réglementés du fait de l'existence d'une chambre de compensation ».
[828] J. MÉADEL, *op.cit.,* p. 24.

d'autre part quant à l'exécution de ces engagements (à travers les mécanismes post-marché). Les acteurs du marché sont laissés ainsi, le plus possible, à composer avec le seul risque économique. Celui-ci, impossible à éliminer, peut seulement être pallié par sa *transmission*. Les marchés réglementés protègent la sécurité juridique de cette circulation du capital à travers la transparence de l'information, qui rend les acteurs égaux du point de vue informationnel, et à travers l'élimination de l'incertitude quant à la bonne exécution des transactions. Cette élimination du risque juridique sert à assurer, conformément à la théorie économique, que la formation du prix du risque financier (économique) n'est pas affectée par des facteurs juridiques[829]. C'est la raison primordiale qui justifie, pour un auteur, le particularisme (i.e. les dérogations par rapport au droit commun) instauré par le droit financier en ce sens[830].

155. **Les raisons d'une protection des investisseurs.** La protection des investisseurs est envisagée à plusieurs niveaux : par le devoir d'information des prestataires de services d'investissement et des émetteurs, et par les systèmes de garantie des investisseurs[831]. S'agissant du premier volet, l'étendue du devoir d'information est modulée par la majorité des législations en fonction du caractère avisé ou non de l'investisseur. La protection du public en tant que partie faible pour ce qui est des règles concernant le démarchage financier est généralement admise[832]. Cependant, il est possible de regarder l'investisseur non seulement individuellement, mais également collectivement en tant que public-investisseur, facteur de mise en circulation du capital. En ce sens, l'obligation de publier un prospectus concerne non seulement l'admission aux négociations sur un marché réglementé, mais également l'offre au public[833], qui apparaît par conséquence comme *une partie du marché*. En revanche, l'aspect est moins visible s'agissant de la réglementation des services d'investissement dont les

[829] X. LAGARDE, « Le droit des marchés financiers présente-t-il un particularisme ? », JCP G, 2005. 2045
[830] *Ibid.*
[831] Th. BONNEAU, « A propos d'une réforme qui s'est fait attendre ! », *in* Th. BONNEAU, *La modernisation des activités financières,* GLN Joly éditions, pp. 1-11, spéc. p. 9 s'agissant du « dispositif de sécurité des marchés financiers » : règles de compensation et système de garantie des investisseurs.
[832] A. COURET., H. le NABASQUE *et al..*, *op.cit.*, n°1629, p. 1231: « Les lois de police en matière de services d'investissement concernent, au premier chef, la protection de l'épargnant ».
[833] Art. L. 411-1 CMF. Sur cette distinction v. A. COURET., H. le NABASQUE *et al..*, *op.cit.,* n°258, p. 166.

« règles de bonne conduite »[834] servent également la protection des investisseurs[835]. De même que pour les consommateurs, l'épistémologie juridique orthodoxe refuse de voir dans la protection des investisseurs autre que la protection d'un intérêt individuel, confirmant la distinction entre l'ordre public de direction et celui de protection. Cependant, comme il a été observé, « si l'État protège les consommateurs, ce n'est pas tant dans l'intérêt individuel d'un consommateur individuel, mais pour établir des conditions saines sur son territoire »[836].

156. **L'ordre public économique en matière financière.** L'analyse de l'objectif de sécurité financière doit être placée dans le contexte de l'ordre public économique[837] et de ses caractéristiques en droit financier. Deux aspects méritent d'être soulignés à cet égard.

D'une part, il s'agit d'une intervention de l'État dans l'économie à titre de correction sur la base d'une épistémologie inclusive s'agissant des perspectives sur les relations sociales, représentées soit *ex propriis sensibus* soit lorsqu'elles résultent de leur appréhension scientifique, mais en tout cas par plusieurs sciences. En ce sens Goldman observait empiriquement que les règles de l'ordre public économique « intègrent en réalité non seulement des facteurs économiques, mais des facteurs de politique sociale, destinés précisément à compenser les effets qui auraient mécaniquement découlé de l'évolution économique et de l'évolution technique »[838].

---

[834] M.-N. DOMPÉ, « Les règles de bonne conduite », *in* BONNEAU, *La modernisation des activités financières,* GLN Joly éditions, pp. 205-217. L'origine de ces règles est identifiée dans les Principes OICV de 1990.

[835] H. CAUSSE, « Les services d'investissement », *in* Th. BONNEAU, *La modernisation des activités financières,* GLN Joly éditions, pp. 13-26, spéc. p. 21s : « […] certains ajouteraient que de nombreuses règles de structure bénéficient à l'investisseur. Il est vrai que réglementer les prestataires de services améliore indirectement les conditions dans lesquelles seront rendus les services d'investissement ».

[836] C. HAHN, « La liberté de choix dans les instruments communautaires récents Rome I et Rome II ; l'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général », TCFDIP 2006-2008, pp. 187-196, spéc. p. 194.

[837] En ce sens v. G. LECACHEUR, *Les aspects juridiques de la sécurité financière sur les marchés réglementés*, préc., n° 4, p. 7.

[838] B. GOLDMAN, « Droit et sciences économiques », préc., p. 106.

D'autre part, l'ordre public économique a évolué, sous l'influence de l'économie orthodoxe (néoclassique) vers un « ordre du marché »[839] qui renforce la liberté commerciale même artificiellement pour garantir la libre concurrence, mécanisme essentiel de l'économie de marché.

Quoi qu'il en soit, le marché dont ont veut renforcer ou corriger les mécanismes à travers l'ordre public a besoin d'une définition, d'où l'importance de sa *visibilité*. L'approche étatique du marché financier a conjugué les deux aspects sus-mentionnés selon la dichotomie entre l'ordre public de protection et celui de direction. En revanche, cette perspective a renforcé la représentation d'un marché financier atomique comme pertinent pour les économies étatiques, qui est devenu le seul à mériter d'être sécurisé par les dispositions du droit financier. Malgré la présence simultanée de considérations de protection et de direction[840] dans les réglementations financières, l'objectif de sécurité financière qui les sous-tende a été découplé des considérations de protection. Lorsque la représentation atomique du marché financier n'est pas assortie de la possibilité de sa contingence, les dispositions concernant la protection des investisseurs demeurent en dehors du noyau dur des mécanismes de sécurité du marché[841].

157. **Sécurité financière et contingence des marches financiers pertinents pour les États**. Les droits financiers étatiques forgent des règles impératives pour la circulation du capital selon leur compétence internationale. Des marchés sont ainsi appropriés à titre d'*ordonnancement*. Cependant, une approche purement qualitative de la régulation financière ignore la contingence de la structure des marchés financiers potentiellement pertinents pour les États du point de vue quantitatif, connaissance indispensable pour que l'objectif de sécurité financière que les réglementations étatiques s'assignent soit ajusté à travers des nouveaux mécanismes. En ce sens, le degré de protection des investisseurs n'est pas seulement une question à appréhender *ut singuli,* à travers l'égalité des parties, mais se prête à une approche macro-économique en tant qu'élément du marché financier, c'est-à-dire l'offre du capital. La dimension

[839] M. M. MOHAMED SALAH, « Les transformations de l'ordre public économique. Vers un ordre public régulatoire ? », *in Mélanges Farjat*, pp. 261-289, spéc. p. 272.
[840] *Ibid.* V. aussi P. MAYER, « Les lois de police étrangères », JDI 1981. 277, spéc. p. 292.
[841] J. MÉADEL, *Les marchés financiers et l'ordre public*, préf. M. GERMAIN, LGDJ, 2007, pp. 24s.

quantitative du marché est inhérente par exemple à la notion de « placement public » (« offre publique ») qui entraîne l'application des règles du droit financier (e.g. l'obligation de publier un prospectus). Cependant, cette dimension semble avoir été ignorée s'agissant des placements privés, qui constituent des exceptions consacrées à ces règles soit en raison de la qualité avertie des investisseurs, soit en raison de leur nombre. Cependant, la dynamique économique du marché financier pré-crise montre que du point de vue quantitatif, l'exception s'est transformé petit à petit en règle pour la circulation du capital[842]. La naissance de nouveaux marchés financiers pertinents pour les économies nationales a été cependant occultée par une approche *ut singuli* des rapports économiques, convergente avec l'épistémologie micro-économique de l'école néoclassique[843].

Section II : Des rapports financiers contractuels

158. Les marchés financiers que les droits étatiques réglementent n'épuisent pas la sphère économique des relations financières. Il a des transactions « hors marché » rendues possibles par le silence de la loi ou par exemption expresse. Sur le plan juridique, elles se traduisent par des figures contractuelles souvent novatrices, pour lesquelles les questions classiques de validité et d'efficacité du droit des obligations s'appliquent. Leur particularité réside dans la composante économique liée soit par l'objet soit par la finalité à la circulation du capital, qui est susceptible, à travers la logique économique du marché, d'exercer une influence non-négligeable. Il convient de mesurer cette influence en amont de la naissance du contrat, à travers le rôle sécurisant du point de vue économique de l'innovation financière (§1). Une fois cet aspect saisi, il demeure pertinent de

[842] Sur le renversement quantitatif entre l'utilisation des « safe-harbours » et les offres classiques pour la structuration des opérations financières de placement v. *Report of the International Bar Association Legal Practice Division Task Force on Extraterritorial Jurisdiction*, 2009, [disponible à http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx], p. 276 : « National regulators in the developed economies responded to early concerns about extraterritorial application of securities offering regulation by providing safe harbours and exemptions to national rules to accommodate various foreign transactions or sophisticated actors active in the international markets. While initially conceived as limited exceptions to national law, these safe harbours and exemptions quickly became the norm for global capital market offerings ».

[843] V. *supra* n°125.

s'interroger sur l'incidence de l'ontologie du marché sur la sécurité juridique revendiquée pour ces contrats à travers le principe *pacta sunt servanda* (§2).

§1. La sécurisation du risque économique par l'innovation financière

159. **Contrats de gré-à-gré et marchés *over the counter* (OTC).** En marge des réglementations financières étatiques il existe des contrats qui y échappent plus ou moins. Les contrats financiers ou instruments financiers à terme, désormais saisis par l'article L211-1 du Code monétaire et financier[844] étaient peu régulés avant la crise de 2008. Les transactions conclues dans le cadre d'un placement privé, exempté des obligations concernant l'offre public, en constituent un autre exemple. Sous l'influence de la méta-normativité de la science juridique imposant l'attachement à la notion de marché délimité par le droit étatique et la spécialisation de la matière, les manuels de droit des marchés financiers se sont bornés à mentionner l'existence du marché financier OTC (*over the counter*) ou des marchés de gré-à-gré plus ou moins « purs »[845] : « *identifiés aux transactions elles-mêmes, ils relèvent de la liberté contractuelle et du droit commun* »[846].

Cependant, ce type d'observation est apte à mettre en lumière une caractéristique importante : il s'agit des figures contractuelles qui « se déploient […] selon une logique de marché »[847], cause et effet de la standardisation contractuelle dans ce secteur[848]. *Toute innovation financière contient en germe son propre marché.* Pour cette raison, le terme « marché OTC » sera préféré à celui de « marché de gré-à-gré », puisque l'aspect « hors marché » est plus révélateur que la liberté

[844] Avant leur autonomisation dans le Code monétaire et financier, les catégories des contrats financiers étaient incluses dans la définition énumérative des instruments financiers. V. aussi P. PAILLER, *Le contrat financier, un instrument financier à terme*, préf. J.-J. DAIGRE, IRJS Éditions, 2010.

[845] H. de VAUPLANE, J.-P. BORNET, *Droit des marchés financiers*, 3e éd., Litec, 2001, n°689s, p. 619s.

[846] Th. BONNEAU, F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, Economica, 2010, p. 1048, n°1204.

[847] H. BOUTHINON-DUMAS, « L'appréhension du marché par le droit », *in* G. BENSIMON (dir.), *Histoire des représentations du marché*, Michel Houdiard, pp. 755-773, spéc. p. 756 : « si l'on peut considérer que tout marché repose sur des contrats, en revanche, tous les contrats ne se déploient pas selon une logique de marché ».

[848] K. PISTOR, « A legal theory of finance », préc., p. 318 : « Over-the-counter (OTC) derivatives had been known for quite a while before a global market in these instruments arose. For this to occur, contractual practices had to be standardized to ensure scalability and investors needed reasonable assurance that these instruments would withstand legal scrutiny by regulators and courts in countries where they were issued, held and traded ».

contractuelle pour caractériser ces contrats, notamment lorsqu'ils sont saisis par la standardisation contractuelle[849].

Objet d'une « définition négative »[850] à travers des critères d'exclusion, le marché OTC constitue l'environnement pour le marché systématisé juridiquement par le droit financier et défini à travers les critères d'inclusion en tant que rattachements[851]. Cependant, cet environnement est susceptible d'une appréhension en termes de système par l'économie, qui à travers la rationalité sous-jacente guide l'innovation financière par la technique contractuelle.

160. **La naissance de l'innovation financière.** Les parties à des opérations de gré-à-gré cherchent d'une part la réduction des coûts de transaction, et d'autre part la sécurité par rapport au risque financier (économique). Comme il a été remarqué par les professionnels à l'égard des produits dérivés, « nul ne conteste plus aujourd'hui, en France comme à l'étranger, l'utilité voire la nécessité pour les opérateurs économiques de recourir aux produits dérivés pour couvrir leurs risques de taux, de change, de portefeuille boursier ou autre »[852]. La sécurité économique ainsi recherchée a un enjeu concurrentiel de liquidité par rapport à d'autres opérateurs économiques, d'où l'intérêt pour l'innovation financière capable de débloquer des ressources[853]. C'est le marché OTC qui offre des mécanismes opérationnels de sécurité s'agissant de la maîtrise du risque financier, comme la mutualisation, l'externalisation, la titrisation[854]. De plus, pour les professionnels de la finance, le marché OTC offre *l'autre marché* sans lequel l'arbitrage financier, et donc la possibilité de gains à travers cette technique, ne serait possible. Ces opérations à finalité économique se traduisent sur le plan juridique par des contrats[855] de droit commun, qui redeviennent *a*

[849] Sur le standard contractuel ISDA v. *infra* n^{os} 316s.
[850] Sur la « définition négative » des marchés de gré à gré v. H. de VAUPLANE, « Les notions de marché », Rev. dr. bancaire et bourse, 1993. 62.
[851] V. *supra* n^{os} 146s.
[852] J.-M. BOSSIN, D. LEFRANC, « La maîtrise des risques juridiques des instruments financiers à terme de gré à gré », Banque&Droit, n°54, juillet-août 1997, p.3.
[853] K. PISTOR, « A legal theory of finance », Journal of Comparative Economics 41 (2013) 315–330, spéc. p.320 : « Financial innovation plays an important role in managing the elasticity of contractual commitments as well as legal constraints. An important purpose of financial innovation is to alleviate the costs of regulation by, for example, freeing capital from reserve requirements and making it available for lending purposes ».
[854] A. COURET, « La sécurité financière », préc., pp. 363s. Les exemples donnés tiennent à la circulation du risque financier par externalisation, titrisation, etc.
[855] V. A. CONSTANTIN « Les outils contractuels de gestion des risques financiers », *in L'appréhension du risque financier par le droit*, RDBF nov.-déc. 2010, p. 32s.

priori assortis des risques juridiques liés à l'application du droit des obligations. En ce sens, la revendication de sécurité juridique par rapport à ces contrats constitue également un enjeu de sécurité matérielle[856] lié à la gestion du risque financier par le contrat en cause. Cela permet de comprendre que l'argument de la sécurité juridique pour « l'intangibilité des droits et obligations auxquels le contrat donne naissance »[857], *a priori* de nature technique, a des implications substantielles.

161. **La gestion du risque financier et du risque juridique.** Les règles du droit financier sont censées éliminer les coûts de transaction dans la formation du prix du risque financier. Pour les rapports financiers des marchés OTC, inévitablement le problème du coût des risques juridiques ressurgit. Cette question est en principe gérée de manière interne par l'innovation financière, c'est-à-dire dans le cadre de la structure contractuelle qui lui sert de vecteur, à travers une allocation contractuelle de la responsabilité juridique et des garanties financières[858]. Dans une certaine mesure, il s'agit d'un mimétisme des mécanismes de sécurité prévus par le droit financier (*e.g.* la compensation), mais dans un cadre bilatéral. Cependant, lorsque la standardisation contractuelle favorise la croissance du marché OTC, l'absence d'une approche multilatérale est susceptible de soulever des difficultés[859].

162. **L'innovation financière, problème pour la positivation du droit.** L'innovation financière, qu'elle concerne les produits financiers ou les procédures contractuelles[860], se situe, par sa nouveauté, *a priori,* dans l'environnement du système juridique. Elle pose en ce sens un problème de positivation du droit, car plusieurs appréhensions sont possibles, à la fois en termes de validité et d'interprétation des clauses contractuelles en cause. Par conséquent, l'innovation financière se présente comme une donnée de l'activité

[856] Th. PIAZZON, *op.cit.,* n°203, p. 394.
[857] *Id.*, n° 101, p. 167.
[858] V. *infra* n°320 pour ce qui est des mécanismes de sécurité contractuelle des dérivés.
[859] Sur le contrat-marché ISDA v. *infra* n^{os} 316s.
[860] L. AYNES, « Synthèse », préc., p. 71. Sur le fait que l'innovation financière puisse concerner également les modèles d'affaires ou les plateformes de transaction v. C. LOMBARDINI, *La protection de l'investisseur sur le marché financier,* Schulthess, 2012, p. 91, ou plus généralement « toute mutation » des systèmes financiers v. A. COURET, « Innovation financière et règle de droit », D. 1990. 135s.

économique à travers le temps, avec laquelle le législateur, le régulateur et le juge doivent tour à tour composer.

§2. La sécurité juridique imposée par l'ontologie du marché

163. **La validation juridique de l'innovation financière : un problème d'opportunité économique.** L'opportunité de la validation juridique est justifiée, au moins dans un premier temps, par rapport aux bénéfices économiques qu'elle engendre : c'est ce qui explique les dérogations au droit commun positivées par les systèmes juridiques[861]. A ce stade une structure contractuelle (e.g. la titrisation) se présente comme une technique juridique permettant une meilleure circulation du capital. Il s'agit d'une représentation juridique *ut singuli*, isolée par rapport au marché qu'elle véhicule. Né d'un besoin économique, l'innovation est appréhendée dans un premier temps du point de vue économique par un jugement de valeur en ce qui concerne son opportunité. Lorsque la théorie économique y voit seulement une manifestation de la rationalité économique, censée à conduire à une efficience du marché, cette opportunité est acquise. En ce sens, les bénéfices de l'innovation financière résultent d'une modélisation économique issue des théories économiques orthodoxes.

164. **Le besoin de sécurité juridique.** L'innovation financière peut ressortir non seulement de la pratique des opérateurs privés, mais également d'une modification législative, ou d'une combinaison des deux[862]. Le problème de la positivation d'une structure contractuelle peut se poser par conséquent soit au niveau du législateur, soit au niveau du régulateur, soit au niveau du juge. Il prend la forme d'un besoin de *validation expresse*, pour dissiper *l'insécurité* liée à son appréhension juridique.

---

[861] J.-M. BOSSIN, D. LEFRANC, « La maîtrise des risques juridiques des instruments financiers à terme de gré à gré », Banque&Droit, n°54, juillet-août 1997, p.3 : S'agissant de l'attitude des pouvoirs publics face aux scandales financiers médiatisés concernant les produits dérivés dans les années 1990, ces auteurs observent : « Il est remarquable cependant que, tant le législateur que les autorités compétentes des principaux pays industrialisés, ne soient pas intervenus pour interdire à telle ou telle catégorie d'opérateur économique l'usage des produits dérivés, mais qu'au contraire, ils aient pris des mesures spécifiques préférentielles allant jusqu'à définir un régime juridique dérogatoire au droit commun, de la « faillite » ».

[862] K. PISTOR, « A legal theory of finance », préc., p. 318 : Il semblerait que parmi les figures contractuelles nouvelles dans le monde financier, « some are purely private constructs, others, such as mortgage-backed securities, were first created by law but subsequently mimicked and further developed by the private sector ».

Inhérente au phénomène juridique, la nécessité continue de positiver le droit au regard des nouveaux éléments a été analysée de manière différente. Aux États-Unis, les auteurs ont exploré d'une part l'aspect sociologique des comportements des acteurs économiques dans ces circonstances, et d'autre part le niveau institutionnel approprié auquel cet aspect serait maitrisé au mieux[863]. En Europe, les analyses normatives ont développé le problème de la technique juridique quant à l'adaptation du système juridique à l'inconnu. Kelsen, rappelons-le, considère la « lacune » en droit comme désignant en réalité un conflit en ce qui concerne *l'opportunité* de l'application du droit par rapport à un principe idéologico-moral, le conflit ne pouvant être tranché en faveur du dernier que s'il apparaît comme *délégué* par le droit positif[864]. S'agissant de la validation de l'innovation financière, cette sécurisation juridique prend la forme d'un argumentaire à travers lequel les principes postulés par l'économie néoclassique sont positivés à titre d'ordonnancement.

165. **L'incidence de l'économie néoclassique sur la sécurité juridique nécessaire à l'innovation financière.** En fonction du moment et du niveau auquel le système juridique est sollicité à positiver le « devoir être » à l'égard de l'innovation financière, l'épistémologie du décideur joue un rôle essentiel. Il *doit* composer à la fois avec une représentation *ut singuli,* à travers le rapport de droit, mais également avec un contexte de *marché*. C'est par rapport à ces deux éléments que l'économie néoclassique a institué un modèle de correspondance *automatique* : le rapport de droit *ut singuli* est l'expression de la rationalité économique (approche micro-économique), vecteur d'un marché qui constitue la somme de ces rationalités *supposés substantielles,* avec ses effets bénéfiques (approche macro-économique).

Cette épistémologie joue un rôle non négligeable pour la sécurisation juridique au point de l'immunisation juridique des contrats qui véhiculent l'innovation financière. Plusieurs observations s'imposent à cet égard. Premièrement, *fonctionnellement* l'innovation financière a un rôle ontologique, elle crée un nouveau marché, auquel la théorie économique attache une valeur positive *per*

[863] K. PISTOR, C. XU, « Incomplete Law », « Incomplete Law - A Conceptual and Analytical Framework and its Application to the Evolution of Financial Market Regulation », Columbia Law and Economics Working Paper n°204, 2002, [disponible à https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=310588], p. 945.
[864] H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, préc., pp. 172s. V. *supra* n°104.

se, ce qui boucle sur le rapport de droit à travers une visibilité *qualitative* de l'innovation financière. Deuxièmement, la représentation de ce nouveau marché demeure idéale, cet-à-dire conforme au modèle postulé par la théorie économique, *aussi longtemps* qu'il ne présente pas des dysfonctionnements. En ce sens, l'infrastructure juridique contractuelle du marché OTC[865] qui sert de savoir prédictif pour le fonctionnement de ce marché[866] renforce le besoin de sécurité juridique *aussi longtemps* que les contrats sont exécutés ou que le risque systémique ne s'avère pas. La rationalité économique implique qu'il est rationnel d'utiliser un mécanisme validé juridiquement[867]. Il apparait également rationnel de valider juridiquement un mécanisme sur lequel les parties ont aménagé leur relations d'affaires. Ainsi, lorsqu'un marché fondé sur l'innovation financière prolifère, remettre en cause les attentes formées selon l'économie du contrat produirait en soi un dysfonctionnement.

L'économie néoclassique est apte à fournir par conséquent à la fois le fondement déductif et le conséquentialisme nécessaire pour la validation des structures contractuelles nouvelles sur la circulation du capital, ce qui aboutit à une autoréférentialité. Il devient par conséquent possible que les structures contractuelles nouvelles, du fait de leur validation, se retournent contre la normativité du droit, supposée à les régir[868], sans pourtant le remettre en cause formellement.

Pour l'épistémologie juridique en matière financière, l'effet est de conférer une compétence individuelle en matière de la régulation du marché OTC.

166. **Une compétence individuelle et anonyme en matière de sécurité financière des marchés OTC**. L'objectif de sécurité financière que s'assignent les droits financiers étatiques se caractérise par l'expression de la compétence

[865] K. PISTOR, « A legal theory of finance », préc., p. 327.
[866] *Id.*, p. 316 : « [Legal theory of finance]'s critical contribution is to emphasize that the legal structure of finance is of first order importance for explaining and predicting the behavior of market participants as well as market-wide outcomes ».
[867] *Id.*, pp. 318s. : « Without having extended the legal infrastructure to these new instruments [the derivatives] it is hardly conceivable that global derivatives markets would have grown into multi-trillion dollar markets. »; « In short, while perfectly rational from the perspective of individual contractors, pre-determined, non-negotiable obligations designed to mitigate the effect of future contingencies on individual parties, such as collateral calls and margin calls, can increase the financial system's vulnerability to crisis ».
[868] *Id.*, p. 324 : « law recognizes contracts and defines the contours of their enforceability. This enhances their credibility, but to the extent that financial instruments are designed to weaken regulatory costs it effectively sanctions regulatory arbitrage and the erosion of formal law ».

étatique, forgée du point de vue matériel de manière réactive, à titre de correction des dysfonctionnements avérés du marché. En ce sens, la sécurité financière apparaît comme l'expression d'un intérêt général synthétique. En revanche, s'agissant des marchés OTC, la compétence régulatrice des États soit s'efface (silence de la loi), soit s'exprime à travers la consécration expresse des exemptions aux dispositions impératives du droit financier. Cependant, même dans le premier cas, cette compétence arrive à s'exprimer en cas de contentieux concernant les contrats porteurs d'innovation financière, soit par la validation soit par l'invalidation de certaines clauses. En tout cas, la dynamique de la sécurisation juridique de ces contrats influence également le volume du marché financier OTC, sans que la question de sa sécurité financière se pose en termes d'intérêt général, à moins de saisir sa pertinence pour les économies nationales.

Il s'impose d'observer, d'une part, que la validation des contrats portant sur l'innovation financière équivaut à une compétence individuelle délégué en matière de régulation financière, donc implicitement en matière de sécurité financière. Si le fondement de cette délégation réside dans la rationalité économique postulé par l'économie néoclassique, *quid* des limites légitimes de son utilisation stratégique[869] ? D'autre part, la sécurité financière du marché OTC se présente comme la somme algébrique et non synthétique des libertés contractuelles sécurisées à travers la validation des contrats financiers, qui deviennent l'expression d'une compétence individuelle acquise[870]. A première vue cette compétence demeure anonyme, cependant, du point de vue pratique il y a une interdépendance entre la standardisation contractuelle est le marché OTC, qui n'est pas si hétérogène que le caractère de gré-à-gré pourrait faire croire. Un contrat financier type constitue en ce sens, *de facto*, l'expression d'une compétence régulatrice, sans pour autant que celle-ci bénéficie des garanties procédurales et téléologiques autre que d'origine économique, et sans qu'elle soit assumée au delà de la bilatéralité du contrat[871]. Le caractère raisonnable et légitime de l'exercice de cette compétence demeure, en dernier

[869] V. *supra* n[os] 64s.
[870] Sur le fait que dans les sociétés libérales, « l'ordre public s'identifie, précisément, aux règles visant à préserver le libre choix des individus » v. M. M. MOHAMED SALAH, « Les transformations de l'ordre public économique. Vers un ordre public régulatoire ? », *in Mélanges Farjat*, pp. 261-289, spéc. p. 262.
[871] Sur le contrat-marché ISDA v. *infra* n[os] 316s.

lieu, l'affaire de la positivation du droit à travers la certitude de la censure des comportements déraisonnables[872], opportunité d'innovation juridique au niveau de l'argumentation et du raisonnement.

[872] V. *supra* n^os^ 65 et 95.

Conclusion du Chapitre

167. La visibilité du marché financier positif pour le droit financier en tant que droit de la régulation économique dépend des critères de rattachement pertinents que les systèmes juridiques y appliquent. Les rattachements retenus en ce sens constituent des limites systémiques quant à la notion de marché financier pertinente pour la portée des règles dans ce domaine. Cependant, du point de vue téléologique, l'impérativité des réglementations financières est liée à un objectif de sécurité financière, qui sous-tend les divers mécanismes juridiques applicables à titre de régulation. Les rattachements qui rendent un marché financier pertinent pour l'économie d'un système juridique peut être corrélée par conséquent avec l'objectif de sécurité financière. Le public-marché, en tant qu'offreurs du capital (les émetteurs étant des demandeurs de capital du point de vue économique) a été appréhendé du point de vue *qualitatif* par la normativité financière orthodoxe, en termes d'ordre public de protection en vertu du caractère profane des investisseurs. Correspondant à une structure atomique (essentiellement contingente) du marché pertinent pour la notion de sécurité financière, cette perspective fait écran à une représentation *quantitative* du marché financier (atomique, oligopolistique ou même monopolistique) potentiellement pertinent en ce sens et saisissable empiriquement.

Cette limite épistémologique auto-imposée doit être également corroborée avec la délégation, expresse ou implicite, d'une compétence privée en matière financière, à travers la sécurité juridique reconnue aux contrats financiers « hors marché ». Constitutifs d'un marché économique conditionnant et conditionné par la standardisation contractuelle, la subjectivisation de la sécurité juridique revendiquée à travers ces contrats est légitimée automatiquement par l'économie néoclassique.

En ce sens, tandis que les marchés financiers sont « nationalisés » du point de vue épistémologique par la science juridique, les relations financières contractuelles sont « libérées » par la science économique des considérations téléologiques potentiellement concurrentes à la logique de l'ontologie du marché.

Chapitre III : Un ancien dilemme pour le juge des rapports financiers

168. La complexification contemporaine des modalités de circulation du capital, à l'aide de la technologie, de la sur-intermédiation ainsi que de la technique contractuelle obscurcit dans une large mesure la nature normative des conflits dans ce domaine, en la cachant sous l'apparence des aspects techniques. Dans le secteur financier, les conflits normatifs peuvent être rattachés à titre principal à la dichotomie de régime juridique précédemment identifiée[873]. Celle-ci correspond à la dialectique entre la « nationalisation » des marchés à travers une réglementation étatique et la « liberté » contractuelle d'innover dans cette matière à travers des transactions « hors marché », de gré-à-gré. Le phénomène est rendu transparent par le contentieux en la matière[874]. Une incursion historique au début du XX^{e} siècle, à l'aube de la régulation financière moderne, permet d'illustrer les défis du juge des rapports juridiques concernant la circulation internationale du capital. Face aux pratiques de l'époque, il devrait trancher, d'une part, sur l'étendue de l'application des réglementations impératives, et, d'autre part, sur l'usage légitime de la liberté contractuelle. Ce contentieux permet discerner à la fois la visibilité des revendications normatives en ce sens, ainsi que la structure du marché concernant la circulation du capital. Aux États-Unis, le cas de figure révélateur concerne les *blue sky laws* concernant le commerce des valeurs mobilières, adoptées graduellement par les États fédérés, dont les principes ont été répliqués par la législation fédérale après la crise de 1929 (Section I). Pour l'Europe, nous avons choisi l'exemple de la l'aménagement de la législation française concernant l'interdiction de l'exportation des capitaux (Section II).

Section I : L'effectivité des blue sky laws des États fédérés aux Etats Unis

169. **La naissance de la régulation moderne des marchés financiers aux États-Unis suite à la crise de 1929 à travers le déplacement d'une compétence au niveau fédéral.** Sur la base des conclusions de la Commission Pecora[875], les Etats-Unis ont adoptés le *Federal Securities Act* du 27 mai 1933 et

[873] V. *supra* n°144.
[874] J. P. BRAITHWAITE, « OTC derivatives, the courts and regulatory reform », préc.
[875] *Stock Exchange Practices : Hearings Before the Committee on Banking and Currency, United States Senate*, (1932-1934) dont l'ensemble des travaux est disponible en ligne sur le site de la *Federal Reserve* [http://fraser.stlouisfed.org/publication/?pid=87].

le *Securities Exchange Act* du 6 juin 1934, qui ont posé les principes de base qui gouvernent la régulation des marchés financiers contemporains: réglementation de l'émission des titres, réglementation officielle des bourses (marchés réglementés) et des intermédiaires, réglementation des opérations de bourse, communication de l'information financière lors de la cotation et régulièrement, réglementation des appels en marge, soumission des acteurs financiers à l'enregistrement etc. Cette compétence fédérale s'ajoutait[876] à celle des Etats fédérés en la matière, effectivement exercée à partir de 1911[877]. Les *blue sky laws* (ou *Investment Companies Acts*), contenaient des dispositions soumettant par *principe* l'activité des intermédiaires à une obligation d'enregistrement, ainsi que des obligations concernant les formalités auxquelles la vente de valeurs mobilières au public était soumise (obtention d'une autorisation pour l'offre, contenu du prospectus, etc.), avec des *exceptions* pour certains acteurs et valeurs mobilières[878]. Il s'agissait d'une réglementation embryonnaire à la fois des acteurs et des produits, considérée à l'époque assez encombrante pour le milieu d'affaires des États Unis, par rapport aux modèles britannique et belge qui mettaient l'accent sur l'information à mettre à la disposition de l'investisseur potentiel, contrairement à l'accent sur l'intermédiare et son enregistrement choisi par la législation américaine[879].

170. **Contestations sur le terrain de la constitutionnalité.** Après quelques invalidations de ces législations comme contraires à la Constitution américaine[880], leur constitutionnalité a été confirmée par la Cour Suprême des États Unis en 1917 et le degré de régulation a été considéré adéquat par rapport à

[876] R. A. SMITH, « The Relation of Federal and State Securities Laws », Law and Contemporary Problems, Vol. 4, No. 2, Three Years of the Securities Act: Part 2 (Apr., 1937), pp. 241-255, spéc. p. 241.
[877] Aux États-Unis c'est le Kansas qui a introduit la première « blue sky law » en 1911. L'obligation d'enregistrer et publier un prospectus contenant les informations de base d'une émission de titres avait été introduite en Grande-Bretagne par le *Companies Act* de 1844.
[878] « Blue Sky Laws », Columbia Law Review, Vol. 24, No. 1 (Jan., 1924), pp. 79-86, p. 80.
[879] *Ibid.* : « These two foreign laws are worth noting because they illustrate one type of legislation; that which relies not so much on licensing of dealers or regulation of the details of businesses but rather upon the probability that a prospective purchaser will not be likely to invest in the stocks of a company which does not appear to be on a sound financial basis. In other words, the European legislatures have chosen to rely upon the good sense of the purchaser ».
[880] R. A. SMITH, « State "Blue-Sky" Laws and the Federal Securities Acts », Michigan Law Review, Vol. 34, No. 8 (Jun., 1936), pp. 1135-1166, spéc. p. 1146.

la protection du public contre la fraude[881]. Puisque l'adoption de ces lois par les États fédérés s'est fait au fur et à mesure, y compris dans des configurations distinctes, des *pratiques* (aménagements des opérations contractuelles) se sont développées parmi les acteurs du marché agissant dans plusieurs États fédérés pour éviter les exigences d'enregistrement découlant de l'incidence des *blue sky laws*. Ces pratiques, qualifiées de « *techniques légales fondées sur la doctrine des conflits de lois* »[882], étaient relativement immunes à l'application de l'exception d'ordre public à cause des limitations constitutionnelles qui encadrent celle-ci aux États Unis (l'existence de la *Full Faith and Credit Clause*)[883]. La situation a aidé ultérieurement à justifier une intervention d'harmonisation au niveau fédéral à travers le Securities Exchange Act de 1933[884].

171. **Visibilité de la structure du commerce interfédéral des valeurs mobilières**. Ce caractère interfédéral des opérations financières aux États-Unis au début du XX^e^ siècle était presque inhérent vu le développement économique du pays à l'époque, requérant des techniques de financement des exploitations économiques promettant des résultats financiers importants à court terme. Le démarchage auprès de nouveaux investisseurs n'étant plus si commode à cause des *blue sky laws*, leur contournement (e.g. éviction de l'obligation d'enregistrement dans chaque État ayant des liens avec la transaction) était réalisée à travers diverses pratiques ou « modèles d'affaires ». Ce

[881] « Blue Sky Laws », Columbia Law Review, préc., pp. 85s, citant *Merrick v. N. W. Halsey & Co*, 242 U.S. 568 (1917), *Caldwell v. Sioux Falls Stock Yards Co.*, 242 U.S. 559 (1917), *Hall v. Geiger-Jones Co.*, 242 U.S. 539 (1917), affaires connues également sous de nom de *Blue Sky Cases*.

[882] « The Securities Act of 1933 », Columbia Law Review, Vol. 33, No. 7 (Nov., 1933), p. 1220 : « Federal action was imperative, for the staggering total of losses in worthless securities during the past decade was seemingly little diminished by the existence of regulatory legislation in practically every state in the union. **Various legal devices founded upon doctrines of the conflict of laws** and the constitutional limitations upon interstate rendition had apparently **resulted in immunity for the blue sky promoter by the mere transfer of his operations to the field of interstate commerce.** This defect in control the present statute attempts to remed » (c'est nous qui soulignons).

[883] V. *infra* n°235.

[884] « The Securities Act of 1933 », Columbia Law Review, Vol. 33, No. 7 (Nov., 1933), p. 1220, note de bas de page n°6 : « While such evasion might be checked by a change in the conflicts rule or by an extreme application of the doctrine of public policy, see *Kaufman v. Investor's Syndicate*, N. Y. L. J., Aug. 3, 1933, at 393 a choice of either of these possible courses of action would probably involve serious constitutional difficulties ».

développement a été également facilité par l'existence des règles de conflits rigides aux États Unis au début du XX[e] siècle[885].

Un schéma classique consistait à mettre en place un contrat de vente des valeurs mobilières dont le dernier élément pour la conclusion (acceptation / agrément) se déroulait dans un État fédérée ayant un niveau bas ou inexistant de protection de l'investisseur, qui était l'État du vendeur ou de l'intermédiaire ; cette loi gouvernait le contrat en tant que loi du lieu de la conclusion du contrat (supposé au lieu de l'accomplissement de la dernière acceptation/élément nécessaire[886]), alors que sous l'empire de la loi de l'investisseur le contrat aurait été annulé[887]. Ainsi, la préoccupation principale du vendeur / intermédiaire était de s'assurer que le mandat de ses agents dans l'État de l'investisseur soit limité à la sollicitation d'ordres soumis à l'acceptation par celui-ci dans son État de résidence[888]. Une variété de ce schéma consistait dans la dissociation du lieu de conclusion du contrat de celui de son exécution (*delivery of certificates)*, lorsque l'opération était prohibée par la loi de l'offre et/ou de l'acceptation, mais elle était admise sous la loi du lieu d'exécution[889], celui-ci pouvant être choisi au propre gré, à travers, par exemple, la désignation d'un agent bancaire dans l'État du vendeur en tant que représentant de l'acheteur pour la réception des titres.

172. **Les réactions jurisprudentielles – révélatrices du dilemme du juge**. Deux approches principales des juridictions américaines ont été identifiées par les auteurs par rapport à ces pratiques : a) la validation des contrats, selon un principe sous-jacent d'interprétation utile de la volonté des parties dans le sens

[885] Sur le fait que les règles de conflit rigides favorisent l'arbitrage normatif (« *regulatory arbitrage* ») v. A. RILES, « Managing Regulatory Arbitrage: A Conflict Of Laws Approach », 47 Cornell Int'l L.J. 63 2014.

[886] P. K. V., « Conflict of Laws: Liability for Interstate Sales of Securities under State Blue-Sky Laws », Cal. L. Rev., Vol. 31, No. 1 (Dec., 1942), pp. 95-100, spéc. p. 96.

[887] « The Securities Act of 1933 », préc., p. 1220, note en bas de page n°6.

[888] L. LOSS, « The Conflict of Laws and the Blue Sky Laws », Harvard Law Review, Vol. 71, No. 2 (Dec., 1957), pp. 209-253, p. 230 : « (...) all that a seller in state Y need do in order to make a valid contract in state X without registering under X's blue sky law is make certain that his agents in X have no authority or apparent authority to do anything more than solicit orders which are subject to acceptance by the seller at his home office in Y. »; R. A. SMITH, « State "Blue-Sky" Laws and the Federal Securities Acts », Michigan Law Review, Vol. 34, No. 8 (Jun., 1936), pp. 1135-1166, p. 1155, citant 73d Cong., 1st Sess., H. R. 4314, p. 87, set out at pages 38 et seq. of Commerce Clearing House, Securities Act Service (1936).

[889] « Determination of the Validity of Interstate Transactions: State Blue-Sky Laws », Harv. L. Rev., Vol. 51, No. 1 (Nov., 1937), pp. 155-159, spéc. p. 157.

de la faire produire des effets[890], et b) la prééminence de l'ordre public (*public policy)* ayant fondé la mise en place des *blue sky laws* en tant que législation contraignante[891].

S'agissant donc d'une question de validité du contrat, celle-ci était soumise à la loi applicable au contrat, déterminée conformément aux règles de conflit du for saisi, sauf que la structuration de l'opération avait déjà pris en compte ce résultat lors de l'aménagement de la transaction. Vu que l'exception de l'ordre public en vertu d'une *blue sky law* apparaissait contraire à la *Full Faith and Credit Clause*[892], le débat se portait nécessairement sur le terrain privé des facteurs de rattachement pertinents, ce qui aurait permis l'application de la *blue sky law* à titre de *lex contractus*.

Par rapport à ces données, il faut remarquer que les motivations des juges américains dans les deux approches se caractérisaient par l'utilisation d'arguments pragmatiques à effet éliminatoire concernant, d'une part, les exigences de prévisibilité, et d'autre part, le risque de contournement des politiques publiques.

173. ***Robbins v. Pacific Eastern Corp.*** Pour le premier cas, l'argumentation donné dans *Robbins v. Pacific Eastern Corp.*[893] par la Cour Suprême de l'État de Californie, s'agissant de la validité d'un contrat conclu en Californie (et invalidé par la loi locale) mais exécuté légalement à New York, est redevable d'une conception favorable au développement du marché. Si l'invalidité selon la loi californienne avait été admise, il n'aurait plus été possible pour les entreprises de mener à bonne fin (légalement) une transaction ayant débuté sous une loi qui

[890] L. LOSS, « The Conflict of Laws and the Blue Sky Laws », Harv. L. Rev., Vol. 71, No. 2 (Dec., 1957), pp. 209-253, p. 233.
[891] *Id.*, pp. 218s. La nullité des opérations conclues sans le respect des exigences imposées par cette réglementation était prévue expressément (y compris la possibilité pour l'acheteur de demander le remboursement du prix payé du vendeur ou de toute autre personne ayant exécuté des actes ayant favorisé la vente) ou découlait implicitement .
[892] *Id.*, p. 225 : « At any rate, with regulatory statutes of one kind or another in every state but Delaware and Nevada, it is difficult to see any room for the operation of the doctrine in the blue sky field. Indeed, dismissal of a blue sky claim under the law of a sister state because the local statute differs in some detail may well be a denial of full faith and credit » ; « The Securities Act of 1933 », préc., p. 1220, note de bas de page n°6.
[893] 8 Cal. 2d 24I, 65 P.2d 42 (1937), 26 Calif. L. Rev. 265 (1938), II So. Calif. L. Rev. 345 (1938).

la rend invalide[894]. Pour le juge, l'insécurité juridique liée à l'impossibilité de confirmer une nullité apparaît comme une conséquence factuelle inacceptable au regard des exigences du marché. Il s'ensuit que la solution *a contrario*, qui dans ce cas va dans le sens du respect du contrat, s'impose. Bien que la Cour prenne en considération ces besoins de sécurité liés à l'ontologie du marché, dans le raisonnement elle postule le caractère relativement indépendant du transfert effectif du titre par rapport aux phases contractuelles préalables[895]. Le poids de la bonne foi dans l'aménagement de la transaction en cause semble également présent. Le juge semble accorder du poids à l'ignorance prolongée par les demandeurs de la nécessité d'obtenir un agrément en Californie par leur cocontractant, ainsi qu'à leur intention évidente de récupérer des pertes issues d'une mauvaise décision commerciale à travers l'action en justice[896].

174. ***Bartlett v. Doherty***. Dans *Bartlett v. Doherty*[897], la Cour rejette l'objection du défendeur quant à l'effet extraterritorial de la *blue sky law* de New Hampshire, par une observation factuelle concernant le pouvoir d'arbitrage dont dispose les intermédiaires. Admettre son argumentation supposerait la possibilité du défendeur de s'installer à New York, de vendre des valeurs mobilières à son gré dans tous les États, alors qu'il retenait le droit de confirmer les ventes

[894] *Id.*, p. 232, citant la Cour : « The validity of the stock when so issued, in our opinion, was not affected even if the prior contract to sell it was illegal. . . . [T]he performance and execution of the contract in New York, being legal there, and being complete in themselves stand independently of the prior illegality; If this were not so, the court added, a foreign corporation which had illegally entered into negotiations in California could never legally complete the deal, either in California after it were to secure a permit or elsewhere without one. »

[895] *Ibid.*

[896] *Id.*, p. 238 : « Also, the court in that case put some stress on the trial court's finding that "at the time of the transaction, and for a considerable time thereafter, none of the plaintiffs gave any thought or consideration to the existence or nonexistence of a permit." This, combined with the court's observation that the plaintiffs and the other stockholders "got exactly what they bargained for" and were simply trying "to recoup their losses . . . from what turned out to be a bad bargain," would make it relatively simple for the court in a future case to limit Robbins, if it were so disposed, to situations where both parties are more or less equally sophisticated, as distinct from the case of the out-of-state promoter illegally offering unregistered stock to California "widows and orphans" who at his suggestion appoint a Reno bank as their "agent."»

[897] *Bartlett v. Doherty*, 10 F. Supp. 465, 469 (D.N.H. 1935), affd in part, rev'd in part, 8i F.2d 920 (ist Cir.), cert. denied, 298 U.S. 676 (1936): « *If the defendant's statement [that the New Hampshire law could have no extraterritorial effect because the sales were made in New York] were true, all the defendant had to do was to* establish his office in New York City and flood the country with securities, good or bad, and claim immunity of any breach of law of any state so long as it retained at its home office the right to confirm or reject any sale made by its agents elsewhere. If this is true, the Blue Sky Law of New Hampshire and that of most other states may as well be scrapped », cité par L. LOSS, « The Conflict of Laws and the Blue Sky Laws », préc., p. 218, note de bas de page n°28.

effectuées par ses agents, avec la conséquence de l'inutilité de toute loi de type *blue sky*. Il n'y a pas de raisonnement conflictuel proprement dit dans cette décision, bien qu'elle soit citée comme impliquant soit l'application de la loi de l'État de l'offre[898], soit de celle de l'État ayant le lien le plus étroit avec le contrat[899]. De plus, le fait que dans les années antérieures non seulement le démarcheur mais également son agent avaient demandé et obtenu l'enregistrement dénote leur connaissance de la loi, et l'aménagement de la conduite des affaires de la manière décrite apparait comme odieux au juge[900].

175. **Le problème juridictionnel : l'absence de présence physique du défendeur dans l'État émetteur de la *blue sky law***. Alors que dans un premier temps l'application des lois *blue sky* aux non-résidents s'est posée en termes de compétence législative, une fois celle-ci affirmée le problème concret des chefs de compétence disponibles est devenu évident. Le lien entre loi applicable et compétence juridictionnelle a surgit peu à peu[901], à cette époque où la transition de la conception classique des conflits de lois au fonctionnalisme commençait à s'effectuer aux États Unis. Avec des chefs de compétences à caractère principalement territorial, il était problématique pour le juge de retenir une compétence sur des personnes morales et individus non-résidents et ne disposant pas de biens sur le territoire de l'État du for.

Le développement des moyens de communication à distance avait engendré une autre *pratique*, dévoilée assez tôt à travers une des affaires faisant partie des *Blue Sky Cases*[902], dans lesquels la Cour Suprême des États Unis a statué sur la constitutionnalité des lois *blue sky* par rapport à leur compétence de réguler le

[898] P.K.V., « Conflict of Laws: Liability for Interstate Sales of Securities under State Blue-Sky Laws », préc., p. 98, note de bas de page n°22.
[899] *Ibid.*, note de bas de page n°19.
[900] *Bartlett v. Doherty*, 10 F. Supp. 465, 469.
[901] « Jurisdiction of States under Blue-Sky Laws », The University of Chicago Law Review, Vol. 17, No. 2 (Winter, 1950), pp. 382-388, spéc. p. 385 : « The two problems are practically indistinguishable. Both the existence of jurisdiction and of the power to regulate depend upon the amount of contacts the foreign corporation has with the state, and in either case a broad test is now applied by the United States Supreme Court ».
[902] Affaires jugées le même jour par la Cour Suprême des Etats Unis, en 1917 : *Merrick v. N. W. Halsey & Co*, 242 U.S. 568 (1917), *Caldwell v. Sioux Falls Stock Yards Co.*, 242 U.S. 559 (1917); *Hall v. Geiger-Jones Co.*, 242 U.S. 539 (1917) – v. C. D. LAYLIN, « The Ohio "Blue Sky" Cases », Michigan Law Review, Vol. 15, No. 5 (Mar., 1917), pp. 369-385, L. LOSS, « The Conflict of Laws and the Blue Sky Laws », préc., pp. 226s.; R. A. SMITH, « State "Blue-Sky" Laws and the Federal Securities Acts », préc.

commerce interfédéral. Une des sociétés impliquées était une société d'investissement (*investment banking house*) avec le centre principal d'affaires à New York, dont les principaux partenaires se trouvaient à New York et New Jersey. Ces partenaires traitaient par téléphone ou courriel avec des personnes localisées également dans d'autres États fédérés y compris Michigan (la loi duquel était en question), n'ayant aucune présence effective dans cet État à travers des agents[903]. La Cour avait noté qu'ils « n'envoient pas au présent des agents dans l'État mais ils *tentent (font des efforts)* de vendre des valeurs mobilières là-bas »[904], alors que la pertinence effective de ce fait est restée peu développée. Malgré l'absence de clarté de la décision observée par tous les auteurs, ceux-ci y compris le marché l'ont interprétée comme offrant a) la légitimation du lieu de la sollicitation du point de vue de la compétence législative (du point de vue constitutionnel)[905] et b) la compétence, en absence d'intervention fédérale, d'appliquer les *blue sky laws* aux personnes utilisant des moyens interfédéraux de communications[906].

176. **Le problème lié à la nature du contentieux : contractuel et délictuel**. En principe le contentieux fondé sur la violation des *blue sky laws* était contractuel, mais ces lois contenaient également des sanctions en cas de la fourniture d'informations fausses lors du document d'enregistrement des valeurs mobilières. Une affaire assez inédite s'est présenté au juges américains : les acheteurs de Minnesota des actions d'une société établie en Colorado ont essayé ne pas d'annuler le contrat de vente, mais de récupérer dans le patrimoine de la société dont ils étaient les actionnaires des biens vendus suite à des liens que les directeurs de celle-ci n'avaient pas fait publics lors de l'enregistrement du prospectus d'émission. Pour attirer dans le procès la société, les demandeurs avait utilisé la fiction du *substituted service.* Par contre au lieu de regarder l'existence d'une violation de la *blue sky law* dans le sens de réticence dolosive, les juges avaient seulement regardé la nature de l'action et avaient conclu que

[903] R. A. SMITH, « State "Blue-Sky" Laws and the Federal Securities Acts », préc., p. 1152.
[904] *Ibid.*: « and are not at the present time sending agents into the State but are endeavoring to sell securities there » ; *Merrick v. N. W. Halsey & Co.*, 242 U. S. 568 at 573, 37 S. Ct. 227 (1917).
[905] L. LOSS, *op.cit.,* p. 227, citant également l'opinion de 1917 des avocats de la *Investment Bankers Association of America* sur l'éffet des lois *blue sky* sur le comportement commercial de ses membres.
[906] R. A. SMITH, « State "Blue-Sky" Laws and the Federal Securities Acts », préc., p. 1153.

celle-ci supposait la validité du contrat d'achat des actions, et par conséquent la renonciation à l'allégation de fraude qui aurait invalidé le contrat[907].

Si la nature privée de l'action (*private enforcement*)[908] impose des limites quant au terrain épistémologique de l'articulation du dilemme du juge, en revanche l'existence d'une action publique fait que le dilemme du juge s'article nécessairement en termes d'intérêt général.

Section II : L'aménagement de l'interdiction de l'exportation des capitaux en France

177. **L'interdiction d'exportation des capitaux et le régime restrictif des émissions étrangères dans les années 1920 en France.** En France, le début du XX^e^ siècle était marqué par un essor considérable des placements en valeurs mobilières effectués par les Français[909], encouragés à la fois par l'attitude de l'État et des acteurs financiers privés[910]. Dans ce contexte, le volume des placements en valeurs mobilières étrangères a également augmenté, ces transactions étant considérées comme assurant une sécurité économique à travers la dispersion du risque, y compris par rapport à la crise du franc à partir de 1914. Cependant, lorsque la question de la régulation normative par l'État se posait, un jugement de valeur en ce sens se heurtait à l'opacité du phénomène[911] d'émergence d'un marché « hors cote » en ce qui concerne les valeurs mobilières étrangères[912]. Ce marché libre des valeurs étrangères était considéré comme « le lieu de rencontre naturel des professionnels en quête de valeurs

---

[907] « Jurisdiction over Foreign Corporations under Blue Sky Laws », The Yale Law Journal, Vol. 47, No. 2 (Dec., 1937), pp. 296-299.

[908] V. *infra* n°288.

[909] À la fin de 1912 les investisseurs français occupaient la 3^e^ place en termes de montants investis, après ceux de la Grande-Bretagne et des États-Unis, et suivis par les allemands – en ce sens v. O. MOREAU-NÉRET, *Les Valeurs Mobilières*, préc., t. I, p. 36.

[910] P. GRAILLOT, *La crise 1929-1935 et le marché français des valeurs mobilières*, Imprimerie Nouvelliste-Dépêche, Lille, 1935, p. 8 : « Le Gouvernement prêchait l'optimisme et les financiers semblaient croire que, par le crédit, le commerce et l'industrie ne connaîtraient plus de limite à leur développement ».

[911] M. ARBOUX, *Valeurs mobilières étrangères sur le marché français*, Sirey, 1913, p. 17 : « Il faut connaître **les quantités** de titres sur lesquels [les placements étrangers] portent et **la proportion** de ceux-ci dans les divers éléments de la fortune nationale avant de se prononcer pour ou contre l'extension de ce mode de placement. » (c'est nous qui soulignons), v. aussi p. 18s. sur les difficultés liées à l'opacité du marché des valeurs étrangères à l'époque.

[912] F. KAEPPELIN, *De l'attitude des pouvoirs publics à l'égard des marchés français de valeurs étrangères*, LGDJ, Paris, 1942, pp. 46s.

nouvelles, encore insuffisamment connues du public pour permettre des transactions nourries et régulières »[913].

Du point de vue juridique, l'organisation des marchés à l'époque était visée par deux réglementations principales : a) l'ordonnance du 18 novembre 1823, selon laquelle le Gouvernement avait le pouvoir d'autoriser à la côte officielle des fonds d'États étrangers[914], *a contrario* le marché en banque restant libre[915] ; b) le décret du 6 février 1880, qui donnait au Ministre le pouvoir d'interdire la négociation des valeurs étrangères, et soumettait leur admission à la côte officielle à une autorisation expresse et écrite[916].

La première guerre mondiale, marquée par le besoin de l'État français de mobiliser toutes les ressources financières disponibles, détermine l'adoption de la loi du 31 mai 1916 selon laquelle « *l'émission, l'exposition, la mise en vente, l'introduction sur le marché en France* », de titres français ou étrangers, étaient interdites, sauf dérogation ministérielle, sous peine des sanctions pénales[917]. Elle a été suivie par une prohibition de l'exportation des capitaux français, à défaut d'autorisation du ministre, instaurée par la loi du 3 avril 1918 ; celle-ci touchait également les émissions étrangères sur le marché français, considérées comme impliquant une telle exportation. La loi du 31 décembre 1920 modifie celle de 1916, maintenant son régime restrictif seulement pour les valeurs étrangères : toute émission, exposition, mise en vente ou introduction, sur le marché français, de toutes valeurs mobilières étrangères était soumise à l'obtention d'une autorisation spéciale du Ministre des finances[918]. Il semble que les autorisations

[913] F. KAEPPELIN, *op.cit.,* p. 52.
[914] *Id.,* pp. 79s. et 90.
[915] *Id.*, p. 84.
[916] *Id.*, pp. 83s. et 90.
[917] *Id.*, pp. 15 et 91s. : « Article premier. - L'émission, l'exposition, la mise en vente, l'introduction sur le marché en France, de titres de rente, emprunts et autres effets publics des Gouvernements étrangers, d'obligations ou de titres de quelque nature qu'ils soient, de villes, corporations ou sociétés françaises ou étrangères sont interdites à partir de la promulgation de la présente loi jusqu'à une date à fixer par décret en Conseil des Ministres, après la cessation des hostilités. Toutefois, il peut être dérogé il celle disposition par arrêté du Ministre des Finances. » ; V. aussi pp. 16s. : « Une sorte d'expropriation consensuelle fut utilisé par l'Etat français pour racheter des particuliers des valeurs mobilières étrangères, qui furent utilisées pour garantir des crédits ouvert auprès des banques étrangères. Le système fut remplacé par l'emprunt de ces titres avec possibilité de rachat par le Trésor ; en contrepartie les porteurs étaient délivrés des certificats négociables en Bourse et donnant droit au paiement des coupons ».
[918] P. GRAILLOT, *op.cit.*, p. 98; F. KAEPPELIN, *op.cit.,* p. 104.

imparties ont été peu nombreuses, et « *ne le furent le plus souvent que pour sanctionner le fait accompli d'introductions déjà réalisées en pratique, ou encore sous la pression de certaines interventions, ou de certains événements d'ordre extra-financier* »[919].

178. **Placements privés des valeurs étrangères sur le marché français en violation du régime légal restrictif : l'exploitation d'une brèche législative.** L'énumération susmentionnée des activités interdites contenait une brèche importante par l'omission du mot « négociation », comportant deux types de conséquences. La première était intentionnelle et faisait partie du *ratio legis* : assurer la continuation du fonctionnement de la Bourse de Paris, par la négociation des titres déjà émis ; pour un auteur, l'omission est l'expression « d'une politique clairement définie et qui se bornait à contrôler les investissements et non les transactions sur valeurs déjà en circulation »[920]. La deuxième découlait de l'interprétation de la notion « introduction sur le marché » comme faisant nécessairement appel à la publicité, ce qui excluaient en principe les négociations isolées[921] ; la publicité avait été préférée comme critère objectif, par rapport au critère flou (mais réel du point de vue économique) de l'existence d'un « certain courant d'affaires » crée par un certain nombre de négociations précédant une introduction sur le marché[922]. Ainsi, à défaut de l'adoption de ce dernier critère par le Ministre des finances, à cause d'une impossibilité de délimitation claire, l'introduction *de facto* « frauduleuse » des valeurs étrangères sans faire appel à la publicité s'est réalisé[923]. À travers la *pratique* du placement privé[924] favorisé par les établissements de crédit en tant qu'intermédiaires[925], impliquant des négociations isolées mais ayant atteint un *volume* important, des valeurs

[919] F. KAEPPELIN, *op.cit.*, pp. 21 et 127.
[920] F. KAEPPELIN, *op.cit.*, p. 94.
[921] *Ibid.*
[922] *Id.*, p. 95.
[923] F. KAEPPELIN, *op.cit.*, p. 95-96.
[924] Défini comme un « mécanisme » (A. COURET., H. le NABASQUE *et al.*, *op.cit.,* n°260, p. 168) qui consiste dans « le fait de procéder à une offre de titres financiers auprès de catégories d'investisseurs limitativement énumérés par le code monétaire et financier et ce sans être soumis à l'obligation de publier un prospectus soumis au visa de l'AMF » (L. FAUGÉROLAS, *in Dictionnaire Joly : Bourse et produits financiers,* cité par A. COURET., H. le NABASQUE *et al.*, *op.cit.,* n°260, p. 168, note de bas de page n°1).
[925] F. KAEPPELIN, *op.cit.*, p. 167.

étrangères ont été mises en vente auprès des investisseurs français. Alors que le pouvoir d'interdire la négociation dont l'administration disposait encore selon le décret de 1880 est resté théorique, à cause d'une attitude allant de la tolérance jusqu'à « une officialisation progressive de ces introductions clandestines »[926], c'est l'interprétation jurisprudentielle téléologique qui est intervenue pour renverser un état de fait contraire au régime juridique en vigueur, mais qui s'installait.

179. **Interprétation jurisprudentielle téléologique de la notion « introduction sur le marché français » des valeurs mobilières**. Les juges français ont eu l'occasion d'être confrontés avec des affaires de négociations massives des titres étrangers en France, effectuées par voie de cession directe sans publicité, et la recherche d'une immunité à travers une interprétation stricte de la loi de 1916 est demeurée sans succès. Dans un premier arrêt de 29 novembre 1932, le Tribunal correctionnel de Seine (11e chambre)[927] avait condamné l'administrateur d'une société canadienne ayant placé en France des titres de cette société, sur la base d'une interprétation téléologique des dispositions légales, en statuant que « *l'introduction en grand nombre de ces valeurs étrangères durant de longs mois et de façon suivie a eu pour but et pour effet de créer en France un marché* » et « *que ce marché, dépourvu de surveillance, était de nature, en raison de la clandestinité, à justifier mieux encore que le marché en Bourse, les mesures de protection édictées par le législateur* »[928] ; le critère de la publicité est ainsi employé pour assimiler une introduction de valeurs étrangères à une émission en France des titres respectifs. Le caractère d'ordre public de cette réglementation est ainsi affirmé, à cause notamment du fait qu'« *elle atteint moins les rapports de la Société et de ses souscripteurs que les opérations de vente et d'achat, la création d'un marché nouveau qui peut en résulter* »[929].

[926] *Id.*, pp. 96 et 106.
[927] *Gazette des tribunaux* des 8-9-10 janvier 1933, p. 2, citée par F. KAEPPELIN, *op.cit.*, p. 98s.
[928] *Ibid.* Tribunal correctionnel de Seine (11e chambre), 29 novembre 1932.
[929] TCHERNOFF, *Traité de droit pénal financier* (Lois de 1916 et de 1920), n°185, cité par F. KAEPPELIN, *op.cit.,* p. 100.

Dans une deuxième affaire similaire (impliquant les titres d'une société néerlandaise) devant la Cour d'Appel de Paris (9e Ch. Corr.) du 26 décembre 1932[930], celle-ci précise que le terme de « marché » ne saurait pas être restreint au marché officiel, mais qu'il comprend également « *le marché en banque et le marché hors cote (…) s'appliquant au besoin, qu'elle soit ou non précédée ou accompagnée de publicité, à toute opération directe ou indirecte, de placement de valeurs mobilières, … sollicitant un public même restreint* »[931]. Les juges adoptent également expressément le critère économique et subjectif de la « création du courant d'affaires » pour déterminer le champ d'application de la loi française : « « *L'introduction » sur le marché de valeurs déjà émises est le fait du professionnel en matière de vente et d'achat de valeurs de Bourse qui écoule sur le marché français des titres qu'il a acquis à titre onéreux ou qui lui sont advenus à titre gratuit, en vue, soit de créer sur la place un courant d'affaires, sur ces valeurs, soit d'accroître celui déjà existant. Peu importe leur nombre comme aussi celui des opérations* »[932]. L'arrêt va encore plus loin à la recherche d'un critère objectif d'application de la loi, identifié dans le fait « *que l'opération critiquée, même isolée, coïncide avec la première apparition en France des titres d'une société étrangère ou d'effets publics d'un gouvernement étranger* »[933].

Ce dernier critère révèle sans doute la volonté de faire rentrer dans le délit d'exportation des capitaux la « phase préparatoire »[934], celle des négociations isolées, et peut paraître une position extrême des juges par rapport aux immunités législatives qui avaient été consciemment mises en place. Néanmoins, si les deux critères sont lus ensembles, il ressort l'essai des juges de réunir à la fois un aspect objectif (la première apparition en France des titres étrangers) avec un élément subjectif (l'intention de créer un marché en France pour ces titres). Cet effort témoigne d'un souci prioritaire de sécurité financière,

[930] *Gazette des tribunaux* des 5-6-7 février 1933, citée par F. KAEPPELIN, *op.cit.*, pp. 101s. ; V. Revue de droit bancaire. Banque. Bourse. Change 1933, pp. 261-263.
[931] *Ibid.*
[932] *Ibid.*
[933] *Ibid.*
[934] F. KAEPPELIN, *op.cit.*, p. 103.

de protection du résultat visé par une politique législative, qui s'articule en tant qu'argument pragmatique à effet éliminatoire.

Dans l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris (9e Ch. Corr.) du 26 décembre 1932, les juges précisent que : « *Le but de la loi* [interdiction de l'exportation des capitaux] *cesserait d'être atteint* ***s'il était loisible à tout banquier ou courtier d'écouler librement, d'une manière occulte et à sa guise, parmi ses clients, des titres émis par un gouvernement étranger ou par une société étrangère*** »[935]. Le but identifié ici était clairement exprimé dans l'interdiction d'exportation des capitaux, qui d'ailleurs avait été contourné. Ce contournement, une fois son caractère récurrent devenu transparent, n'étant plus acceptable, la solution contraire apparait comme déductivement nécessaire.

[935] *Ibid.*

Conclusion du Chapitre

180. L'examen du contentieux financier aux États Unis et en France au début du XX^{e} siècle, dans le contexte de l'effectivité des législations financières impératives, permet la visibilité du dilemme du juge quant à l'appréhension juridique d'un rapport financier. D'une part, il peut être amené à rattacher le rapport au marché pertinent pour l'intérêt étatique et par conséquent il lui applique une réglementation financière. D'autre part, le juge peut se contenter à raisonner « hors marché », sur la base de l'aménagement contractuel et des éventuelles règles pertinentes de droit privé commun. Le caractère international des rapports financiers pose un important défi. La validité des contrats financiers est consubstantielle à l'ontologie d'un marché économique que le droit étatique *pourrait* avoir intérêt à « nationaliser » pour le soumettre à un régime juridique. Cet intérêt peut résulter soit de la protection de l'épargne locale contre la fraude, comme le cas des *blue sky laws,* ou d'un intérêt étatique lié à la politique monétaire, comme dans le cas de l'interdiction en France de l'exportation des capitaux. Selon que les actions ouvertes en ce sens ont été mises à la disposition des sujets de droit privé (nature contractuelle ou délictuelle), ou institutionnels (nature pénale ou administrative), le dilemme du juge quant aux effets à donner à une législation impérative s'articule différemment. En tout cas, la représentation du marché (contractuelle ou nationale) qui sert de contrainte épistémologique apparaît à travers les arguments pragmatiques à effet éliminatoire. L'aménagement de la transaction en cause, en tant qu'élément qualitatif, n'est pas non plus indifférente. De plus, le poids accordé au *volume* des transactions, élément quantitatif, confirme la pertinence de ce dernier parmi les critères de rattachement à retenir pour le champ d'application des réglementations financières[936].

[936] V. *supra* n^{os} 147 et 150.

Conclusion du Titre

181. Avec l'essor de la science économique, la notion de marché s'est dédoublée du point de vue épistémologique. Il s'agit d'un marché empiriquement perceptible, *ex propriis sensibus*, et un marché *idéal* caractérisé par les diverses théories économiques. Cependant, tandis que la science juridique n'échappe pas au relativisme des « doctrines », la science économique s'est émancipée de ce statut à l'aide d'outils mathématiques. En ce sens le courant économique néoclassique qui s'est imposé comme orthodoxe dans la seconde partie du XX^{e} siècle est révélateur de ce parasitage de statut scientifique. Il a développé une conception de marché (macro-économique) dépendante d'une rationalité économique (micro-économique) supposée substantielle et indépendante de l'observation empirique de son usage stratégique. Autosuffisant à la fois au niveau de sa *connaissance* (du point de vue épistémologique) et de son *ordonnancement* (du point de vue de sa régulation), ce marché idéal a cumulé ces deux fonctions. Par conséquent, son autorité scientifique est devenue susceptible de *s'imposer* à la fois à titre de réalité (*connaissance*) et de finalité téléologique pour l'*ordonnancement* juridique.

182. Si la téléologie juridique des droits financiers étatiques a articulé un objectif de sécurité financière qui sous-tend les mécanismes impératifs développés à titre de régulation, elle a également favorisé l'établissement des limites épistémologiques en ce sens. Les opérations « hors marché » sont restées, pour l'épistémologie juridique, dans le cadre de la bilatéralité du contrat, dimension pertinente *per se*. Répondant à des besoins économiques de sécurisation du risque financier, l'innovation financière ainsi développée a revendiqué la sécurité juridique correspondant à la validité et à l'efficacité du contrat. L'argumentaire mobilisé en ce sens par la science économique permet de saisir son autoréférentialité. D'une part, à titre déductif, par la rationalité économique qui sous-tend l'opportunité de l'innovation financière. D'autre part, à titre pragmatique avec effet éliminatoire, à travers l'argument que le marché véhiculé par le contrat financier serait perturbé dans son fonctionnement. La

primauté de l'ontologie du marché est par conséquent *imposée* à titre méta-normatif en tant qu'*ordonnancement* à travers le caractère quasi-automatique de la sécurité juridique reconnue aux nouveaux contrats financiers.

Cette subjectivation de la sécurité juridique est susceptible de créer la représentation de la positivité simultanée de toutes les attentes normatives forgées sur la base des contrats financiers, dont la raison d'être est la sécurisation du risque économique. La sécurité juridique masque dans ce cas la revendication de l'assurance d'un risque économique.

Conclusion de la 1re Partie

183. Une approche dynamique du droit positif révèle sa nature de processus. Par conséquent, le droit positif assure sa continuation à travers une *positivation.* Par sa reproduction, ce processus assure la fonction d'*ordonnancement* de la société, dont les garanties procédurales se retrouvent dans la notion d'État de droit (prise comme synonyme de *Rule of law*). La normativité du droit est concurrencée par un autre type d'*ordonnancement* : l'autorité scientifique, qui prend la forme d'une méta-normativité des doctrines. Les sciences sociales comme la théorie du droit et les doctrines économiques sont censées fournir une *connaissance* de la société et contribuer à la transparence de la dynamique sociale. Elles utilisent en ce sens les concepts de système juridique et de marché. L'utilisation de ce savoir par les sujets de droit, qu'il s'agisse de leur qualité institutionnelle ou privée, à titre d'outil informationnel, est susceptible de d'influencer (« boucler »[937] sur) l'objet même de ce savoir. Lorsque dans le processus de la positivation du droit, la connaissance fournie à titre idéal par les doctrines juridiques et économiques substitue une appréhension *ex propriis sensibus* de la dynamique sociale, un phénomène de parasitage de la normativité juridique par la méta-normativé scientifique est amorcé.

Les relations concernant la circulation du capital témoignent de cette possibilité. Premièrement, à cause du degré de caractère scientifique revendiqué par la théorie économique orthodoxe dans la seconde moitié du XXe siècle. L'économie néoclassique a renforcé son statut en ce sens à travers une méthodologie mathématique. Deuxièmement, à cause de la dynamique propre du secteur financier, guidée par une rationalité économique du transfert du risque sur le marché.

Sur la base d'une expérience historique, l'encadrement juridique des relations financières se décline, d'une part, selon une logique de droit économique, et d'autre part à travers la liberté contractuelle encadrée par le droit privé. Le savoir économique élaboré par le libéralisme se fonde sur l'efficacité juridique

[937] V. *supra* nos 19 et 41.

presqu'automatique de ce dernier. Cette perspective, lorsqu'elle justifie la réduction du champ d'application des réglementations financières, soutient l'existence d'un marché sans régulation sur une base systémique. La notion de sécurité juridique (prévisibilité) devient pertinente par rapport aux limites de la liberté contractuelle que le droit privé peut articuler lorsqu'il est sollicité en ce sens, en contentieux. Technique juridique à des fins de protection des attentes raisonnables et légitimes, la sécurité juridique permet l'entrée dans sa moule des modèles scientifiques, tel que celui économique, en ce qui concerne la rationalité des sujets de droit. La fréquence de sa validation est susceptible d'entraîner une dystopie « rationaliste »[938] à travers le calcul du « devoir être ». Lorsque le modèle de rationalité est fourni par la théorie économique, il dispose d'un avantage argumentatif dans le raisonnement juridique. Par conséquent, il peut s'émanciper des critiques à travers son autorité scientifique et assurer sa reproduction. L'accès au juge demeure en ce sens le mécanisme de sécurité de la réappropriation par le droit positif de la fonction d'ordonnancement en cas de son parasitage par la méta-normativité scientifique.

Contrairement à une compétence institutionnelle, étatique ou supra-étatique, le contrat se déploie plus facilement dans l'espace international. Il convient par conséquent de poursuivre au niveau de cet espace l'analyse du rapport entre le processus de positivation du droit et la méta-normativité scientifique des théories juridiques et économiques. En ce sens, le caractère atomique du marché financier au début du XX^{e} siècle a servi à sa réglementation, car il correspondait à la structure du marché *vue* par le juge. Pourtant, la caractérisation de droit spécial de la consommation de cette réglementation *impose le caractère atomique du marché comme connaissance* lorsqu'il s'agit de sa pertinence pour les économies nationales, ce qui rend invisible l'enjeu sécuritaire lié à la dynamique du marché financier en termes de structure et volume. Le caractère global du marché au cœur de la crise financière de 2008 en témoigne.

[938] V. *supra* n°79.

Seconde Partie : La (co)production de l'(in)sécurité contemporaine

184. **Le commerce international face au positivisme étatique. Le parcours de la coproduction connaissance < > ordonnancement à l'épreuve du pluralisme étatique et de la science économique orthodoxe.** Le monisme étatique postulé par la théorie juridique orthodoxe se traduit, par la positivité des États, par un pluralisme des systèmes juridiques positifs étatiques. Cet élargissement de perspective rend plus complexe notre questionnement de la relation entre l'État de droit et l'économie de marché. En termes d'*ordonnancement*, le pluralisme des systèmes juridiques appelle *a priori* une fragmentation des marchés. Cependant, par la « force des choses »[939], ceux-ci ne sont pas étanches, il y a un marché partagé en tant qu'environnement factuel par tous les systèmes juridiques étatiques, le commerce international. Ce monisme en termes de *connaissance* a été saisi par la science économique, qui y rajoute la modélisation du fonctionnement. Cette autorité scientifique confère au commerce international (en tant que marché) une vocation totalisante du point de vue épistémologico-normatif, en tant que dénominateur commun, point convergent, *a priori* neutre du point de vue idéologique.

185. **La non-contingence du conflit et le paradigme sécuritaire en droit international privé.** L'« ouverture cognitive »[940] des systèmes juridiques positifs à l'égard de l'existence d'un commerce international est doublée, à l'égard de leurs semblants, d'une ouverture normative[941]. La discipline du droit international privé est le résultat de ce double défi, articulé en termes de conflits.

D'une part, il convient de se demander comment les droits internationaux privés étatiques, au sens de droit positif, se sont rapportés au marché, au commerce international au XX^{e} siècle.

D'autre part, s'agissant de la théorie du droit international privé, il faut s'interroger sur les conventions scientifiques établies par rapport aux notions de conflits de lois et de juridictions. Le conflit représenté a été celui qui dérive de la

[939] H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *op.cit.,* p. 11.
[940] V. *supra* n°88.
[941] Cette double ouverture envers *l'autre* demeure essentielle pour l'épistémologie de la discipline : sans nationalité ou dans le cas d'une nationalité unique mondiale, la notion d'étranger, d'extranéité, demeurait sans objet, dans un projet totalisant. Sur la gestion de l'altérité et du pluralisme étatique par le droit international privé v. H. MUIR WATT, « Private International Law Beyond the Schism », préc., spéc. p. 347 et 415.

possibilité d'appréhension d'un rapport intersubjectif en tant que *rapport de droit* par plusieurs systèmes juridiques étatiques, prise comme *certitude* et non comme *contingence*. Dans cette perspective, la positivation du « devoir être » par les systèmes étatiques est à la fois *objet* et *méthode* de la discipline. Au niveau de l'objet, l'incidence du droit international public est résiduelle, voire exclue, car les rapports visés sont des rapports privés < > de droit étatique[942] (le caractère privé légitime l'application du droit étatique, et ce dernier maintien leur qualification de rapports privés). Au niveau de la *méthode,* le particularisme en droit international privé est perpétué. De plus, l'autorité scientifique de la théorie du droit international privé se retrouve également au niveau téléologique. Car c'est par rapport au caractère *inévitable* de la positivité engendrée par le pluralisme juridique étatique, que l'objectif général de l'harmonie internationale des solutions a été assigné au droit international privé, en tant qu'expression de la sécurité juridique[943]. Cet objectif est sans doute le paradigme sous-entendu de la discipline. Il va de soi à tel point que les manuels ne procèdent pas à son indexation dans la tables des matières. Quelles dynamiques ont été mobilisées ?

186. **Déconstruction de la coproduction connaissance < > ordonnancement du commerce international.** Parallèlement aux droits internationaux privés qui devraient « pourvoi[r] à *l'ordre juridique du commerce international* »[944], un droit du commerce international saisi par l'économie s'est peu à peu détaché[945]. Il s'agit non seulement de l'objet de la matière, mais également de la méta-normativité de la science économique, qui attribue au droit [étatique] la fonction de *connaissance* à utilisation stratégique[946] de manière prioritaire à celle d'*ordonnancement* : « [le droit du commerce] a pour fonction de permettre aux opérateurs économiques d'analyser et d'évaluer les risques

[942] H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *op.cit.,* p. 12 : « Il serait donc plus exact d'assigner comme objet [...][au droit international public] « les règles applicables aux États et aux sujets de droit ne relevant pas de l'autorité d'un État dans les relations de la société internationale ».
[943] B. ANCEL, sous « Droit international privé » *in Dictionnaire de la culture juridique*, préc., spéc. p. 493 ; P. MAYER, V. HEUZÉ, *op.cit.,* n°34, p. 36: « […] la sécurité est précisément l'objectif essentiel du droit international privé ».
[944] P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de droit international privé*, 4e éd. refondue, 1946, p.2.
[945] M. AUDIT, S. BOLLÉE, P. CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 2014, p. 9.
[946] V. *supra* nos 60s.

juridiques et judiciaires inhérents à toute activité […] et de donner les solutions appropriées pour gérer ces risques »[947].

Au regard des revendications contemporaines quant aux vertus sécuritaires illimitées du principe de l'autonomie de la volonté, vecteur de l'autorégulation du marché global qui caractérise le secteur financier pré-crise (Titre II), il est nécessaire de déconstruire à travers une approche historique[948] la prétendue insécurité du commerce international engendrée par la positivation du droit dans le contentieux étatique (Titre I).

Titre I : La prétendue insécurité générée par le contentieux étatique

Titre II : L'apparente sécurité promise par le marché global

[947] C. KESSEDJIAN, *Droit du commerce international,* PUF, 2013, p. 1, n°2.

[948] D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.,* n°357, p.416 : « l'incidence du contexte historique et politique tant sur la conception du conflit de lois que sur les choix méthodologiques [est] patente, et explique en grande partie les mutations cycliques qui caractérisent l'ensemble de la discipline».

Titre I : La prétendue insécurité générée par le contentieux étatique

187. **Harmonie de la solution matérielle en tant que sécurité juridique.** Le problème de la sécurité juridique en droit international privé se retrouve de manière ponctuelle dans la doctrine. Batiffol reprend la définition donnée par Yntema : « *for the purposes of conflicts law, the objective of security seeks to maximize uniformity in defining the legal and socio-economic consequences of transactions and events by the selection and application of the corresponding law* »[949]. Cette définition fait de la prévisibilité du système juridique applicable le *moyen* pour l'harmonie de la solution matérielle. Pour MM. Mayer et Heuzé, la sécurité en ce sens réside dans la prévisibilité du système juridique applicable une fois une juridiction saisie[950]. Cette saisine d'un juge étatique, ou même de plusieurs, apparaît comme une éventualité certaine pour l'épistémologie de la théorie du droit international privé, indépendante de la méthodologie développée par la discipline.

De ce fait, comme l'observe Wengler, la portée téléologique de l'harmonie internationale des solutions a appelé une diversité des principes généraux du droit international privé[951] à titre de fins intermédiaires, dont l'usage n'est pas nécessairement sans conflits[952]. Le succès du principe de l'autonomie de la volonté à la fois en matière de conflits de juridictions et de lois correspond également à sa capacité de répondre au mieux à l'exigence de la sécurité juridique. Cependant, ses enjeux quant au maintien du caractère nécessaire de la positivation du droit en contentieux étatique[953] sont restés latents pendant longtemps. Affirmée à titre d'*ordonnancement* des relations privées

[949] H. E. YNTEMA, « The objectives of private international law », Rev. crit. DIP 1959. 1 cité par H. BATIFFOL, « The objectives of private international law », *in Choix d'articles*, pp.33-36, spéc. p. 35.
[950] P. MAYER, V. HEUZÉ, *op.cit.,* n°34, p. 36: « […] si l'incertitude règne ainsi, tant qu'un tribunal n'est saisi […] ».
[951] W. WENGLER, « Les principes généraux du droit international privé et leur conflits », Rev. crit. DIP 1952. 595(I), spéc. p. 598. H. MUIR WATT, « Les principes généraux du droit international privé français », JDI 1997. 403.
[952] *Ibid.* V. aussi H. MUIR WATT, « A semiotics of private international legal argument », YPIL 14 (2012/2013), pp. 51-70, spéc. n°16, p. 62 : « private international law adheres simultaneously to two contradictory ideals - "international harmony", which pulls towards alignment on foreign outcomes, and "internal harmony", which pulls back towards local consistency ».
[953] Sur cette conséquance de l'arbitrage v. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.,* n°176, p. 144.

internationales, l'autonomie de la volonté tire son autorité épistémologique d'une certaine *connaissance* de l'usage de liberté contractuelle*,* dont il convient de retracer les caractéristiques.

188. **Idéologie et expérience en droit international privé.** Le caractère savant[954] du droit international privé est susceptible d'occulter dans une certaine mesure son origine contentieuse : c'est principalement à partir des solutions d'espèce que la doctrine a forgé des systématisations[955] aboutissant à un statut autonome de la matière[956]. L'expérience mérite ainsi de qualifier le développement d'une approche scientifique du droit international privé, qui préexiste à la systématisation de l'ordre juridique[957]. En même temps, cela n'exclut pas l'existence d'une idéologie[958] sous-jacente. Le rôle joué par ces deux aspects dans la *connaissance* des relations commerciales internationales sera retracé d'une part, à travers l'évolution méthodologique déclenchée par Savigny (Chapitre I), et d'autre part, au niveau des soucis pratiques tels que révélés par le contentieux étatique (Chapitre II) qui ont abouti à la diversification des outils théoriques de la discipline.

---

[954] B. OPPETIT, « Le droit international privé, droit savant », préc.

[955] H. MUIR WATT, compte rendu de S. SYMEONIDES*, Codifying choice of law around the world. An international comparative analysis,* OUP, 2014, Rev.crit. DIP 2014. 749, parlant de la contribution des « grandes approches méthodologiques » à la constitution d'« un « système » opérationnel satisfaisant ».

[956] V. N. E. HATZIMIHAIL, « On Mapping the Conceptual Battlefield of Private International Law », 13 Hague Y.B. Int'l L. 57 (2000), http://ssrn.com/abstract=1470834, p. 4 : selon cet auteur il faut distinguer la période pré-classique du droit international privé, consistant dans une « méthode d'interpretation » ("pre-classical" conflict of laws as interpretative method) de la « discipline » droit international privé qui se forge avec Savigny et Mancini autour d'un « objet et d'une idéologie » (« a distinct subject matter and ideology ») ; B. OPPETIT, « Le droit international privé, droit savant », préc., p. 371 – selon cet auteur au XIX^{e} siècle le droit international privé n'était pas encore une discipline autonome.

[957] Sur le fait que « l'histoire du droit international privé […] préexiste largement à la conceptualisation de la souveraineté étatique et à l'ordre juridique international » v. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.,* n°23, p. 35, avec référence à J. HALPÉRIN, « L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIX^{e} siècle », *Droits,* 2002-35, p. 79s.

[958] N. E. HATZIMIHAIL, préc., p. 4. V. aussi A. MILLS, « The Private History of International Law », 55 Int. Comp. Law Quarterly 1 (2006).

Chapitre I : L'évolution scientifique

189. **Épistémologie et méthodes en droit international privé.** Les problèmes de théorie générale du droit international privé ont évolué simultanément avec les problèmes de technique juridique, c'est-à-dire de méthode. Les relations qui se sont établies ne sont pas à sens unique, mais à double sens : comme il a été montré en doctrine, l'évolution d'un droit international privé a été influencée par « des constructions théoriques sur le droit international »[959]. Oppetit notait davantage qu'il y a une « interaction du juge et du savant dans la formation historique des règles de conflit »[960], avant le mouvement des codifications dans la seconde moitié du XX^{e} siècle. Ce terrain historique se présente propice pour saisir le conventionnalisme scientifique dans la dynamique des théories du droit international privé, dimension nécessaire pour tester l'éventuelle méta-normativité (autorité scientifique) de la matière par rapport à l'épistémologie du droit positif. Il conviendra en ce sens de caractériser l'univers savignien (Section I) et son héritage à travers les réactions modernes (Section II) en matière de courants de pensée des deux côtés de l'Atlantique.

Section I : L'univers savignien

190. **Une approche idéologico-scientifique.** Même deux siècles après, la systématisation du droit international privé autour du rapport de droit et des facteurs de rattachement, élaborée par Savigny, demeure fondamentale pour la discipline. Reconnu principalement pour sa modélisation de la règle de conflit bilatérale, Savigny mérite à notre avis une attention particulière en termes d'épistémologie juridique. Quels outils de conceptualisation a-t-il utilisé, et dans quelle mesure ceux-ci étaient-ils contingents à son époque ? Sans prétendre à une reconstitution objective de sa pensée, impossible à notre avis, nous allons tenter une lecture moderne de Savigny en termes des données systémiques de sa thèse (§1) et de conventionnalisme scientifique (§2).

---

[959] D. BUREAU. H. MUIR WATT, *op.cit.*, n°8, p. 14, s'agissant de l'étude d'A. MILLS, « The Private History of International Law », préc. Pour le renouveau de l'approche historique du droit international privé v. aussi B. ANCEL, *Eléments d'histoire du droit international privé*, Editions Panthéon-Assas Paris II, 2017.

[960] B. OPPETIT, « Le droit international privé, droit savant », préc., p. 367.

§1 - L'inversion de la situation-type dans l'hypothèse

191. **La thèse savignienne et son succès.** Dans son article sur la saga des conflits de lois, M. Gothot montre dans quelle mesure l'héritage savignien a été réduit à une prémisse théorique correspondant à un outil méthodologique : l'existence de la fameuse « communauté de droit », d'où l'instrument de la règle de conflit bilatérale[961]. Le mérite de Savigny n'est pas d'avoir inventé le bilatéralisme, déjà utilisé au XVIII[e] siècle[962], mais d'avoir conceptualisé cette utilisation dans une systématisation permettant la prévisibilité de son application par les tribunaux. Cette prévisibilité faisant partie inhérente de l'épistémologie scientifique que Savigny emploie[963], le résultat débouche également sur une construction théorique prévisible dans ses résultats : si la doctrine de la *comity* maintien le risque de l'arbitraire[964], la règle de conflit bilatérale est prévisible[965] et donc sure. Détachée de son hypothèse, la méthode savignienne a été maintenue pour son *utilité* en termes de *prévisibilité*, à la fois pour les parties et les tiers. Cependant, son universalisation en tant que principal mécanisme d'*ordonnancement* pour les conflits de lois n'aurait pas été possible sans la positivation téléologique de la communauté de droit (B) qui répond à un schéma de légitimation juridique « par le haut » à travers des fondements (A).

A. Le « rituel épistémologique » de la recherche des fondements théoriques

192. **L'insuffisance d'une évidence anthropologique.** Le droit international privé puise son existence dans une nécessité objective, dérivant d'un état de fait : la vie internationale, non cantonnée dans tous ses éléments à la souveraineté d'un seul État. En même temps, il faut prendre conscience que ce qui rend possible cette vie internationale c'est précisément l'existence d'un droit international privé, à travers la reconnaissance des rapports de droit qui s'y rattachement. Pour Lerebours-Pigeonnière la matière est le trait d'un « peuple

[961] P. GOTHOT, « Simples réflexions à propos de la saga du conflit des lois », *Mélanges Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 343-354, pp. 350 et 354.
[962] P. MAYER, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », Droits, 1985. 129, avec référence à MEIJERS, *Études d'histoire du droit international privé*, 1967.
[963] Les références à la « science du droit » et à une démarche scientifique sont multiples dans le tome VIII du Traité de droit romain.
[964] Savigny rejette l'idée d'une « pure bienveillance, l'acte révocable d'une volonté arbitraire » s'agissant de « l'accord entre Etats » en voie de construction - v. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, p. 31.
[965] P. MAYER, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », préc., n° 15, p. 135.

civilisé [qui] ne vit ni ne peut vivre entièrement replié sur son territoire »[966]. Pour MM. Batiffol et Lagarde, il s'agit d'assurer « que [la société internationale] puisse subsister et procurer à ses membres le bien qu'ils attendent de son existence »[967]. Plus récemment, M. Mayer raisonne *a contrario* par rapport à l'inexistence d'un droit international privé lorsqu'il établit le « caractère inacceptable d'une clôture totale de l'ordre juridique »[968].

Cependant, cette évidence anthropologique continue à ne pas contenter une discipline qui, suivant le « rituel épistémologique » d'une approche « par le haut »[969], est à la recherche des fondements théoriques solides.

193. **Les défauts théoriques du *comitas gentium***. Le concept de *comitas gentium* constitue la conceptualisation pragmatique de cette nécessité pratique de ne pas ignorer les éléments d'extranéité des relations commerciales dans le règlement des différends qui s'y attache – un véritable « besoin de la *comity* »[970]. Le *comitas gentium* a une connotation mi-factuelle mi-juridique en tant qu'« effet reflexe »[971] d'origine factuelle au morcellement des ordres juridiques en droit positif qui conduit au principe de la territorialité de la loi. Étayé par la pratique coutumière des États en ce sens[972], la normativité du *comity* apparaît cependant contingente, car *nécessité fait loi* n'assure pas la sécurité épistémologique que la systématisation théorique imprègne.

---

[966] P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de droit international privé*, 4e éd. refondue, 1946, p.2.
[967] H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *op.cit.,* p. 11.
[968] P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », RCADI, t. 327, 2007, p.113, n°103.
[969] V. *supra* nos 25s.
[970] T. SCHULTZ, D. HOLLOWAY, « Retour sur la comity. - Deuxième partie : La comity dans l'histoire du droit international privé », JDI 2012. 571, spéc. n° 18, p. 581 : « La souveraineté et la territorialité se heurteraient ainsi au transnationalisme du commerce et des relations privées internationales ; il en ressort un « besoin de comity ». »
[971] *Id.*, n°20, p. 582 : « en raison du fort développement du principe de la souveraineté territoriale entre les XVIIe et XIXe siècles, le principe de la *comity*, pétri de pragmatisme et de communautarisme interétatique, émergea par effet réflexe ».
[972] *Id.*, spéc. n° 23, p. 584 : « Pour K. Lipstein, le caractère normatif de la *comity* chez Huber ne découlerait pas de l'ordre international lui-même, ne procéderait pas d'une théorie de droit naturel universel la considérant comme un corollaire nécessaire du principe de souveraineté territoriale, mais découlerait du fait qu'elle était appliquée de manière coutumière par les États, par accord tacite, son caractère éminemment utile ne laissant, en quelque sorte, guère le choix aux États que de la mettre en œuvre ».

Selon Weiss, l'école allemande dont Savigny fait partie, remplace « les théories empiriques de leurs devanciers par un critérium, sinon infaillible, tout au moins reposant sur l'idée immuable d'une communauté de droit existant entre les États »[973]; il s'agit d'un dépassement du *comitas gentium* que Weiss appelle « une courtoisie vague et arbitraire »[974] et Pillet « la combinaison d'une idée de droit et d'une idée de convenance »[975], la première étant la territorialité et la deuxième les « exigences du commerce »[976].

194. **Donné et construit dans la notion de « communauté de droit ».** L'attachement de la pensée savignienne à la fois à l'histoire et à la systématisation leur attribuent un rôle important dans la création du droit en tant qu'éléments scientifiques[977]. Ces deux éléments sont privilégiés par rapport aux éléments logique et grammatical, tous indispensables pour interpréter la loi[978]. En ce sens, Savigny retient que « la législation et l'interprétation exercent entre elles des **influences réciproques**, elles prospèrent ensemble, et la supériorité de chacune est pour l'autre une condition et un gage de supériorité »[979] (c'est nous qui soulignons). Selon cette perspective, le sens d'une règle n'est déterminé ni exclusivement de manière formelle (par sa textualité), ni exclusivement de manière arbitraire (par une interprétation contraire à son esprit). Ces repères permettent de comprendre le rapport entre la positivité et la téléologie du concept de « communauté de droit ».

B. L'argument téléologique de la « communauté de droit »

195. **L'inversion du couple règle-exception chez Savigny**. La bilatéralisation que Savigny propose est possible à travers une systématisation du couple règle-exception s'agissant de l'application de la loi locale. Loin de voir dans la règle de conflit bilatérale la méthode exclusive pour la solution d'un litige comportant des éléments étrangers, Savigny attire l'attention sur les

[973] A. WEISS, *Manuel de droit international privé*, 6e éd., 1909, p.364.
[974] *Ibid.*
[975] A. PILLET, *Principes de droit international privé*, 1903, p. 53.
[976] *Ibid.*
[977] Pour une analyse contextuelle des antinomies dans l'œuvre de Savigny v. J. GAUDEMET, « Histoire et système dans la méthode de Savigny », *Mélanges René Dekkers*, Bruylant, 1982, pp. 117-133, spéc. p. 124s.
[978] SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t.I, p. 207.
[979] *Id.*, p. 209.

hypothèses qui demandent nécessairement l'application de la loi du for, actuellement théorisées en tant que lois de police. Mais ce qui est intéressant c'est leur systématisation en tant qu'« exceptions » à la règle qui consiste dans l'application de la démarche bilatéraliste[980].

Dans une approche dynamique, la théorie savignienne prend la forme de l'énoncé suivant : *aussi longtemps* qu'il y a une communauté de droit, la règle de conflit bilatérale est l'instrument adéquat pour déterminer la loi applicable à un rapport juridique. Sous cette forme, il n'y aurait aucun parti pris sur le caractère de règle ou exception de l'application du bilatéralisme, car une mise en œuvre rigoureuse demanderait une vérification de l'hypothèse de la communauté de droit.

196. **Une positivation ponctuelle de la communauté de droit.** Au XIX^e^ siècle, la démonstration d'une « tendance à une communauté de droit véritable »[981] est effectuée par Savigny à l'aide du droit positif (vérification empirique de sa construction) et lui permet un parti pris en ce sens en termes d'opportunité. La positivité de la communauté de droit est étayée à la fois par la jurisprudence et le droit écrit, et son opportunité est présentée comme une évidence[982]. Sa juridicité est construite par elle-même, plus précisément par l'écho de la positivité du droit romain (*jus commune)* comme principe d'unité systémique. Il s'agit de la construction **d'une correspondance entre l'ordonnancement et la connaissance** qui caractérise la naissance d'un paradigme à travers « des vérités premières dont l'évidence éclate aux yeux de tous »[983] sans qu'il s'agisse d'un axiome *a priori*[984].

---

[980] SAVIGNY, *op.cit.*, t. VIII, p. 35 : « Nous devons maintenant apporter une restriction à ce principe ; car il y à plusieurs espèces de lois dont la nature spéciale n'admet pas cette indépendance de la communauté du droit entre différents États. En présence de ces lois, le juge doit appliquer exclusivement le droit national, lors même que notre principe demanderait l'application du droit étranger. De là résulte une série d'exceptions très importantes, dont la détermination rigoureuse est peut être la partie la plus difficile du problème que nous avons à résoudre ».

[981] *Id.*, p. 128.

[982] Pour Savigny, l'existence des traités bilatéraux concernant les conflits de lois ne constitue pas une nouvelle consécration de droit positif, ceux-ci « ne sont que l'expression de cette communauté de droit dont j'ai parlé plus haut, et dès lors un acheminement à sa reconnaissance toujours plus complète. » - V. Traité, t.8, p.33 et p.40.

[983] A. PILLET, *Principes de droit international privé*, préc., p. 22.

[984] *Ibid.*

197. **L'ubiquité téléologique de la communauté de droit.** La formule dynamique « aussi longtemps que… » est synthétisée par Savigny dans un savoir scientifique à vocation universelle[985], y compris atemporel, puisque la communauté de droit « est à fois une origine, un présent et un horizon »[986] selon cet auteur. Si la formulation des règles sur l'application de la *lex fori* rendait la fréquence de l'application de la loi étrangère l'exception, la thèse bilatéraliste « rompit avec l'idée que l'application de la loi étrangère ne pouvait être qu'un phénomène exceptionnel, du à l'effet d'une bienveillance »[987].

L'idée de la *situation-type* qui distingue l'hypothèse-règle de l'hypothèse-exception[988] se retrouve également dans la fameuse formule de Savigny reprise comme représentative par M. Mayer : « le point de vue **dominant** de la législation et de la pratique moderne n'est nullement le maintien jaloux de leur autorité exclusive »[989] (c'est nous qui soulignons).

Le problème de ce qui apparaît comme la situation-type et la situation-anomalie se retrouve également dans le rejet de la théorie de Pillet par M. Mayer, lorsqu'il est observé que « la construction de Pillet est harmonieuse, mais ses défauts multiples ; elle souffre essentiellement de l'inexactitude de son point de départ : *les conflits de lois ne sont pas, **en général**, des conflits de souverainetés* »[990] (c'est nous qui soulignons).

C'est donc la *dimension de la communauté de droit* qui permet de dégager le bilatéralisme comme principe unitaire d'ordonnancement de plusieurs hypothèses conflictuelles, tandis que les cas exceptionnels « ont tou[s] ce caractère commun d'**anomalie**, que pour la collision des droits locaux [ils] échappent à cette communauté du droit, en général si **désirable** »[991] (c'est nous qui soulignons). En dernier lieu, ce caractère désirable de la communauté de

[985] P. MAYER, V. HEUZÉ, *op.cit.,* n°72, p. 65.
[986] P. GOTHOT, « Simples réflexions à propos de la saga du conflit des lois », préc., p. 349.
[987] B. AUDIT, L. d'AVOUT, *op.cit.,* n°151, p. 133.
[988] V. *supra* n°62.
[989] SAVIGNY, *op.cit.,* t.8[e], §361 cité par P. MAYER, V. HEUZÉ, *op.cit*., n°71, p. 64.
[990] P. MAYER, V. HEUZÉ, *op.cit*., n°74, p. 66.
[991] SAVIGNY, *op.cit.,* t. VIII, p. 40.

droit s'identifie à un caractère opportun, témoignant d'une téléologie qui fonde la rationalité de son développement « naturel »[992].

198. **Conséquence : une *connaissance* susceptible de s'*imposer*.** Après que la représentation de la société (sa *connaissance*) est changée à travers l'établissement de la communauté de droit comme situation-type, Savigny procède à l'établissement d'une nouvelle convention scientifique en assignant à cette représentation la méthode de la règle de conflit bilatérale comme *ordonnancement*.

§2 - L'établissement de la convention scientifique

199. **Quelle hypothèse du conflit pour la thèse savignienne ?** La théorie savignienne en tant que théorie inter-systémique scientifique universelle a survécu dans les droits positifs contemporains sous sa forme instrumentale : le bilatéralisme. Prisé pour sa « fonction pratique »[993], la règle de conflit bilatérale est présentée comme le « choix logiquement nécessaire, de la loi applicable entre personnes privées »[994], « elle convient en fait à la nature du problème à résoudre »[995]. Comme le remarque M. Gothot, « beaucoup d'auteurs […] n'[ont] finalement adopté [la méthode savignienne] qu'en prenant la précaution de la dissocier de ce sur quoi elle repose »[996].

La « vaste chaîne argumentative »[997] déployée par Savigny invite pourtant à la déconstruction de la méthodologie employée pour argumenter l'établissement d'une nouvelle convention scientifique, entre la formulation du problème à résoudre et la solution qui *s'impose*.

Puisque le point de départ pour l'identification du rattachement de la règle de conflit bilatérale est le rapport de droit, Savigny est présenté par MM. Mayer et Heuzé comme ayant déclenché la représentation du conflit de lois comme un problème de conflits d'intérêts privés (position devenue orthodoxe) au lieu

[992] *Ibid.*
[993] P. MAYER, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », préc., p. 135.
[994] *Ibid.*
[995] *Id.*, p.143.
[996] P. GOTHOT, « Simples réflexions à propos de la saga du conflit des lois », préc., p. 354.
[997] *Id.*, p. 353.

d'une représentation publiciste en tant que conflits de souverainetés[998]. Néanmoins, il est possible de constater que Savigny ne pouvait que partir de l'orthodoxie épistémologique de l'époque à travers une démarche unilatéraliste (A) pour ensuite se fonder sur des rapports de droits susceptible d'être repartis entre les ordres juridiques (B).

A. Une démarche unilatéraliste

200. **Un point de départ orthodoxe.** En lisant la table des matières du Tome VIII, la formulation du problème en termes unilatéralistes surprend : « empire des règles du droit sur les rapports de droit ». Néanmoins, le grand changement de paradigme consiste dans la découverte du ***caractère réversible entre les termes du problème*** en « inversant la proposition »[999] : « Les règles du droit sont appelées à régir les rapports de droit ; mais quelles sont les bornes de leur empire ? Quels rapports de droit sont soumis à ces règles ? »[1000]. Dans l'organisation de l'ouvrage, la « transition à l'étude des divers rapports de droit (§360) » est précédée par l'analyse du domaine et des limites d'application des diverses règles de droit[1001]. Cette démarche inductive est caractéristique pour l'approche employée par l'éminent juriste, qui établi dans son œuvre « le lien entre l'étude historique des sources et le besoin de systématisation »[1002].

---

[998] P. MAYER, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », préc., p. 143 ; P. MAYER, V. HEUZÉ, *op. cit,* n°71, p. 64: « Les auteurs français contemporains admettent dans l'ensemble le point de vue de Savigny. Leur conception est donc essentiellement privatiste : on s'intéresse d'abord au rapport de droit privé à rattacher, et on procède à ce rattachement en prenant essentiellement en compte les intérêts privés, c'est-à-dire le respect des légitimes prévisions des parties ».

[999] V. B. AUDIT, L. d'AVOUT, *op.cit.,* n°152, p. 134.

[1000] SAVIGNY, *op.cit.,* t. VIII §344, p. 7.

[1001] Le problème du conflit de lois est énoncé par Savigny comme suit : « le problème que nous avons à résoudre pour tous les cas possibles de collision peut se poser en ces termes : Quel est dans chaque cas donné le droit territorial applicable ? » - v. SAVIGNY, *op.cit.,* t. VIII, p. 21. V. aussi p. 30 : « Le problème à résoudre pour les deux espèces de collision [internes et internationales] peut donc se poser en ces termes : Déterminer pour chaque rapport de droit le **domaine du droit** le plus conforme à la nature propre et essentielle de ce rapport » V. aussi p. 130 : « Un juge ne doit jamais appliquer un droit local étranger, quand **cette application ne rentre pas dans les limites posées plus haut (§ 349) pour la communauté du droit** entre États indépendants. » (c'est nous qui soulignons).

[1002] J. GAUDEMET, « Histoire et système dans la méthode de Savigny », préc., p. 126 : « A la différence des théoriciens de l'école du droit naturel, Savigny ne part pas de principes généraux d'où se déduirait un certain nombre de règles. Il prend en considération les solutions données par la jurisprudence romaine pour en dégager, par une méthode inductive, les principes de l'institution ».

Si Savigny part du rapport de droit pour identifier le facteur de rattachement adéquat de la règle de conflit bilatérale, c'est parce que le *domaine de la communauté de droit* qu'il identifie permet d'écarter le conflit de souverainetés et assure une unité des catégories juridiques. Cependant, le point de départ consiste dans une distinction entre les lois relevant de la communauté du droit et celles qui ne le sont pas, qui correspond à une démarche essentiellement unilatéraliste. C'est la réduction de l'hypothèse scientifique aux lois qui relèvent de la communauté de droit qui permet l'établissement d'une nouvelle convention scientifique.

201. **Le nouveau projet inter-systémique de *connaissance*.** Comme il a été remarqué, pour Savigny « les fins pratiques l'emportent sur la spéculation théorique »[1003]. De ce fait, son esprit articule une *contradiction* entre l'application systématique de la *lex fori* et les nécessités d'un monde de plus en plus interconnecté qui demande une autre vision inter-systémique.

Sa vision est simultanément réaliste et pratique et vise à assurer à la fois l'accès des étrangers à la justice à travers l'accès au juge, ainsi que l'harmonie internationale des solutions. Sa vision peut être qualifiée de compréhensive, sinon globale, parce qu'elle se souci à la fois de l'intérêt général et individuel, devenant **un modèle idéal de la positivation du droit dans le monde**. Le passage suivant est révélateur de ce projet :

« *En vertu du droit rigoureux de souveraineté on pourrait sans doute enjoindre aux juges d'un pays d'appliquer exclusivement leur droit national, sans égard aux dispositions contraires d'un droit étranger avec le domaine duquel le rapport de droit litigieux pourrait se trouver en contact. Mais une semblable prescription ne se trouve dans aucune législation connue, et devrait être repoussée par les considérations suivantes.*

Plus les relations entre les différents peuples sont nombreuses et actives, ***plus on doit se convaincre qu'il faut renoncer à ce principe d'exclusion*** *pour adopter le principe contraire. C'est ainsi que l'on tend à la réciprocité dans l'appréciation des rapports de droit à établir, devant la justice entre les*

[1003] J. GAUDEMET, « Histoire et système dans la méthode de Savigny », préc., p. 129.

étrangers et les nationaux, une égalité que réclame ***l'intérêt des peuples et des individus****.*

Si cette égalité était complètement réalisée, non-seulement dans chaque État les tribunaux seraient accessibles aux étrangers comme aux nationaux (ce qui constitue l'égalité de traitement pour les personnes), mais, dans le cas de collision des lois, la décision rendue sur le rapport de droit serait toujours la même, quel que soit le pays où le jugement aurait été prononcé.

Le ***point de vue où nous placent ces considérations est celui d'une communauté de droit entre les différents peuples*** *; et par la suite des temps ce point de vue a été de plus en plus* ***généralement adopté*** *sous l'influence des idées chrétiennes et des* ***avantages réels qu'il procure à toutes les parties****.*»[1004] (c'est nous qui soulignons).

Comme le remarque M. Gothot en retraçant les prémisses de la construction savignienne, « Savigny fait reposer toute sa théorie des conflits sur la conception qu'il se fait du droit et de la morphologie des ordres juridiques positifs »[1005], et selon celle-ci il lui est possible « de distribuer les individus entre tous les peuples »[1006].

Le point de convergence autour duquel se construit sa systématisation consiste dans la communauté de droit qui est ***imposé à titre de connaissance*** à travers une série argumentative. Au niveau micro-juridique lui correspond une approche fondée sur la notion de rapport de droit.

B. Une localisation objective des rapports de droit

202. **La parenté des rapports de droit à la personne et le rôle de la volonté.** Cette armature de technique juridique ayant conduit à la règle de conflit bilatérale, tombée dans l'oubli[1007], réside dans la parenté des rapports de droit à la personne, qui, paradoxalement, sert à la fois à distinguer les catégories des rapports, mais également à assurer « la solide unité entre tous les

[1004] SAVIGNY, *op.cit.,* t.VIII, pp. 29s.
[1005] P. GOTHOT, « Simples réflexions à propos de la saga du conflit des lois », préc., p. 352.
[1006] *Ibid.*
[1007] *Ibid.*

rattachements »[1008]. Comme l'explique M. Gothot, Savigny localise la personne pour la soumettre à une loi, et puisque les rapports de droit sont une « extension artificielle de la personne » il va procéder également à leur localisation, à travers une présomption de « choix » de la personne pour cette localisation[1009].

Cette présomption est d'une importance capitale pour Savigny. Il distingue cette « soumission volontaire » (absence de contradiction) de la « volonté positive » nécessaire à la conclusion d'un contrat (bien qu'il qualifie celle distinction de « subtile », en soulignant son caractère *nécessaire* par rapport aux circonstances externes : « une règle générale de droit fondée sur un **besoin réel** suppose cette volonté, tant qu'une volonté contraire n'est pas formellement exprimée »[1010]. Il semblerait que ce « besoin réel » est celui de la **certitude du droit applicable** (car Savigny repousse à plusieurs reprises les solutions qui conduisent à une incertitude).

Le concept de « soumission volontaire » que Savigny analyse en tant que fondement de la loi applicable et de la juridiction compétente[1011] – dans la partie « pratique »[1012] concernant la localisation des rapports de droit – n'est pas seulement le choix de la loi applicable ; elle peut résulter également de l'acquisition d'un droit[1013]. Le concept de « soumission volontaire » semble regrouper à la fois la *volonté/l'intention* et l'*attente*[1014], ce qui milite en faveur d'une conception objective de la certitude.

[1008] *Ibid.*
[1009] P. GOTHOT, « Simples réflexions à propos de la saga du conflit des lois », préc., p. 353. V. aussi V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept,* PUF, 1980, p. 27 pour qui « la « soumission volontaire » [chez Savigny] n'est qu'un principe explicatif. Elle ne permet pas de déterminer la législation applicable à un rapport juridique donné. Sa fonction est seulement de justifier la loi compétente d'après la localisation de ce rapport, selon sa nature propre. […] La soumission volontaire n'est que l'explication théorique d'un règle pratique ».
[1010] SAVIGNY, *op.cit.,* t.VIII, §360, p. 112.
[1011] *Id.*, p. 110.
[1012] *Id.*, p. 109.
[1013] *Id.*, p. 110 : « Cette soumission volontaire à un droit local nous apparaît sous différentes formes et à différents degrés : quelquefois on prend comme règle un droit local déterminé, tandis que l'on pouvait aussi bien en choisir un autre ; c'est ce qui arrive notamment en matière d'obligations, où le droit local librement choisi doit être considéré comme partie intégrante du contrat. Dans d'autres cas cette soumission volontaire résulte de l'acquisition même d'un droit ».
[1014] *Id.*, §370 pp. 212 et 216.

203. **L'exemple du droit des biens.** Pour Savigny, sauf pour le cas des lois poursuivant un intérêt général qui sont territoriales, la loi du domicile est en principe compétente pour les questions de capacité (puisque la personne en choisissant son domicile veut y être soumise) ; la *lex rei sitae* gouverne le statut réel en vertu des droits que la personne veut y exercer sur la chose[1015]. Cette dernière solution était novatrice dans son application aux meubles, pour lesquelles la maxime *mobilia sequuntur personam* opérait à l'époque[1016]. Pour justifier cette solution Savigny utilise la combinaison d'une fiction caractérisée de « volontarisme subjectiviste exacerbé »[1017] et un argument *a contrario* par rapport aux résultats pratiques inadéquats auxquels conduisait le rattachement au domicile du propriétaire (notamment lorsque l'identification de celui-ci fait l'objet du litige)[1018]. Il utilise également un argument de *forum shopping* : vu le lien entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable[1019], la possibilité du choix pour le demandeur entre le *forum sitae* et le *forum domicilii* est repoussée dans cette matière[1020]. C'est la *lex rei sitae* qui est préférable[1021], pour des raisons de certitude.

204. **L'exemple du droit des obligations.** Pour les obligations, Savigny suit également une démarche de localisation du siège, qui devrait déterminer à la fois « la juridiction spéciale appelée à en connaître, et le droit local auquel elle est soumise »[1022]. Si le for spécial de l'obligation reste toujours facultatif pour le

---

[1015] A. WEISS, *op.cit.*, p. 362s : « M. de Savigny soumet à la loi du domicile de la personne, comme étant celle à laquelle elle s'est volontairement soumise, tout ce qui a trait à son état ou à sa capacité, à moins que la loi nationale du juge ne contienne une règle différente inspirée par l'intérêt moral ou économique du pays ; dans ce cas la souveraineté territoriale reprend tous ses droits. » ; v. aussi p. 363, citant Savigny, t. VIII, §366, « Celui qui veut acquérir ou exercer un droit sur une chose se transporte avec cette intention dans le lieu qu'elle occupe, et pour ce rapport de droit spécial se soumet volontairement au droit de la localité ».

[1016] L. d'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, 2006, n°119, p. 164.

[1017] *Id.*, n°119, p. 165.

[1018] *Ibid.* ; SAVIGNY, *op.cit.,* t. VIII, §366 II, p. 170s.

[1019] SAVIGNY, *op.cit.,* t. VIII, p. 168.

[1020] *Id.*, p. 169. Sur une lecture de Savigny au sens d'une prévention du *forum shopping* v. D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », RCADI , t. 323, 2006, n°18, p. 38, avec référence à F. K. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, éd. spéciale, Ardsley (NY), Transnational Publishers, 2005, p. 36.

[1021] *Ibid.* : « Si donc les droits réels se jugeaient d'après le droit du domicile, il resterait en pareil cas à savoir quel est le domicile dont on doit suivre le droit. Or, cette incertitude disparaît dès que l'on adopte la *lex rei sitae*, qui de sa nature est toujours simple et exclusive. »

[1022] *Id.*, §369, p.198.

demandeur par rapport au for du domicile du défendeur, en revanche les rattachements retenus sont exclusifs pour le droit applicable, car celui-ci « ne peut être ainsi abandonné au choix d'une seule des parties »[1023].

Comme le souligne Weiss, selon Savigny la validité et les effets de l'obligation au fond sont soumis à la loi du lieu de son exécution « à moins d'une volonté contraire clairement manifestée, ou d'une nécessité résultant de la nature même des choses »[1024]. Il s'ensuit que « l'intention vraisemblable des parties » doit être corrélée avec la nature du contrat conclu[1025] ; Savigny rejette le dogmatisme du *forum contractus* : « **je fais dériver la juridiction, non du contrat en soi, mais en y rattachant les circonstances qui le motivent et le précèdent** »[1026] (c'est nous qui soulignons).

En ce sens, Savigny donne l'exemple de la localisation de la délivrance d'une maison : la localisation de cette obligation au lieu de la maison est « immédiatement contenue dans la promesse même, puisque la délivrance est impossible ailleurs, et qu'une déclaration contraire sur cette circonstance accessoire serait une absurdité »[1027]. De même, la localisation de l'obligation au domicile du débiteur au moment de la naissance de l'obligation doit y demeurer même si celui-ci change de domicile, dans le respect de l'attente qu'il a fait naître[1028].

Bien évidemment toute règle désignée selon les rattachements retenus cédait devant les lois rigoureusement obligatoires du for, y compris lorsque ces dernières rendaient l'obligation invalide[1029]. Néanmoins, le juge ne serait pas tenu à l'application de ce type de loi lorsqu'elle ferait partie de la *lex causae*[1030].

205. **Le réalisme de Savigny : à la recherche d'une sécurité juridique objective.** Scientifique rigoureux, Savigny établi avec beaucoup de soin les limites des hypothèses qui se prêtent au bilatéralisme en tant que méthode

[1023] *Id.*, §372 III, p.245.
[1024] A. WEISS, *op.cit.*, p. 363.
[1025] SAVIGNY, *op.cit.* t. 8e , §370, p. 218.
[1026] *Id.*, p. 220.
[1027] SAVIGNY, *op.cit.* t. 8e , §370, p. 211.
[1028] *Id.*, p. 218.
[1029] *Id.*, §374 IV, p. 272.
[1030] *Id.*, §374 IV, p. 272s.

d'*ordonnancement* du problème de conflit de lois. La finesse de son analyse est exemplaire, et les arguments novatrices. Elle témoigne également d'un souci de conciliation entre les prévisions des parties, des tiers ainsi que des objectifs de politique juridique du droit positif. Cette conciliation recherchée permet de forger un concept objectif de certitude, de sécurité juridique.

Que restera-il de la convention établie entre une *connaissance* inter-systémique susceptible de globalisation et l'ordonnancement à travers la formule mathématique de la règle de conflit bilatérale, et de son souci de « laisser le droit évoluer »[1031] que la codification peut menacer ?

Section II – Les réactions modernes

206. La correspondance savignienne entre le paradigme de la communauté de droit et la méthodologie bilatéraliste, qui n'est qu'une convention scientifique, sera bouleversée par l'affirmation des règles de conflits positives d'origine étatique au XX^{e} siècle. Expression d'une idéologie nationaliste, ce positivisme privilégie la technique juridique. La problématisation théorique du droit international privé sera articulée autour de l'origine nationale ou supranationale des règles de conflit[1032], devenues positives et orthodoxes. Comment la positivité du bilatéralisme savignien dépourvu de son caractère universel a-t-elle été appréhendée par la doctrine juridique au début du XX^{e} siècle ? La naissance du bilatéralisme systématique en Europe (§1) et la réaction critique par le fonctionnalisme américain (§2) permettent de reconstituer le terrain épistémologique essentiellement privé et juridictionnel de la formulation du problème des conflits de lois, par l'étatisation de l'hypothèse contentieuse (§3).

§1 - Le bilatéralisme systématique européen

207. **Nationalisme et particularisme en droit international privé.** Le particularisme en droit international privé (c'est-à-dire le paradigme de l'origine *nationale* de la règle de conflit) est à la fois un *état de fait* mais également le résultat d'une *idéologie nationaliste*[1033] au début du XX^{e} siècle. Il correspond à

[1031] J. GAUDEMET, « Histoire et système dans la méthode de Savigny », préc., p. 131.
[1032] B. AUDIT, L. D'AVOUT, *op.cit.,* n°3s, p.2s. ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.,* n°44, p. 57.
[1033] Ph. FRANCESCAKIS, « Perspectives du droit international privé français actuel. A propos de la deuxième édition du Traité de M. Henri Batiffol », RIDE 1955. 349, spéc. p. 350s.

un nationalisme qui se manifeste face aux mouvements de populations et permet l'application de la loi locale y compris aux étrangers établis[1034].

Pour Francescakis, le droit international privé français de l'entre-deux-guerres lui apparaît imprégné de nationalisme (à la fois dans ses composantes doctrinale (Bartin, Arminjon, Niboyet) et positiviste (Lerebours-Pigeonnière)[1035]. Si Bartin apparaît comme nationaliste dans *les prémisses* (l'extension des catégories juridiques du for aux situations internationales) et Niboyet dans *les résultats* de la doctrine territorialiste, Lerebours-Pigeonnière en est dans *la neutralité* par rapport aux solutions jurisprudentielles de l'époque[1036]. Ce dernier se remarque néanmoins par un esprit d'ouverture vers les *intérêts du commerce international.*

208. **Nationalisme et comparatisme épistémologique.** L'abandon du droit comparé en tant que source pour la recherche des solutions en droit international privé est pour Francescakis l'expression du nationalisme non seulement au niveau idéologique, mais également au niveau scientifique[1037], et pour lui c'est Bartin le premier à adopter cette approche. Niboyet le suivra. Cet abandon vise à la fois le droit matériel ainsi que les solutions de conflits de lois, étant justifié par la « projection » des catégories du droit français au plan international et le particularisme intrinsèque de la matière[1038]. Si jusqu'au début du XX^{e} siècle on peut identifier une histoire commune en droit international privé, issue d'« une émergence progressive »[1039] et d'une démarche a-nationale (scientifique) de la doctrine, le développement de l'État-nation correspond aussi au particularisme

[1034] B. AUDIT, L. D'AVOUT, *op.cit.,* n°156, p. 138.
[1035] Ph. FRANCESCAKIS, « Une lecture demeurée fondamentale : Les "Règles générales des conflits de lois" de Jacques Maury » *in Mélanges Francescakis* (Ph. Francescakis, *La pensée des autres en droit droit international privé*), Université Aristote de Thessalonique, 1985, pp. 393-409, p. 397s.
[1036] Ph. FRANCESCAKIS, « Perspectives... », préc. pp. 350-352. Sur l'œuvre de Bartin et Niboyet v. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.,* n°357, p. 412.
[1037] Ph. FRANCESCAKIS, « Perspectives... », préc., p. 353.
[1038] *Ibid.* : « La première devenait inutile dès lors que, comme Bartin le proposait, on raisonnait en droit international privé par « projection » des institutions civiles françaises et qu'il ne s'agissait que d'aligner à celles-ci des règles juridiques étrangères dissociées de leurs propres nature juridique et finalité. Quant à l'étude des systèmes étrangers de conflits de lois, Bartin lui refusait en substance non seulement toute permission d'engendrer une coutume internationale proprement dite mais même celle d'éclairer indirectement les problèmes français puisque conçus au départ dans leur irréductible spécificité nationale ».
[1039] P. GOTHOT, « Simples réflexions… », préc., p. 347.

de la matière qui conduit à une « ignorance délibérée du droit comparé»[1040]. Ce changement de paradigme se produit également dans le contexte économique du début du XX[e] siècle, qui accentue un droit positif privilégiant l'intérêt national[1041].

Le comparatisme en tant que méthode du droit international privé a subi également des mutations sous l'influence de Maury et Lerebours-Pigeonnière, puis de Batiffol et Francescakis[1042]. Le droit comparé avait fourni l'armature *substantielle* de la conception universaliste de Lévy-Ullmann, qui « fera valoir que les principes dont l'enquête comparative relève qu'ils sont encore communément suivis par la plupart des nations s'érigent en véritable coutume internationale »[1043]. A leur tour, Maury et Lerebours-Pigeonnière s'attachent à l'impact pratique des solutions sur le commerce international, à travers un comparatisme *méthodologique* des mécanismes du droit international privé, qui vise à la fois le législateur et le juge[1044]. Sous l'influence de l'orthodoxie épistémologique en droit comparé privilégiant l'uniformité plus que l'altérité[1045], le comparatisme connaîtra un revirement à travers le renouveau du débat sur la *lex mercatoria* dans la seconde moitié du XX[e] siècle[1046].

209. **Affirmation de la perspective privatiste des conflits de lois en tant qu'orthodoxie de la science du droit international privé.** La formule théorique de Savigny s'était perpétuée sous la forme de la règle de conflit bilatérale d'origine étatique, qui sera, pour une certaine période, au moins théoriquement, « l'instrument exclusif ou nécessaire de réglementation des relations privées internationales »[1047]. Mais les débats sur la configuration et

[1040] Ph. FRANCESCAKIS, « Perspectives... », préc., p. 353.
[1041] V. B. AUDIT, L. d'AVOUT, *op.cit.,* n°156, p. 137s.
[1042] *Id.*, n°157s, p. 138s. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.,* n°357, p. 413.
[1043] Ph. FRANCESCAKIS, « Perspectives... », préc., p. 353.
[1044] J. MAURY, « Règles générales des conflits de lois », n°81, p. 416 : « le droit international privé, spécialement le droit international privé comparé, est une science trop imparfaite, trop inachevée pour que des généralisations objectives puissent être tentées avec quelque chance de succès […] Mais cela ne signifie pas qu'il ne faille pas tenter de dégager, de formuler **des principes de méthode**, capables de diriger et l'activité du législateur (dans la mesure — assez faible souvent — où celle-ci peut être scientifiquement orientée) et surtout l'activité du juge interprétant ou, *a fortiori*, complétant les règles légales de conflit ».
[1045] En ce sens v. P. LEGRAND, *Le droit comparé,* PUF, 5[e] éd., 2015, pp. 13s.
[1046] V. *infra* n[os] 292s.
[1047] B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », préc., p. 242. Sur le caractère déstabilisateur des lois de police v. pp. 248-250. Sur le fait que la règle de conflit a été « à tort

notamment l'emploi de celle-ci devaient répondre à un problème posé, selon le cas, en termes de conflits de souveraineté ou de règlement d'intérêts privés[1048], *comme s'il y avait une exclusion réciproque de ces terrains épistémologiques*[1049]. Réfléchissant sur le conflit de systèmes, Lerebours-Pigeonnière envisage les deux à la fois arrivant à la « légitimité de règles de conflit *variables* suivant qu'il y ait ou non communauté de structure juridique et politique entre les souverainetés en conflit »[1050] (c'est nous qui soulignons). Correspondant à une lecture dynamique de type « aussi longtemps que… »[1051], la formule était cependant essentiellement instable et difficilement compatible avec les nécessités pratiques de la prévisibilité.

Le problème a été par conséquent résolu **théoriquement** de la manière suivante : « le domaine du conflit de lois s'ajusta, **avec l'aide de la doctrine**, à la fonction de la règle […] rapports publics et contentieux privés se voyaient assigner leur mode propre de règlement »[1052] (c'est nous qui soulignons). Corrélativement, il y a eu un sacrifice téléologique de la conception publiciste, abandon attribué à Lerebours-Pigeonnière et Maury[1053]. Selon Mme Muir Watt, ces auteurs opèrent une *distinction entre l'objet et la finalité de la règle de conflit*[1054]. La *finalité* serait celle de trancher des conflits d'intérêts privés, et non de souverainetés[1055], car la désignation d'une loi étrangère à travers le rattachement retenu (l'« offre de compétence à la loi étrangère »[1056]) n'implique pas la limitation mais

---

érigée en méthode unique » v. Ph. FRANCESCAKIS, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », préc., p. 164.

[1048] D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.,* n°338s., p. 384s.

[1049] Sur l'absence d'incompatibilité de la perspective publiciste avec la perspective privatiste qui commence à surgir en doctrine par rapport à la répartition des compétences en droit de l'Union européenne v. P. MAYER, V. HEUZÉ, *op.cit.,* n°71, p. 65.

[1050] P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « Observations sur la question du renvoi », Clunet 1924. 877, spéc. p. 886.

[1051] Pour une lecture de Savigny dans ces termes v. *supra* n°197.

[1052] H. MUIR WATT, « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois?) », APD, 1997. 207, spéc. n° 6, p. 209.

[1053] H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, thèse Paris II, 1986*,* p. 200.

[1054] *Ibid.* ; J. MAURY, *op.cit,* n°79, p. 413: « il paraît que c'est au but de la règle plutôt qu'à son objet direct, à sa fonction plutôt qu'au procédé qu'elle emploie qu'il faut s'attacher pour la classer. Cette fonction, ce but, c'est la réglementation de la vie sociale internationale, des relations de la vie privée ».

[1055] H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois,* préc., p. 200. P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Précis de droit international privé*, 4e éd., 1946, p. 29, n°32 ; J. MAURY, *op.cit.,* p. 372, n°40.

[1056] Y. LOUSSOUARN, « L'œuvre de Lerebours-Pigeonnière », JDI 1954. 884, spéc. p. 890.

seulement l'exercice de la souveraineté[1057]. De plus, pour Lerebours-Pigeonnière l'origine nationale de la règle de conflit est incompatible avec la neutralité supranationale nécessaire pour trancher un conflit de souverainetés[1058] ; *a contrario*, un parti-pris national serait compatible avec la réglementation des rapports privés.

La règle de conflit bilatérale, *moyen* de résolution du conflit de lois, acquiert ainsi les vertus téléologiques d'une *fin* intermédiaire. Plusieurs facteurs ont contribué à l'instauration de ce paradigme privatiste du règlement des conflits de lois.

210. **Les arguments de l'affaire du *Lotus*[1059]**. La décision de la Cour Permanente de Justice Internationale de 1927 a une importance indéniable à la fois pour le droit international public et pour le droit international privé[1060]. La pertinence du concept de souveraineté pour la configuration des droits internationaux privés nationaux est considérablement réduite, car il n'est envisagé qu'en termes de permission, et non de répartition, qui demanderaient une *limitation*[1061]. De plus, « tout lien entre la compétence normative de l'État (*prescriptive jurisdiction)* et la compétence pour contraindre ou accomplir des actes matériels d'exécution (*enforcement jurisdiction)* [est brisé] à travers la signification attribuée au principe de territorialité »[1062]. Celui-ci n'impose des limites en vertu du droit international public que pour le pouvoir effectif de contrainte, c'est-à-dire pour la positivation du droit en contentieux étatique, *comme si* d'autres perspectives n'existait pas. En revanche les compétences législative et juridictionnelle demeurent en principe libres[1063].

[1057] P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Précis*...., préc., p. 232, n°199.
[1058] *Ibid.* : « la règle de rattachement n'est pas la solution d'un conflit de souverainetés, car elle n'est pas élaborée par le pouvoir législatif ou les juridictions de France *impartialement,* comme le devrait faire un arbitre supranational ».
[1059] Affaire du Lotus, CPJI, 7 septembre 1927. L'affaire concernait la mort de huit personnes turques, suite de la collision survenue entre le vapeur français Lotus et le vapeur turc Boz-Kourt, et le commencement des poursuites pénales à Stamboul, en vertu de la législation turque non seulement contre le capitaine du navire turc, mais également contre celui du navire français.
[1060] V. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.,* n°61, p. 81s.
[1061] *Id.*, p. 83.
[1062] *Id.*, p. 83s.
[1063] Affaire du Lotus, CPJI, 7 septembre 1927 : « Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un État d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit

Il s'ensuit que « le droit international public n'impose donc aux États aucune coopération »[1064], et s'ils le font, c'est par « souci de régler de la façon la plus harmonieuse et la plus conforme aux intérêts *privés* les relations internationales »[1065] (ce sont les auteurs qui le soulignent).

211. **Dépendance de la problématisation du conflit de lois de l'hypothèse contentieuse.** Pour Maury, « le problème pratique du droit international privé, c'est ce qu'on peut appeler le problème du juge »[1066]. La prémisse du caractère nécessaire de la saisine du juge étatique est ainsi sous-jacente. Pour ce qui est de l'objectif de celui-ci, Maury considère, sous l'influence de Wolff, que le souci doit être la justice qui résulte de l'union de la règle de conflit avec celle de droit matériel désignée[1067]. Les « nécessités d'une réalisation pratique des droits » sont par ailleurs prioritaires par rapport à « la préoccupation de la meilleure interprétation de la loi applicable » pour Lerebours-Pigeonnière[1068], qui justifie ainsi l'abandon de la dépendance de la compétence juridictionnelle de celle législative.

Partisan d'une méthode éclectique, Lerebours-Pigeonnière envisage l'équilibre inter-systémique à travers la mise en œuvre cumulative de plusieurs contraintes : « 1° l'analyse du droit interne ; 2° les exigences du commerce privé international ; 3° les intérêts généraux des États (le souci de leur souveraineté) ; 4° le fait que l'application correcte des lois étrangères est moins bien garantie [par rapport aux lois du for] »[1069]. Néanmoins, le caractère représentatif, de

---

de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international. (…) Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; Pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables. (…) tout ce qu'on peut demander à un État, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence ; en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté. »

[1064] P. MAYER, V. HEUZÉ, *op.cit.*, n°31, p. 33.

[1065] *Ibid* ; Sur cet objectif premier des règles de droit international privé v. J. MAURY, « Règles générales des conflits de lois », préc., n°40-44, pp. 372-376, et n°86, p. 419. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de droit international privé*, préc., n°1, p. 2.

[1066] J. MAURY, « Règles générales des conflits de lois », préc., n°6, p. 333.

[1067] *Id.*, n°79, p. 414.

[1068] P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de droit international privé*, préc., n°283, p. 341.

[1069] *Ibid.*

situation-type, de la dimension privée (sont *surtout* en jeu les intérêts privés[1070]) se retrouvant dans la représentation du commerce international, détermine également le poids qui y est accordé dans la méthode. Car une fois la fonction « régulatrice des intérêts privés »[1071] acquise, la problématique est déplacée au niveau procédural, de la méthode.

212. **La naissance d'une conception algorithmique des conflits de lois.** Le passage à cette conception instrumentale s'est produit selon les auteurs dans la période 1928 - 1936, à partir de Lerebours-Pigeonnière et Maury, avec son affirmation la plus claire par Francescakis[1072]. Ce dernier avait qualifié « d'algorithme » ce que Maury avait identifié en tant que « stades » d'interprétations commandés par l'application de la règle de conflit[1073] et Lerebours-Pigeonnière de « procédé »[1074]. Néanmoins, lorsque son épistémologie a été réduite principalement à la résolution d'un conflit d'intérêts privés par le juge étatique[1075], la règle de conflit a perdu son caractère exclusif en tant que méthode, le résultat prescrit étant conditionnel et provisoire[1076].

§2 - Le fonctionnalisme téléologique américain

213. **Visibilité de la situation-type pour les conflits de lois et fédéralisme.** Les conceptualisations de la méthode de résolution des conflits de lois aux États-Unis ont été fortement influencées par le fédéralisme. Trois types de conflits horizontaux se prêtent à faire l'objet de conflits de lois : les conflits entre les lois des États fédérés, ainsi que des conflits véritablement internationaux, qui opposent soit le droit des États fédérés (*state laws)* soit le droit fédéral (*federal*

[1070] P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « Observations sur la question du renvoi », Clunet 1924. 877, spéc. p. 885.
[1071] H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, préc., p. 194s.
[1072] *Ibid.* ; D. BODEN, *L'ordre public, limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse Paris I, dactyl., 2002, p. 526, note de bas de page n°1073.
[1073] Ph. FRANCESCAKIS, « Une lecture demeurée fondamentale : Les "Règles générales des conflits de lois" de Jacques Maury », préc., p. 399. W. GOLDSCHMIDT, « Jacques Maury et les aspects philosophiques du droit international privé », *Mélanges Maury*, t. I, 1960, pp. 153-173, p. 169. Sur l'apport de Francescakis en ce sens v. H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, préc., n°151s, p. 207.
[1074] H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, préc., p. 206, note de bas de page n°5.
[1075] Sur l'étatisation de l'hypothèse contentieuse v. *infra* n[os] 218s.
[1076] H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, préc., n[os] 151s., pp. 207s.

law), aux droits étrangers[1077]. En fonction de la matière, la loi applicable au fond relève du droit des États fédérés ou du droit fédéral[1078]. La codification étant plutôt absente[1079], le développement de la matière s'est produit principalement sur une base jurisprudentielle. Les conflits interfédéraux étant plus fréquents et par conséquent plus visibles devant les juridictions, les mécanismes de résolution des conflits de lois ont été élaborés principalement par rapport à ces situations. Il résulte une influence téléologique accrue des principes constitutionnels américains sur le terrain épistémologique, d'origine supra-systémique, que le droit international public pourrait reproduire[1080] en ce qui concerne les hypothèses véritablement internationales.

214. **Rigidité du territorialisme.** Fondé notamment sur les doctrines européennes, le droit international privé de l'autre côté de l'Atlantique a été théorisé dans un premier temps par Story en termes de *comity*[1081]. Le développement d'une véritable *systématisation* doctrinale du droit international privé américain s'est poursuivi sous l'égide de l'American Law Institute à partir de son établissement en 1912, à travers la publication des *Restatement* des conflits de lois. Le premier *Restatement* (1934) rédigé par Beale est bien ancré dans le principe de territorialité et la théorie des droits acquis, qui s'accommodent avec la conception particulariste de la matière. Le principe d'autonomie de la volonté, bien que présent dans la jurisprudence, ne figure

[1077] S.C. SYMEONIDES, « The American choice-of-law revolution in the courts: today and tomorrow », RCADI, vol. 298 (2002), n°4, p. 27 ; S.C. SYMEONIDES, *American Private International Law*, Wolters Kluwer, 2008, n°5, p. 17. Selon cet auteur les litiges devant les tribunaux américains concernant des conflits interfédéraux sont beaucoup plus nombreux que les litiges internationaux.

[1078] S.C. SYMEONIDES, « The American choice-of-law revolution in the courts: today and tomorrow », préc., n°5, p. 29 : « If, as described above, state choice-of-law principles govern a particular case, then those principles govern even if a federal court adjudicates the case. Likewise, when a state court encounters one of the conflicts that are governed by federal choice-of-law principles, such as a conflict between federal maritime law and foreign law, the state court must follow the federal principles. »

[1079] *Id.*, p. 28-29, n°4-5.

[1080] Sur l'opportunité manquée par l'affaire *Lotus* en ce sens v. *supra* n°210. Sur l'articulation d'une téléologie du marché issue du commerce international v. *infra* n°290.

[1081] A. T. von MEHREN, « Une esquisse de l'évolution du droit international privé aux Etats-Unis », JDI 1973. 116, spéc. p. 117s.

pas[1082], car Beale le rejetait sur le terrain de son effet qui serait de privatiser la fonction législative[1083].

Cependant, la rigidité des solutions qui conduit à une application stricte de la territorialité fait l'objet de critiques de la part de Cook et Cavers, qui établissent les bases de la « révolution » fonctionnaliste (*the scholastic revolution)*[1084]. En ce sens, si les postulats de Currie sont « fermement enracinés dans une conception instrumentale et sociologique du droit »[1085], c'est parce que dans les années 1930, Cook et Cavers en dessinent les bases sous l'influence du *legal realism.*

215. **Cook et l'épistémologie scientifique.** Malgré l'échec en ce qui concerne une nouvelle méthode de solution des conflits de lois, Cook met en évidence « le caractère essentiellement contingent de la règle de conflit de lois »[1086] et « l'idée que la détermination de la loi applicable devait s'inspirer exclusivement de considérations de politique sociale »[1087]. Ces deux aspects ont servi de base à l'essor du fonctionnalisme. L'auteur déconstruit la convention scientifique établie entre un certain fondement théorique et le facteur de rattachement retenu pour une certaine catégorie juridique, et arrive à la conclusion que c'est parce qu'un certain rattachement d'une règle de conflit conduit à des résultats convenables qu'on lui a ensuite trouvé un fondement[1088].

[1082] S. C. SYMEONIDES, *American Private International Law*, Wolters Kluwer, 2008, n°425, p. 197, avec référence à *Wayman vs. Southard* 23 US (10 Wheat.) (1825). Selon l'auteur, la pratique des clauses d'élection de loi dans les contrats semble dater de la fin de XIX[e] siècle aux États-Unis, mais le principe a été « codifié » explicitement seulement dans le deuxième *Restatement*.

[1083] J. H. BEALE, « What Law Governs the Validity of a Contract. III. Theoretical and Practical Criticisms of the Authorities », Harv. L. Rev., vol. 23, no. 4, 1910, pp. 260–272, spéc. p. 260.

[1084] S.C. SYMEONIDES, « The American choice-of-law revolution in the courts: today and tomorrow », RCADI, vol. 298 (2002), n°9, p. 34. Sur la « révolution méthodologique » américaine D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.,* n°358, p. 417.

[1085] A. T. von MEHREN, « Une esquisse de l'évolution du droit international privé aux Etats-Unis », préc., p. 129.

[1086] H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, préc, n°137, p. 188.

[1087] *Ibid.*

[1088] V. W.W. COOK, « The Jurisdiction of Sovereign States and the Conflict of Laws », Columbia Law Review, Vol. 31, No. 3 (Mar., 1931), p. 383 : « If this analysis is accepted, it follows that the familiar rule that the validity and effect of deeds to land are to be determined in accordance with the rules of law of the situs of the land does not follow by mere logic, *i.e.*, cannot be deduced by syllogistic reasoning, from the postulates enunciated by Story. Reached by the courts through an instinctive sense of **practical convenience and the fitness of things**, it has

Son analyse part non pas de la territorialité des lois mais du caractère territorial de l'administration de la justice (*local law theory)*[1089], ce qui déplace le problème vers celui de la « manière [dont] un ordre juridique donné souhaite voir régir la situation ou l'activité au fond »[1090].

La démarche de Cook est fortement influencée par l'épistémologie scientifique de son époque (méthodes empiriques des sciences positives[1091]), y compris par l'idée de convention[1092]. L'abandon de la méthode déductive par les scientifiques au profit de l'induction assortie des tests de vérification (« *process of trial and error »)* est pour Cook révélateur de l'opposition entre la méthode théorique et celle positiviste de l'étude des conflits de lois, que Dicey avait décrite[1093]. Néanmoins, il reconnaît qu'en pratique la particularité de la doctrine juridique, indifféremment de l'école, est d'employer les deux méthodes à la fois mais à des degrés différents[1094]. Il propose de retourner à l'observation empirique avant de proposer des généralisations[1095]. En ce sens, Cook privilégie la connaissance *ex propriis sensibus* au lieu de celle imposée par la méthodologique juridique : « we shall, however, find it necessary to focus our attention upon what courts have *done*, rather than upon the description they have given of the reasons for their action »[1096] (c'est l'auteur qui le souligne). Sur le plan méthodologique il arrive à lier de manière conventionnelle et provisoire

---

unfortunately been rationalized in terms of "jurisdiction" and has been thought to be based upon some such postulates as those of Story ».

[1089] A. T. von MEHREN, « Une esquisse de l'évolution du droit international privé aux Etats-Unis », préc., p. 118

[1090] *Id.*, p. 121.

[1091] H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, préc, n°133, p. 180, et note (2) de bas de page.

[1092] W.W.COOK, « The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws », 33 Yale L. J. (1924), p. 476 : « So, a statement that by the law of New York A has under given circumstances "a right" and that B is under a correlative "duty" is a conventional way of asserting that, on the basis of certain past behavior of certain New York officials, we now predict that New York officials will behave in a certain way if specified events happen and the officials are set in motion in the appropriate way by the injured party. »

[1093] *Id.*, pp. 457s.

[1094] *Id.*, p. 459 : « It must however be noted that the writers of neither school have succeeded in adhering consistently to their main point of view. Thus, both Story and Dicey do at times, without being fully conscious of it, revert to the theoretical method which professedly they had abandoned; and on the other hand, no writer of the theoretical school has actually failed to spend a great deal of his time in examining the actual decisions of the country in which he lived and wrote. »

[1095] *Id.*, p. 460.

[1096] *Ibid.*

l'hypothèse formulée et les résultats pratiques[1097]. Cet aspect met cependant en évidence la relativité de la méthodologie pour la résolution des conflits de lois[1098], ce qui l'amène, dans le contexte particulier du fédéralisme, au problème téléologique du raisonnement juridique en général[1099].

216. L'objection de Cook à la « réification » des catégories juridiques[1100], qui n'ont pas d'« existence objective » (*objective existence*), mais sont perméables, en fonction des objectifs[1101], lui permet de saisir l'enjeu téléologique derrière les concepts en tant qu'outils de connaissance : « *concepts are tools which we use to aid us in determining what ought to be done in concrete situations (…) But we need first of all, before making up our minds as to the exact scope to be given to the concept, to get clearly in mind and to keep in mind the purposes for which we are using the tool.* »[1102]. Il s'ensuit que les règles de la logique sont utiles pour un raisonnement uniquement après avoir identifié l'objectif[1103], et cela *a fortiori* s'agissant des cas qui tombent dans une zone du « no man's land »[1104].

Le rapprochement du raisonnement conflictuel au raisonnement juridique en général y compris à travers les enjeux de la téléologie juridique favorisera la

---

[1097] *Ibid.* : « whatever generalizations we reach [...] will be true in so far as they enable us to handle effectively the concrete materials with which we must deal ».

[1098] *Id.*, p. 466 : « ...it becomes obvious that there is no universal or inherent principle of "jurisdiction" which can be used in testing the "validity," "soundness," or "correctness" of decisions by courts in X, Y, or Z, in which they choose one "law" rather than another as the basis for deciding a case of the kind under consideration ».

[1099] *Id.*, p. 486 : « if the answer to conflict of laws cases cannot be deduced from certain pre-existing principles relating to "jurisdiction," how are they to be decided? The only answer that can be given, by the same methods actually used in deciding cases involving purely domestic torts, contracts, property, etc. **The problem involved is that of legal thinking in general** » (c'est nous qui soulignons); sur l'influence fédéraliste pour le fonctionnalisme américain v. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.,* n°358, p. 418.

[1100] W.W.COOK, « The Logical and Legal Bases...», préc., p. 476 : « "Right," "duty," and other names for legal relations are therefore not names of objects or entities which have an existence apart from the behavior of the officials in question, but merely terms by means of which we describe to each other what prophecies we make as to the probable occurrence of a certain sequence of events-the behavior of the officials ».

[1101] W.W. COOK, « Substance" and "Procedure" in the Conflict of Laws », The Yale Law Journal, Vol. 42, No. 3 (Jan., 1933), pp. 337-341.

[1102] *Id.*, p. 340.

[1103] *Id.*, p. 345.

[1104] *Id.*, pp. 355s. : « The gist of our argument is, then, that all such cases fall into the no-man's land, the twilight zone of our classification, where a decision one way or the other is in the abstract equally possible or "logical", and that therefore no intelligent conclusion can be reached in any particular case until the fundamental purpose for which the classification is being made is taken into consideration ».

reformulation du problème s'agissant de la signification du terme « loi » dans les « conflits de lois ».

217. **Cavers et le cosmopolitanisme méthodologique. La détermination d'une règle matérielle comme résultat de la méthode des conflits de lois.** Cavers a été le premier dans la doctrine américaine à aborder le problème général du conflit de lois en termes de choix d'une règle matérielle, remplaçant la recherche de la « règle appropriée pour désigner l'ordre juridique » avec celle de la recherche du « résultat convenable »[1105] d'une situation donnée. Néanmoins, contrairement à Currie pour qui l'existence d'un intérêt de la loi du for à régir la situation l'emporte toujours, même s'il existe un intérêt concurrent de la loi étrangère[1106], Cavers demeure réticent à l'établissement d'une hiérarchie téléologique dans une situation internationale (alors qu'une telle hiérarchie est identifiable dans un contexte interne). Il milite pour une « définition raisonnable et modérée de la politique législative du for, attitude qui implique nécessairement la reconnaissance de considérations multinationales »[1107].

Sa préférence pour des solutions souples semble résider dans une explication qu'il a lui-même fournie bien plus tard : l'espérance de la construction d'une « réciprocité » de la part des autres juridictions[1108]. Son raisonnement téléologique reste influencé par une vision internationaliste universaliste, car à la base de ses « principes de préférence » se trouve également leur potentiel d'être acceptés et suivis par d'autres juridictions également[1109].

[1105] A. T. von MEHREN, « Une esquisse de l'évolution du droit international privé aux Etats-Unis », préc., p. 121, citant D.F. CAVERS, « A critique of the Choice-of-Law Problem », 47 Harv. L. Rev. 173 (1933).
[1106] *Id.*, pp. 123s.
[1107] *Id.,* p. 129.
[1108] D. F. CAVERS, Author's Note on « Principles of Preference : Excerpts from The Choice-of Law Process », *in* D. F. CAVERS, *Selected Essays,* Duke University Press, 1985, pp. 149-150 : « my purpose was to suggest, not to prescribe, lines of judicial decision of sufficient flexibility to permit modification and supplementation as differentiating patterns of fact and law were encountered. In particular, I hoped that these would encourage reciprocity on the part of other courts encountering the same or similar problems » ; Sur la réciprocité en tant que règle du droit naturel v. J. MAURY, *op.cit.,* n°90, pp. 424s.
[1109] *Id.*, pp. 155 et 157.

§3 – L'étatisation de l'hypothèse contentieuse privée

218. **L'intérêt secondaire porté à la compétence juridictionnelle.** Si la paternité de la discipline en tant que « droit international privé » est attribuée à Joseph Story, Lerebours-Pigeonnière renvoie l'expression « conflit des lois » à la doctrine anglo-américaine du XIX^{e} siècle, « avec **la signification d'un conflit dans l'esprit du juge »**[1110] (c'est nous qui soulignons). Si le conflit vise l'application par le juge de la *lex fori* ou d'une loi étrangère, son articulation est rendue possible par le contentieux étatique. Plus exactement, il s'agit du fait que les juridictions étatiques sont effectivement saisies des revendications normatives, et qu'elles se reconnaissent compétentes pour positiver le « devoir être » en ce qui concerne les parties au litige, leur reconnaissant de ce fait la qualité de sujet de droit. Le problème de la compétence internationale, théorisé actuellement en Europe comme « conflit de juridictions », est resté cependant secondaire du fait de l'inertie de ce qui a été appelé l' « obsession conflictualiste »[1111] dans la doctrine de droit international privé. Ce retard fait qu'un des paradigmes fondateurs du droit international privé est la dissociation entre la compétence juridictionnelle étatique et la compétence de l'ordre juridique au fond, renforcée par ailleurs par la distinction épistémologique opérée en ce sens par l'affaire *Lotus*. Si la différence de traitement n'impose pas l'indépendance totale des deux questions, bien au contraire[1112], la doctrine compose avec le contentieux étatique comme s'il relevait de la nature des choses. Bien que son caractère exclusif ait disparu pour les litiges commerciaux, y compris financiers, avec l'arbitrage, le caractère contingent du contentieux international devant les juridictions étatiques ne semble pas avoir été saisi par la doctrine. L'hypothèse de la disparition du contentieux étatique, ou de sa réduction sectorielle considérable, même temporaire, n'a pas soulevé l'inquiétude.

219. **Le paradoxe sécuritaire de l'« hypothèse contentieuse »[1113].** La théorie du droit international privé doit composer avec un paradoxe : l'importance pratique de l'« hypothèse contentieuse » en tant que prémisse pour l'articulation

[1110] V. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de droit international privé*, préc., p. 3.
[1111] J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, « Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé », RCADI, vol. 156, 1977, p. 244.
[1112] V. *supra* n°203.
[1113] Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi...*, p. 118, note de bas de page.

d'un véritable conflit de lois, et l'ambivalence *scientifique* quant à sa pertinence pour les solutions aux conflits de lois[1114]. Le dilemme quant au choix épistémologique en ce sens présente des enjeux quant à la position vis-à-vis du contentieux et du pouvoir du juge. Francescakis trouvait « inquiétant[e] » l'hypothèse contentieuse car « les justiciables sont invités en son nom à ne pas tenir leurs prétentions pour certaines tant qu'un juge ne les aura pas mises en balance »[1115]. Bien que raisonnable, la critique est dans sa substance commune au problème général du degré de prévisibilité juridique revendiqué pour les règles applicables au fond[1116]. Vu que de toute manière le terme « loi » du « conflits de lois » vise seulement la détermination de l'ordre juridique compétent pour gouverner le rapport de droit, la prévisibilité en ce sens réduit, mais elle n'élimine pas, l'incertitude quant à la positivation des « prétentions » évoquées par Francescakis, qui restent des revendications normatives[1117]. Le véritable enjeu de la question doit être traduit sur le terrain de l'antériorité de la représentation normative légitime.

220. **Sécurité juridique et antériorité de la représentation normative légitime.** Pour M. Mayer, la sécurité juridique recherchée par les parties ne peut que passer par la « *supposition qu'un litige les oppose devant un certain juge* »[1118]. Pour l'auteur, cette approche s'impose comme nécessaire du point de vue scientifique du fait de l'observation empirique du particularisme des systèmes de droit international privé positif[1119]. Plus précisément, l'hypothèse selon laquelle

---

[1114] Pour son admission comme nécessaire v. notamment P. MAYER, « Le phénomène de la coordination... », n° 98, p. 111 : « si l'on veut décrire une réalité objective, il faut se placer du point de vue de l'ordre juridique dont le juge est saisi, et retenir comme majeure du syllogisme judiciaire la loi qu'appliquerait ce juge ». V. aussi P. MAYER, *La distinction...*, n°34s., p. 24s. Pour son rejet v. notamment G. P. ROMANO, *Le dilemme du renvoi en droit international privé. La thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse*, Schulthess, LGDJ, 2015, n°29s., p. 45s.; L. d'AVOUT, *Sur les solutions...*, préc., n°406s., p. 545s.

[1115] Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi…*, p. 118, note de bas de page.

[1116] V. *supra* n[os] 61s.

[1117] V. *supra* n[os] 87s.

[1118] P. MAYER, « Le phénomène de la coordination... », n° 99, p. 112 : « en recherchant amiablement le contenu de leurs droits et obligations respectifs, deux personnes, même dotées de l'esprit le plus conciliant, devront faire la supposition qu'un litige les oppose devant un certain juge, pour savoir quelle règle gouverne leur relation. Sinon, rien ne pourra justifier leur conviction que c'est telle loi plutôt que telle autre qui doit s'appliquer. ». V. aussi P. MAYER, *La distinction...*, n°34s., p. 24s.

[1119] P. MAYER, *La distinction...*, n°35, p. 24: « ...[L'] affirmation [selon laquelle l'individu serait le destinataire de normes de droit international privé] néglige le fait que les normes de droit international privé ne sont pas universelles ».

les règles de droit international privé seraient à la fois des règles de conduite (pour les sujets de droit privé) et de décision (pour les sujets de droit institutionnels tels que le juge) est rejetée car considérée comme *impossible* au regard de l'exclusivisme étatique quant à la positivation des représentations normatives légitimes[1120]. De ce fait, M. Mayer s'est vu adressé l'objection de réduire le problème des conflits de lois et du droit international privé aux hypothèses contentieuses[1121]. Cependant, dans le langage de la coproduction, il est possible d'observer qu'il a seulement stabilisé la correspondance hypothèse < > méthode *à un certain moment*, au regard d'une épistémologie soutenue à la fois par le droit positif dans la première partie du XX^e^ siècle et par la science du droit orthodoxe qui y correspond (lecture kelsennienne orthodoxe)[1122]. M. Mayer n'ignore pas l'hypothèse non contentieuse, mais postule que dans ce cas *une hypothèse contentieuse doit être construite*, et c'est seulement au regard de celle-ci que les parties peuvent bénéficier de la prévisibilité[1123].

Au fond, nous entrevoyons un accord sur l'aspect que seule la prise en compte des ordres juridiques *objectivement* pertinents peut servir pour bâtir des revendications normatives légitimes[1124]. La représentation *subjective* du devoir-être, pour qu'elle soit légitime, ne peut être fondée que sur la positivation par un système juridique étatique. C'est par l'*ignorance délibérée* du pluralisme de ces positivations que l' « hypothèse contentieuse », telle que perpétuée dans la doctrine continentale de droit international privé, pêche.

[1120] P. MAYER, *La distinction...*, p. 24, n°35 : « Imaginons le cas d'un Français qui, à 20 ans et demi, a contracté en Suisse une obligation. En est-il ou non débiteur ? La question ne comporte pas de réponse, ou en comporte plusieurs: il est débiteur d'après la règle substantielle suisse fixant à 20 ans la majorité civile (art. 14 du Code civil), désignée par la règle suisse de droit international privé (art. 7 *b* de la loi fédérale du 25 juin 1891), il ne l'est pas d'après la règle substantielle française désignée par la règle de conflit française. *Un observateur, neutre par hypothèse, ne peut choisir.* La question ne peut donc être formulée qu'ainsi : « quelle norme appliquerait un juge français (ou suisse, ou espagnol...) s'il était saisi de la question ? ».

[1121] L. d'AVOUT, *Sur les solutions...*, n°406, p. 545.

[1122] Sur la lecture hétérodoxe de Kelsen que nous proposons v. *supra* n^os^ 52s.

[1123] P. MAYER, « Le phénomène de la coordination... », p. 112, n° 99, préc.

[1124] L. d'AVOUT, *Sur le solutions...,* n° 412, p. 553 : « En situation non contentieuse, l'application (ou le respect préventif) des normes pronostiquées être internationalement impératives au cas concret est le seul gage de la sécurité du particulier ». En ce sens, s'agissant des droits réels, M. d'Avout rejoint l'idée d'une sécurité juridique fondée sur le respect des normes internationalement impératives en fonction du système juridique de référence qui lui est *objectivement pertinent.*

221. **L'épistémologie particulariste du conflit de devoirs.** Le bouleversement de l'hypothèse contentieuse étatique en tant qu'épistémologie pertinente est venu, paradoxalement, de son propre succès en tant qu'*ordonnancement.* Dans la première partie du XX^e^ siècle, l'ouverture de l'accès à la justice étatique a augmenté le champ des compétences étatiques concurrentes[1125]. De ce fait, comme le remarque à bon droit M. d'Avout, dans la ligne de Wengler, le problème général du droit international privé *doit être* posé en termes de « *conflits de devoirs juridiques imposés aux personnes privées par la concurrence des compétences normatives étatiques, effectivement exercées et non coordonnées par un ordre international supérieur* »[1126]. Cependant, pour la théorie du droit international privé, la sécurité de l'étatisation de l'hypothèse contentieuse en termes de certitude de la solution (*e.g.* le juge français *supposé* saisi), s'effectue à l'exclusion des *positivations potentielles concurrentes*, dont l'hypothèse de conflits de devoirs envisagée par Wengler rend compte.

222. **Conséquences.** Cette lecture permet de mettre en évidence que le particularisme du droit international privé en termes d'*ordonnancement* agit (boucle[1127]) sur la *connaissance* de l'hypothèse contentieuse en termes de positivation *exclusivement et nécessairement* par *une* juridiction étatique. Justifiée dans une large mesure pour les matières relevant des compétences exclusives, la perspective est cependant réductrice s'agissant des compétences concurrentes. De plus, la dépendance de la résolution étatique des conflits de lois à la condition que les juridictions étatiques soient effectivement saisies a été évacuée de l'épistémologie de la discipline. Le paradigme de l'objectivation *nécessairement étatique* du devoir-être dans les situations objectivement internationales[1128] signifie que les parties *doivent* se soumettre à une positivation étatique, d'où on a présumé que les parties en *veulent* aussi, ce qui justifie la

[1125] V. *infra* n^os^ 225s.
[1126] L. d'AVOUT, *Sur les solutions...*, n°406, p. 546, avec référence à W. WENGLER, « The general principles of private international law », RCADI 1961. III. 279. V. aussi F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », RCADI 1989. 13.
[1127] V. *supra* n°19.
[1128] P. MAYER, V. HEUZÉ, *op.cit.*, n°5, p. 20 : La conception est objective « parce que le rattachement à deux ou plusieurs pays existe en soi, avant tout recours en justice, toute saisine d'un organe étatique quelconque, et se laisse constater même par un observateur extérieur à tout ordre juridique ».

disponibilité de leurs droits à travers le principe d'autonomie de la volonté. C'est sur ce terrain épistémologique que le principe de l'autonomie de la volonté a pu revendiquer une opportunité sans cesse à l'abri du maintien formel du monopole étatique sur la positivation du droit[1129].

[1129] V. *infra* n°307.

Conclusion du Chapitre

223. Après avoir changé la perspective de la *connaissance* de la société à travers l'établissement de la communauté de droit comme situation-type, Savigny procède à l'établissement d'une nouvelle convention scientifique en lui assignant la méthode de la règle de conflit bilatérale comme *ordonnancement*. Cependant, rendue positive par *chaque État* selon des facteurs de rattachement distincts, cette convention scientifique se heurte au particularisme étatique. La positivité du bilatéralisme en tant qu'*ordonnancement* va « boucler »[1130], à travers la science du droit international privé, sur la formulation de l'hypothèse du conflit de lois comme *connaissance*. En Europe, le bilatéralisme correspondra à la représentation du problème du juge *étatique* quant à la résolution d'un conflit d'intérêts privés, à travers le choix de l'ordre juridique applicable. Paradoxalement, aux États-Unis, le fédéralisme, qui s'apparente à la notion de communauté de droit, a réactivé le terrain téléologique de la dialectique de la Constitution américaine. Le problème sera représenté toujours comme celui du juge *étatique*, avec la différence que la conciliation d'intérêts étatiques substantiels s'effectue à travers le choix de la règle matérielle applicable.

Quid de la *connaissance* représentée dans le contentieux international devant le juge étatique ? Dans quelle mesure la *connaissance* fournie par la théorie du droit international privé s'imposera-t-elle à titre méta-normatif ?

[1130] V. *supra* n°19.

Chapitre II : La recherche de solutions pratiques

224. **Le juge étatique et le contentieux international. Quelle épistémologie ?** La nature essentiellement contentieuse du droit international privé dans la première partie du XX^e^ siècle est souvent éclipsée par les débats théoriques qui caractérisent la matière. Richard Fentiman confirme cette lecture en saisissant la relation d'interdépendance entre les *méthodes de raisonnement* et la *quantité* du contentieux international, soulevant des problèmes de nature conflictuelle[1131]. La saisine *effective* des juridictions étatiques est la prémisse ayant donné naissance aux problèmes de droit international privé.

Si actuellement la positivité des droits internationaux privés est acquise à travers les codifications, au début du XX^e^ siècle sa positivation s'est affirmée à travers le contentieux, d'où son caractère *jurisprudentiel,* à côté de celui *doctrinaire*[1132]. La conception particulariste de la discipline a pris comme point de départ théorique la saisine du juge étatique dans un litige à caractère international. Pour que cette prémisse s'*impose* de manière évidente, il ne suffit de considérer la situation litigieuse comme une possibilité, il faut également que l'accès à *au moins un* juge étatique soit ouvert (Section I). Exprimant une compétence simultanément *nationale* et *internationale*, comment le juge étatique a-t-il appréhendé du point de vue épistémologique le fonctionnement des relations commerciales internationales ? C'est sur le terrain de l'effectivité du commerce international que ses soucis pratiques ont été internalisés aux méthodes du droit international privé (Section II).

Section I : L'accès à la justice (étatique)

225. La conceptualisation des conflits de juridictions suite à l'approche particulariste est restée en retard par rapport à celle des conflits de lois. En

---

[1131] R. FENTIMAN, « Legal reasoning in the Conflict of Laws : An Essay in Law and Practice », *in* W. Krawietz, N. MacCormick, G. H. von Wright, Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems. Festschrift for Robert Summers, Dunker & Humblot, 1994, pp. 443-461, spéc. p. 460s: « the conflict of laws in England, its choice of law aspect relatively bereft of cases, undetermined by authority, short on legal material, illuminates how much the common law, and common law reasoning, **depends on the quantity of caselaw**, on the density of material with which to work » (c'est nous qui soulignons).

[1132] V. B. OPPETIT, « Le droit international privé, droit savant », préc., p. 368 ; J. FOYER, « La jurisprudence en droit international privé entre création et adaptation de la règle de droit », APD 2007. 261 ; sur le caractère doctrinaire (lu comme scientifique) de la matière voir le chapitre précédent.

France, pour correspondre à la nouvelle conception privatiste, l'aménagement de la compétence internationale à dû surmonter d'une part, la situation de l'hypothèse sur le terrain de la condition des étrangers, et d'autre part les objections liées aux enjeux d'un conflit de souveraineté qui s'était « refugié »[1133] dans cette matière[1134]. L'aménagement de l'accès au for français, bien que prédéterminé du point de vue épistémologique par le nationalisme, a néanmoins connu une ouverture au contentieux international lorsque celui-ci s'est manifesté en pratique (§1).

De l'autre côté de l'Atlantique, le particularisme a renforcé, du point de vue théorique, la solidité des liens téléologiques entre compétence et loi applicable, bien qu'elles soient restées distinctes du point de vue méthodologique. Le contexte spécifique du fédéralisme ainsi que les soucis liés au commerce interfédéral ont conduit à un aménagement d'une compétence internationale flexible, dont la casuistique de la doctrine *doing business* en témoigne (§1).

§1. L' (inter)nationalisme de l'aménagement de l'accès au for français

226. En France, le nationalisme qui imprégnait à la fois le règlement des conflits de lois et des conflits de juridictions (à travers les articles 14 et 15 du Code Civil) a dû céder devant des considérations pratiques, parmi lesquelles celles de nature économique. La téléologie nationaliste était renforcée par la problématisation de l'accès au juge sur le terrain de la condition des étrangers au lieu des conflits de juridictions[1135], qui a entraîné le refus de leur reconnaître la jouissance des droits dont les nationaux bénéficiaient. Ainsi, envisagé comme un « bénéfice »[1136], l'accès à la justice impartie par le juge français « n'[était] due qu'aux nationaux »[1137]. Si l'abandon définitif de cette conception est marqué par

[1133] F. RIGAUX, « L'harmonisation des règles de conflits de lois et de juridictions dans les divers groupes régionaux d'États », Rapport pour le VI[e] Congrès international de droit comparé, Hambourg, 1962, Recueil des rapports belges, p. 169, cité par H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Dalloz, 1965, n° 211, p. 139.
[1134] Sur l'évolution de la conception publiciste à la conception « privatiste » / « processualiste » en matière de compétence internationale v. B. AUDIT, L. d'AVOUT, *op.cit.,* n[os]389s., pp. 355s. Sur ses défis actuels v. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.,* n[os]127s., pp. 161s.
[1135] J. PERROUD, « Principes de compétence pour les procès entre étrangers », Clunet 1927. 561, spec. pp. 562s.
[1136] Par exemple Paris, 17 avril 1852, D.P. 1854, cité par L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, PUAM, 2004, , n°98, p. 102.
[1137] A. de la PRADELLE, J. P. NIBOYET, *Répertoire de droit international,* t. IV, 1929, *Compétence*, n° 202, p. 298. Pour une application en ce sens qui perce l'écran de la personnalité

l'arrêt *Patiño* de 21 juin 1948[1138] rendu en matière d'état et de capacité de personnes, en matière commerciale le contentieux avait consacré assez tôt des exceptions ayant conduit au renversement de la règle[1139](A), qui annoncent la positivation du paradigme autonomiste (B).

A. Le pragmatisme de l'aménagement de la compétence internationale en matière commerciale

227. **Une série d'exceptions précédant le renversement d'un principe.** Le nationalisme juridictionnel français tel qu'enseigné à travers le principe d'incompétence dans les litiges entre les étrangers dans la première partie du XX^e^ siècle contient une généralisation qui occulte le pragmatisme du juge français en matière commerciale. Face à un contentieux abondant en ce sens qui a rendu transparents les enjeux pratiques, la jurisprudence avait limité dès le XIX^e^ siècle le principe d'incompétence des tribunaux dans les litiges entre étrangers, aux litiges en matière civile[1140]. Selon Francescakis, une « conception extensive de la compétence » en matière patrimoniale s'est imposée premièrement pour « des raisons tenant à la liberté et la sécurité du commerce »[1141]. Batiffol notait également que « le caractère naturellement international des relations commerciales a sans doute paru mériter d'être pris en

---

morale v. Trib. civ. de la Seine (1re Ch.), 20 avril 1932, *Comité de défense des porteurs d'obligations c. Société Générale du Gaz et d'Electricité de Bucarest*, Rev. DIP 1932. 680, note Niboyet. Dans l'affaire, des porteurs d'obligations d'une société roumaine avaient créé une association française pour bénéficier du privilège de juridiction de l'article 14 du Code civil français ; celle-ci avait assigné l'émetteur étranger devant les tribunaux français. Cependant, contrairement à la position établie en jurisprudence au sens de reconnaître l'applicabilité de l'article 14 à des personnes morales françaises, le tribunal s'était déclaré incompétent faute de preuve que tous les individus membres de l'association eussent été des Français. Pour arriver à cette conclusion, les juges ont constaté d'abord que tous les éléments pertinents pouvant être pris en considération étaient localisés en Roumanie (défendeur étranger sans établissement en France, obligations contractées en Roumanie) pour ensuite conclure « qu'il ne saurait suffire de constituer en France, conformément à la loi de 1901, une association, même régulièrement déclarée, pour obtenir, pour tout ses membres, sans distinction, le privilège de juridiction réservé par l'article 14, aux seuls nationaux français ».

[1138] Cass. civ. 1re, 21 juin 1948, JCP 1948. II. 4422 note P. Lerebours-Pigeonnière ; S. 1949. I. 121, note J.-P. Niboyet ; Rev. crit. DIP 1949. 557, note Ph. Francescakis.

[1139] A. de la PRADELLE, J.P. NIBOYET, *Répertoire de droit international,* t. IV, 1929, n°400 - 401, p. 329-330. Sur l'anticipation de cette transformation v. J.-P. NIBOYET, note sous. Cass. civ., 24 oct. 1933, *Banque d'Athènes c. Banque Lisboa et Açores*, Rev. crit. DIP 1934. 484, spéc. p. 487.

[1140] A. de la PRADELLE, J.P. NIBOYET, *Répertoire de droit international,* préc., n° 401, p. 330.

[1141] Ph. FRANCESCAKIS, note sous Cass. civ. 1re , 21 juin 1948 (*Patiño*), Rev. crit. DIP 1949. 557, spéc. p. 566.

considération, […] comme il l'a été pour les placer dans les « facultés de droit des gens » par opposition aux « facultés de droit civil » »[1142].

La pression de ces aspects a été ressentie par exemple lorsqu'en matière commerciale l'abandon de la *cautio judicatum solvi* s'imposait[1143]. Bien que le principe de l'extension à l'ordre international des règles françaises de compétence interne ait été consacré dans l'arrêt *Pelassa* en 1959[1144], leur utilisation ponctuelle depuis le XIX^e^ siècle dans le contentieux international a construit les exceptions au principe d'incompétence[1145]. De plus, surgissent également des considérations propres à un contentieux international, y compris le risque de déni de justice international[1146].

228. **La compétence judiciaire fondée sur l'application au fond de la loi française en matière délictuelle.** Témoignant du revirement cyclique de l'unité entre le *forum* et le *jus*[1147], il est possible d'identifier, à la fin du XIX^e^ siècle et au début du XX^e^ siècle, l'existence d'une compétence juridictionnelle internationale fondée sur l'existence d'un titre à s'appliquer du droit français[1148]. Une telle approche sous-tend la reconnaissance des chefs de compétence en matière réelle immobilière ainsi qu'en matière de délits et quasi-délits. A l'époque, la compétence législative reconnue à la loi du lieu du délit sur le

[1142] H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé,* LGDJ, 1949, n° 698, p. 712, citant Req. 22 juin 1806 et Civ. 3 et 5 juillet 1865, S. 65.1.441.
[1143] B. AUDIT, L. d'AVOUT, *op.cit.,* n°393, p. 357,: « L'exigence [du *cautio judicatum solvi*] ne valait pas non plus dans les litiges commerciaux, à propos desquels la nécessité d'une ouverture de l'ordre français fut ressentie plus précocement qu'en matière civile ».
[1144] Cass. civ., 19 octobre 1959, *Pelassa*, D. 1960. 37 note D. Holleaux, Rev. crit. DIP 1960. 215 note Y. Loussouarn. Confirmé par l'arrêt *Scheffel* du 30 octobre 1962, D. 1963. 109 note D. Holleaux, JDI 1963. 1072 note Sialelli, Rev. crit. DIP 1963. 387 note Ph. Francescakis, *Grands arrêts* n°37.
[1145] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, 10^e^ éd., Dalloz, 2013, n° 696 2°, p. 709.
[1146] Cass. Req. 8 avril 1851, *Moser*, S.1851.1.335. Le fondement de la compétence retenu dans l'affaire a été la résidence en France du défendeur, ainsi que l'absence d'un domicile à l'étranger par celui-ci et la localisation de l'exécution du contrat en cause en France. Niboyet cite cette affaire comme la première à avoir adopté l'idée du déni de justice, précisant que le défendeur « ne peut, par de vagues allégations se jouer en quelque sorte de sa partie adverse et la réduire à l'impossible » - J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français,* t. VI, préc., n°1800, p. 411. En ce qui concerne l'autonomie de ce chef de compétence internationale v. P. MAYER, V. HEUZÉ, *op.cit.,* n°299, pp. 209s.
[1147] Pour une approche historique en ce sens v. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, « Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé », préc., p. 248s.
[1148] P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Précis de droit international privé*, préc., n°295, p. 352. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. VI, préc., n°1834, p. 445.

fondement de la souveraineté[1149] entraînait nécessairement une compétence juridictionnelle corrélative[1150], indépendamment de la nationalité des parties[1151]. Les tribunaux avaient procédé à une interprétation large de la notion de « lois de police » de l'article 3 du Code civil français[1152] pour se reconnaître compétents. Une démarche similaire avait été entreprise en matière du contentieux réel immobilier[1153]. Cependant, une perspective exclusivement publiciste du contentieux délictuel est remise en cause lorsque des aspects contractuels sont également présents.

229. **Les enjeux de sécurité financière liés à la mise en œuvre de la loi française du 15 juin 1872 sur les titres au porteur perdus ou volés.** L'exemple de l'application en France de la loi du 15 juin 1872 sur les titres au porteur perdus ou volés en tant que loi de police et de sûreté témoigne du défi que le contentieux international financier pose pour les conceptualisations d'une époque.

Le contexte historique mérite d'être rappelé pour donner la mesure des données épistémologiques visibles pour le juge. Cette législation avait comme finalité la protection des propriétaires dépossédés – les petits porteurs étant « légion » en France à l'époque[1154]. Privilégiant une sécurité juridique statique des titulaires des droits à une sécurité dynamique du commerce[1155], la position de la France était dissidente et fondée sur un parti-pris concernant le *volume* et la *structure* du marché en cause, comme l'avait observé Lyon-Caen : « c'est à la suite des événements de la guerre étrangère, de la guerre civile, de la Commune, **qu'en**

[1149] P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », préc., n°30, p. 51.
[1150] A. de la PRADELLE, J.P. NIBOYET, *Répertoire de droit international,* Compétence, t. IV, 1929, p. 316, n°276 : « Les lois sur la responsabilité civile à raison de délits et de quasi-délits sont au premier chef des lois de police et sûreté qui obligent tous les étrangers sur le territoire (art. 3 C. civ.) et dont l'application doit être assurée par les tribunaux français. Ceux-ci ne sauraient abandonner ce soin à des tribunaux étrangers qui pourraient ne pas pouvoir les appliquer ».
[1151] Cass. Req. 31 mars 1875, *Chemin de fer Lyon-Méditerranée*, Clunet 1876. 272. Dans le même sens Paris, 21 mars 1862, S.1863.2.411.
[1152] T. civ. de la Seine, 3e ch., 28 janvier 1911, *Dunker*, Rev. DIP 1911. 78.
[1153] Sur le fondement théorique de l'exclusivité de la compétence dans cette matière v. L. d'AVOUT, *Sur les solutions*…, préc., n°191s., p. 268s.
[1154] J. BEZARD-FALGAS, « De la perte et de la restitution des titres au porteur en droit international », Rev. DIP 1909. 79 (I), spéc. p. 90.
[1155] Sur cette distinction v. R. DEMOGUE, *op.cit.,* p. 78. V. *supra* n°30.

présence d'un grand nombre de propriétaires de titres au porteur dépossédés, on s'est décidé à faire une loi pour protéger les propriétaires de titres au porteur » (c'est nous qui soulignons)[1156].

Confrontés à leurs demandes, les tribunaux français se sont reconnus compétents en vertu de cette loi pour les actions entre propriétaires dépossédés et tiers porteurs, « qu'il s'agisse de titres français négociés à l'étranger ou de titres étrangers négociés en France ou même de titres étrangers négociés à l'étranger »[1157]. Ce résultat pratique constituait un véritable défi pour la doctrine de l'époque au regard de sa systématisation à travers les solutions conflictuelles envisageables : la théorie réelle du titre et la théorie personnelle du titre[1158]. Seul le raisonnement finaliste attribué à Lainé en termes d'ordre public était compatible avec la jurisprudence dans cette matière : dès lors que la *négociation* qu'on voulait empêcher s'effectuait en France[1159], la loi trouvait *un* fondement territorial d'application[1160]. Comme l'observe M. d'Avout, dans cette matière « les valeurs mobilières ne font pas l'objet d'un rattachement d'ordre objectif à une loi unique, loi de situation fictive ou loi de la source »[1161].

230. **La contingence de l'objectif de sécurité financière.** Le contentieux lié à l'application de la loi du 15 juin 1872 sur les titres au porteur perdus ou volés, résumé ci-dessus, avait suscité l'intérêt au point de déterminer la proposition d'un véritable « *Droit (public) financier international* »[1162] […]. Il témoigne d'une représentation alternative de la sécurité financière, liée à la protection des porteurs dépossédés, contrairement à la sécurité des transactions qui correspond

[1156] V. obs. de Lyon-Caen *in* « De la nécessité d'une entente internationale contre les effets de la perte ou du vol des titres au porteur (Société d'économie politique de Paris, séance du 5 janvier 1909) », Rev. DIP 1909. 345, spéc. p. 349. L'auteur ajoute : « Mais il y a beaucoup de pays, c'est la grande majorité […] dans lesquels, tout en trouvant que le propriétaire du titre au porteur dépossédé a un intérêt respectable, on n'a cependant pas jugé convenable de lui sacrifier l'intérêt du crédit, l'intérêt de la libre circulation des titres ».

[1157] J. BEZARD-FALGAS, « De la perte et de la restitution des titres au porteur en droit international », préc., p. 90.

[1158] V. L. d'AVOUT, *Sur les solutions…*, préc., n° 85, p. 121. J. BEZARD-FALGAS, « De la perte et de la restitution des titres au porteur en droit international », préc., p. 86s.

[1159] V. position de Laîné à la session de Gand de l'Institut de Droit international (1906) évoqué par Note sous Cour de Paris (1re), 14 déc. 1907, Rev. DIP 1909. 295, spéc. p. 295.

[1160] J. BEZARD-FALGAS, « De la perte et de la restitution des titres au porteur en droit international », préc., p. 92.

[1161] L. d'AVOUT, *Sur les solutions…*, préc, n° 85, p. 123.

[1162] Proposition de Neymarck *in* « De la nécessité d'une entente internationale… », préc., pp. 345 et 351.

à la circulation des titres, qualifié également d' « intérêt général, l'intérêt du crédit »[1163]. Le *choix* d'ériger un intérêt particulier en intérêt général ne s'*impose* qu'en vertu de la représentation épistémologique du marché pertinent pour l'ordre public. En ce sens, au lieu d'identifier le marché avec la circulation du capital en tant que tel (qui d'ailleurs n'est pas neutre non plus), la loi française l'avait identifié en la personne des détenteurs des titres susceptibles d'être dépossédés facilement. Cette représentation faisant figure exotique à l'époque, son effectivité ne pouvait pas être envisagée sans une application extraterritoriale que seulement le statut de *lex fori* assurait, ce qui constitue *la caractéristique des lois sécuritaires* selon M. d'Avout, qui observe que celles-ci « revendiquent péremptoirement leur application en situation internationale, pour la préservation de leur finalité ordinaire de droit interne »[1164].

231. **La mobilisation d'un argument pragmatique à effet éliminatoire des solutions contraires.** Le souci de sécurité financière lié à la structure du marché financier français tel que protégé par la loi du 15 juin 1872 concernant le vol des titres avait mobilisé un argument pragmatique déterminant : le caractère inacceptable de la situation correspondant à l'application d'une loi étrangère de teneur contraire à la loi française : « cette disposition [i.e. l'ineffectivité de toute négociation du titre postérieure à l'opposition] est absolue et ne saurait être limitée aux négociations en France **sans devenir la plus illusoire des protections** » ; « qu'on ne saurait (…) admettre au profit de l'une des parties en cause l'application d'une loi étrangère **sans porter à cette réglementation et sans rendre inutile la loi de 1872** »[1165] (c'est nous qui soulignons). Il s'agit, même pour les commentateurs de l'époque, de « la considération décisive »[1166] pour le juge français. Bien qu'une telle position ait pu entraîner l'aléa moral des détenteurs des titres quant à leur diligence concernant les valeurs mobilières, la prise en charge de la conservation du capital à titre d'intérêt général par la loi se

[1163] V. obs. de Lyon-Caen *in* « De la nécessité d'une entente internationale… », préc., p. 349.
[1164] L. d'AVOUT, *Sur le solutions…*, n° 135, p. 185.
[1165] Trib. civ. Seine, 5e ch., 4 mars 1907, *Paget c. Deroubaix*, Rev. DIP 1909. 288, spéc. pp. 288-291.
[1166] *Id.*, p. 290.

justifie à l'époque au regard des circonstances historiques violentes à l'origine d'un phénomène d'ampleur de dépossession des titres[1167].

Paradoxalement, ce sont également le lien entre le forum et le jus ainsi que le souci pragmatique lié aux transactions visibles pour le juge qui a conduit à l'affirmation de l'autonomie de la volonté en matière juridictionnelle.

B. La naissance de l'autonomie de la volonté en matière juridictionnelle

232. **Le *forum contractus* en matière commerciale : la fiction de l'élection de domicile et la localisation objective.** En matière contractuelle, la jurisprudence avait considéré comme élection de domicile[1168] la présence en France d'un des facteurs de rattachement retenus par l'article 46 NCPC (ancien art. 420 CPC) : domicile du défendeur, lieu de la promesse et de la livraison de la marchandise ou lieu du paiement du prix[1169]. Les juges avaient étendu ces chefs de compétence au plan international mais seulement lorsque cela permettait aux tribunaux français d'être compétents[1170].

Cette idée a été utilisée également en tant que fiction d'un accord de volontés présumé à constituer également « élection de domicile [par les parties] pour l'exécution de leurs obligations dans le lieu du contrat ou dans le lieu où le prix doit être payé »[1171]. C'est sur un tel fondement que la validité d'une clause attributive de juridiction au profit des juridictions étrangères, convenue entre des Français, ait été admise par les tribunaux français dès 1886[1172]. Pour surmonter la fiction de l'élection de domicile, Batiffol avait justifié le principe d'extension des compétences internes à travers sa démarche objective de localisation des

---

[1167] V. *supra* n°229.

[1168] Principe étendu sur le plan international – v. A. de la PRADELLE, J.P. NIBOYET, *Répertoire de droit international,* t. IV, 1929, *Compétence*, n°371, p. 326. Cass. Req. 8 avril 1851, *Moser*.

[1169] P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de droit international privé*, 4e éd., p. 351, n°293. V. aussi Civ. 1re, 23 janv. 2007, JCP 2007. IV. 1411.

[1170] A. de la PRADELLE, J.P. NIBOYET, *Répertoire de droit international,* t. IV, 1929, n° 399, p. 329.

[1171] A. de la PRADELLE, J.P. NIBOYET, *Répertoire de droit international,* t. IV, 1929, n°402, p. 330. Cass. civ., 5 juin 1905, *de Munitiz*, Rev. DIP 1906. 140 ; S. 1905.1.305 note Lyon-Caen. Dans l'affaire les juges avaient refusé de voir une telle élection de domicile dans le fait qu'un navire s'était refugié dans un port français après abordage entre deux navires étrangers en haute mer.

[1172] Trib. civ. de la Seine, 4e ch., 10 février 1886, *L'Urbaine*, Clunet 1886. 324s. : « aucun principe de droit ne s'oppose à ce que des Français, contractant soit en France, soit à l'étranger, attribuent conventionnellement compétence à une juridiction située hors de France ».

rapports de droit internationaux, y compris lorsqu'il s'agissait de la volonté des parties[1173]. Cependant, la contingence de la valeur *fictive* ou *réelle* attachée à la volonté des parties permet de retracer le caractère conventionnel du critère de l'internationalité qui sous-tend le principe de l'autonomie de la volonté en matière juridictionnelle.

233. **La naissance du paradigme autonomiste moderne.** En France, la clause compromissoire en matière commerciale avait été validée par la loi de 31 décembre 1925, après une prohibition généralisée par la jurisprudence en ce sens[1174]. La libéralisation du contentieux est achevée au début des années 1930, avec la validité de principe de la clause attributive de juridiction affirmée par la Cour de Cassation dans les arrêts *Mardelé* et *Dambricourt*[1175], contrairement à la position de Bartin pour qui l'impérativité naturelle de toute règle de compétence s'opposait à une telle évolution[1176]. Ces deux arrêts sont novateurs à plusieurs niveaux et permettent une déconstruction épistémologique du raisonnement employé. Les juges avaient déterminé que « *dès 1'instant que ces conventions mettent ainsi en jeu des intérêts de commerce international, et la nullité de la clause compromissoire édictée par l'article 1006 du Code de procédure civile n'étant pas d'ordre public en France, les parties, mêmes françaises l'une et l'autre, ont pu valablement, dans un contrat, conclu soit à l'étranger, soit en France, déroger aux dispositions de ce texte et se référer pour régir leurs accords à une loi étrangère, telle que la loi anglaise, admettant la validité d'une pareille clause* ». Plusieurs observations s'imposent au regard des choix épistémologiques du juge.

[1173] V. H. BAUER, *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands (étude comparative)*, Dalloz, 1965, n° 40s., p. 43s. H. BATIFFOL, *Traité élémentaire*…, 1949, n°683, p. 693, observant que « l'élément international ne changeant pas la nature du litige, il a toujours paru arbitraire et peu utile d'enlever un procès au juge le plus accessible et le plus qualifié pour apprécier la substance des affaires de ce genre ».

[1174] Sur l'histoire de la clause compromissoire en France v. C. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc., n°118, p. 130s.

[1175] Cass. civ., 19 février 1930, *Mardelé*, 27 janvier 1931, *Dambricourt*, Rev. crit. DIP 1931. 514, S. 1933.I.41 note Niboyet) ; v. *Grands arrêts* 72 §3. Dans sa note, Niboyet critiquait l'affirmation de l'autonomie de la volonté dans la version qu'il avait tellement repoussée (comme incluant le domaine des lois impératives, et non pas restreint à une simple liberté des conventions).

[1176] *Ibid.*

234. **Les choix épistémologiques quant à la notion d'internationalité. Marché et standardisation contractuelle.** Premièrement, la validité de la clause attributive de juridiction est déduite par application de la loi anglaise, en vertu du principe d'autonomie de la volonté en matière de loi applicable au fond, précédemment admise par la jurisprudence[1177]. Cependant, les deux clauses avaient été adoptées par les parties *par défaut*, à travers l'utilisation d'un *standard contractuel élaboré sous la loi anglaise,* en espèce les conditions particulières de la *London Corn Trade Association*) qui contenait les clauses en cause. Au regard de l'indifférence de l'internationalité objective des parties ou du lieu de la conclusion du contrat, jusque-là pertinents, le critère de l'internationalité rattaché à la « [mise en jeu des] intérêts du commerce international » a permis à Niboyet d'observer l'extension des critères d'internationalité aux éléments essentiels pour la validité du contrat (consentement, cause, objet, capacité)[1178]. Pour cet auteur, la nationalité étrangère de la société mère de l'une des parties était également pertinente, car elle confortait la théorie du contrôle dont il était le défenseur[1179].

Cependant, une autre observation s'impose *a posteriori* : l'épistémologie économique de l'internationalité adoptée en l'espèce fait écran au caractère consubstantiel de l'internationalité du marché en cause (*i.e.* le commerce international) à la standardisation contractuelle qui la sous-tend, effectuée sous un droit étranger. En ce sens, la standardisation contractuelle a un double effet : d'une part, l'*internationalisation* des rapports juridiques qui l'adoptent, et d'autre part, la *dénationalisation* du marché que ce standard réifie. Difficilement perceptible à l'époque, cette dynamique est de retour en ce qui concerne le standard contractuel ISDA en matière des dérivés[1180].

[1177] V. *infra* n°246.

[1178] J.-P. NIBOYET, note sous Cass. civ., 19 février 1930, *Mardelé*, 27 janvier 1931, *Dambricourt*, S. 1933.I.41. Sur le rejet de ce critère d'internationalité v. V. HEUZÉ, « La notion de contrat en droit international privé », TCFDIP 1995-1998, pp. 319-344, spéc. p. 340 (Débats) cité par Ph. LEBOULANGER, « La notion d'« intérêts » du commerce international », Rev. arb. 2005. 487, spéc. p. 496.

[1179] *Id.*, p. 42. En ce sens v. J.-P. NIBOYET, « Existe-il vraiment une nationalité des sociétés », Rev. DIP 1927. 402.

[1180] V. *infra* n^{os} 316s. Pour une internationalité déduite de l'architecture du standard contractuel ISDA v. *Banco Santander Totta S.A. v Companhia de Carris de Ferro de Lisbao S.A. and others*

Dans les arrêts *Mardelé* et *Dambricourt* susmentionnés, la Cour applique le principe de l'effet utile des conventions, et adopte une vision résolument privatiste du règlement des différends entre les particuliers, annonçant la perspective d'un « service établi dans l'intérêt des justiciables »[1181]. En ce sens, la positivation du droit par le juge français témoigne de sa sensibilité à la pratique commerciale, notamment lorsque celle-ci répond également à l'intérêt de ses nationaux.

De l'autre côté de l'Atlantique, l'aménagement de la compétence internationale en matière commerciale au début du XX^{e} siècle révèle les défis de la dialectique fédérale pour la systématisation théorique.

§2. Le fédéralisme de la répartition des compétences aux États-Unis

235. **Le fondement territorial de la compétence aux États-Unis hérité du *common law***. Si la tradition continentale a été à l'origine de la doctrine des conflits de lois aux États-Unis, en revanche le *common law* a indéniablement forgé le fondement des règles de compétence internationale[1182]. En ce sens, parmi les chefs de compétence prévus par le *Restatement First* la plupart étaient de nature territoriale : présence physique, domicile, nationalité, consentement, comportement local[1183]. La terminologie a évolué dans le sens où la classification de la compétence *in personam* et *in rem* a été petit à petit remplacée par celle de compétence générale (*general jurisdiction*) et compétence spéciale (*specific jurisdiction*), suite aux propositions des MM. Von Mehren et Trautman en ce sens[1184].

[2016] EWHC 465 (Comm), 4 March 2016, Banque&Droit, n°167, mai-juin 2016, pp. 48s., note G. Affaki.

[1181] H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Dalloz, 1965, n°218, p. 142.

[1182] S. SYMEONIDES, *American Private International Law,* Wolters Kluwer, 2008, n°31, p. 29.

[1183] *Restatement First* (1934) Sec. 77 : « The exercise of jurisdiction by a state through its courts over an individual may be based upon any of the following circumstances: a. The individual is personally present within the state ; b. He has his domicil within the state ; c. He is a citizen or subject owing allegiance to the nation ; d. He has consented to the exercise of jurisdiction ; e. He has by acts done by him within the state subjected himself to its jurisdiction ».

[1184] A. T. von MEHREN, D. T. TRAUTMAN, « Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis », Harv. L. Rev., Vol. 79, No. 6 (Apr., 1966), pp.1121-1179. Sur cette terminologie et ses critiques v. A. MIRANDES, *La compétence inter-étatique et internationale des tribunaux en droit des États-Unis*, Economica, 2002, pp. 7s.

Si le caractère jurisprudentiel du régime de la compétence internationale aux Etats-Unis va de soi, sa cohérence au cours du XXe siècle constitue un défi majeur à la fois pour les juridictions et pour la doctrine. Deux particularités majeures, susceptibles d'intéresser l'évolution actuelle de la coordination des ordres juridiques des pays de l'Union européenne à travers les règles de droit international privé, méritent d'être soulignées. Premièrement, il s'agit d'une *approche indistincte* des régimes de la compétence interfédérale et de celle véritablement internationale, *supposés* répondre aux mêmes contraintes constitutionnelles[1185], sauf pour ce qui est de la reconnaissance en vertu de la *Full Faith and Credit Clause* dont bénéficient les jugements rendus dans un État fédéré dans un autre[1186]. Deuxièmement, il s'agit des contraintes téléologiques constitutionnelles à la fois sur le terrain de la liberté commerciale (*Commerce Clause*) et du procès équitable (*Due Process Clause*). En matière commerciale, cette téléologie des juridictions américaines a favorisé une casuistique fondée sur la dialectique fédérale (A), ainsi qu'une libéralisation du contentieux lorsque cela correspond au respect d'un intérêt étatique (B).

A. La casuistique de la doctrine *doing business*

236. **La tension entre l'idéologie territorialiste et le commerce interfédéral.** La *Commerce Clause* attribue au niveau fédéral le pouvoir de réguler le commerce interétatique et par conséquent implique l'interdiction pour les États fédérés d'y nuire à travers des restrictions[1187]. Si les États fédérés restaient donc libres d'organiser les activités infraétatiques à leur gré, l'existence d'un élément d'extranéité était susceptible d'attirer des limites à leur compétence législative et juridictionnelle[1188]. Avec le développement du

[1185] A. T. VON MEHREN, D. T. TRAUTMAN, « Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis », préc., p. 1122: « the relevant constitutional considerations seem equally applicable to the interstate and the international case ». Comme l'avait déjà observé Cook en matière des conflits de lois, le régime de la compétence aux Etats-Unis a été fortement influencé par la téléologie. V. *supra* n°216.

[1186] *Ibid.* : « Further, because a judgment rendered by a court of a sister state is ordinarily entitled to full faith and credit in other states if jurisdictional requirements are satisfied, assumption of jurisdiction has greater significance in domestic cases than in cases involving an international question ».

[1187] Sur le rapprochement entre la fonction de la *Commerce Clause* et les libertés de circulation en Europe du point de vue des conflits de lois v. H. MUIR WATT, « Aspects économiques… », préc., n°182, p. 225s.

[1188] A. T. von MEHREN, *Adjudicatory Authority in Private International Law. A comparative Study*, Martinus Nijhoff, 2007, p.57.

commerce interfédéral y compris par des moyens de communication à distance, le problème qui avait surgi à la fin du XIXe siècle et au début du XX^{e} siècle était de savoir si dans quelle mesure des étrangers pouvaient être attirés devant les juridictions d'un État fédéré à cause d'une activité qui touchait ses résidents.

C'est dans l'affaire *Lafayette Insurance Co v French*[1189] que la Cour Suprême avait décidé que les tribunaux de l'État d'Ohio étaient compétents à l'égard des actions contractuelles formulées par ses résidents à l'encontre d'une société enregistrée en Indiana mais ayant désigné un agent dans Ohio pour la conclusion des contrats d'assurance. Le raisonnement s'était articulé de la manière suivante : a) l'existence d'une compétence d'un État de réguler les transactions sur son territoire (i.e. l'accès à son marché)[1190]; b) le respect des limites de nature constitutionnelle, d'ordre public et d'ordre « naturel » (respect des droits de la défense)[1191]; c) une société étrangère, lorsqu'elle contracte dans un État, est supposée avoir consenti aux conditions locales dans leur totalité, dans ce cas l'agent local désigné ayant la capacité non seulement de contracter mais également d'ester en justice[1192].

Selon M. Juenger, cette décision avait ouvert la voie de la compétence spéciale par rapport aux nécessités de l'époque, ressenties également au Royaume-Uni

[1189] *Lafayette Insurance Co v French*, 59 US (18 Howard) 404 (1856).
[1190] §407 : « A corporation created by Indiana can transact business in Ohio only with the consent, express or implied, of the latter State ».
[1191] §407 : « This consent may be accompanied by such conditions as Ohio may think fit to impose; and these conditions must be deemed valid and effectual by other States, and by this court, provided they are not repugnant to the constitution or laws of the United States, or inconsistent with those rules of public law which secure the jurisdiction and authority of each State from encroachment by all others, or that principle of natural justice which forbids condemnation without opportunity for defence ».
[1192] § 408 : « Now, when this corporation sent its agent into Ohio, with authority to make contracts of insurance there, the corporation must be taken to assent to the condition upon which alone such business could be there transacted by them; that condition being, that an agent, to make contracts, should also be the agent of the corporation to receive service of process in suits on such contracts; and, in legal contemplation, the appointment of such an agent clothed him with power to receive notice, for and on behalf of the corporation, as effectually as if he were designated in the charter as the officer on whom process was to be served; or, as if he had received from the president and directors a power of attorney to that effect. The process was served within the limits and jurisdiction of Ohio, upon a person qualified by law to represent the corporation there in respect to such service; and notice to him was notice to the corporation which he there represented, and for whom he was empowered to take notice ».

qui avait adopté une compétence de type « *long arm* »[1193]. Néanmoins, dans l'affaire *Pennoyer v Neff*[1194], l'inertie de l'idéologie territorialiste a produit un recul vers l'ancien principe de la *common law* du pouvoir *de facto* comme fondement de la compétence. D'une part, cette approche confirmait la compétence *quasi in rem* en permettant d'attirer devant les tribunaux les étrangers non-résidents ayant des biens situés sur le territoire du for ; mais d'autre part, lorsque le défendeur ne pouvait pas être cité dans l'État du for car physiquement absent (e.g. le cas des sociétés établies dans un autre État), le contentieux échappait à la compétence du for malgré l'existence d'autres liens avec le litige[1195].

Ce dogmatisme a dû néanmoins être assoupli en pratique face au « pouvoir normatif des faits » [1196], qui s'est concrétisé par une tension entre la technique commandée par le fondement idéologique de la théorie du pouvoir et ses insuffisances fonctionnelles pratiques. Un contentieux abondant[1197] a permis d'affiner peu à peu la méthodologie mise en œuvre.

237. **La doctrine *doing business* : fictions commandées par la fonction.** Le problème était celui de calibrer l'affirmation de la compétence du for par rapport aux sociétés étrangères y exerçant des activités. Pour que le critère considéré objectif des contacts minimums (*minimum contacts)* soit affirmé par *International Shoe*[1198] en 1945, il a fallu expérimenter plusieurs techniques. C'est ainsi que les critères de « consentement implicite » et de « présence »[1199]

[1193] F. K. JUENGER, « The American Law of General Jurisdiction », 2001 U. Chi. Legal F. 141 2001, spéc. pp. 144s : « *Responding to business necessities, the 1875 Common Law Procedure Act authorized a species of long-arm jurisdiction* ».
[1194] *Pennoyer v. Neff* 95 U.S. 714 (1878).
[1195] F. K. JUENGER, « The American Law of General Jurisdiction », préc., pp. 147s.
[1196] *Id.*, p. 149 : « During the following decades, the normative force of facts compelled the Supreme Court to adapt the Pennoyer principles to the realities of our federal system. ».
[1197] V. A. MIRANDES, *op.cit.,* n°79, p. 59, sur la multiplication des litiges à l'encontre des défendeurs non-résidents.
[1198] *International Shoe v. State of Washington*, 326 U.S. 310 (1945).
[1199] *Philadelphia & R. Ry. Co. v. McKibbin*, 243 U.S. 264, 37 S.Ct. 280 (1917) : « A foreign corporation is amenable to process to enforce a personal liability, in the absence of consent, only if it is doing business within the state in such manner and to such extent as to warrant the inference that it is present there ».

ont été utilisés de manière « interchangeable »[1200] en tant que mécanismes correcteurs de l'approche territorialiste.

Le premier était une dérogation au principe de territorialité fondé sur la volonté implicite d'avoir accepté la juridiction d'un État lorsque certaines activités commerciales y étaient exercées (*i.e.* les sociétés étrangères contractaient avec les résidents). Comme le remarque M. Juenger, cette approche ne pouvait qu'engendrer une compétence spéciale au regard de ces sociétés, c'est-à-dire en lien avec l'activité qui y était exercée[1201], à travers une interprétation restrictive du consentement implicite. La compétence spéciale visée par les *long arm statutes* en a été le prolongement naturel[1202]. Cette approche qualitative était néanmoins complétée par un critère quantitatif.

La « présence » fictive était dérivée du *volume* de l'activité exercée (contractée) dans l'État du for[1203]. Ce dernier critère, bien que fictif, était subsumé au principe de territorialité, et par conséquent la compétence qui en résultait aurait du être générale[1204].

Quoi qu'il en soit, c'était la fonction d'emprise d'un contentieux qui aurait autrement échappé qui a commandé l'adaptation des outils conceptuels employés. Face à l'artificialité patente de cette construction, les deux critères ont fusionné dans la doctrine « doing business »[1205], remplacée à son tour par le critère des contacts minimums.[1206]. Le critère des contacts minimums ne l'a pas non plus clarifiée, car il envisageait « un spectre d'activités allant de « continues et systématiques » aux actes « uniques et isolés » […] les dernières justifiant au mieux une compétence spécifique, et les premières pouvant autoriser le for de

[1200] F. K. JUENGER, « The American Law of General Jurisdiction », 2001 U. Chi. Legal F. 141 2001, spéc. p. 151.
[1201] *Ibid.*
[1202] Sur le développement des *long arm statutes* v. A. MIRANDES, *op.cit.*, n° 101s., p. 73s,.
[1203] *Philadelphia & Reading Railway Co v McKibbin*, 243 US 264, 268 (1917), cité par F. K. JUENGER, « The American Law of General Jurisdiction », préc., p. 151.
[1204] F. K. JUENGER, « The American Law of General Jurisdiction », 2001 U. Chi. Legal F. 141 2001, spéc. p. 151 : « In other words, while "presence" implied general jurisdiction, "consent" may engender specific jurisdiction only. This obvious difference was, however, further obliterated when judges subsumed both of these fictions under the notion of "doing business" ».
[1205] *Ibid.* Selon M. Juenger, le *doing business* a obscurci cependant la distinction entre compétence générale et compétence spécifique.
[1206] *Id.*, p. 153.

retenir la compétence pour des demandes non liées aux activités du défendeur dans le for »[1207].

238. **L'aménagement du lien entre le *forum* et le *jus* en fonction de la *Due Process Clause*.** Bien que l'indépendance de la compétence juridictionnelle de celle législative ait été théorisée[1208], en pratique la présence des lois impératives ne pouvait laisser les juges indifférents. Dans l'affaire *International Shoe* c'est l'application d'une loi de police (sur le paiement des cotisations de chômage) qui était en jeu, et en l'espèce le fait pour l'État de Washington d'être compétent avait également la conséquence de rendre applicable sa loi dans cette matière. Cependant, dans la mesure où le raisonnement des juges n'a pas fait expressément référence à cet aspect, il reste dans le « non dit ».

Les auteurs identifient d'une part le besoin légitime pour l'affirmation d'une compétence liée à l'application de la *lex fori* au fond[1209], et d'autre part les risques de la transformation de cette approche en règle : une application systématique de la *lex fori* ainsi qu'un dessaisissement presqu'automatique chaque fois qu'un droit étranger serait applicable[1210]. Des correctifs ont été apportés sur le terrain du lien entre la proximité et le caractère raisonnable de la compétence exercée.

Le critère des contacts minimums posé par l'affaire *International Shoe* a été présenté comme exigeant deux conditions : « les liens unissant le défendeur au for, d'une part, et le caractère raisonnable de la compétence exercée, d'autre

[1207] F. K. JUENGER, « The American Law of General Jurisdiction », 2001 U. Chi. Legal F. 141 2001, spéc. p. 155 : « But instead of drawing a sharp line between dispute-blind and dispute-specific jurisdiction, the International Shoe opinion envisaged a spectrum of activities ranging from "continuous and systematic" to "single or isolated" acts. Whereas the latter would at best confer specific jurisdiction, the former might authorize the forum to adjudicate causes of action that are unrelated to the defendant's forum activities ».

[1208] A. T. VON MEHREN, D. T. TRAUTMAN, « Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis », Harv. L. Rev., Vol. 79, No. 6 (Apr., 1966), p. 1129 : « The general assumption of Anglo-American practice has indeed been that choice of law operates fully and effectively, so that the relationship between the underlying controversy and the putative forum ordinarily need not be taken into account in deciding whether to exercise jurisdiction. However, no legal order completely ignores choice of law in its thinking about adjudicatory jurisdiction ».

[1209] *Ibid.* : « even though the forum's concerns for the parties and other litigational and enforcement considerations, standing alone, would not support an assumption of jurisdiction, the forum may take jurisdiction to adjudicate if it has a substantial interest in regulating the underlying controversy under its own law and if an otherwise more appropriate forum would apply another law ».

[1210] *Id.*, p. 1131.

part »[1211]. Cependant, la lecture d'une condition circulaire est également possible, c'est-à-dire « qu'il existe, entre le défendeur et l'État du for, des contacts suffisants pour que la compétence du juge saisi apparaisse raisonnable »[1212]. La deuxième formule surprend effectivement le lien consubstantiel entre la proximité et le caractère raisonnable de l'exercice de la compétence.

La jurisprudence subséquente a confirmé que l'appréciation des contacts minimums à la lumière de la *Due Process Clause* se faisait dans la personne du défendeur (et non du litige pris dans l'ensemble), et par conséquent le manque de prévisibilité pour celui-ci de la compétence potentielle du for faisait défaut aux conditions exigées[1213]. En ce sens, l'idée de consentement implicite réapparait sous la forme de la prévisibilité comme palliatif (*exception)* au *principe objectif* des contacts minimums, avec une fonction pragmatique et éliminatoire : d'exclusion des résultats potentiellement exorbitants de l'application de la méthode objective des contacts minimums[1214].

239. **Une conception ambivalente.** La signification de la clause *Due Process* a elle-même évolué d'une interprétation publiciste dans *Pennoyer v. Neff* à une conception privatiste dans *International Shoe*[1215]. Le manque de systématisation conceptuelle dans les conflits de juridictions a occulté ce glissement à travers le défaut de hiérarchisation des fondements publics et privés dans la *Due Process Clause*, ayant gardé l'*apparence* d'une prééminence de la souveraineté[1216]. L'admission des clauses attributives de juridictions n'a fait que renforcer l'ambivalence téléologique en cette matière.

[1211] A. MIRANDES, *op.cit.,* n°125, p. 87.

[1212] L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé,* Economica, 2008*,* n°134, p. 116.

[1213] *Worldwide Volkwagen Corp v. Woodson* 144 US 286 (1980). Pour la critique de cette appréciation restrictive des contacts minimums v. L. USUNIER, *op.cit.,* n° 257s, pp. 196s.

[1214] Cette fonction négative témoigne d'une mutation importante et non d'un simple retour à l'ancienne théorie, comme suggéré dans la doctrine – v. L. USUNIER, *op.cit.,* n° 258, p. 197 : « En exigeant que les défendeurs aient volontairement visé le marché de l'Oklahoma, la Cour suprême revient en réalité à son ancienne théorie du consentement […] ».

[1215] Pour l'analyse de cette évolution v. F. K. JUENGER, « The American Law of General Jurisdiction », 2001 U. Chi. Legal F. 141 2001, spéc. p. 146s.

[1216] F. K. JUENGER, « A Shoe Unfit for Globetrotting », 28 U.C. Davis L. Rev. 1027, spéc. p. 1028 : « although the Supreme Court has linked jurisdiction to due process, notions of sovereignty rather than fairness actually control ».

B. Une admission tardive de l'autonomie de la volonté

240. **Une érosion graduelle.** Le rejet des clauses attributives de juridictions au XIX^e^ siècle[1217] a eu une inertie exceptionnelle, et leur validation a dû attendre les années 1960[1218], avec la confirmation de leur effet exclusif par l'arrêt *The Bremen* en 1972[1219]. De manière semblable au phénomène français, ce revirement a été le résultat d'une érosion graduelle du principe d'invalidité des clauses attributives de juridictions dans le contentieux à partir des années 1940[1220].

241. **L'accès au marché international des entreprises américaines par la validation d'une clause standardisée.** L'intérêt de participer au commerce international se présente comme l'argument pragmatique qui fonde la licéité des clauses d'élection de for[1221], à travers l'élimination de la solution contraire comme ayant une conséquence inacceptable. Une invalidation de la clause attributive de juridiction, devenue usitée dans les contrats internationaux au moment de la saisine des juridictions américaines, aurait eu l'effet prévisible de dissuader, voire d'empêcher les entreprises américaines d'accéder au commerce international :

« *Here we see an American company with special expertise contracting with a foreign company to tow a complex machine thousands of miles across seas and oceans.* ***The expansion of American business and industry will hardly be encouraged*** *if, notwithstanding solemn contracts, we insist on a parochial concept that all disputes must be resolved under our laws and in our courts.* »[1222] (c'est nous qui soulignons).

[1217] *Nute v. Hamilton Mut. Ins. Co.*, 6 Gray (72 Mass.) 174 (1856).
[1218] *National Equipment Rental, Ltd. v. Szukhent*, 375 U.S. 311 (1964).
[1219] *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co,* 407 US 1 (1972). D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé,* t. I, n°142, p. 175 ; S. SYMEONIDES, *American Private International Law,* Wolters Kluwer, 2008, n°55, p. 38.
[1220] G. B. BORN, P.B. RUTLEDGE, *International Civil Litigation in United States Courts,* 5th ed., Wolters Kluwer, 2011, p. 465, citant *Krenger v Pennsylvania R.R.*, 174 F.2d 556, 561 (2d Cir. 1949), *Wm. H. Muller &Co. V Swedish American Line Ltd.*, *Anastasiadis v. S.S. Little John*, 346 F.2d 281 (5th Cir. 1965), *Central Contracting Co. v Maryland Cas. Co.*, 367 F.2d 341 (3d Cir. 1966), *Furbee v. Vantage Press, Inc.*, 464 F.2d 835 (D.C. Cir. 1972).
[1221] V. H. MUIR WATT, « La function économique du droit international privé », RIDE 2010. 103, spéc. p. 109, note de bas de page n°27.
[1222] *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co*, 407 US 1 (1972), at. 9.

Lorsque l'hypothèse-type est inversée en principe de validité au lieu d'invalidité des clauses d'élection de for, elle fonde déductivement la légitime d'une attente en ce sens. Cependant, le raisonnement téléologique utilisé ouvertement par les juridictions américaines réservent la possibilité *théorique* des circonstances articulant un argument pragmatique à effet contraire : « *in the light of the present-day commercial realities and expanding international trade we conclude that the forum clause should control absent a strong showing that it should be set aside* »[1223]. En ce sens, conformément à une approche téléologique territorialiste, seul le marché américain est pertinent du point de vue épistémologique pour qu'une telle contrainte se présente.

242. **La pertinence du marché américain.** Pour les juges américains, seul le marché américain, demeure pertinent du point de vue systémique pour ce qui est des potentiels effets négatifs suite à la validation d'une clause attributive de juridiction au profit des juridictions étrangères : « *we should not invalidate the forum-selection clause here unless we are firmly convinced that we would thereby significantly encourage negligent conduct within the boundaries of the United States* »[1224]. La téléologie américaine, malgré sa réputation extraterritoriale, présente des liens très forts avec le territorialisme, ce qui fait que le marché américain soit conçu d'une manière extensive ou restrictive, en fonction de la subsomption des intérêts privés en cause aux intérêts étatiques sur le plan international[1225].

Il est par conséquent possible d'identifier un caractère finaliste dans le mode d'emploi de l'effectivité du commerce international, pour lequel la dimension purement privée est réductrice.

[1223] *Id.*, at 15.
[1224] *Id.,* at 16.
[1225] V. *infra* n^os^ 352s.

Section II : Le caractère finaliste de l'effectivité[1226] *du commerce international*

243. **Le juge étatique, juge de droit commun du commerce international.** Comme le remarque M. de Vareilles-Sommières, « le procès civil international n'est pas simplement un procès interne affecté d'un élément d'extranéité relativement secondaire […] [il] n'est, pour l'État dont les juridictions sont saisies, *ni exclusivement « à lui », ni entièrement « à un autre »*[1227] (c'est l'auteur qui souligne). Ce particularisme par rapport au contentieux « purement » interne est devenu visible lors de la positivation du droit en contentieux international par le juge étatique. Avec la privatisation des fondements-fonctions des conflits de lois, d'une part, et l'extension des chefs de compétence internationale d'autre part, ainsi que faute de système juridictionnel supranational, le juge étatique est devenu, dans la première partie du XX^e^ siècle, le juge de droit commun du commerce international[1228], pour garder le parallélisme avec la fonction impartie aux juridictions nationales par la CJUE au regard du marché commun. Cette double casquette, presqu'invisible, du juge national, comment s'est-elle manifestée par rapport à la particularité du raisonnement en droit international privé ? L'utilisation de la notion de « besoins/intérêts du commerce international » (§1) ainsi que celle de « *comity* » (§2) en tant que notions-clés est révélatrice d'une approche fonctionnelle.

§1. La portée relative des besoins du commerce international

244. **Intérêts du commerce international et marché.** Dans la première partie du XX^e^ siècle, plusieurs arrêts font référence aux « intérêts » ou « besoins » du

[1226] La terminologie de « l'effectivité » convient mieux pour caractériser le régime du contrat-marché ; elle est empruntée du langage de M. Simon (D. SIMON, *L'interprétation judiciaire…,* préc., *passim*) pour amorcer un parallélisme entre l'effectivité des conventions internationales comme contrainte épistémologique pour le juge international et l'effectivité de la normativité privée (issue du contrat) comme contrainte épistémologique pour le juge du commerce international.

[1227] P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « Conclusions d'un internationaliste », *in* E. PATAUT, S. BOLLÉE, L. CADIET, E. JEULAND, *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques,* IRJS Éditions, t. 43, 2013, pp. 189-209, spéc. p. 195. Sur le fait que l'extranéité ne perd pas sa pertinence après qu'une juridiction se déclare compétente et l'ordre juridique compétent (la loi applicable) est déterminé(e) v. *infra* n°260.

[1228] La qualification de « juge naturel du commerce international » revendiquée actuellement par l'arbitre (v. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit,* n°147, p. 179) a été intentionnellement évitée à cause de ses enjeux épistémologiques. L'expression « juge de droit commun du commerce international » est déjà présente dans la doctrine, dans le contexte de l'arbitrage (v. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit,* n°54, p. 67) ; nous la préférons pour le parallélisme avec l'expression « juge de droit commun du droit de l'Union européenne», pour souligner les implications quant aux rapports des systèmes qu'elle implique.

commerce international, auxquels Lerebours-Pigeonnière avait attribué un poids non négligeable dans la résolution des conflits de lois. La notion a été abandonnée au droit du commerce international (y compris à l'arbitrage)[1229] suite à sa lecture erronée en tant que critère d'internationalité du contrat en droit international privé, qui d'ailleurs n'est pas convaincante pour une partie de la doctrine à cause notamment de manque de contenu précis[1230]. Plus récemment, elle a été également dénoncée comme rendue non pertinente du point de vue épistémologique pour faute de « sujet déterminé »[1231]. Pourtant, son emploi par la jurisprudence témoigne d'une certaine *représentation* des relations commerciales, évidemment pertinente pour les juges dans leur raisonnement. Ayant servie à la fois à la complexification de l'algorithme conflictuel, ainsi qu'à l'autonomisation des règles matérielles propres[1232] au commerce international, elle mérité une déconstruction en termes de fondements et fonctions.

245. **L'effectivité du marché, préservée par le juge du commerce international.** Si les intérêts du commerce international ont apparu comme l'*agrégation des intérêts privés des parties* individuelles d'accès à un marché atomique[1233], en revanche l'intérêt étatique est resté en quelque sorte isolé sur la scène internationale. Ce dernier, pris en charge par l'exception d'ordre public, ne rentre dans le dilemme du juge qu'en tant que *lex fori*. Cependant, lorsqu'un litige suppose des revendications normatives contraires, en matière commerciale chacun est subsumé à une *catégorie d'opérateurs économiques*, dont les intérêts agrégés se retrouvent du point de vue économique sur le marché. Du point de vue juridique, ces intérêts se retrouvent plus ou moins visiblement dans le contenu des règles juridiques également. Lorsque ces intérêts sont pris en charge

[1229] C. KESSEDJIAN, *Droit du commerce international,* PUF, 2013, n°20, p. 15-16, citant Toulouse, 26 octobre 1982, JDI 1984, p. 603 note H. Synvet.
[1230] V. HEUZÉ, « La notion de contrat en droit international privé », TCFDIP 1995-1998, pp. 319-344, spéc. p. 340 (Débats) cité par Ph. LEBOULANGER, « La notion d'« intérêts » du commerce international », Rev. arb. 2005. 487, spéc. p. 496. Le critère de l'internationalité a fini par une définition technique en tant que « situations comportant un conflit de lois » (Art. 1er §1 Règl. Rome I)
[1231] B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police*…., préc., nos89s., pp. 45s. Selon M. Remy, seulement les intérêts des parties et des États sont pertinents pour les solutions de droit international privé.
[1232] Ph. LEBOULANGER, « La notion d'« intérêts » du commerce international », Rev. arb. 2005. 487, spéc. p. 503s.
[1233] Sur cette fonction d'accès v. *infra* nos 259s.

expressément par des normes juridiques, ils se transforment en intérêts généraux. En ce sens, le fait que le litige oppose des intérêts individuels n'exclut pas nécessairement la représentation que l'intérêt général soit également en cause.

La représentation du marché est à son tour dédoublée dans une représentation *ex ante* et une représentation *ex post.* Le marché est en premier lieu pour le juge tel qu'il résulte de la *pratique*, de l'aménagement concret de la relation par les parties. Deuxièmement, le marché est celui *envisageable* suite à la réaction des acteurs économiques à la représentation objective de la norme que le juge est en train d'émettre. Chacune de ces représentations peut servir d'argument pragmatique à effet éliminatoire[1234]. Il convient de se demander quel est le marché pertinent pour le juge lorsqu'il utilise la notion d'intérêt du commerce international.

246. **Autonomie de la volonté ou principe d'effectivité des contrats internationaux**. L'affaire *American Trading* de 1910, qui a consacré le principe de l'autonomie de la volonté dans les conflits de lois « sous une forme qui coupe court à toute équivoque »[1235], représentait également la restriction définitive de la règle *locus regit actum* exclusivement à la forme de l'acte[1236]. Les faits de l'espèce étant notoires, nous nous bornons à rappeler qu'ils concernaient la prise en charge et le transport d'une marchandise de New York à Pointe-à-Pitre. L'enjeu pratique consistait dans la validité d'une clause d'irresponsabilité stipulée par le contrat, valable selon le droit français mais nulle selon le *Harter Act* américain, lui aussi adopté par les parties pour « régir » leur accord.

La Cour de Cassation préfère la loi française en tant que loi du lieu de l'exécution, même si cette localisation n'était pas incontestable[1237]; la clause d'irresponsabilité expressément acceptée semble plus conforme aux atteintes des

[1234] V. *supra* n°112.
[1235] *Grands Arrêts,* n°11, p. 98.
[1236] Note sous Cass. civ., 5 décembre 1910 (*American Trading*), Rev. DIP 1911. 395.
[1237] L'utilisation du critère du lieu d'exécution n'est pas tout à fait objectif et à l'abri des critiques, car selon les commentaires de l'époque « le lieu d'exécution n'était pas seulement le territoire français, mais aussi, et tout d'abord, le port de New-York et les eaux américaines. Bien mieux, c'est dans le port de New-York que s'est effectué l'arrimage, à raison duquel on demande l'application de la clause litigieuse.» - v. H. GALIBOURG, note sous *American Trading*, Clunet 1912. 1156, spec. p. 1159.

parties (effet utile des conventions). Cette volonté de « satisfaire aux besoins d'un commerce international en voie d'expansion »[1238] correspond donc en fait à l'aménagement légal de la relation *en dehors de toute loi étatique applicable*. Le juge français *valide par conséquent le marché tel qu'il résulte de la pratique des parties* (la prémisse implicite étant que la partie concernée par cette clause n'aurait pas contracté sachant qu'elle serait nulle, donc le marché dont le litige serait l'hypothèse-type ne fonctionnerait pas autrement). Ce libéralisme du juge français, s'exprime à la dépense d'une loi de police étrangère (dont la nature semble bien acquise à l'époque[1239]) prohibant le type de clauses dont la validité était en cause.

L'affaire donne l'occasion à la Cour de Cassation française de consacrer le principe d'autonomie de la volonté avec une double casquette : d'une part, technique, en tant que *méthode* de désignation de la loi applicable[1240], et d'autre part, fonctionnelle, en tant que *principe d'effectivité des contrats internationaux*[1241] (*pacta sunt servanda*). Ce dernier trouve un point de convergence avec les démarches fonctionnelles des juges américains qui raisonnaient à partir du droit substantiel, pour choisir la loi qui validait le contrat[1242].

247. **La méthodologie privatiste au service de la politique externe.** L'affirmation juridique de l'internationalité du contrat en France comme critère

[1238] *Grands Arrêts,* n°11, p. 98 et 100.
[1239] Note sous Cass. civ., 5 décembre 1910 (*American Trading*), Rev. DIP 1911. 395., p. 399 : « En fait, même si le contrat n'a pas été conclu sous la loi américaine, les tribunaux américains saisis du litige annuleront la clause d'exonération, qu'ils considèrent comme contraire à l'ordre public américain ».
[1240] Sur le principe d'autonomie de la volonté en tant que « concept méthodologique » v. H. MUIR WATT, « "Party Autonomy" in International Contracts: from the Makings of a Myth to the Requirements of Global Governance», ERCL 2010. 1, spéc. n°2, p. 5.
[1241] L'acception fonctionnelle du principe d'autonomie de la volonté est devenue évidente lorsque le choix d'une loi qui invalide le contrat s'est présenté comme un non-sens, mais elle se trouve dès le début de la consécration jurisprudentielle du principe. C'est cette acception qui est rejeté par l'unilatéralisme qui ne voit aucune incohérence dans la nullité du contrat selon la loi choisie par les parties – en ce sens v. P. GOTHOT, « La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats », TCFDIP 1975-1977, pp. 201-232, spéc. p.207.
[1242] W. WENGLER, « Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits », Rev. crit. DIP 1952. 595, spéc. n°5, p. 599,: « Ainsi, le droit international privé américain détermine souvent le droit applicable aux contrats en préférant, parmi les ordres juridiques avec lesquels le contrat a un lien réel, celui dont les règles de droit civil reconnaissent la validité du contrat », avec référence à H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats,* Sirey, 1938.

de dérogation au droit interne[1243] ne peut pas être détachée de son contexte historique : la dévalorisation du franc dans les années 1920 et la loi pour sa stabilisation de 1928, l'interdiction de l'exportation de l'or, et la circonstance que les Français avaient, *de manière agrégée,* prêté de l'argent à l'étranger à travers leurs investissements. Dans ces conditions, un auteur parle d'un « *effort judiciaire et législatif tendant à faire respecter par les emprunteurs étrangers la clause du paiement en or* »[1244], interdite dans les contrats internes.

Un tel respect a été affirmé par la jurisprudence[1245] dans un premier temps pour des « motifs d'opportunité »[1246] économique que le raisonnement des juges n'occulte pas : le cours forcé institué était d'ordre public, néanmoins l'*exécution de la clause dans l'affaire ayant comme résultat de faire rentrer en France la monnaie d'or*, l'ordre public n'est pas violé ; le débiteur étranger (qui était considéré en mesure de se procurer de l'or vu ses activités à New York) ne peut pas se libérer en billets de banque comme tout autre Français aurait été obligé[1247]. Les commentateurs de l'époque ont approuvé cet arrêt, considérant que la cohérence juridique n'avait pas à souffrir si la portée de l'arrêt était limitée aux rapports internationaux[1248], le fondement juridique s'ajoutant ainsi à celui économique. Cette approche protectionniste, bien qu'elle concerne les créanciers français, ne les vise pas pour des raisons qualitatives, il ne s'agit pas d'un ordre public de protection. Elle repose en revanche sur une contrainte téléologique[1249] visant ces créanciers de manière agrégée, en tant que marché.

[1243] Le critère de la dérogation, fondé dans un premier temps sur la nationalité du créancier et du débiteur, devient ensuite objectif à partir de l'arrêt *Pélissier du Besset* : l'existence d'un paiement international, marquant l'évolution vers un fondement lié à « la nature de la convention » , le fameux « mouvement de flux et de reflux par-dessus la frontière, des conséquences réciproques dans un pays et dans l'autre » .

[1244] F. KAEPPELIN, *op.cit.,*p. 24.

[1245] *Ibid.* - les lois de 25 juin 1928 et du 1er et 2 octobre 1936 respectivement ont confirmé ensuite le caractère dérogatoire des paiements internationaux. V. Req. 7 juin 1920, *Compagnie d'assurance La New York c. Deschamps*, S. 1920. I. 193 obs. LYON-CAEN; Rev. DIP 1921. 452, obs. E. CUQ; D.P. 1920, 1, p. 237, note DUPUICH.

[1246] C. KLEINER, *La monnaie dans les relations privées internationales*, LGDJ, 2010, n°295, p. 262.

[1247] Req. 7 juin 1920, *Compagnie d'assurance La New York c. Deschamps* précité.

[1248] E. CUQ, note sous Req. 7 juin 1920, *Compagnie d'assurance La New York c. Deschamps,* Rev. DIP 1921. 452, spéc. p. 460.

[1249] Du point de vue technique juridique, la solution contraire aurait été également déductivement défendable, puisqu'il s'agissait d'une police d'assurance contractée en France avec un assureur américain, et les sociétés étrangères avaient l'obligation légale d'avoir un siège spécial à Paris pour ce type d'opération en France. L'existence d'un tel établissement aurait pu être regardée

Ce que le juge français a *vu* dans ce contentieux était un enjeu systémique pour son marché, qu'il a qualifié en termes d'intérêt étatique de faire rentrer de l'or dans le pays, dont la primauté a été donnée par rapport à la règle prohibitive de droit interne. Bien que paradoxal, le résultat s'explique par le fait que l'intérêt étatique est servi différemment par la politique interne et par la politique externe respectivement[1250] ; l'espèce présentait un enjeu pour la politique externe de l'État. Celle-ci s'est articulée autour de la liberté de convenir la monnaie de compte dans les opérations internationales[1251], ce qui explique que le résultat a été maintenu y compris à l'encontre des débiteurs français, comme dans l'affaire *Messageries Maritime* de 1950[1252]. Cette dernière affaire, bien qu'elle ait postulé que « tout contrat est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat », confirmait également l'effectivité d'une clause contractuelle, en l'espèce contenue dans un prospectus d'émission internationale[1253].

248. **La perméabilité fonctionnelle des étapes de l'algorithme conflictuel.** L'effectivité du commerce international tel que vu par le juge français s'est greffé à deux techniques alternatives au bilatéralisme : le principe d'autonomie de la volonté et les règles matérielles du commerce international, enrichissant ainsi les étapes de l'algorithme conflictuel. La règle de conflit bilatérale, bien que répondant également à ces besoins à travers son caractère fonctionnel, y compris en termes de prévisibilité pour les tiers[1254], avait perdu l'exclusivité en

---

comme supposant un patrimoine d'affectation distinct et comme un écran à la nature internationale de l'opération, ce qui l'aurait ramené à une situation interne régie par l'interdiction – v. l'article 12 de la loi du 17 mars 1905 cité par Trib. civ. de la Seine (3e Ch.), 9 juillet 1917, confirmé par Req. 7 juin 1920, *Compagnie d'assurance La New York c. Deschamps,* Rev. DIP. 452, spéc. p. 453.

[1250] V. B. van der EEM, « Financial Stability as a Global Public Good and Private International Law as Instrument for its Transnational Governance – Some Basic Thoughts », *in* H. MUIR WATT and D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Private International Law and Global Governance*, OUP, 2014, pp. 293-300, note de bas de page n°15 ; B. AUDIT, « How do mandatory rules of law function in international civil litigation? », 18 Am. Rev. Intl. Arb. 2007, 37, spéc. p. 43.

[1251] *Grands Arrêts* n°22, p. 196.

[1252] Cass. civ., 21 juin 1950, *État français c/Comité de la Bourse d'Amsterdam et Mouren*, *Grands Arrêts* n°22, pp. 194s, Rev. crit. DIP 1950. 609, note Batiffol, D. 1951. 749, note Hamel, S. 1952. 1. 1, note Niboyet, JCP 1950. II. 5812, note J. Ph. Lévy.

[1253] Pour la qualification du prospectus parmi les « lois de source privée [qui] sont nécessairement égales pour tous, de sorte que cette égalité ne peut être rompue sans que l'ordre public en souffre gravement » v. Cour d'appel de Besançon (1re ch.), 12 décembre 1928 et Cass. civ. 14 janvier 1931, Rev. crit. DIP 1931. 537, Clunet 1931. 126, D. 1931. 5 note Savatier.

[1254] B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », préc., p. 271s. et p. 278s. L'auteur observe que « l'intérêt des tiers [privé] […] relève également des intérêts généraux dont l'État a la charge » (p. 275) , que « chaque État a tout d'abord des intérêts propres liés à son désir

tant que méthode, notamment en matière commerciale. Comme il a été observé, la *méthode* du conflit de lois[1255] est devenue au fil du temps un algorithme procédural de désignation de la loi applicable, dont « le propre du cloisonnement des "étapes" […] était d'empêcher la confrontation de celles-ci »[1256]. De plus, la flexibilisation de l'algorithme conflictuel renforcera la critique de l'insécurité résultant de celui-ci au profit de l'autonomie de la volonté. Cependant, la même flexibilité peut être retrouvée du côté anglo-saxon lorsque le concept de *comity* continue à s'appliquer.

§2. Le pragmatisme du concept de *comity*

249. Du point de vue structurel, le raisonnement en droit international privé aux États-Unis et en Grande-Bretagne a été toujours plus souple à cause de l'empreinte du *common law*. Le principe de *comity,* en tant que fondement du droit international privé[1257], correspond à une représentation du fonctionnement du commerce international en tant que contrainte épistémologique ayant forgé la configuration du droit international privé anglo-américain[1258]. Il n'est pas anodin que la principale vertu du *comity* réside dans sa capacité de « se muter d'une manière qui a répondu aux circonstances géopolitiques diverses »[1259], dans son « contenu élastique »[1260], qui témoigne de ses aptitudes dialectiques

---

de participer au commerce international » (p. 277), et que l'intérêt propre de la communauté internationale « implique qu'une considération suffisante soit accordée aux lois étrangères », car « un accent exclusif placé sur l'intérêt de l'Etat du for […] [serait] au détriment non seulement de l'harmonie des relations internationales mais également des intérêts des particuliers » (p. 278).

[1255] B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », préc., p. 255: « Une *méthode* implique une succession de démarches pour parvenir à un résultat. Il est légitime de parler de méthode de la règle de conflit, parce qu'un raisonnement conduit à la désignation de la loi qui va régir la situation ».

[1256] D. BODEN, *L'ordre public, limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse Paris I, dactyl., 2002, p. 526, note en bas de page n°1073. Pour la présentation de la méthode par « étapes » v. P. MAYER, V. HEUZÉ, *op.cit.,* n°146, p. 117. V. *infra* n°276.

[1257] V. *supra* n°193.

[1258] J. R. PAUL, « The Transformation of International Comity », 71-SUM Law & Contemp. Probs. 19, spéc. p. 19. DICEY, MORRIS & COLLINS, *The Conflict of Laws*, 15th ed., Sweet & Maxwell, 2012, vol. 1, n°1-008, p. 5 : « Dicey was highly critical of the use of comity to explain the conflicts of laws. He said that it was "a singular specimen of confusion of thought produced by laxity of language" ». V. A. BRIGGS, « Principle of comity in private international law », RCADI, t. 354, 2012.

[1259] J. R. PAUL, « The Transformation of International Comity », préc., pp. 19s.: « [...] to mutate over time in ways that respond to different geopolitical circumstances ».

[1260] DICEY, MORRIS & COLLINS, *op.cit.*, n°1-008, p. 5: « Comity is a term of very elastic content. Somestimes it connotes courtesy or the need for reciprocity; at other times it is used as a synonym for the rules of public international law ».

inhérentes[1261]. Concept structurellement fonctionnel, ayant servi à la fois à l'application de la loi étrangère et à son éviction[1262], la *comity* a résisté à une conceptualisation statique[1263].

250. **La dimension des référentiels.** La *comity* est née comme une « composante du système général des relations interétatiques »[1264], donc sa fonction peut être liée au référentiel de l'État-nation pour la représentation du commerce international. Les relations commerciales internationales, en pleine expansion, ne trouvaient plus de solutions pertinentes dans les doctrines territorialistes[1265]. Pour les auteurs « il n'est dès lors guère surprenant qu[e le principe de *comity*] soit apparu dans un pays qui se situait au cœur des échanges commerciaux et des relations internationales de l'époque : les Pays-Bas »[1266]. Néanmoins, comme la doctrine l'a déjà remarqué, le référentiel [inter]étatique a subi des mutations à la fois en termes de contraction à l'autonomie de la volonté, ainsi que d'expansion au « marché global »[1267].

Le référentiel interétatique de la *comity* a joué à la fois en faveur de l'application de la loi étrangère, ainsi que de l'application de l'ordre public du for[1268], consacrant une sorte d'effet reflexe de la souveraineté étatique. Celui-ci semble avoir survécu dans l'emploi de la *comity* par les juges anglais, à travers leur réticence de donner effet à un contrat valide en vertu de la loi anglaise, mais qui

---

[1261] V. T. SCHULTZ, D. HOLLOWAY, « Retour sur la *comity* – Première partie : Les origines de la *comity* au carrefour du droit international privé et du droit international public», JDI 2011. 863, spéc. p. 866, n°4 : « La *comity* semble être tout à la fois au cœur même du droit, […] et être hors du droit […] ». Ces auteurs qualifient la *comity* de « principe réactiviste » (*op.cit.,* p. 872, n°17).

[1262] J.R. PAUL, « The Transformation of International Comity », préc., p. 25.

[1263] *Id.*, p. 19s. : « Scholars and courts have characterized international comity inconsistently as a choice-of-law principle, a synonym for private international law, a rule of public international law, a moral obligation, expediency, courtesy, reciprocity, utility, or diplomacy. Authorities disagree as to whether comity is a rule of natural law, custom, treaty, or domestic law. Indeed, there is not even agreement that comity is a rule of law at all. ». V. aussi T. SCHULTZ, D. HOLLOWAY, « Retour sur la *comity* – Première partie : Les origines de la *comity* au carrefour du droit international privé et du droit international public», JDI 2011. 863, spéc. n°4, p. 866.

[1264] T. SCHULTZ, D. HOLLOWAY, « Retour sur la *comity* – Première partie : Les origines de la *comity* au carrefour du droit international privé et du droit international public», JDI 2011. 863, spéc. n°47, p. 885.

[1265] J. R. PAUL, « The Transformation of International Comity », préc., p. 21-23. V. aussi *supra* n°193.

[1266] T. SCHULTZ, D. HOLLOWAY, « Retour sur la *comity* – Deuxième partie : La *comity* dans l'histoire du droit international privé », préc., n°10, p. 577.

[1267] J. R. PAUL, « The Transformation of International Comity », préc., pp. 29s.

[1268] *Id.*, pp. 21-27.

viole les lois d'un État étranger ami[1269]. Aux États-Unis, la *comity* a glissé vers le principe du raisonnable, dans sa forme libérale : le respect des attentes raisonnables des parties, incarné par l'autonomie de la volonté en matière juridictionnelle[1270].

251. **Un concept structurellement flexible.** La flexibilité de la dimension du référentiel pertinent pour le fonctionnement de la *comity* se retrouve dès son emploi dans la fameuse décision *Hilton v. Guyot*[1271] qui concernait l'*exequatur* d'une décision française à une époque où le régime homologue en France était celui du contrôle au fond de la décision étrangère :

« La [comity] au sens juridique n'est ni une question d'obligation absolue, d'une part, ni de simple politesse et de bonne volonté, d'autre part. Mais c'est la reconnaissance qu'une nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d'une autre nation, compte tenu **à la fois des obligations et des convenances internationales et des droits de ses propres citoyens ou des autres personnes qui sont sous la protection de ses lois** »[1272] (c'est nous qui soulignons).

Les contraintes sur le terrain interétatique et intersubjectif se retrouvent dans une approche éclectique, similaire à celle que Lerebours-Pigeonnière avait retenue[1273]. Cette flexibilité de la dimension du référentiel pertinent témoigne de la nécessité d'une appréciation *in concreto*, en fonction du contentieux porté devant le juge, à travers lequel le juge *voit* le fonctionnement des relations internationales. A cet égard les auteurs ont distingué entre le rôle anticipatif de la

[1269] DICEY, MORRIS & COLLINS, *op.cit.*, n°1-016, p. 9, à propos de *Regazzoni v. KC Sethia Ltd* [1958] A.C. 301, 327.
[1270] J. R. PAUL, « The Transformation of International Comity », préc., pp. 29s. et p. 31 : « To the extent that the global market was seen as a way of containing the spread of Communism, it is unsurprising that courts construed comity in ways that minimized the regulatory burdens on private parties and allowed transnational actors the freedom to opt out of domestic law in order to facilitate the growth of the global market ».
[1271] *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 164 (1895).
[1272] Traduction de la Cour suprême du Canada dans *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077), reprise par T. SCHULTZ, D. HOLLOWAY, « Retour sur la *comity* – Deuxième partie : La *comity* dans l'histoire du droit international privé », JDI 2012. 571, spéc. 587, n°26, note de bas de page n°71.
[1273] V. *supra* n°211.

comity, tel qu'envisagé par Huber, et son emploi répressif, comme celui fait par les juridictions américaines dans *Hilton v. Guyot*[1274].

Vu comme « concept de droit naturel faisant partie intégrante du système interétatique moderne »[1275], la *comity* demeure essentiellement une contrainte épistémologique qui mobilise une appréciation *ex propriis sensibus* du juge à travers son caractère évolutif.

252. **La possibilité d'une courtoisie active (*positive comity*[1276]) *ex post.*** Comme le souligne M. Briggs, la nature du principe a évolué de celle de fondement pratique des solutions en droit international privé, à une conception instrumentale, de *technique* (« *judicial tool* ») permettant aux juges de moduler leurs solutions et de tracer les limites les plus appropriées[1277]. Cette nature lui confère également une mutabilité fonctionnelle, tellement nécessaire dans le contexte des réajustements contemporains. En effet, une réversibilité fonctionnelle du principe de *comity* pourrait être envisagé, d'une déférence allant jusqu'au référentiel du marché global dans l'affaire *Empagran*[1278], vers un modèle juridictionnel coopératif[1279] qui se laisse entrevoir : « Conversely, part of the concept of comity is an expectation that the courts of different countries will, where appropriate, **lend their assistance to one another**. In some circumstances

[1274] *Id.*, n°29s, p. 588s.
[1275] T. SCHULTZ, D. HOLLOWAY, « Retour sur la *comity* – Deuxième partie : La *comity* dans l'histoire du droit international privé », JDI 2012. 571, spéc. 594, n°41.
[1276] Sur ce concept utilisé par exemple par l'Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant la mise en ouvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence (JOCE L. 173/29 18.06.1998) v. H. L. BUXBAUM, « Conflict among Enforcement Regimes in International Economic Law », Cours à l'Académie de droit international de La Haye, session de Droit international privé 2013.
[1277] A. BRIGGS, « Principle of comity in private international law », RCADI, p. 89s, spéc. p. 93. S'agissant de la *nécessité* de la doctrine, l'auteur observe que « *As Story put it, the benefit of the comity doctrine is that it is necessary "to avoid the inconveniences that would arise from a contrary doctrine"* ». V. aussi DICEY, MORRIS & COLLINS, *op.cit.,* n°1-009, p. 6: « The concept of comity is increasingly used in common law countries, not as an explanation for the system of the conflict of laws, but as a tool for applying or re-shaping the rules of the conflict of laws. In particular, it is used in a sense which owes much to the rules of public international law, namely respect for the territorial jurisdiction of other States ».
[1278] J.R. PAUL, « The Transformation of International Comity » , préc., p. 37 : « The Empagran judgment seems to treat the market as if it possesses its own autonomous will, much as courts once referred to the sovereign's will. In this globalized economy, courts serve a higher master and the sovereign's will must yield to the will of the market.»; v. *Hoffman-La Roche v. Empagran, S.A.*, 542 U.S. at 173 (2004).
[1279] Sur les posibilités de « coopération positive » en matière des réglementations économiques v. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.,* n°114, p. 136.

this can only be achieved by the cooperation of the courts in different jurisdictions. There are inevitably some situations where the policies of different countries are in conflict (for example, because of security considerations or because of matters of vital economic interest), but happily they are the exception rather than the rule. »[1280] (c'est nous qui soulignons).

Forme de dialogue judiciaire[1281], la courtoisie active demeure largement dépendante du point de vue épistémologique de la politique externe des États, ainsi que des principes de droit international public, selon qu'elle est mise en œuvre unilatéralement ou sur une base multilatérale. Le concept se heurte également au « dilemme du prisonnier »[1282] des États, à moins d'adhésion ponctuelle à des principes convergents, comme c'est le cas de l'admission de l'autonomie de la volonté.

[1280] *Joujou v. Masri* [2011] EWCA Civ. 746, cité par A. BRIGGS, « Principle of comity in private international law », préc., pp. 161s.
[1281] D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.,* n°157, p. 195.
[1282] Sur la pertinence de ce concept v. H. MUIR WATT, « Aspects économiques… », préc., n°24, p. 66, note de bas de page n°75, qui résume son effet de la manière suivante : « aucun n'a intérêt à opter pour la solution coopérative, de peur que l'autre n'en profite à ses dépens ».

Conclusion du Chapitre

253. Les théories particularistes en droit international privé, lorsqu'elles partent du caractère national de la règle de conflit (Bartin, Lerebours-Pigeonnière, etc.) et de l'administration nationale de la justice (Cook), institue également comme *connaissance* le *caractère nécessaire* de l'accès à un juge étatique. Cette *connaissance* correspond au développement essentiellement jurisprudentiel du droit international privé dans la première partie du XX^{e} siècle, qui résulte de la *sollicitation effective* des juridictions étatiques par les sujets de droit à travers un contentieux international. C'est *la revendication normative d'un accès effectif aux juridictions étatiques* qui constitue la prémisse factuelle de l'élargissement des chefs de compétence internationale. Cette évolution en termes de conflits de juridictions est consubstantielle à un souci pratique d'effectivité des relations commerciales *ut singuli,* qui sous-tendent le commerce international en tant que marché. En ce sens, les juges étatiques des deux côtés de l'Atlantique ont employé une approche fonctionnelle, fondée sur une connaissance *ex propriis sensibus* des relations internationales à travers le contentieux.

Cette composante épistémologique n'est pas essentiellement distincte du raisonnement juridictionnel en général, témoignant d'une parenté entre la résolution du contentieux interne et international[1283]. L'approche correspond dans une large mesure à la *connaissance* établie par les théories américaines sous l'influence du *legal realism,* c'est-à-dire l'influence téléologique qu'exerce l'appartenance du juge à un système juridique.

Cependant, pour le juge français, cette connaissance *directe* est incompatible avec l'autorité scientifique de son indifférence par rapport au résultat substantiel dans l'application de l'algorithme conflictuel. Bien que le pragmatisme du juge français se retrouve dans l'enrichissement des étapes de l'algorithme conflictuel,

[1283] Si « la parenté profonde entre les termes du problème [herméneutique] en droit international et dans les systèmes juridiques internes » avait été démontré par M. Simon s'agissant du juge national et du juge du droit international public (D. SIMON, *L'interprétation judiciaire....,* préc., p. 76), *a fortiori* cela devient apparent lorsque le juge national est à la fois juge de droit interne et du commerce international.

la méta-normativité de la théorie du droit international privé continental fait que les divers mécanismes méthodologiques ne communiquent pas au niveau téléologique, permettant l'émancipation contemporaine du principe de l'autonomie de la volonté en matière commerciale.

Conclusion du Titre

254. La lecture de Savigny nous révèle un scientifique qui, après avoir dégagé le fondement théorique de sa systématisation, procède à tester *in concreto* divers rattachements retenus par le droit positif ainsi que ceux qu'il propose, retenant à la fois les avantages, les désavantages ainsi qu'isolant les exceptions possibles aux règles retenues. Cette approche témoigne d'une véritable *science expérimentale* mobilisée au profit de la théorie du droit international privé. Cependant, cet arsenal épistémologico-méthodologique a survécu seulement partiellement, dans l'orthodoxie de la règle de conflit bilatérale, comme le montre M. Gothot. Une renaissance de la méthodologie scientifique expérimentale peut être identifiée dans la démarche fonctionnaliste américaine.

Le parcours de la coproduction *connaissance* < > *ordonnancement* entre la science (théorie) du droit international privé et la positivation du « devoir être » en contentieux international peut être caractérisé à travers quelques instances révélatrices. En Europe, l'*ordonnancement* à travers la règle de conflit bilatérale au début du XX^{e} siècle a bouclé sur l'hypothèse des conflits de lois à travers sa représentation *exclusivement* en termes de la résolution d'un conflit d'intérêts privés, correspondant à l'hypothèse litigieuse devant le juge étatique. Aux États-Unis, le même *ordonnancement*, a bouclé sur l'hypothèse des conflits de lois à travers la représentation d'une *contradiction* entre les résultats d'une application rigide et la dialectique fédéraliste.

La confrontation de la connaissance fournie par ces théories avec l'appréhension par expérience directe des relations internationales des juges étatiques saisis présente des convergences et des divergences au niveau téléologique. Les soucis pratiques à la fois en termes d'intérêt général et individuel ont conduit à la multiplication des étapes de raisonnement dans la positivation du droit par les juridictions étatiques, ainsi qu'à une flexibilisation des méthodes. Des deux côtés de l'Atlantique, l'effectivité du commerce international ou fédéral en tant que marché se retrouve souvent dans le raisonnement en droit international privé, notamment comme argument pragmatique à effet éliminatoire des

solutions privilégiant l'application de la *lex fori*, mais également des solutions libérales-autonomistes, lorsque l'intégrité du marché local s'avère menacée. Un équilibre, bien que fragile, entre sécurité collective et subjective peut être retracé à travers la certitude de l'accès au juge étatique comme juge du commerce international.

Titre II : L'apparente sécurité promise par le marché global

255. **Le commerce international, l'économie de marché et la théorie du droit international privé.** Jusqu'au milieu du XX^e^ siècle, le caractère jurisprudentiel des mécanismes de raisonnement pour la résolution des différends internationaux privés a permis aux juges étatiques, en tant que juges de droit commun du commerce international, de contribuer à l'effectivité du commerce[1284]. Dans la seconde moitié du XX^e^ siècle[1285], l'évolution jurisprudentielle devient de plus en plus encadrée par la multiplication des codifications du droit international privé, au niveau national et supranational. Celles-ci ont comme point de convergence la consécration du principe d'autonomie de la volonté, à la fois en matière de compétence internationale et du choix de la loi applicable, qui rentre ainsi dans le champ de la *connaissance* des sujets de droit. Cette libéralisation correspond à une vision du commerce international qui est fondée, d'une part, sur l'économie de marché, et soutenue, d'autre part, par la représentation du caractère fongible des droits privés étatiques et de la justice administrée par les juridictions étatiques[1286]. Le lien qui s'établit entre ces éléments mène à une interrogation quant à l'autorité épistémologique de l'économie néoclassique par rapport à la théorie du droit international privé, en ce qui concerne la *connaissance* du marché international qu'elles véhiculent en tant que sciences. Car cette connaissance est susceptible d'un emploi stratégique, notamment dans le secteur financier.

256. **Théories de la globalisation et de la régulation par le droit**. La problématique formulée ci-dessus sollicite les langages employés pour la régulation des marchés et pour rendre compte du phénomène de la globalisation. S'agissant du premier, l'Analyse économique du droit distingue entre deux approches de défaillances du marché : régulation *ex ante* fondée sur des règles et

[1284] V. *supra* n^os^ 243s.
[1285] Sur la pertinence de cette période pour les transformations subies par le droit international privé voir à titre d'exemple D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.,* n°359, p. 423.
[1286] *Id.*, n°142, p. 175.

contrôlée, le cas échéant, par les autorités de régulation, et régulation *ex post* fondée sur le contentieux[1287].

Pour ce qui est de la notion de globalisation, elle fait d'abord apparaître une certaine homogénéité dans le commerce international, susceptible d'une systématisation à titre de marché positif. En ce sens, l'existence du marché (libéral) ne peut pas être envisagée sans le respect du principe de la liberté contractuelle en tant que technique[1288]. La globalisation en tant qu'expression d'un marché global correspond à *l'ordonnancement méta-normatif* (au niveau épistémologique) du commerce international, fourni par l'économie néoclassique. Faute de régulateur supranational[1289] *ex ante,* l'*ordonnancement* de ce marché repose sur la régulation *ex post* à travers le contentieux international. C'est ainsi que les droits internationaux privés acquièrent la vocation d'assurer la rationalité des acteurs économiques à travers l'indemnisation et la dissuasion[1290], outils de la théorie de la régulation[1291], elle-même saisie par la science économique orthodoxe.

Il convient par conséquent d'analyser dans un premier temps les prémisses pour que les États produisent un marché global dénationalisé, assurées par la

[1287] D. P. KESSLER, « Introduction » *in* D. P. KESSLER (ed.), *Regulation versus Litigation (Perspectives from Economics and Law),* The University of Chicago Press, 2011, pp. 1-9, spéc. p.1. Le débat entre les deux approches formulées dans ces termes date des écrits de Ronald Coase (années 1960) et a été continué par Issac Ehrlich et Richard Posner, Don Dewees, David Duff, Michael Trebilcock.

[1288] V. *supra* n[os] 126 et 132.

[1289] Au delà du constat qu'en pratique chaque régime de régulation économique comprend à la fois régulation *ex ante* et *ex post* dans des rapports différents, les débats de l'Analyse économique du droit ont pour but principal de déterminer celui qui est le plus « efficace » du point de vue économique – v. R. A. POSNER, « Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts), An Analytical Framework », *in* D. P. KESSLER (ed.), *Regulation versus Litigation (Perspectives from Economics and Law),* préc., pp. 11-26, spéc. p. 12 : « the question I address is what the better method – litigation or (administrative) regulation – would be, from the standpoint of economic efficiency, for regulating a particular activity »; V. aussi A. SHLEIFER, « Efficient regulation », *in* D. P. KESSLER (ed.), *op.cit.,* pp. 27-43, spéc. p.41 : « Relatively speaking, common law countries tend to rely on private orderings and courts, while civil law countries, particularly French civil law ones, rely more heavily on regulation ».

[1290] D. P. KESSLER, « Introduction » *in* D. P. KESSLER (ed.), *op.cit*., p. 2. Selon cet auteur les critères d'évaluation des performances du « *regulation versus litigation* » ont été « *the system's compensation and deterrence goals* ».

[1291] À titre d'exemple pour une telle approche v. R. WAI, « Transnational Lift-off and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization » (2002) 40 Columbia Journal of Transnational Law 209 ; H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de loi et de juridictions », RCADI, t. 307, 2004.

connaissance fournie par le droit international privé (Chapitre I), pour ensuite identifier les enjeux liés à son *ordonnancement* en termes d'automatisation du raisonnement judiciaire (Chapitre II). La pertinence de ces enjeux pour le secteur financier dans le contexte du déclenchement de la crise financière de 2008 est étayée par leur caractère pro-cyclique à la normativité propre à ce secteur à la fin du XX^{e} siècle, dont l'agrégation est susceptible de conduire à l'élimination du dilemme du juge, voire même de l'intervention judiciaire (Chapitre III).

Chapitre I : La (co)production du marché global dénationalisé

257. **La convergence internationale quant à la consécration du principe de l'autonomie de la volonté.** La résistance de la notion d'« intérêts du commerce international » à l'octroi d'un contenu précis est due essentiellement à sa nature économique, factuelle, de marché caractérisé par le dynamisme. Pour rendre compte de ce dynamisme, M. Leboulanger avait identifié les « *besoins propres* » du commerce international » (en tant qu'alternative aux « intérêts » *)* comme étant « de deux sortes : d'une part, la liberté, d'autre part, la sécurité »[1292]. Le principe de l'autonomie de la volonté semble susceptible de répondre à ces deux exigences simultanément, ce qui peut expliquer son succès.

Batiffol trouvait fascinante la convergence de la majorité des systèmes étatiques dans la consécration de l'autonomie de la volonté « en absence de toute convention entre les juridictions des différents États ayant consacré la règle »[1293]. Cet alignement méthodologique que Vischer appelait « l'établissement d'un principe international de confiance »[1294] témoigne de l'influence de l'épistémologie de la science de droit international privé (*connaissance*) sur la positivation du droit (*ordonnancement*) à travers une méta-normativité[1295].

Puisque le principe d'autonomie de la volonté constitue une permission, il n'a pas cependant la signification d'un véritable « devoir être » (*ordonnancement*) quant aux limites de l'usage stratégique qui pourrait en être fait, qui doit être cherché ailleurs. En ce sens, l'approche hayekienne renvoie aux règles de droit privé concernant la propriété, les contrats et les dommages pour la fonction d'exclusion des comportements inacceptables[1296]. Il faut par conséquent se

---

[1292] Ph. LEBOULANGER, « La notion d'« intérêts » du commerce international », Rev. arb. 2005. 487, spéc. p. 491.

[1293] H. BATIFFOL, « Public Policy and The Autonomy of The Parties: Interrelations Between Imperative Legislation and The Doctrine of Party Autonomy », *in Lectures on the Conflict of Laws and International*, 1951, p. 68 : « [...] without any agreement between the courts of the different countries which have stated the rule ».

[1294] F. VISCHER, *op.cit.*, p. 17 : « I therefore suggest in conflicts of law a rather private law approach which puts the interests of the individual in the first rank. One may call this goal the establishment of an international principle of confidence. This should apply especially in the field of contracts where as a rule only the two parties interests are at stake ».

[1295] Sur ce phénomène v. *supra* n[os] 82 et 253.

[1296] V. *supra* n°132.

demander dans quelle mesure les paramètres essentiels du projet international de libre-échange dans la seconde moitié du XX^{e} siècle impliquent une véritable compétence normative internationale privée (Section I). La subordination de l'usage stratégique de cette compétence par les parties à au moins *une* compétence étatique, en vertu des critères supposés techniques qui la rendent fongible avec toute autre compétence étatique, n'est-elle une simple illusion ? (Section II).

Section I : Une véritable délégation d'une compétence internationale privée

258. **La téléologie du libre-échange et de la rationalité économique face au droit international privé.** La privatisation de l'hypothèse conflictuelle dans la théorie du droit international privé correspond, sur le plan téléologique, à l'assignation d'un objectif de protection des attentes légitimes des *parties*[1297]. Cette notion même renvoie à une perspective contractuelle privée du commerce international, compatible avec le support micro-économique de l'économie néoclassique, c'est-à-dire la rationalité de l'acteur économique[1298]. Cette circonstance assure la prémisse pour que le contrat et la rationalité économique deviennent consubstantielles du point de vue téléologique. *Quid* de la nature de la rationalité pour la détermination de la loi applicable, y compris à travers le principe de l'autonomie de la volonté ? En ce sens, la téléologie du libre-échange semble conditionner le résultat pratique de l'algorithme conflictuel à travers la *garantie* de l'accès au commerce international (§1). A son tour, l'épistémologie économique légitime l'emploi stratégique de cette liberté-garantie, y compris lorsqu'elle traduit un arbitrage normatif (*regulatory arbitrage*) (§2).

[1297] *Restatement Second*, p. 650, cité par F. VISCHER, *op.cit.,* p. 15 ; DICEY, MORRIS&COLLINS, *op.cit.,* n°1-005, p. 4 : « The main justification for the conflict of laws is that it implements the reasonable and legitimate expectations of the parties to a transaction or an occurence [Rheinstein (1944) 19 Tulane L. Rev. 4, 17-24]. This can best be seen by considering what would happen if the conflict of laws did not exist ».

[1298] V. *supra* n°125.

§1. La garantie de la liberté d'accès au commerce international

259. **La dissolution de la fonction localisatrice de la détermination de la loi applicable au contrat. De la fonction d'accès au marché national à la fonction d'accès au marché international.** Le rattachement de la validité au fond et des effets des obligations contractuelles à la loi du lieu de l'exécution peut être lié au concept objectif de soumission volontaire de Savigny[1299]. Cette solution avait néanmoins le désavantage pratique du dépeçage des lois applicables au contrat, « dont la soumission à une loi unique est requise par les besoins pratiques »[1300]. Si l'approche avait été suivi en Allemagne[1301], en France l'idée d'appliquer une loi unique au contrat avait eu comme résultat au XIX^e^ siècle l'application de la règle *locus regit actum* à la fois à la forme et aux conditions de fond du contrat[1302]. Selon M. Lagarde, la règle était regardée à l'époque comme *fondée sur le principe de souveraineté*[1303], ce qui explique son application à titre impératif[1304]. L'évolution de la jurisprudence a déterminé, d'une part, la distinction entre la validité formelle et la validité au fond du contrat, et d'autre part la renonciation au caractère impératif de la règle *locus regit actum.* Ces circonstances permettent de comprendre l'évolution du raisonnement des juges ayant précédé l'affirmation du principe de l'autonomie de la volonté, dans le contentieux mettant en cause le rôle de la volonté dans la détermination de la loi applicable. La conception majoritaire en faveur de la *lex loci contractus* au XIX^e^ siècle a eu un fondement ambigu selon Batiffol[1305] : d'une part la volonté tacite des parties de s'y soumettre, d'autre part le caractère impératif du principe de territorialité. Dans l'arrêt *Vorbe* de 1884, s'agissant des deux Français ayant contracté à l'étranger, la loi de la nationalité commune est présumée avoir été choisie[1306]. Quelques années plus tard le juge français

[1299] V. *supra* n°202.
[1300] P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis...,* préc., n°358, p. 445.
[1301] V. H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, préc., n° 39, p. 34.
[1302] *Id.*, n°32, p. 27. V. aussi H. BATIFFOL, « L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française », *in* H. BATIFFOL, *Choix d'articles*, préc., spéc. p. 267.
[1303] P. LAGARDE, « Le principe de proximité...», préc., p. 50.
[1304] En ce sens v. H. BATIFFOL, « L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française », préc., p.267.
[1305] *Id.*, p. 268.
[1306] Cass. Req. 19 mai 1884, *Vorbe,* S. 1885. 1. 113, note J. LACOINTA. La Cour de Cassation avait approuvé la conclusion de la Cour d'appel de Besançon selon laquelle « les parties contractantes avaient voulu se soumettre à la loi française » ; alors que selon la Cour de Besançon, « la règle : *Locus régit actum*, **reçoit exception** lorsque l'acte a été passé à l'étranger

affirme, lorsque la violation de la règle *locus regit actum* avait été invoquée, qu'une convention de choix de loi (déduite de la loi choisie pour la constitution de l'arbitrage en l'espèce) n'a « rien de contraire à l'ordre public »[1307]. L'affaire *American Trading* confirme finalement en 1910 le caractère relative de la présomption en faveur de la *locus regit actum* pour des contrats entre étrangers, que les tribunaux français ont continué à appliquer de manière ponctuelle[1308].

Le rattachement *lex loci contractus,* qu'il soit considéré privatiste ou de souveraineté, avait eu, jusqu'à ce stade, la fonction de permettre *l'accès au marché national* des parties et l'emprise de leurs rapports juridiques par le droit local : « les contractants sont censés, en traitant dans un pays, se soumettre aux lois qui y régissent les contrats »[1309]. Le régime juridique du commerce international semble, selon cette représentation, composé de la somme des régimes étatiques qui correspondent à des marchés nationaux.

Pour des raisons pratiques, le principe d'autonomie avec une fonction localisatrice a pris naissance, car *lex loci contractus* était devenu à son tour une présomption relative de volonté à caractère rigide. Cependant, la volonté comme rattachement s'est émancipée de cette fonction localisatrice. La liberté de choix de la loi applicable a été acquise par sa consécration générale dans la seconde moitié du XX^{e} siècle, sans qu'une condition de lien avec la loi désignée soit requise. L'utilisation effective de cette permission boucle ainsi sur la situation-type ayant servi de *connaissance* à sa consécration. Cette circonstance renforce la garantie de l'effectivité des contrats internationaux[1310], sur un fondement idéologique de la libéralisation du commerce international. La fonction du

---

par des personnes appartenant à la même nationalité, et **que les circonstances particulières de la cause permettent de présumer que ces personnes ont voulu se soumettre aux lois de leur pays** ».

[1307] Cass. Req. 17 juillet 1889, Clunet 1899. 1024 ; H. BATIFFOL, « L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française », préc., p. 269 qui cite l'arrêt en ce qui concerne la présence du principe d'autonomie de la volonté.

[1308] Par ex. Cass. Req. 6 juillet 1915, Clunet 1916. 1603 cité par par H. BATIFFOL, « L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française », préc., p. 269. Dans l'affaire l'application du principe *locus regit actum* conduisait à l'application de la loi américaine y compris du Harter Act en matière de connaissement qui annulait une clause de non-responsabilité prévue par le contrat.

[1309] Moyen du pourvoi de Cass. Req. 17 fév. 1862, S. 62. I. 376, cité par H. BATIFFOL, « L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française », préc., p. 268.

[1310] V. *supra* n^{os} 245s.

principe d'autonomie se transforme et devient celle *d'accès au marché international*. Dans cette vision, le principe d'autonomie est porteur non seulement des intérêts privés considérés *ut singuli,* mais également de l'intérêt de l'État de participer au marché international à travers les opérateurs économiques qui y sont rattachés[1311]. Il continue par conséquent à véhiculer des intérêts étatiques. Cependant, la visibilité de ces intérêts est occultée par le caractère contractuel de la relation en cause, témoignant de l'écran que la technique juridique est susceptible d'interposer et imposer à titre méta-normatif à la *connaissance* d'un rapport de droit.

260. **L'affirmation des règles matérielles du commerce international. Détournement de l'ordre public en fonction d'accès au marché international.** Les origines d'une conception de l'ordre public comme facteur de rattachement nécessaire pour l'application de la loi du for remontent au XIX^e^ siècle et à la doctrine de Mancini, également développée par Pillet[1312]. L'acception substantielle de l'ordre public peut être retrouvée au début du XX^e^ siècle, correspondant à la conception publiciste du droit international privé, encore orthodoxe à l'époque : « *l'ordre public est le principe qui autorise le souverain territorial à appliquer en tout temps et envers tous les individus présents sur son territoire, sans s'inquiéter de ce que peuvent être leurs lois personnelles ou autres, tous les règlements que lui, souverain territorial, considère comme essentiels pour la sécurité, la morale et le bon gouvernement de son territoire* »[1313].

Dans cette acception, l'ordre public n'est pas simplement une technique[1314] d'éviction de la loi normalement applicable, étape procédurale dans l'algorithme conflictuel[1315]. S'il y a consensus sur cette dernière fonction négative de l'ordre

[1311] V. B. AUDIT, L. D'AVOUT, *op.cit.,* n° 235, p. 216. V. *supra* n^os^ 241 et 247.
[1312] P. LAGARDE sous « Ordre public », *in Rép. Dalloz de droit international,* 1998 (actualisation mars 2009), n°4. Sur la disparition de toute trace de fonction de rattachement pour l'ordre public v. *Grands arrêts*, p. X et p. 174s., obs. sous Cass. 25 mai 1948, *Lautour.*
[1313] Th. HEALY, « Théorie générale de l'ordre public », RCADI, t. 9, 1925, p. 412.
[1314] Sur le fait que « l'ordre public deviendrait une notion fonctionnelle et au fond purement technique » v. J. HAUSER, J.-J. LEMOULAND, sous « Ordre public et bonnes mœurs », *in Rép. Dalloz de droit civil*, 2015 (actualisation juin 2016), n°2.
[1315] Sur la systématisation de cette fonction par Bartin et Von Bar à la fin du XIX^e^ siècle, v. P. LAGARDE sous « Ordre public », préc, n°5. V. aussi P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1957.

public, les auteurs ont également retenu sa fonction positive[1316] : de désignation de la loi du for applicable soit à travers le rattachement de la règle de conflit, soit à travers une loi de police. Ces deux fonctions ont été perturbées au profit de la téléologie du libre-échange.

Comme l'observe M. Remy, l'application de l'exception d'ordre public peut, de manière ponctuelle, « valider l'insoumission des parties en rejetant l'application de la norme étrangère »[1317]. L'affaire *Messageries Maritimes*[1318] est une illustration en ce sens en matière commerciale : l'éviction de la loi étrangère normalement compétente est effectuée à travers la *technique* de l'ordre public, mais à titre de « nécessité du commerce international », au profit d'une solution libérale que même la loi du for n'admet pas dans les situations internes. L'emploi de l'exception d'ordre public avait été approuvée par Maury et Lerebours-Pigeonnière à l'époque, alors que la majorité de la doctrine ultérieure a critiqué cette approche et a proposé la qualification de règle matérielle du commerce international (dérogatoire elle aussi par rapport au droit interne français)[1319] ou, plus récemment, celle de loi de police[1320].

Une analyse fonctionnelle en termes des relations entre l'ordre juridique étatique et le marché est également nécessaire s'agissant de l'affaire *Messageries*

[1316] W. WENGLER, « Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits », Rev. crit. DIP 1952. 595, spéc. n°8, p. 601. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 2e Aufl., 1994, footnote 483, Sec. 36 I, cité par P. E. NYGH, « The Reasonable Expectations of The Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort », RCADI, t. 251, 1995, p. 379.

[1317] B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police*…, préc., n°240, p. 130.

[1318] Cass. civ., 21 juin 1950, *État français c/Comité de la Bourse d'Amsterdam et Mouren*, *Grands arrêts* n°22, p. 194s, Rev. crit. DIP 1950. 609, note Batiffol, D. 1951. 749, note Hamel, S. 1952. 1. 1, note Niboyet, JCP 1950. II. 5812, note J. Ph. Lévy. V. aussi LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « À propos du contrat international », Clunet 1951.1 ; J. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente*, Valladolid, 1952, p. 63s.

[1319] *Grands arrêts* n°22, p. 194s, spéc. p. 199. Il est cependant intéressant que l'hypothèse d'une autolimitation de la règle prohibitive canadienne, à l'instar de celle française, qui avait été retenue par les juridictions inférieures, a été rejetée à la fois par la Cour de Cassation et par la doctrine - V. C.A. Paris, 24 avr. 1940 et Trib. civ. Seine, 16 nov. 1938, S. 1942.2.29, note Niboyet). Cette autolimitation de la norme canadienne avait été néanmoins liée par les juges de première instance de la conception du contrat sans loi, d'où le souci principal de la Cour de Cassation de repousser cette dernière conception.

[1320] En ce sens v. C. KLEINER, *La monnaie dans les relations privées internationales*, préc., n°292, pp. 259s. Une telle qualification dans l'espèce détacherait cependant la *méthode des lois de police* de ses fondements substantiels de protection du marché local en tant qu'objectif étatique ; la qualification se justifierait si la proximité de la relation consisterait dans la nationalité française du créancier, alors qu'elle se réalise dans la nationalité française de la société débitrice.

Maritimes. En statuant que « tout contrat est nécessairement rattaché à la loi d'un État », les juges français semblent suggérer un rattachement *au marché national de cet État,* comme le faisait penser la règle de conflit *locus regit actum* : une fois le contrat localisé et la loi qui lui est applicable déterminée, son caractère international aurait dû devenir indifférent. Cela signifie qu'à ce stade dans l'algorithme conflictuel, le rapport de droit aurait du être traité comme « interne » si localisé dans l'ordre juridique du for, ou « étranger »[1321] dans le cas contraire. Pourtant, l'affaire *Messageries Maritimes* confirme que ***l'internationalité ne perd pas sa pertinence une fois la loi applicable déterminée***. C'est cette circonstance qui justifie une dérogation au droit interne. L'effectivité du contrat international est maintenue, du point de vue méthodologique, comme résultat non de l'autolimitation d'une règle matérielle interne impérative, mais comme application d'une autre règle matérielle « de teneur contraire »[1322]. Cette approche ne permet plus de voir dans le marché international un simple *fait naturel* issu du « désintérêt » de l'État, mais démontre, au contraire, que son effectivité est assumée par l'État en tant projet.

261. **La délégation d'une compétence privée. La présence de l'effectivité du marché dans le volet déductif du raisonnement judiciaire.** L'intervention d'une présomption de choix de loi applicable, d'une règle matérielle[1323] ou d'une loi de police[1324] en amont de la règle de conflit peut être équivalente, fonctionnellement, à une intervention de l'exception d'ordre public en aval de la règle de conflit. Cette conceptualisation difficilement concevable à l'époque des affaires *American Trading* et *Messageries Maritimes* démontre seulement un glissement vers une conception « moderne » de l'ordre public qui « a pour but, au moins premier, de mieux assurer la liberté des sujets de droit »[1325]. En ce sens, l'affirmation de l'autonomie de la volonté présenté les caractéristiques

[1321] Sur cette qualification pour les relations entièrement rattachées à un seul ordre juridique, distinct du for, v. P. MAYER, V. HEUZÉ, *op.cit.,* n°5, p. 19.
[1322] *Grands Arrêts* n°22, p. 194s, spéc. p. 200, n°7.
[1323] Selon M. AUDIT, les règles matérielles ne sont pas une *méthode*, mais un « *mode* de réglementation des relations internationales au même titre que la réglementation par les lois internes », B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », préc., p. 255.
[1324] V. P. MAYER, « Lois de police », Rép. internat Dalloz, 1998, n°26 : « en matière contractuelle, les lois de police constituent plus qu'un tempérament à la règle de conflit ; elles en sont le complément nécessaire, sans lequel le recours à la loi d'autonomie ne serait pas justifié ».
[1325] J. HAUSER, J.-J. LEMOULAND sous « Ordre public et bonnes mœurs », préc., n°30.

d'une compétence déléguée de manière anonyme[1326] au lieu d'une simple liberté.

La *connaissance* orthodoxe fournie par les droits internationaux privés positifs postule l'exigence que tout contrat soit soumis à une loi étatique et exclue une représentation en termes de compétence. Cependant, le contrat demeure-t-il *véritablement* soumis à une loi étatique[1327], si l'algorithme de détermination de cette loi est par principe soumis à l'exigence de l'effectivité du contrat, commandée par la téléologie du libre-échange ? L'effectivité du marché, postulée par l'économie néoclassique, passée du côté déductif du syllogisme judiciaire, permet-elle encore l'articulation d'un argument pragmatique à effet éliminatoire[1328] ? La possibilité qu'un tel argument émerge du contournement d'une loi étatique est exclue par la science économique, ce qui réduit considérablement les champs de la fraude à la loi ou de l'abus de droit[1329].

§2. La légitimation économique de l'arbitrage normatif

262. **Esquisse de la pratique de « l'arbitrage normatif » (*« regulatory arbitrage »*).** L'étymologie du terme « arbitrage » témoigne, à travers les connotations décisionnelles acquises, d'un glissement qui obscurcit la connaissance qui les précède. Ayant les racines dans le latin *arbiter,* le mot avait hérité à la fois le sens plutôt passif de « témoin », ainsi que celui actif d' « autorité qui fait respecter ses décisions »[1330]. Au XVIII[e] siècle, le terme acquiert un sens financier pour désigner l'opération par laquelle on profite des différences de cours[1331], ce qui met l'accent sur le pouvoir de décision en ce sens, qui dépend cependant de la possibilité de *connaissance* de ces cours par l'arbitragiste. Vers la fin du XX[e] siècle, l'expression « *regulatory arbitrage* »,

[1326] V. *supra* n°68.
[1327] V. H. BATIFFOL, « Sur la signification de la loi désignée par les contractants », *in Choix d'articles*, pp. 271-279, spéc. p. 274 : Selon l'auteur l'affirmation claire de la Cour de Cassation en ce sens dans l'affaire *Messagerie Maritimes* constitue un « réel revirement » par rapport à une jurisprudence antérieure qui devenait de plus en plus « nette en faveur de l'effet des conventions abstraction faite de toute loi qui les régirait ». Cependant, on ne peut ignorer que tout en posant un principe, la Cour de Cassation avait validé en espèce une exception à travers l'emploi de l'ordre public.
[1328] Sur l'argument pragmatique à effet éliminatoire v. *supra* n°112.
[1329] H. MUIR WATT, « Aspects économiques...», préc., n°31, p. 72.
[1330] V. « Arbitre » et ses dérivés *in Dictionnaire historique de la langue française,* préc.
[1331] *Ibid.*

que nous choisissons de traduire en tant qu'« arbitrage normatif »[1332], a été employée pour désigner la possibilité mais également la pratique des acteurs économiques consistant dans une soumission à leur gré à une législation étatique, soit à travers les rattachements en tant qu'éléments localisateurs de fait, soit par l'exercice de la faculté de l'autonomie de la volonté[1333]. Dans le premier cas, l'élément d'extraneité peut être considéré une donnée factuelle ou un choix indirect de loi[1334].

263. **L'objet de l'arbitrage normatif : les composantes du système juridique.** L'arbitrage normatif ne concerne pas seulement des rapports régis par le droit privé (e.g. droit des sociétés, droit des contrats), mais également ceux susceptibles d'être concernés par le droit public économique, entraînant ainsi « la mise en concurrence des lois de police »[1335]. De plus, lorsqu'il se situe dans la factualité, à cause de la mobilité accrue des acteurs économiques[1336], il affecte le caractère objectif des éléments d'extranéité (e.g. nationalité des parties, lieu de l'exécution du contrat etc.). Par conséquent, lorsqu'il concerne à la fois la *connaissance* fournie par les règles matérielles étatiques et son usage stratégique par les sujets de droit, la pratique de l'arbitrage normatif est susceptible de devenir visible en cas de contentieux. La science économique peut jouer un rôle non négligeable quant à la *connaissance* (qualification) du phénomène par le juge en cas de litige.

264. **Une *opportunité* économique saisie à travers la structuration internationale**. Dans la doctrine américaine l'arbitrage normatif dans le secteur financier a été défini comme « des transactions financières conçues

[1332] La traduction « arbitrage normatif » nous semble préférable à celle d'« arbitrage réglementaire » utilisée par exemple par les institutions européennes dans les divers documents de travail, puisqu'elle désigne mieux l'enjeu de l'opération en ce qui concerne la fonction normative du droit positif, du « devoir être » non seulement « posé » (en termes de permission) mais qui s' « impose ». V. *supra* n^{os} 52s et 93s.

[1333] H. MUIR WATT, « Aspects économiques...», préc., n°3, p. 72,: « Lorsque les vannes de la compétition législative sont ouvertes, l'arbitrage des acteurs privés est lié alors à la liberté de ces derniers d'aller librement de l'une à l'autre, soit par le déplacement, soit par le seul exercice de la volonté ».

[1334] J. BASEDOW, « The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations », RCADI 2013, t. 360, n°107, p. 111.

[1335] H. MUIR WATT, « Aspects économiques... », préc., n°115, p. 161, et plus généralement sur l'extension du rôle de la volonté privé, n°7, p. 48.

[1336] Sur la « condition de mobilité » v. H. MUIR WATT, « Aspects économiques... », n°12s., p. 55s.

particulièrement pour réduire les coûts ou capturer des opportunités de profit créées par les réglementations et les législations différentes »[1337]. Cette « capture » est en définitif l'expression de la rationalité économique en ce qui concerne l'exploitation des ressources, car elle marchandise une valeur. Selon la théorie économique néoclassique, devenue orthodoxe dans la seconde moitié du XX[e] siècle, cette rationalité devrait conduire *automatiquement* à la maximisation des richesses[1338]. L'opération de « capture » consiste dans la structuration juridique des opérations économiques, qui devient par conséquent l'un des moteurs de l'économie moderne.

Quid d'un éventuel contournement de la loi étatique, défini par M. d'Avout en droit international privé des biens comme « toute manœuvre […] qui a pour but d'éviter l'application des normes internationalement impératives de l'État de situation, au préjudice concret d'autrui »[1339] ? Cette question appelle une autre : est-ce que l'opportunité économique saisie par l'arbitrage normatif surgit *ex nihilo* ou correspond à un préjudice pour autrui ? En termes économiques, le problème est celui des externalités[1340] : une « capture » d'opportunité de profit par les parties à une transaction ne signifie pas nécessairement qu'il y ait une réduction de coûts pour la société, c'est-à-dire que le coût est éliminé complètement, mais peut correspondre au fait que ce coût est seulement externalisé par les parties, y compris pour le futur.

265. **Structuration et ingénierie juridique.** La structuration d'une transaction, en tant que *pratique*, s'est développée pour des raisons économiques et en tant que manifestation de la rationalité économique : elle permet aux parties privées de développer des activités économiques dans un rapport coûts-bénéfices plus élevé. Elle peut être identifiée à la fois avec le

[1337] F. PARTNOY, « Financial Derivatives and the Costs of Regulatory Arbitrage », 22 J. Corp. L. 211, 227 (1997) : « those financial transactions designed specifically to reduce costs or capture profit opportunities created by different regulations or laws », cité par A. RILES, « Managing Regulatory Arbitrage: A Conflict of Laws Approach », 47 Cornell Int'l L.J. 63, note 12.
[1338] V. *supra* n°128.
[1339] L. d'AVOUT, *Sur les solutions...*, préc., , n°417, p. 559.
[1340] Définie comme « le fait que l'activité de production ou de consommation d'un agent affecte le bien-être d'un autre sans qu'aucun des deux reçoive ou paye une compensation pour cet effet » par D. HENRIET sous « Externalité, économie » *in* Universalis éducation (en ligne), Encyclopædia Universalis. Sur la question des externalités en droit international privé v. H. MUIR WATT, « Aspects économiques… », préc., n[os] 27s., pp. 69s.

processus et le *résultat* de ce qui est appelée « ingénierie juridique » (*legal engineering)*[1341], concept qui reste assez flou et recouvrant une multitude de réalités[1342]. Cette représentation du droit a été souvent évacuée de la discipline juridique, étant perçue comme une « vision dénaturée du droit, fondée non sur ses qualités conceptuelles, mais sur ses défauts »[1343]. Selon qu'elle est identifiée chez les acteurs privés ou publics, la pratique de l'ingénierie juridique a été attribuée au devoir des conseillers juridiques de trouver la meilleure solution pour leurs clients[1344], ainsi qu'à l'obligation des juges de motivation des décisions pour combler les lacunes juridiques « majeures »[1345].

Lorsqu'elle concerne l'espace privé et non l'activité des juges, c'est le concept d'« ingénierie à l'inverse » (*reverse engineering*[1346]) qui est édificateur. Alors que dans un litige la situation juridique (le rapport comme source de l'obligation) est saisie comme un fait objectif en vue de sa qualification

---

[1341] K. JEANNERET-DRUCKMAN, « Legal Engineering in the United States Legal System », *in* E. CASHIN RITAINE, L. FRANCK, S. LALANI (coord.), *L'ingénierie juridique et le droit comparé,* Schulthess, 2008, pp. 165-183, spéc. p. 165 : « The author found the phrase in no dictionary – neither hard copy dictionary nor online - from Black's Law Dictionary to Dictionary.com. A Google search, however, was somewhat more productive, as were searches in number of databases containing legal periodicals. The references found can be sorted roughly into the following six categories. 1. Creation of structures 2. Designing legal tactical strategies/litigation planning 3. Harmonisation of the law 4. Using the law to effect social change, through incentives or prohibitions 5. Comparative law as a tool to evaluate and/or modify existing legislation 6. Designing or using another legal system as a model to fill in lacunae or impose structure where there is none ».

[1342] E. CASHIN RITAINE, « Legal engineering in comparative law – An introduction », *in* E. CASHIN RITAINE, L. FRANCK, S. LALANI (coord.), *L'ingénierie juridique et le droit comparé*, préc., pp. 9-25, spéc. p. 14; A. MASSON, « Le paradoxe fondateur des stratégies juridiques – Essai de théorie des stratégies juridiques », RRJ 2008. 443 ; V. aussi J.-M. MOULIN, *Le droit de l'ingénierie financière*, 5e éd., Gualiano, 2015.

[1343] A. MASSON, « Le paradoxe fondateur des stratégies juridiques – Essai de théorie des stratégies juridiques », préc. Sur les connotations négatives de l'ingénierie juridique v. A. M. ARONOVITZ, « Legal engineering and comparative law : a method of building bridges over legal lacunae », *in* E. CASHIN RITAINE, L. FRANCK, S. LALANI (coord.), *L'ingénierie juridique et le droit comparé*, préc., pp. 29-50, spéc. pp. 39s.

[1344] K. JEANNERET-DRUCKMAN, « Legal Engineering in the United States Legal System », préc., p. 166.

[1345] A. M. ARONOVITZ, « Legal engineering and comparative law : a method of building bridges over legal lacunae », préc., p. 37 : « The difference between legal interpretation and legal engineering is basically one of magnitude. Legal interpretation is employed for solving the most usual and relatively „light" situations of ambiguity, collision or small gaps in the law. Legal engineering, on the other hand, is a rather extreme method, used where legal interpretation falls short ».

[1346] Définie comme la « reproduction d'un produit fabriqué par un autre après avoir étudié en détail sa composition » (« reproduction of another manufacturer's product after detailed examination of its construction or composition », *Compact Oxford English Dictionary* cité par E. CASHIN RITAINE, « Legal engineering in comparative law – An introduction », préc., p. 13).

juridique, elle peut être également le résultat subjectif d'un aménagement juridique d'une opération économique. Sur la base de la comparaison des systèmes juridiques, y compris de leurs systèmes de droit international privé, plusieurs choix des rattachements factuels, de la juridiction et de la loi applicable se présentent aux parties. À cause de cela, les hypothèses de structurations possibles constituent des scénarios de revendications normatives des opérateurs économiques, ultimement réifiées au contrat.

266. **Le problème économique de la positivation du droit : la neutralisation du bénéfice économique potentiel**. Dans une approche de structuration contractuelle (*« transaction planning »)*, « les règles de droit international privé sont des outils pour les avocats des transactions pour réduire, transférer et parfois éliminer les risques qui existent lors de la mise en place d'une relation contractuelle »[1347]. Comme le remarque les auteurs, ces cas théoriques dépassent, le plus probable, en proportion exponentielle, les hypothèses des litiges mettant en cause des problèmes de droit international privé devant les juridictions étatiques ou même devant les arbitres[1348].

L'utilisation stratégique de la *connaissance* fournie par la science du droit international privé sert à optimiser *subjectivement* le rapport entre les coûts et les bénéfices économiques, avec la revendication normative de la validation de cette optimisation. La positivation du droit en contentieux soulève un risque par rapport aux attentes bâties en ce sens, sur la base d'une certaine structure transactionnelle. Une invalidation éventuelle par le juge équivaut à la *neutralisation* de l'avantage économique ainsi procuré. Cependant, selon que l'arbitrage normatif est représenté comme une « opportunité de profit économique», comme un « palliatif de risques juridiques », ou même

[1347] R. BRAND, « Transaction Planning Using Rules on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements », RCADI, vol. 358, éd. *all-pocket*, 2014, p. 24 : « The rules of private international law are tools to be used by the transactions lawyer to reduce, reallocate and sometimes eliminate the risks that exist at the outset of a contractual relationship ».

[1348] *Id.*, pp. 19s. : « Because most cross-border transactions do not result in disputes that are taken to court, the number of times private international law rules are relevant to transaction planning should far exceed the number of times they are relevant to litigation decisions.»; V. aussi L. d'AVOUT, *Sur les solutions...,* préc., n°406, p. 546, qualifiant de « partie émergée de l'iceberg » « les manifestations contentieuses des relations privées internationales ».

comme un « contournement »[1349], la perception de sa *légitimité* juridique diffère. Du point de vue juridique le dilemme est ancien : « *comment admettre en effet qu'il soit illégal d'employer dans un but déterminé une forme ou une technique juridique expressément autorisée par la loi ?* »[1350]. La gestion de ce problème par les systèmes juridiques réside traditionnellement dans les mécanismes liés à la fraude et à l'abus de droit. Néanmoins, un regard interdisciplinaire permet de constater que la méta-normativité du modèle économique de l'acteur rationnel y exclut la représentation lorsqu'il s'agit d'un « un modèle fondé délibérément sur le pouvoir d'arbitrage des opérateurs économiques »[1351].

267. **L'enjeu de la méta-normativité de la rationalité économique**. Une éventuelle représentation de la structure contractuelle en tant que « construit » par les parties, même si elle permet la visibilité de la signification négative de l'autonomie de la volonté (i.e. l'éviction des fors et lois potentiellement compétents), est immunisée des critiques à travers l'effet méta-normatif attaché à la théorie économique orthodoxe et à la rationalité des acteurs économiques. Le non-respect des choix des parties (bien que celui-ci conduise à l'exclusion des règles étatiques internationalement impératives) est perçu comme une menace pour la sécurité économique des parties et du marché dont leur rapport constituent la situation-type : les parties en tant qu'acteurs économiques sont présumées avoir internalisés les coûts économiques de leur choix normatifs[1352]. Le juge ne saurait affecter le marché et le libre jeu économique ainsi exprimés dans le contrat, il ne saurait « neutraliser » le bénéfice économique saisi par les parties à travers l'arbitrage normatif *ex ante*[1353]. Pour renverser la présomption de l'internalisation des coûts, il faut alléguer et prouver un préjudice, dont la visibilité n'est pas nécessairement immédiate.

D'où l'importance de l'application des réglementations préventives de la régulation des marchés, dans la mesure où les règles de droit international privé le permettent.

[1349] V. *supra* n°264.
[1350] P. LEPAULLE, « La double imposition des sociétés étrangères en France sur le revenu des valeurs immobilières », Rev. DIP 1932. 480, spéc. p. 485.
[1351] H. MUIR WATT, « Aspects économiques...», préc., n°31, p. 72.
[1352] V. *infra* n^{os} 267 et 351.
[1353] V. *supra* n°266.

Section II : Une illusoire fongibilité des compétences étatiques

268. **Mécanismes d'accès et de régulation du marché pertinent. Dissociation des compétences étatiques en ce qui les concerne**. La représentation du caractère fongible des droits privés étatiques et de la justice administrée par les juridictions étatiques[1354] véhiculée à titre orthodoxe par le droit international privé continental trouve des limites lorsque la question de la protection d'autres intérêts (qu'il soit qualifiés d'étatiques ou généraux) surgisse, ce qui est le cas pour les réglementations économiques.

La compétence au fond d'un système juridique à régir un rapport de droit pourrait avoir, selon la théorie de la régulation, la signification de l'accès au marché[1355] sur lequel porte la souveraineté de l'État en cause. La principale difficulté en ce sens réside précisément dans les critères à travers lesquels un marché est rattaché à un système juridique[1356]. Alors que la légitimité des critères territoriaux est généralement admise, la règle de conflit et *a fortiori* le principe d'autonomie de la volonté ont perdu, dans la seconde moitié du XX^{e} siècle, tout effet localisateur[1357]. Par conséquent, le commerce international ne pouvait plus, *a priori*, être réduit à une somme des marchés rattachés juridiquement à une souveraineté étatique.

Selon la distinction entre la régulation du marché *ex ante* et *ex post*[1358], il est possible de rattacher les règles d'accès au marché à la première, et le régime de la responsabilité à la deuxième. Pour un marché entièrement rattaché à une souveraineté étatique (e.g. absence d'éléments d'extranéité, naturelle ou imposée par la condition des étrangers), l'État en cause conserve la compétence à la fois pour le régime d'accès au marché et pour le régime de la responsabilité qui s'y attache (à la fois au regard du droit privé et du droit public).

[1354] D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.*, n°142, p. 175.
[1355] C. KESSEDJIAN, *Droit du commerce international*, préc., n°357, p. 190 : L'auteure désigne la « réglementation d'accès au marché » comme les aspects liés à la condition des étrangers : « l'ensemble des droits et devoirs des étrangers, sur le territoire d'un État donné ». Sur la fonction initiale d'accès aux marchés étatiques du principe d'autonomie de la volonté et sa transformation en fonction d'accès au commerce international v. *supra* n°259.
[1356] Sur les critères de rattachement pertinents pour le marché financier v. *supra* n^{os} 146s.
[1357] V. *supra* n^{os} 259s.
[1358] V. *supra* n°256.

Cependant, dans la mesure où un État libéralise l'accès à une activité, notamment en raison de son caractère international, il accepte de partager avec d'autres États la compétence régissant le régime de responsabilité qui s'y applique. Intégrée à titre d'information par les acteurs économiques, cette circonstance assure la prémisse pour que la rationalité économique commande un aménagement international des rapports juridiques. D'où une propension pour que le marché se « dénationalise » au stade de la création des rapports de droit. En cas de contentieux, le problème d'une « (re-)nationalisation » peut apparaître au niveau d'une opposition entre les parties en ce qui concerne la juridiction compétente et la loi applicable. L'épistémologie de cette opposition appelle plusieurs questions.

Si la règle de conflit bilatérale codifiée assure une *prévisibilité publique* pour les compétences étatiques pertinentes pour les régimes de responsabilité potentiellement applicables, le succès du principe d'autonomie de la volonté *a privatisé cette prévisibilité*. La primauté téléologique de la prévisibilité *pour les parties* du droit applicable, laisse-t-elle place pour les attentes légitimes des *tiers* auxquels la situation juridique créée par les parties est opposable[1359] ? Les attentes des tiers, en tant qu'expression d'un intérêt général, y compris à ne pas subir des externalités économiques[1360], rentrent-elles encore en concurrence avec les attentes protégées par le principe de l'autonomie de la volonté ? L'évacuation de la représentation d'un conflit de souverainetés, dont l'incompatibilité avec le paradigme privatiste des conflits de lois n'avait pas été démontrée mais seulement présumée[1361], a-t-elle également évacuée cette concurrence ?

La fongibilité des compétences étatiques en ce qui concerne le régime de responsabilité civile applicable à titre de régulation *ex post* est remise en cause par l'autolimitation des mécanismes étatiques de « (re-)nationalisation » du commerce international (§1). De plus, la mise à la disposition des parties de la répartition des compétences étatiques en ce qui concerne le régime pertinent de

[1359] Sur l'opposabilité des situations créées par les pratiques en termes de revendications normatives v. *supra* n°89.
[1360] V. *supra* n°267.
[1361] V. *supra* n°209.

responsabilité civile (§2) renforce le caractère vraisemblable d'une compétence internationale privée[1362].

§1. L'autolimitation conceptuelle des mécanismes de « nationalisation » du commerce international

269. **Les mécanismes de « nationalisation » du commerce international. Condition des étrangers, ordre public, lois de police.** L'abandon de la représentation d'un conflit de souverainetés en droit international privé a également la signification de l'abandon d'une approche « par le haut ». Celle-ci consisterait dans la recherche d'un critère légitime de répartition des compétences étatiques pour régir les relations privées une fois celles-ci considérées objectivement internationales. La concurrence des compétences étatiques est gérée par les États « par le bas » à travers un processus de « nationalisation »[1363] des rapports de droit. La condition des étrangers comme règles d'accès au marché (national)[1364] (régulation *ex* ante) témoigne en ce sens, en tant que démarche des État pour s'assurer une compétence, juridictionnelle et au fond, sinon exclusive, au moins à titre principal (à travers le for du défendeur par exemple). Le caractère traditionnellement restrictif de ces règles nationales a été cependant remis en cause par le droit de l'Union européenne qui se caractérise en revanche par des « règles « favorables »[1365] d'accès au marché (commun), de même que par la libéralisation de l'accès au marché international. Le contrepoids est à rechercher dans les mécanismes liés au respect de l'ordre public. Les lois « d'une nature positive rigoureusement obligatoires »[1366] que Savigny avait exclu du domaine de la règle de conflit bilatérale, ont du forger des mécanismes propres d'intervention une fois que la détermination de la loi applicable par la règle de conflit a été généralisée pour le droit privé.

[1362] V. *supra* n^{os} 258s.

[1363] P. GRAULICH, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mélanges Jean Dabin*, pp. 629-644, spéc. p. 633-635, concernant le fait que « par la règle d'application immédiate [le législateur] assimile la relation internationale à une relation interne ».

[1364] C. KESSEDJIAN, *Droit du commerce international*, n°357, p. 190. Pour une analyse en ces termes de la liberté d'établissement des sociétés v. H. MUIR WATT, « Aspects économiques… », préc., n^{os} 61s., p. 105s. Pour les applications en droit financier v. *supra* n°149.

[1365] L. IDOT, « Le domaine spatial du droit communautaire des affaires », préc., p. 147.

[1366] SAVIGNY, t. VIII, p. 35.

En ce sens, Francescakis avait critiqué l'emploi systématique de la notion d'ordre public pour justifier des solutions d'espèce, et, s'appuyant sur les travaux de Kahn et Nussbaum[1367] a contribué à l'autonomisation de la notion des lois d'application immédiate[1368]. L'intervention des considérations d'ordre public a connu une spécialisation à travers deux techniques : l'étape des lois de police, en tant que mécanisme *ex ante* d'éviction du conflit de lois et de désignation directe de la loi applicable, et l'exception d'ordre public international, étape *ex post* d'éviction de la loi compétente en vertu de la règle de conflit bilatérale.

La notion d'ordre public avait déjà acquis son acception de technique d'éviction, avec une fonction mi-substantielle, mi-technique : la préservation des valeurs du for, donc d'un résultat concret, à travers l'éviction de la loi normalement compétente, mais en laissant la question de la loi applicable ouverte, la loi française devenant applicable pour des raisons circonstancielles[1369]. De plus, la fonction de rattachement pour des considérations d'ordre public restait ouverte, et avait à être remplie à travers une nouvelle technique, celle des lois de police[1370], mais à travers une « vocation normale »[1371] de la loi à s'appliquer au lieu d'exceptionnelle. Paradoxalement, ces mécanismes continuent à obéir du point de vue théorique à une conception publiciste des conflits de lois, au sens où ils visent à faire échec à la *positivation* du « devoir être » en vertu d'une loi étrangère (étatique) potentiellement applicable, tandis que la norme contractuelle se retrouve immunisée.

[1367] Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958, n^{os} 9-11, pp. 13-15. Les termes de lois de police et lois d'application immédiate seront considérées interchangeables dans le présent propos. Pour leur distinction v. P. MAYER, V. HEUZÉ, *op.cit.,* n°135, p. 106.

[1368] Dont les origines remontent, selon les auteurs, à Bartin – v. B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police*…, préc., n°255s., p. 137s.

[1369] Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*…, préc., n°9, p. 13: « L'intervention de l'ordre public écarte, le cas échéant, l'évaluation concrète donné par la loi étrangère (la reconnaissance d'une filiation adultérine, la validité d'un pacte *de quota litis*...) que la règle de conflit a désignée. La question de savoir quelle réglementation se substitue alors à la loi étrangère évincée est, on le sait, ouverte, l'emploi dans ce rôle de la loi interne du for n'étant pas unanimement préconisé par la doctrine ou la pratique comparées ».

[1370] P. LAGARDE, Rep. droit international, *Ordre public*, n°4 avec référence à Ph. FRANCESCAKIS, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », TCFDIP 1966-1969, pp. 149-178.

[1371] Ph. FRANCESCAKIS, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », préc., p. 157.

270. **La vocation multilatérale du processus de « (re-)nationalisation ».** Dans la mesure où, en droit international privé français, le jeu des lois de police et de l'exception de l'ordre public a eu comme résultat l'application de la loi française au lieu de la loi étrangère normalement compétente, il est possible d'affirmer que le régime du rapport de droit en cause a été « (re-)nationalisé ». Cependant, lorsque cet effet a été, comme l'observe Francescakis[1372], contingent au contexte historique, il signifie que la substitution de la loi du for par le juge saisi peut être superflue[1373], d'une part, et ne s'impose pas, étant subordonnée à la représentation des rapports interétatiques, de droit international public, d'autre part. En ce sens, il est théoriquement envisageable qu'en vertu d'un paradigme de coopération interétatique (*e.g.* marché commun, *positive comity*[1374]), *un rapport de droit soit « nationalisé » par un État non pas pour soi mais pour un autre ordre juridique*, distinct de celui évincé, qui avait été désigné par la règle de conflit. C'est le problème des lois de police étrangères et de leurs conflits[1375] et de l'existence d'un ordre public véritablement international. Paradoxalement, la grille de lecture en termes de « nationalisation » peut s'appliquer également au résultat de l'application de la règle de conflit bilatérale lorsqu'elle désigne une loi étrangère. En même temps, si le caractère international du rapport de droit ne devient pas indifférent avec l'application de la règle de conflit[1376], il pourrait également survivre à l'éviction de celle-ci. Néanmoins, le droit international privé a évolué dans une autre direction à la fin du XX^{e} siècle.

271. **La légitimité des mécanismes.** Comme le remarque M. Mayer, l'application d'une loi de police nécessite l'identification du critère de rattachement pertinent en ce sens[1377]. Celui-ci détermine le champ d'application spatiale de la norme, mais également sa qualification en tant que loi de

[1372] Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi…*, préc., n°9, p. 13.
[1373] Sur le fait que selon une partie de la doctrine l'effet d'exclusion peut être suffisant, tandis que « il existe des cas dans lesquels l'exception de saurait s'entendre sans la substitution » v. Ph. FRANCESCAKIS, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », TCFDIP 1966-1969, pp. 149-178, spéc. pp. 156s. La distinction mériterait une comparaison en termes d'invocabilité d'exclusion et de substitution opérée par rapport aux modalités d'intervention du droit de l'Union européenne – v. D. SIMON, *Le système juridique communautaire,* 3^{e} éd., PUF, 2011, n^{os} 342s., pp. 437s.
[1374] V. *supra* n°252.
[1375] P. MAYER, V. HEUZÉ, *op.cit.,* n^{os} 131-134, pp. 103-106.
[1376] V. *supra* n°260.
[1377] P. MAYER, « Lois de police », Rép. internat Dalloz, 1998, n°3.

police[1378]. Ce qui distingue ce rattachement du celui des règles de conflit c'est son caractère finaliste : « Il existe en effet un lien entre l'objectif poursuivi et le domaine d'application nécessaire de la règle »[1379]. Si les rattachements retenus par les règles de conflits se présentent comme objectifs, liés à la nature des rapports de droit, en revanche les rattachements des lois de police ont l'aura « impérialiste »[1380] et se prêtent à un « reproche de nationalisme »[1381]. Ils peuvent être à la fois territoriaux et/ou personnels[1382], en fonction du *moyen* requis pour assurer le *but* poursuivi. Lorsque l'affirmation d'une compétence étatique est l'expression d'une approche protectionniste, sa légitimité n'est pas à l'abri des critiques. Cependant, une perspective enchevêtrée des marchés nationaux et internationaux permet de remettre en cause l'incompatibilité *per se* entre les lois de police fondées sur des considérations de protection, d'une part, et l'existence libérale du commerce international, d'autre part.

272. **La protection du marché interne comme condition de l'intégrité du marché international.** Lerebours-Pigeonnière avait inclus dans la notion d'ordre public d'une part « la morale et le droit naturel » et d'autre part « l'impératif français », « la vie interne et l'ordre juridique interne, dans le cadre desquels interviennent la vie internationale et l'ordre juridique international »[1383] ; ce dernier volet prend par conséquent la forme du respect de « certaines politiques législatives »[1384]. L'interpénétration des marchés interne et international réclame, pour cet auteur, la protection du premier à travers l'ordre public, par rapport au « commerce international qui pousse au

[1378] *Id.*, n°13 : « [...] qualifier une règle de loi de police et [...] déterminer le domaine d'application nécessaire [...] sont en fait indissociables [...] ».
[1379] *Ibid.*
[1380] S'agissant de l'affaire *Boll* (CIJ, 28 nov. 1958) concernant la tutelle des mineurs, M. Mayer observe que « l'arrêt montrait déjà que ainsi que le respect des lois de police ne se fonde pas nécessairement sur une attitude impérialiste du for, mais peut être justifié objectivement » - v. P. MAYER, *« Lois de police »*, préc., n°16.
[1381] P. MAYER, « Les lois de police étrangères », JDI 1981. 277.
[1382] B. AUDIT, L. d'AVOUT, *op.cit.,* n°180, p. 165. Dans le même sens Ph. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », Rev. crit DIP 1966.1, spéc. p. 14. Pour Francescakis les critères territoriaux ne sont pas suffisants, il faut des « critères d'application conformes à leur but ». Sur le fait que les mêmes critères [de rattachement] sont susceptibles d'être employées à la fois par les règles de conflit et par les règles d'application immédiate v. P. GRAULICH, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mélanges Jean Dabin*, pp. 629-644, spéc. p. 635.
[1383] P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *op.cit.,* n°270, p. 320.
[1384] Ph. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », préc., p. 8.

cosmopolitisme »[1385]. Francescakis rejoint ce fondement en ce qui concerne les lois de police (« la protection de leur ordre interne reste pour l'heure le premier et immédiat devoir que les États doivent exercer pour le bien même de l'ordre international »[1386], bien qu'il admette que « la coopération internationale impose certes aussi des adaptations de l'organisation interne »[1387]. Cependant, il ne s'ensuit pas que l'exercice d'une compétence étatique qui vise cette *organisation* du marché national serait incompatible *per se* avec l'ontologie du marché international, comme la téléologie du libre-échange pourrait en fait croire, bien au contraire.

273. **Fonction technocratique des lois de police. La réduction épistémologique de la finalité poursuivie par les lois de police à l'intérêt étatique du for à la fin du XX^e^ siècle.** Le degré d'intervention de l'État dans la vie sociale et économique se reflète dans les lois de police[1388]. Si la notion évoquée par l'article 3 al. 1^er^ du Code civil paraît floue, l'autonomisation de la méthode au milieu du XX^e^ siècle correspond également à la multiplication des domaines réglementés par délégation à l'administration, le domaine des marchés financiers y faisant partie[1389]. Ceux-ci ont la vocation de transgresser la distinction public-privé, et de redonner au droit international privé un champ d'application plus étendu[1390].

Francescakis rattache le concept à « tous les cas dans lesquels il n'y va pas seulement des intérêts particuliers, ni même de l'intérêt commun en tant que somme des intérêts particuliers, mais bien de l'ensemble de ces intérêts quand ils sont pris en charge par l'*organisation étatique* »[1391], c'est-à-dire lorsqu'ils font

[1385] P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *op.cit.,* n°270, p. 320.
[1386] Ph. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », Rev. crit DIP 1966.1, spéc. p. 13. Sur la « priorité » de l'ordre interne v. H. BATIFFOL, Ph. FRANCESCAKIS, « L'arrêt *Boll* de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé », Rev. crit. DIP 1959. 259, spéc. pp. 271s. approuvé par P. GRAULICH, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mélanges Dabin*, pp. 629-644, spéc. p. 643.
[1387] Ph. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions… », préc., p. 14.
[1388] *Ibid.*
[1389] Sur le fait que la régulation économique a accru le nombre des lois impératives v. B. AUDIT, « How do mandatory rules of law function in international civil litigation? », 18 Am. Rev. Intl. Arb. 2007, 37.
[1390] Ph. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions… », préc., p. 15.
[1391] *Id.*, p. 13.

l'objet de l'exercice d'une compétence institutionnelle. D'où le « besoin d'un domaine d'application qui en assure l'efficacité »[1392]. Ces caractéristiques permettent d'identifier le problème fonctionnel des lois de police dans une perspective de régulation du marché : le degré de certitude de la prise en charge *ex ante* (au niveau législatif ou administratif) ou *ex post* (au niveau du contentieux) par l'organisation étatique d'un ensemble d'intérêts privés.

Selon une approche devenue orthodoxe, les lois de police ont été cependant réduites à une perspective purement technocratique : « l'objet de la protection n'est pas tant l'organisation de la société à laquelle contribue l'ensemble des règles mais bien plutôt une politique, un but déterminé par l'auteur de la norme »[1393]. Pour M. Remy ce but, cet objectif, apparaît comme l'expression d'un intérêt étatique distinct de l'intérêt privé[1394] dont un ensemble peut faire l'objet de la « prise en charge » par l'État. En ce sens, la fiction juridique du concept d' « État » fait écran en termes de *connaissance* entre un intérêt général (privé) et l'intérêt public qu'il devient *une fois qu'il est pris en charge par l'État.*

Dans la mesure où les lois de police ne peuvent être identifiées, le plus souvent, qu'*a posteriori*[1395], le problème de *la sollicitation effective du contentieux étatique* qui permet leur identification acquiert un enjeu important. C'est le contentieux qui permet que l'intérêt protégé *devienne étatique*, *comme s'il l'avait été depuis toujours*.

[1392] *Ibid.*

[1393] B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police*…, préc., n°220, p. 121.

[1394] *Id.* Cette observation ressort de plusieurs oppositions que M. Remy fait apparaître dans son raisonnement : intérêts privés – intérêt étatique (p. 83, n°151 : « l'intérêt étatique se présente comme l'intérêt des auteurs de normes juridiques, c'est-à-dire l'intérêt de l'État du for, mais aussi les intérêts des États étrangers ») ; considérations liées aux destinataires de la norme – considérations liées à l'auteur de la norme (n°236, p. 129); conciliation des intérêts des parties – objectif politique. Pour cet auteur, si le fondement de l'exception de l'ordre public est double – la protection de l'intérêt des parties et la protection d'un objectif étatique – celui des lois de police réside seulement dans la protection d'un objectif étatique (n°227s., pp. 123s.) Sur le fait que « la notion [des lois de police] se « publicise » et se rétrécit ainsi considérablement » dans le Règlement Rome I, L. d'AVOUT, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », D. 2008. 2165, n°11.

[1395] P. MAYER, « Les lois de police étrangères », JDI 1981. 277, spéc. p. 287. M. Mayer donne une définition fonctionnelle des lois de police : « est une loi d'application immédiate ou nécessaire, toute règle qui doit être appliquée, selon l'Etat qui l'a édictée, à toutes les relations juridiques présentant un lien donné avec lui, et qui rend pour cela compétent l'ordre juridique auquel elle appartient lorsque cette compétence ne résulte pas de la règle de conflit de lois ».

De plus, le critère de l'efficacité d'une politique législative[1396] lorsque celle-ci est préventive, comme en matière financière, est une question temporelle qui dépend à la fois de l'État qui maîtrise la textualité de la norme, et du milieu social qui s'en empare à travers une utilisation stratégique. L'intérêt privé protégé par une norme peut *apparaître* comme intérêt général en fonction du volume des transactions qui l'expriment, constitutif d'un *marché* pertinent pour l'État. Le problème de la légitimité de la politique en cause, et conjointement de l'étendue de la compétence qui y correspond, réapparaît.

C'est le degré de proximité du rapport juridique en cause avec le système dont procède la loi de police qui devient pertinent[1397] et déterminera dans quelle mesure la « nationalisation » du commerce international se présente comme artificielle (politique)[1398]. Par conséquent, soit « l'élément d'extranéité est de nature à réduire la proximité du contrat avec l'État du for à tel point que celui-ci juge préférable ne pas imposer sa règle »[1399], soit en dépit de cet éloignement la loi de police sera jugée applicable mais « impérialiste » et « politique ». Cependant, la perspective selon laquelle cette appréciation *qualitative* de la proximité devrait être doublée d'une de nature quantitative est minoritaire[1400], mais compatible avec l'importance de la représentation du marché *positif* non seulement du point de vue *qualitatif, mais également quantitatif* que nous avons envisagé[1401]. Elle permettrait l'articulation d'un argument pragmatique à effet éliminatoire[1402] issu de *l'effet de sur le marché de la non-application*[1403] de la loi

[1396] P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « Lois de police et politiques législatives », Rev. crit. DIP 2011. 207, spéc. n° 29, p. 227.
[1397] G. P. ROMANO, « Le choix des Principes UNIDROIT par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives », JDI 2007. 473, spéc. n°14s., pp. 480s.
[1398] P. GRAULICH, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mélanges Dabin*, pp. 629-644, spéc. p. 633s : M. Graulich observe que lorsque le critère de rattachement des lois de police se résume à la nationalité d'une partie, « ces règles apparaissent plutôt comme la conséquence d'une certaine politique législative [...] d'assimilation de certains rapports internationaux « mixtes » aux rapports internes ».
[1399] G. P. ROMANO, « Le choix des Principes UNIDROIT par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives », préc., n°16., p. 481.
[1400] *Ibid.*
[1401] V. *supra* n^{os} 144s.
[1402] V. *supra* n°112.
[1403] B. AUDIT, « How do mandatory rules of law function in international civil litigation? », 18 Am. Rev. Intl. Arb. 2007, 37, spéc. p. 40 : « The court will normally [decide that a forum mandatory rule retains this character in an international situation] by identifying the *policy* underlying the domestic rule and assessing whether the *contacts* of the situation are such that the non-application of the rule would seriously frustrate this purpose ». Préconisant la vérification

de police en cause. Car s'il est *a priori* raisonnable de cantonner le domaine des lois de police à l'ordre public de direction[1404], cela ne signifie pas qu'au regard de la dynamique sociale la catégorie n'est pas perméable avec l'ordre public de protection.

§2. La disponibilisation conflictuelle des régimes de responsabilité civile

274. **Responsabilité civile contractuelle et délictuelle.** La responsabilité civile, et plus précisément la responsabilité délictuelle, est assignée généralement trois fonctions : celle de réparation ou d'indemnisation, celle de punition ainsi que celle de prévention[1405]. La fonction régulatrice du marché libéral attribuée au régime de responsabilité, mise en évidence par la doctrine[1406], est fondée sur sa capacité d'objectiver les obligations (y compris dans l'acception de devoirs[1407]) qui incombent aux sujets de droit. Sans rentrer dans la « saga » de la concurrence des régimes de responsabilité contractuelle et délictuelle[1408], qui mériterait sa propre analyse en termes de coproduction *connaissance* < > *ordonnancement*, nous nous proposons de mettre en évidence l'attraction du régime de la responsabilité délictuelle (notamment en vertu d'une loi de police), dans le champ de la disponibilité des parties sur le plan international.

275. **La privatisation du fondement de la responsabilité délictuelle.** L'internationalité objective du contrat permet à l'autonomie de la volonté de rendre disponible le régime de la responsabilité contractuelle, sous réserve de l'incidence des lois de police**.** Pour ce qui est de la responsabilité délictuelle, la

---

des effets de la non-application de la loi de police, mais rejetant la possible applicabilité variable en ce sens L. d'AVOUT, « Les lois de police », préc., p. 118.

[1404] L. d'AVOUT, « Les lois de police », préc., p. 114.

[1405] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 2 – responsabilité civile et quasi-contrats,* 3e éd., PUF, 2013, p. 53s.

[1406] A. SCHLEIFER, « Understanding Regulation », European Financial Management, vol. 11, 2005, n°4 cité par H. MUIR WATT, « La fonction économique du droit international privé », préc., p. 110. Sur le lien historique entre le développement des régimes de responsabilité et le succès de l'économie du marché v. J.-L. HALPÉRIN, *Profils des mondialisations du droit,* Dalloz, 2009, p. 373. Pour son potentiel de gouvernance v. H. MUIR WATT, « The Trouble with Cross-Border Collective Redress: Issues and Difficulties », *in* D. FAIRGRIEVE, E. LEIK (ed.), *Extraterritoriality and Collective Redress*, OUP, 2012, pp. 118-127.

[1407] Sur l'ambigüité sémantique de *l'obligation* par rapport au *devoir* qui a servi à Planiol en vue de fonder la thèse de l'unité de la faute et par conséquent du fondement de la responsabilité contractuelle et délictuelle v. Ph. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », RTD civ. 1997. 323, spéc. p. 333s.

[1408] *Ibid.*

lex loci delicti commissi s'appliquait à titre de loi de police à la fin du XIX^e^ siècle et au début du XX^e^[1409], entraînant également une compétence des juridictions françaises à cet égard[1410]. Néanmoins, le principe de l'indépendance de la compétence juridictionnelle par rapport à la loi applicable a déterminé une évolution distincte des solutions dans chacun de ces volets. L'approche privatiste de la *lex loci delicti* a conduit à son assouplissement à travers la clause d'exception en tant qu'expression du principe de proximité[1411], ainsi qu'à une « relativisation des rattachements »[1412] en fonction des domaines, au point que l'unité de la catégorie délictuelle a pu être remise en cause[1413]. Cette évolution a renforcé les objections quant à la prévisibilité pour les parties des solutions ainsi dégagées[1414], ouvrant le terrain théorique à l'autonomie de la volonté qui l'a graduellement gagné à partir des années 1970[1415].

276. **L'incidence des étapes de l'algorithme conflictuel pour la désignation d'un régime étatique de responsabilité.** Chacune des étapes de l'algorithme conflictuel a vocation désigner un *régime étatique* de responsabilité applicable. En matière contractuelle, ce régime peut valider ou non l'aménagement concret de la responsabilité contractuelle par les parties. Selon la conception privatiste du *fonctionnement* de l'algorithme conflictuel, les parties sont présumées à *avoir voulu* se soumettre à un *régime étatique* de responsabilité, y compris lorsqu'elles ont aménagé ce régime dans le contrat.

[1409] Sur le fait que *lex loci delicti* était applicable au titre de l'article 3 paragraphe 1 du Code civil (lois de police et de sûreté) v. P. LAGARDE, « Le principe de proximité... », préc., n°30, p. 50.

[1410] V. *supra* n^os^ 228s. Sur la tendance actuelle de « publicisation de la matière délictuelle » v. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.,* n°561, p. 659s.

[1411] V. P. LAGARDE, « Le principe de proximité...», préc., n°92s, p. 100. Pour l'auteur, s'il y a des domaines où le besoin de sécurité-prévisibilité doit primer, comme en matière contractuelle, en revanche « dans d'autres domaines, au contraire, le besoin de sécurité n'est pas tel qu'il doive l'emporter sur la justice du rattachement ».

[1412] D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.,* n°520, p. 607.

[1413] V. P. BOUREL, « Du rattachement de quelques délit spéciaux en droit international privé », RCADI, 1989. II. 253 (t. 214) cité en ce sens par D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.,* n°520, p. 608.

[1414] P. LAGARDE, « Le principe de proximité...», préc., n°109, p. 116. P. E. NYGH, « The Reasonable Expectations of The Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort », RCADI, t. 251, 1995, spéc. p. 351 : « [the facility of choosing the applicable law] provides certainty where, as will be shown later, the choice of law rules in tort are, especially in common law jurisdictions, either uncertain, or of indefinite content ».

[1415] V. T. K. GRAZIANO, « Freedom to Choose the Applicable Law in Tort – Articles 14 and 4(3) of the Rome II Regulation », *in* J. AHERN, W. BINCHY (ed.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations,* Martinus Nijhoff, 2009, pp.113-132, spéc. p. 114.

De manière similaire, la responsabilité délictuelle n'existe qu'en vertu de la qualification d'un fait social en tant qu'illicite au regard d'une loi étatique[1416]. Pour les situations internationales, la détermination de la loi applicable en matière délictuelle répond à des exigences de prévisibilité de ce régime pour les parties, ainsi qu'à des considérations de bonne administration de la justice. La substitution donc d'un régime impératif de responsabilité à travers les dérogations au jeu « normal » de désignation de la loi applicable est regardée comme une exception au principe de sécurité juridique, et doit par conséquent recevoir une interprétation stricte.

Néanmoins, même en ce qui concerne la loi considérée comme « normalement » applicable au régime de responsabilité, son emploi à titre de « devoir être » « n'est jamais qu'un emprunt à celle-ci de ce qui peut convenir aux intérêts privés à considérer »[1417]. Cet aspect est indissociable de l'hypothèse contentieuse, donc de la juridiction compétente en cas de litige[1418]. La validité de principe des clauses attributives de juridiction ainsi que des clauses compromissoires en droit positif[1419] rend *a priori* fongibles, d'une part, les justices imparties devant les juridictions étatiques[1420], et d'autres part, celles-ci et la justice « privée » rendue en arbitrage.

277. **La détermination négative du domaine de la disponibilité du régime de responsabilité par les lois de police. Dépendance de leur applicabilité de l'hypothèse contentieuse.** À travers leur caractère impératif, les lois de police réduisent également le domaine de la fongibilité des lois qui font l'objet des

[1416] En ce sens v. R. AGO, « Le délit international », préc., p. 426 : « tort, c'est tout fait auquel l'ordre juridique rattache la naissance d'une obligation juridique de réparer ou d'une faculté juridique de sanction ; ou, si l'on veut être plus exact, tout fait auquel une règle de droit attribue cette valeur juridique particulière : de légitimer un sujet différent de celui auquel le tort est imputé à prétendre de ce dernier une réparation ou à lui infliger une sanction ».

[1417] Expression emprunté à P. GRAULICH, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mélanges Dabin*, pp. 629-644, spéc. p. 637. L'auteur utilise l'expression en ce qui concerne la désignation de la loi étrangère à travers la bilatéralité de la règle de conflit.

[1418] En ce sens P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », RCADI, t. 327, 2007, n°98, p. 111. Sur l'hypothèse contentieuse v. *supra* n^{os} 211 et 218s.

[1419] Sur la positivité de cette représentation collective v. V. HEUZÉ, « Faut-il confondre...», p. 300 : « S'il est unanimement enseigné aujourd'hui que les conventions d'élection de for sont par principe valables dans les rapports internationaux, la doctrine ne s'attarde généralement pas à s'en expliquer ». Cette représentation est renforcée par l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye de 30 juin 2005 sur les clauses d'élection de for.

[1420] D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.,* n°142, p. 175. V. *supra* n°255 et *infra* n°358.

règles de conflit[1421]. Elles déterminent de manière négative le domaine de la disponibilité du régime de responsabilité applicable aux situations internationales. Leur applicabilité est néanmoins dépendante du jeu de la compétence internationale, et de la position de la loi de police par rapport au for compétent. Les hypothèses envisageables[1422] peuvent être résumées comme suit en termes **d'obstacles à cette applicabilité** :

a. La loi de police appartient à la *lex fori*, distincte de la *lex causae* : il s'agit de l'hypothèse-type de la méthode des lois de police ; l'applicabilité est conditionné du point de vue téléologique par la proximité de la situation avec la politique publique censée à être poursuivie par la loi de police en cause ;

b. La « loi de police » appartient à la *lex fori,* qui est également la *lex causae* : dans ce cas, le rapport de droit devrait être « nationalisé » du point de vue épistémologique et réduit au problème du champ d'application matériel des règles impératives ; cependant l'internationalité de la situation n'est pas nécessairement indifférente à ce stade, notamment si la *lex fori* contient des règles matérielles dérogatoires pour les situations internationales ;

c. La « loi de police » n'appartient pas à la *lex fori* mais appartient à la *lex causae* : dans ce cas le problème se pose à la fois au stade conflictuel et matériel : 1) une loi de police du for (même plus libérale), peut avoir priorité ; 2) la loi de police peut être exclue de la *lex causae* à travers une dérogation expresse des parties en ce sens, jugée légitime ; 3) son interprétation téléologique peut faire échec par rapport à son champ d'application spatial (e.g. la loi n'est pas considérée une véritable loi de police mais simplement une disposition impérative (l'internationalité

[1421] En ce sens v. P. GRAULICH, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », préc., p. 641.
[1422] Nous avons suivi en ce sens les hypothèses analysées par B. AUDIT, « How do mandatory rules of law function in international civil litigation? », 18 Am. Rev. Intl. Arb. 2007, 37.

n'est pas indifférente)[1423] ; 4) son application peut être contraire à l'ordre public du for.

d. La loi de police n'appartient ni à la *lex fori* ni à la *lex causae* : il s'agit de l'hypothèse-type des lois de police étrangères, pour laquelle la faculté de prise en considération demeure la plus étendue[1424], malgré la démonstration théorique dans la doctrine continentale de son opportunité[1425] ; l'utilisation de l'exception de l'ordre public fondée sur le droit international public ou du concept de *comity* semble dans ce cas une technique plus adéquate[1426].

278. **L'exclusivité de la compétence attribuée par la convention des parties.** L'analyse de l'applicabilité d'une loi de police prend généralement comme point de départ l'hypothèse contentieuse, le fait qu'une juridiction ait retenue sa compétence. Cependant, le fondement d'une telle compétence semble avoir été immunisé des potentiels débats lorsqu'une loi de police est en cause, par la méta-normativité de la *connaissance* fournie par la théorie du droit international privé à titre de « fondements transversaux du droit international privé »[1427]. Il s'agit de la dissociation entre compétence juridictionnelle et compétence législative. En revanche, le problème posé dans ces termes n'a(vait) rien de choquant en droit américain où l'applicabilité d'un régime impératif (y

[1423] P. GOTHOT, « La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats », TCFDIP 1975-1977, pp. 201-232, spéc. p.203 : le constat unilatéraliste est « qu'aucune loi ne veuille s'appliquer jamais à un contrat international ». Selon M. Gothot la diversité de nature des règles contractuelles rend difficile la fixation de leur champ d'application nécessaire.

[1424] V. l'article 7 de la Convention de Rome, et l'énoncé encore plus restrictif de l'article 9 du Règlement Rome I.

[1425] P. MAYER, « Les lois de police étrangères », préc., n°43s., p. 316s. M. Mayer a mis en évidence la nature privée des vraies lois de police, les distinguant des règles de conflit unilatérales et du droit public; il a ensuite fondé leur opportunité d'application sur la « concordance entre l'intérêt de l'État étranger, celui des particuliers, et celui de l'État du for » (n°45, p. 320). Pour l'auteur le critère spatial dans le domaine du droit privé est distinct de l'objet à réglementer, tandis qu'en droit public l'« élément spatial joue en fait le rôle d'un critère matériel » (n°29, p. 304) ; pour cette raison M. Mayer considère que le contrôle des changes n'a pas sa place parmi les lois de police par exemple.

[1426] *Regazzoni v. Sethya*, [1957], 3 All E.R. 286 (1944).

[1427] L. d'AVOUT, « La clause attributive de juridiction résiste aux lois de police », note sous Cass. 1re civ., 22 oct. 2008, *Monster Cable,* JCP G 2008. II. 10187. V. aussi H. MUIR WATT, « Les principes généraux en droit international privé français », JDI 1997. 403.

compris en matière financière) sert également de fondement à la compétence des juridictions américaines[1428].

Par conséquent, les compétences exclusives sont les seules véritables limites à la disponibilité du régime de responsabilité, mais une fois la fongibilité de la fonction juridictionnelle admise, leur domaine a été restreint. Lorsque cette exclusivité résulte d'un engagement contractuel en ce sens, le droit positif français n'a pas ressenti le besoin d'un contrôle au regard de l'incidence d'une loi de police française ni lors de la vérification de la compétence directe[1429], ni lors de la vérification de la compétence indirecte[1430], ni selon une approche de type « second look »[1431]. Le droit américain, quant à lui, y a renoncé[1432]. Si les lois de police « forcent » [1433] la compétence de l'ordre juridique dont elles proviennent, elles ne le font que dans la mesure permise par la *lex fori.* Par conséquent, le principe d'autonomie de la volonté en matière juridictionnelle en tant que *technique* de disponibilité s'est retrouvé immunisé par rapport à la *méthode des lois de police*. Cette évolution quant à l'admission des clauses d'élection de for comme « le plus petit dénominateur commun des différents États »[1434], qui, dans les mots de M. Heuzé, « confère, dans le domaine qu'elle s'assigne, un caractère purement dispositif à des règles de « compétence » [de

[1428] H. KRONKE, « Capital markets and conflict of laws », RCADI, t.286 (2000), p. 272 ; X. BOUCOBZA, *L'acquisition internationale....*, préc., n°529, p. 284.
[1429] Cass. civ. 1re, 22 octobre 2008, *Monster Cable,* JCP G 2008. II. 10187, note L. d'Avout ; JCP E 2008. 2535, note N. MATHEY ; Contrats, conc.consom. 2008. comm. 270, note M. MALAURIE-VIGNAL ; D. 2009. 200, note F. Jault-Seseke ; A. HUET, « Clause attributive de juridiction à un tribunal étranger et loi française de police et de sûreté », D. 2009. Chron. 684 ; Gaz. Pal., 21 février 2009, n° 52, p. 27, note Ph. GUEZ. D. BUREAU, H. MUIR WATT, « L'impérativité désactivée ? (à propos de Cass. civ. 1re , 22 octobre 2008) », Rev. crit. DIP 2009. 1.
[1430] Les lois de police ne font partie de l'ordre public au regard duquel s'effectue le contrôle de la reconnaissance d'un jugement étranger selon Cass. 1re civ., 20 fév. 2007, *Cornelissen,* Rev. crit. DIP 2007. 420 note B. Ancel et H. Muir Watt, D. 2007. 1115 note L. d'Avout et S. Bollée, JDI 2007. 1195 note F.X. Train, Gaz. Pal. 2007 doct. 1387 M.-L. Niboyet.
[1431] Favorable à une telle interprétation de la jurisprudence *Monster Cable*, V. HEUZÉ, « Faut-il confondre...», préc., pp. 303-304, note de bas de page n°16.
[1432] V. contentieux *Lloyd's* aux États Unis analysé par H. MUIR WATT, « L'affaire Lloyd's : globalisation des marchés et contentieux contractuel », Rev. crit. DIP 2002. 509 dont on rend compte *infra* nos 346s.
[1433] P. MAYER, « Les lois de police étrangères », préc., n°44, p. 318. Pour l'auteur il y aurait une « règle de droit international adjointe à la loi de police et dont l'objet est de forcer la compétence de l'ordre juridique étranger ».
[1434] B. REMY, « De la profusion à la confusion : réflexions sur les justifications des clauses d'élection de for », JDI 2011. 51, n°1.

source nationale] »[1435], n'a pas été en contrepartie assortie d'une admission de principe de l'applicabilité des lois de police étrangères[1436].

279. **Conséquences.** La rationalité économique postulée par l'économie néoclassique est également susceptible de faire échec au modèle envisagé par Hayek selon lequel les comportements inacceptables sont exclus à travers l'appréhension *ex post* par le droit privé. Cette appréhension est renfermée à la dimension intersubjective du litige[1437]. Celle-ci fait que le conflit substantiel s'articule entre intérêts privés, dont certains peuvent être considérés pris en charge par l'État[1438]. Cependant, la visibilité de ce phénomène quand il s'agit d'une liberté est réduite, d'où la distinction entre les lois de police protectionnistes (fondés sur la politique interne d'un État) et expansionnistes (fondée sur la politique étrangère d'un État)[1439].

280. **La régulation du commerce international à travers la disponibilité du « devoir-être ». L'importation à titre d'ordonnancement des méta-normativités de la science économique et juridique**. Lorsque l'accès au juge et aux lois étatiques a été offert au libre choix des opérateurs économiques à travers le principe d'autonomie, en plus de la mobilité[1440] acquise à travers le progrès technologique, le *devoir-être* en tant que valeur juridique est également devenu une valeur marchande et intégré par l'analyse économique au débat sur l'« économie de la justice »[1441].

[1435] V. HEUZÉ, « Faut-il confondre...», préc., p. 297.

[1436] V. L. d'AVOUT, *Sur les solutions du conflit...*, préc., n°586, p. 763 qui propose un « unilatéralisme d'ouverture » qui permettrait *a priori* de réguler le commerce international à travers la dialectique entre l'acceptation et le refus d'extraterritorialité des normes étatiques.

[1437] Sur la réduction de la contrainte épistémologique à la dimension contractuelle v. H. MUIR WATT, « La fonction économique...», préc., p. 119 : « Il ne faut donc attendre de la justice privée, du moins sous une forme systématique, ni souci de continuité **ni considération à l'égard des intérêts sociétaux plus larges que ceux des parties** » (c'est nous qui soulignons). Sur la « clôture épistémologique » en droit international privé voir H. MUIR WATT, « Private International Law Beyond the Schism », (2011) 2(3) Transnational Legal Theory 347-428. V. aussi H. MUIR WATT, « L'émergence du réseau et le droit international privé », *in Mélanges Audit,* LGDJ, 2014, pp. 533-550.

[1438] En ce sens v. *supra* n°273.

[1439] Sur cette distinction v. L. d'AVOUT, *Sur les solutions du conflit...*, préc., n°529, p. 695. V. aussi *supra* n^{os} 241 et 247.

[1440] Sur la « condition de mobilité » v. H. MUIR WATT, « Aspects économiques...», préc., n°12s., p. 55s.

[1441] H. MUIR WATT, « Économie de la justice et arbitrage international (Réflexions sur la gouvernance privée dans la globalisation), Rev. arb. 2008. 389.

Au regard de la science économique, l'opération d'arbitrage normatif est guidée par la rationalité économique, et l'arbitrage normatif n'en fait pas exception; par conséquent, il est censé constituer « un substitut adéquat de régulation, à travers un effet disciplinaire au regard des législateurs nationaux »[1442]. Cependant, cette vision est fondée sur deux axiomes qui se prêtent au débat. Premièrement, elle considère les parties privées seulement dans leur qualité de « consommateurs » de normes juridiques[1443], alors que les systèmes juridiques mêmes leur offrent la technique contractuelle pour la production normative. Deuxièmement, l'objectif de « discipliner » la production normative étatique, alors que celle privée est *supposée* disciplinée *a priori,* est de nature à discréditer le système juridique étatique comme espace de sécurité pour la liberté individuelle[1444].

[1442] H. MUIR WATT, L. G. RADICATI di BROZOLO, « Party Autonomy and mandatory rules in a global world », 6, International Law Forum Droit International, 88, mai 2004, n°6: « According to [theories of legal federalism envisaging the relationship between regulation and the markets], competition between legal orders is in itself an adequate substitute for regulation, through its disciplinary effect on national lawmakers ».
[1443] Sur ce modèle théorique v. J. BASEDOW, « The Law of Open Societies...», préc., n°104, p. 109.
[1444] V. *supra* n°58.

Conclusion du Chapitre

281. La notion de marché qui sert de contexte aux rapports de droit privé lorsqu'il s'agit de la détermination de leur régime juridique a un caractère fonctionnel. Si le marché national se présente comme une réalité liée à celle de l'État souverain et son territoire, le commerce international se présente sous la forme téléologique d'un projet de libre échange partagé par les États sous l'influence de l'économie de marché et de la théorie économique néoclassique. Le principe de l'autonomie de la volonté, successeur de la règle de conflit bilatérale en matière contractuelle, aurait du hériter sa fonction d'accès à un marché national, en localisant dans un ordre juridique le régime juridique des rapports de droit. Pourtant, il a acquis la fonction d'accès au marché international, entraînant un régime juridique *sui generis* en raison de l'internationalité, privilégiant l'efficacité du contrat.

De plus, la représentation des intérêts du commerce international en tant que besoins d'accès à un marché international a conduit à une délimitation restrictive des marchés nationaux (lorsque **tous** les éléments pertinents de la situation étaient localisés dans un État), ce qui a permis une délimitation extensive du marché international (lorsque n'importe quel élément objectif était localisé à l'étranger).

La représentation de *l'exit* des acteurs économiques des marchés nationaux[1445] à travers l'internationalisation de leur activité équivaut à une « dénationalisation » des rapports de droit. Pourtant, une remise en cause de la situation-type permet de saisir que la réalité du marché national est le résultat d'une « nationalisation » du régime juridique à travers la condition des étrangers, l'ordre public et les lois de police. Les principaux obstacles à l'application de ces dernières sont à la fois d'ordre épistémologique (protection non-fongible du marché local[1446]) et

[1445] Sur l'asymétrie de la possibilité d'*exit* des entreprises par rapport à la main d'œuvre, ce qui perturbe les bénéfices du modèle concurrentiel économique v. H. MUIR WATT, « La fonction économique du droit international privé », préc., p. 110.

[1446] P.-Y. GAUTIER, « Sur la localisation de certaines infractions économiques », Rev. crit. DIP 1989. 669, spéc. pp. 672s. V. aussi *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co,* 407 US 1 (1972), at. 16: « we should not invalidate the forum selection clause here unless we are firmly convinced that

méthodologiques (la disponibilisation de la compétence juridictionnelle). La rationalité économique légitimant l'arbitrage normatif empêche *a priori* l'articulation d'un argument pragmatique visant à limiter la disponibilité des parties.

Par conséquent, les méta-normativités orthodoxes de la science économique et de la théorie du droit international privé dans la seconde moitié du XX^{e} siècle ont assuré les prémisses de la dénationalisation juridique du commerce international, en imposant sa *connaissance* en termes de *marché idéal*, *supposé rationnel.*

Que reste-t-il de la possibilité du contentieux de « boucler »[1447], à travers la formule du raisonnement judiciaire, sur cette connaissance ?

---

we would thereby significantly encourage negligent conduct *within the boundaries of the United States*. » (c'est nous qui soulignons).

[1447] V. *supra* n°19.

Chapitre II : Vers l'automatisation du raisonnement judiciaire

282. **Théorie de l'autorégulation et automaticité du raisonnement judiciaire.** Si la liberté contractuelle permet la *concrétisation* du marché économique (sa transformation de projet en réalité), il s'ensuit que le problème de la régulation du marché est intrinsèquement lié à son ontologie et à l'accès au marché. Naturellement, cette concrétisation (ainsi que les éventuelles défaillances sur le marché) ne sont pas instantanées mais impliquent une durée. Ainsi, la prise en compte du facteur temps pourrait contribuer à saisir la contingence de l'effectivité de l'autorégulation en tant qu'*ordonnancement* postulé par la théorie économique néoclassique. En ce sens, l'analyse de Polanyi qui porte sur plusieurs siècles révèle le caractère utopique et artificiel du projet de marché autorégulé[1448]. En revanche, les effets économiques positifs du modèle à court terme légitiment sa (re)production, à moins que ses limites ne soient saisies. À cet égard, le contentieux international, à travers sa capacité de régulation *ex post*, est mieux placé pour saisir les limites du modèle économique de l'autorégulation, ou plus exactement le glissement vers une autorégulation des marchés. Il convient à ce stade de s'arrêter sur le raisonnement des juges étatiques à la fin du XX^{e} siècle, et analyser dans quelle mesure il permettait cette représentation. En ce sens, l'épistémologie juridique fournie par l'orthodoxie kelsenienne dans la matière ne favorise pas la détection d'une éventuelle anomalie capable de remettre en cause le monopole étatique en ce qui concerne la positivation du droit. Le caractère interdépendant entre la compétence étatique et la « nationalisation » d'un marché en vue de sa régulation[1449] en témoigne. Les relations contractuelles restées hors cette régulation – *dénationalisées* – ont été appréhendées selon la méta-normativité de l'économie néoclassique, c'est-à-dire à travers un modèle d'ordre spontané rationnel, dont nous avons démontré l'autoréférentialité[1450]. L'accélération de la temporalité juridique par le progrès scientifique ne favorise pas non plus la réflexion[1451]. Au contraire, elle joue également en faveur d'une automaticité du

[1448] K. POLANY, *op.cit.,* pp. 3 et 60.
[1449] V. *supra* n^{os} 144s.
[1450] V. *supra* n^{os} 138s.
[1451] J. BASEDOW, « The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations », préc., spéc. n°64, p. 79.

raisonnement qui demeure cependant invisible et prolifère à l'aide des prémisses méthodologiques (Section I), et des barrières épistémologiques (Section II).

Section I : Les prémisses méthodologiques

283. **L'émergence d'un droit du commerce international.** Dans la première partie du XX^e^ siècle, la notion d'« intérêts du commerce international » servait à la représentation d'une réalité économique qui constituait une contrainte épistémologique déterminant la libéralisation des solutions étatiques en matière de conflits de juridictions et de lois[1452]. S'il y a eu une intensification du commerce international après la seconde Guerre Mondiale, ce phénomène n'a pas été entièrement « naturel », mais également *produit* par une méthodologie souple du droit international privé, sans que cette discipline assume également une téléologie en ce sens. En revanche, une nouvelle branche de droit s'approprie la notion d'« intérêts du commerce international » comme « exigence fondatrice »[1453] et se retourne contre la méthodologie internationaliste privatiste à travers une critique du paradigme interétatique de la régulation du marché international (A). Le droit du commerce international[1454], qui réclame de plus en plus son autonomie après 1950[1455], se sert de l'écho de la *lex mercatoria* pour renforcer la méta-normativité de la rationalité économique individuelle (B).

§1. La critique du paradigme interétatique pour la régulation du marché international

284. **L' « insécurité » générée par le droit international privé à travers sa flexibilisation.** Le problème principal des conflits de lois réside dans la divergence des lois étatiques[1456] avec lesquelles les faits constitutifs d'un rapport

[1452] V. Civ. 17 mai 1927, *Pelissier du Besset,* D. 1928. 1. 25, concl. Matter, note Capitant et Civ. 19 févr. 1930, *Mardelé*.
[1453] J.-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *Droit du commerce international,* 3^e^ éd., Dalloz, 2014, n°118, p. 77.
[1454] Ayant pour objet « de fournir les règles applicables aux relations qui se nouent et aux opérations qui se constituent entre les opérateurs économiques lorsque ces relations et ces opérations impliquent des mouvements de produits, services ou valeurs intéressant l'économie de plusieurs États » - J.-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *op.cit.,* n°3, p. 2.
[1455] V. Civ. 1^re^, 21 juin 1950, *Messagerie maritimes* et Civ. 2 mai 1966, *Galakis,* art. 1491 CPC.
[1456] Ph. FRANCESCAKIS, thèse, p.1.

de droit entretiennent des liens[1457]. Les deux méthodes de solution du conflit qui se sont disputé la positivité, c'est-à-dire le bilatéralisme et l'unilatéralisme[1458], formulent également différemment l'hypothèse du conflit de lois : un conflit entre ordres juridiques dans le premier cas, et un conflit entre règles individuelles dans le deuxième[1459]. Le succès de la règle de conflit bilatérale en droit positif au début du XX^{e} siècle a entraîné l'affirmation de l'hypothèse du conflit de lois comme celle qui correspond au domaine des compétences concurrentes des États[1460] et avec la possibilité *a priori* du juge d'appliquer une loi étrangère. L'algorithme conflictuel contemporain envisage toujours une loi étatique comme règle de décision[1461] pour le juge saisi, qu'elle soit prise comme point de départ (unilatéralisme), ou bien désignée par la règle de conflit bilatérale ou encore issue de l'ordre public.

Cependant, la multiplication des étapes de l'algorithme conflictuel à travers l'intervention des lois de police, des règles matérielles, etc. a fait perdre à la règle de conflit bilatérale le caractère exclusif comme mécanisme de solution du conflit. De ce fait, la représentation de son fonctionnement a pu être mise sous le signe de l'insécurité : du côté européen, par les transformations subies par la *méthode conflictuelle*[1462], et de l'autre côté de l'Atlantique par le « recours systématique à la téléologie »[1463]. Ce que la méthode avait gagné pour répondre aux exigences du *legal realism,* elle l'avait perdu en termes de prévisibilité, que Wengler élève au rang de « droit fondamental »[1464]. C'est sur ce terrain que

[1457] A. PILLET, *Principes de droit international privé*, p. 31s : « Pour qu'un conflit puisse naître il suffit de supposer que les divers éléments de fait, dont le concours est nécessaire pour la constitution d'un certain rapport de droit, ne soient pas tous soumis à l'empire d'une même législation ».
[1458] V. B. AUDIT, L. d'AVOUT, *op.cit.,* n°162s , p. 145s.
[1459] S'agissant de la signification de la « loi » en conflit v. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.*, n°328, p. 377 et n°332s, p. 381s. s'agissant de la « représentation du conflit ».
[1460] P. MAYER, V. HEUZÉ, *op.cit.,* n°100, pour l'exclusion des conflits de lois en matière de droit public.
[1461] D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.*, n°329, p. 379 sur le fait que « le règlement du conflit de lois a pour fonction de déterminer, du point de vue de l'organe saisi, la règle de décision applicable à une question de droit issue de faits liés à plusieurs pays ».
[1462] B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel… », préc., p. 364 : « c'est peut-être en définitive moins de rigidité que d'incertitude que, contrairement à ce que l'on a pu croire, souffrent les systèmes classiques ».
[1463] *Id.*, p. 366.
[1464] W. WENGLER, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », Rev. crit. DIP 1990. 657 : « la clause échappatoire constitue une violation de ce droit fondamental qu'est le droit à la certitude du droit ».

l'autonomie de la volonté a gagné des domaines nouveaux, en s'assignant l'objectif de « permettre aux intéressés […] de se prémunir contre les incertitudes de la règle de conflit objective »[1465].

285. **L'insécurité des compétences étatiques concurrentes, opportunité pour l'autonomie de la volonté en matière juridictionnelle.** Il est généralement considéré qu'à travers une clause d'élection de for les parties « localisent leur relation d'une façon en principe raisonnable »[1466], leur choix étant constitutif d'une « proximité subjective »[1467]. Le paradigme privatiste du règlement international des différends accentue les considérations procédurales comme la neutralité et la spécialisation[1468] lesquelles deviennent primordiales. Par conséquent le rôle ainsi conçu de la fonction juridictionnelle se rapproche de celle arbitrale, avec toutefois la réserve des considérations d'intérêt public (à travers les compétences exclusives non exorbitantes ; « proximité objective »[1469]).

Après avoir conclu que « les modifications conventionnelles des règles de compétence judiciaire internationale ne sont pas forcément contraires à la souveraineté étatique »[1470], Mme Gaudemet-Tallon justifie leur opportunité par « un argument positif : l'incertitude des règles de compétence judiciaire internationale »[1471], incertitude dont il découle que le juge désigné par les parties serait leur véritable « juge naturel »[1472]. L'analyse de cette auteure en matière contractuelle est révélatrice pour la problématique du maintien de l'impérativité des lois de police dans un contexte international : la clause attributive de juridiction n'est pas considérée comme modifiant la compétence législative au

[1465] H. GAUDEMET-TALLON, P. LAGARDE, « Préface » *in* T. AZZI, O. BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?* », Bruylant, 2015, p. V, spéc p. VII.
[1466] D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », préc., n°27, p. 46.
[1467] *Ibid.* « Cette considération ne change pas même si le choix est fait en faveur d'un tribunal qui a peu ou qui n'a rien en commun avec la relation juridique. Dans ces hypothèses, c'est précisément la volonté des parties qui détermine la proximité, bien qu'il s'agisse d'une proximité subjective. »
[1468] *Ibid.*
[1469] *Ibid.*
[1470] H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Dalloz, 1965, p. 142, n°219.
[1471] *Ibid.*
[1472] *Id.*, n°228, p. 150.

profit d'un État étranger car en localisant le contrat à l'étranger (à travers cette même clause) la loi étrangère trouve un fondement à s'appliquer du point de vue du for français[1473].

286. **Clause d'élection de for *ou* attributives de juridictions ?** M. Heuzé propose une distinction entre les clauses d'élection de for *non attributives de juridiction* (parce que même en absence d'une telle clause le for saisi aurait été compétent en vertu de ses propres règles de compétences internationale, confirmant la thèse localisatrice) et les clauses d'élection de for qui sont *attributives de juridiction* par la seule volonté des parties[1474]. Dans ce dernier cas, comme le remarque l'auteur, la convention des parties « ne peut être défendue au nom de la sécurité juridique : […] si la « compétence » du juge élu n'est pas l'une de celles que les parties pouvaient prévoir, leur accord ne peut être présenté comme ayant pour *objet* de remédier à l'insécurité résultant des « compétences » juridictionnelles concurrentes qui leur sont offertes par plusieurs États »[1475]. Cependant, cette perspective demeure hétérodoxe, et le droit positif n'opère aucune distinction en ce sens.

287. **L'effet de l'exclusivité de la compétence du for désigné par les parties. La subjectivation de la sécurité juridique.** Comme le remarque M.

[1473] H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, n°356-357, p. 221: « Peut-on concevoir que les parties à un contrat international, relevant normalement de la compétence judiciaire française, attribuent compétence à un tribunal étranger dont la règle de conflit prescrit l'application au contrat d'une loi différente de celle que désigne la règle de conflit française ?
Le cas peut se présenter mais, à vrai dire, il ne se présentera que rarement. En effet, on sait que, selon l'analyse proposée par M. Batiffol, les parties localisent le contrat et le juge en déduit la loi applicable. Mais, pour déterminer le lieu où les parties ont entendu localiser leur contrat, le juge a recours à divers indices : en particulier, lorsque le contrat comporte une clause attributive de juridiction, le juge sera tout naturellement amené à penser que les parties ont localisé leur contrat dans l'État étranger auquel appartient ce tribunal. En conséquence, la loi applicable au contrat d'après la règle de conflit française est la loi étrangère en vigueur dans l'État du tribunal désigné. Or il est très probable que, s'il est saisi, le juge étranger appliquera aussi cette loi. La prorogation de compétence n'aura aucun effet modificateur de compétence législative et ne pourra donc être critiquée de ce chef.
On peut d'ailleurs se demander s'il n'y a pas là une sorte de cercle vicieux : la validité de l'attribution de compétence dépend en effet de la possibilité ou de l'impossibilité devant laquelle se trouvent les parties d'échapper à l'application de la loi désignée par la règle de conflit française, mais c'est précisément la clause attributive de juridiction qui permet de déterminer la loi applicable. Il serait peut-être possible d'éliminer ce cercle vicieux en se livrant à une analyse approfondie de la thèse de la localisation mais de telles recherches nous entraîneraient trop loin de l'objet de cette étude. »
[1474] V. HEUZÉ, « Faut-il confondre...», préc., pp. 301s.
[1475] *Id.*, p. 304.

Arrue Montenegro en matière de compétence internationale, « la libre disponibilité […] est une notion souple et nécessairement dépendent de données liées au système juridique du juge saisi. Il s'agit d'un mécanisme de qualification de la relation juridique qui ne peut être soumis qu'aux conceptions de l'ordre juridique du for »[1476]. Cet auteur identifie dans cette « géométrie variable »[1477] de la disponibilité une notion « qui se préoccupe plus de sa fonction que d'un souci de sécurité juridique »[1478]. L'observation prend comme référentiel l'hypothèse contentieuse en tant que *donné* et *a priori* elle met en évidence le caractère réversible du degré d'exclusivité/impérativité[1479] en matière de compétence internationale.

La disponibilité permettrait par conséquent une appréciation dynamique des compétences impératives d'un ordre juridique[1480] à condition que ses juridictions soient saisies. Cependant, un paradoxe apparaît en ce sens. Une fois que le principe de la validité des clauses d'élection de for est admise en matière commerciale pour des raisons d'opportunité économique[1481], pour les juridictions saisies en vertu de la clause le problème des limites en ce sens ne s'articule pas[1482] (sauf par exemple obligation en ce sens issue d'une courtoisie active (*positive comity*), du *forum non conveniens* dans les pays de *common law* ou la réserve de la fraude dans les pays de droit civil[1483]). Cette limite théorique est renforcée par le fait que les juridictions saisies en violation de la clause, *si* elles sont effectivement saisies, sont *prima facie* amenées à respecter le choix des parties, car dans l'état actuel du droit international privé, l'autonomie de la

[1476] C. A. ARRUE MONTENEGRO, *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions,* LGDJ, 2011, n°254, p. 146.
[1477] *Id.*, n°259, p. 148
[1478] *Ibid.*
[1479] *Id.*, n°260s, p. 149s, sur la non-coïncidence des compétences impératives et exclusives.
[1480] *Id.*, n°259, p. 148. V. Cass. civ. 1re, 17 déc. 1985, *Cie de signaux et d'entreprises électriques c. Soc. Sorelec*, *Grands Arrêts* n°72, Rev. crit. DIP 1986. 537 note H. Gaudemet-Tallon, D. 1986. 265 obs. B. Audit.
[1481] V. *supra* nos233s et 285.
[1482] V. en ce sens l'art. 25 §1 Règlement Bruxelles I refondu : « Si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes, sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond **selon le droit de cet État membre**. » (c'est nous qui soulignons). Pour la critique de cette solution, y compris du fait « qu'il n'est pas légitime d'ignorer les exigences des pays dont la « compétence » est exclue » v. V. HEUZÉ, « Faut-il confondre...», préc., p. 302, note de bas de page n°12.
[1483] Pour l'applicabilité du principe *fraus omnia corrumpit* en tant que « règle de raison » v. V. HEUZÉ, « Faut-il confondre...», préc., p. 309, note de bas de page n°21.

volonté en matière juridictionnelle répond le mieux au souci de prévisibilité pour les parties.

288. **Le problème théorique du juge saisi en violation d'une clause attributive de juridiction ou compromissoire.** La saisine d'une juridiction étatique en violation d'une clause d'élection de for ou d'une clause compromissoire se présente *prima facie* comme l'inexécution d'un engagement contractuel. Une telle saisine peut évidemment être le fruit des manouvres dilatoires et de l'arbitrage normatif (*e.g. forum shopping*), qui doivent être découragés. L'esprit juridique étant formé dans une logique de la conformité, une insoumission *prima facie* réveille la méfiance du point de vue théorique, fut-elle une insoumission concernant l'accès au juge. Par conséquent, lorsque les juridictions étatiques sont amenées à statuer dans un tel contexte, il y a une contrainte épistémologique qui préjuge l'analyse : la validation de l'insoumission d'une partie à un engagement expressément assumé agit à travers un raisonnement *a contrario* comme une situation de fait qui se créerait, dont le caractère inacceptable s'impose *a priori*. Pour équilibrer, voire surmonter cette projection, la juridiction en cause doit se représenter un enjeu sécuritaire d'une dimension distincte. Et particulièrement, s'agissant du contournement potentiel de la législation financière du for, le juge devrait se représenter un risque pour la sécurité du marché.

À moins qu'une des parties au litige mettant en cause les réglementations financières ne soit le régulateur financier (ou un autre organe étatique), la compétence exclusive de l'État dont cette réglementation émane ne s'impose pas. Dans un litige entre parties privées, l'incidence de la réglementation financière en tant qu'éventuelle loi de police n'affecte pas, en principe, la validité des clauses d'élection de for et compromissoires, soumise au droit général des contrats[1484]. Les exceptions en ce sens aux États-Unis, même considérées comme relevant du mécanisme du « *private attorney général* »[1485]

[1484] A. T. VON MEHREN, « Theory and Practice of Adjudicatory Authority », RCADI..., p. 245s.

[1485] H. L. BUXBAUM, « The Private Attorney General in a Global Age: Public Interests in Private International Antitrust Litigation », 26 Yale J. Int'l L. 219 2001, spéc. p. 222 : « A private litigant acts as a private attorney general if the litigant asserts a cause of action not only to obtain compensation, but also to vindicate important public interests. » V. aussi note de bas de page

ont été bien encadrées et l'admission de l'arbitrabilité des litiges mettant en cause le droit public économique témoignent de l'effacement de cette tendance notamment à partir de l'affaire *Scherk v. Alberto-Culver*[1486]. S'agissant d'un marché en cours de concrétisation, son manque de visibilité contribue aussi à la réticence du juge à valider l'insoumission à une clause attributive de juridiction, surtout lorsque le contentieux en ce sens est peu abondant. La sécurité subjective étant par conséquence renforcée, la chance de transparence du marché en cause diminue également. La dystopie « rationaliste »[1487] devient par conséquent une possibilité[1488].

289. **Le saut théorique de la critique de l'insécurité du droit international privé. Flexibilité de la contrainte épistémologique et phénomène des « oppositions emboîtées ».** Lorsque le caractère « savant » du droit international privé a donné lieu à une revendication de simplification et « uniformisation » des relations commerciales internationales à travers le droit du commerce international[1489], la critique de l'insécurité générée par le fonctionnement du droit international privé a fait un saut qualitatif : son objet est devenu la désignation d'une loi étatique par cette discipline. Censée être une critique de méthode, elle équivaut néanmoins à une critique de la sécurité assurée par la positivation du droit par les systèmes juridiques à travers la fonction juridictionnelle.

M. Marzal Yetano a identifié récemment au niveau de l'algorithme conflictuel une manifestation du phénomène « dit de l'« emboîtement » (« *nesting* ») mise en évidence par Duncan Kennedy : la tension qu'un principe juridique est appelé à résoudre réapparaît lors de son application »[1490]. Pour l'auteur, l'opposition entre le public et le privé se reproduit à chacune des étapes de l'algorithme

---

n°12 : « See, for example, section l0b-5 of the *Securities Exchange Act* of 1934, 15 U.S.C. § 78, which has been interpreted as creating a private cause of action under the securities laws. »

[1486] *Scherk v. Alberto-Culver*, 417 U.S. 506 (1974).

[1487] V. *supra* n°79.

[1488] V. *infra* n°361.

[1489] C. KESSEDJIAN, *Droit du commerce international*, 2013, n°40, p. 28 : « Le droit du commerce international a privilégié l'uniformité, plutôt que le conflit de lois jugé trop „savant". Celles-ci sont donc „résiduelles" par rapport aux normes matérielles ».

[1490] A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, Institut Universitaire Varenne, 2014, n°1017, p. 395. V. aussi n^{os}1043s., pp. 407s. pour la présentation du phénomène identifié par Duncan Kennedy.

conflictuel : conflits d'intérêts privés – conflits de souveraineté, unilatéralisme – bilatéralisme, règle de conflit – ordre public, renvoi[1491]. Il en résulte ainsi que « la tension originale entre les conceptions publiciste et privatiste se perpétue, réapparaissant *à chaque fois que le juge est appelé à faire de nouveaux choix* »[1492] (c'est nous qui soulignons). Contrairement à cet auteur qui voit « un simple phénomène, sans l'élever au rang d'« essence » [du raisonnement juridique] »[1493], nous soutenons qu'il s'agit d'un processus essentiel lié au maintien d'une distinction (à travers sa reproduction) en fonction de l'usage stratégique qui en est fait de ses termes par les sujets de droit, révélatrice de l'alchimie de la positivation du droit en contentieux[1494].

Les « oppositions emboitées »[1495], ou plus précisément l'aptitude des oppositions à ne pas rester enfermées dans la « boîte » déductive d'un principe, témoignent du maintien de la flexibilité de la contrainte épistémologique. Cette dernière peut articuler à titre pragmatique, selon le cas, l'intérêt individuel ou plusieurs formes d'agrégation de ces intérêts : au niveau régional, étatique ou supranational.

L'emboîtement n'est (et ne doit être) que temporaire, pour stabiliser les attentes normatives. En ce qui nous concerne, l'emboîtement *reste temporaire aussi longtemps qu'il ait du contentieux à travers lequel le juge est amené précisément à* « desemboîter » l'opposition. Au contraire, si le raisonnement du juge *devenait déductivement automatique,* si les parties *avaient une prévisibilité calculable de ce jugement*, après un certain temps il n'y aurait plus besoin de recourir à son jugement. Les prémisses pour une dystopie « rationaliste »[1496] seraient ainsi assurées.

Ce qui fait que cet aspect a été occulté est précisément le changement téléologique du référentiel pour la systématisation normative : de l'État au marché[1497]. À travers ce nouveau référentiel, l'opposition public – privé se

[1491] A. MARZAL YETANO, *op.cit.,* n°1051, p. 410.
[1492] *Id.*, n°1052, p. 411.
[1493] *Id.* , n°1053, p. 411.
[1494] V. *supra* n[os] 86s.
[1495] V. A. MARZAL YETANO, *op.cit.,* n°1043, p. 407.
[1496] V. *supra* n[os] 79s.
[1497] Sur l'émergence des « modèles systémiques centrés sur des acteurs non-étatiques » (*systemic models centered on non-state actors)* v. R. WAI, « Private v Private. Transnational Private Law

retrouve, à la fin du XX[e] siècle, emboîtée dans le projet du marché global, lorsque l'effectivité de celui-ci a été considérée comme la panacée de tout conflit public et/ou privé, alors qu'il était seulement une boîte de Pandore.

290. **Téléologie et droit du commerce international.** Si plus récemment le droit du commerce international est abordé de manière neutre, à travers son objet économique[1498], son projet idéologique ressort en revanche clairement dans la représentation d'une autre partie de la doctrine française : « le droit du commerce international entend favoriser le développement du commerce international en pensant qu'il convient de l'affranchir au maximum de certaines contraintes inhérentes au droit interne, le recours à des règles matérielles propres au système s'impose, au détriment de l'usage de règles de conflit de lois »[1499].

« Le postulat que, pour pouvoir satisfaire les besoins du commerce international, les contrats internationaux doivent être libérés des prohibitions de l'ordre juridique interne »[1500] a été repris comme une litanie par la doctrine, assurant sa reproduction : « cette branche du droit ne pouvait s'épanouir qu'à la condition de **se libérer** d'une double tutelle : celle des conflits de lois et celle **des conflits de juridiction** »[1501] (c'est nous qui soulignons).

Les valeurs instituées par le droit du commerce international sont la sécurité et la liberté[1502], mais non plus *au sein* des systèmes juridiques étatiques mais précisément *en dehors* de celles-ci. L'autoréférentialité de ce modèle ressort premièrement du fait que « ces exigences de liberté et de sécurité ne sont pas

---

and Contestation in Global Economic Governance », in H. MUIR WATT and D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, Private International Law and Global Governance, OUP, 2014, pp. 34-53, spéc. p. 38.

[1498] M. AUDIT, S. BOLLÉE, P. CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 2014, p. 9. Les auteurs admettent que « ce ne sont ni ces règles, ni ces méthodes qui caractérisent *a priori* la matière traitée ».

[1499] J.-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *op.cit.,* n°101, p. 65.

[1500] Ph. LEBOULANGER, « La notion d'« intérêts » du commerce international », Rev. arb. 2005. 487

[1501] J.-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *op.cit.* , n°120, p. 77.

[1502] *Id.*, n°124, p. 80; Ph. LEBOULANGER, « La notion d'« intérêts » du commerce international », Rev. arb. 2005.487. V. aussi Ph. FOUCHARD, « La CNUDCI et la défense des intérêts du commerce international », *in* La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international : à propos de 35 ans d'activité, LPA n° 252 2003. 36.

seulement les fondements « idéologiques » du commerce international, elles constituent également la finalité du droit du commerce international »[1503].

Au delà de la force légitimant en soi des notions de « sécurité » et de « liberté », la représentation de la première peut être retracée dans une critique d'insécurité quant à l'appréhension normative des *pratiques commerciales* : « l'ensemble du droit positif (lois et conventions) […] se révèle techniquement inadapté ou gravement en retard sur l'évolution des pratiques et des techniques »[1504].

291. **L'inadéquation idéologique et technique du droit international privé.** La règle de conflit, et par extension l'algorithme conflictuel, serait inadéquate par nature[1505] parce qu'elle conduit à l'application d'un ordre juridique étatique, dont le droit privé n'est plus considéré ni fongible ni adéquat. Les règles matérielles d'origine (épistémologie) extra-étatique seraient un meilleur outil du fait de : (i) l'internationalité qui est intégrée dans l'hypothèse de la norme, et (ii) la distance de la norme par rapport à l'État et de sa proximité du milieu commercial[1506].

Ainsi, *puisque* la norme juridique étatique ne fournit plus le modèle de comportement pour des opérateurs économiques sur le plan international, *les pratiques issues de la rationalité économique* doivent être tenues pour valides en tant qu'attentes légitimes de ces acteurs pour éliminer leur éventuelle insécurité subjective. Hayek avait également employé l'argument de la supériorité épistémologique du milieu économique en tant qu'argument de légitimité technocratique de la production de la norme par ce milieu[1507]. La *coutume* ne réclame pas seulement une place dans une vision pluraliste[1508], mais élimine

[1503] Ph. LEBOULANGER, « La notion d'« intérêts » du commerce international », Rev.arb. 2005. 487

[1504] Ph. FOUCHARD, « La CNUDCI et la défense des intérêts du commerce international », *in* La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international : à propos de 35 ans d'activité, LPA n° 252 2003. 36.

[1505] *Id.*, n°105, p. 68.

[1506] *Id.*, n°104, p. 68.

[1507] F. A. von HAYEK, « The Use of Knowledge in Society », The American Economic Review 35 (1945) 519, spéc. p. 524 : « It would seem to follow that the ultimate decisions must be left to the people who are familiar with these circumstances who know directly of the relevant changes and of the resources immediately available to meet them.»

[1508] V. B. OPPETIT, « Sur la coutume en droit privé », Droits 1986. 39, spéc. p. 43.

d'emblée les conflits inhérents au pluralisme (*e.g.* le problème de la coutume *contra legem*) du fait de la délimitation d'un propre espace systémique.

Ce qui mérite d'être souligné c'est la neutralisation de la portée idéologico-normative de ce projet à travers précisément le rejet de la norme d'origine étatique vue comme porteuse d'une idéologie. De plus, la légitimation « scientifique » du modèle a été fournie par la théorie économique de l'acteur rationnel (néoclassique) qui validait le résultat *substantiel* d'un tel modèle comme maximisant la richesse.

§2. La théorie de la *lex mercatoria* au service de l'émergence d'une *lex financia*

292. **Pertinence de la *lex mercatoria* pour l'émergence d'une *lex financia*.** Le secteur financier a été depuis longtemps un des domaines propices pour le développement d'une *lex mercatoria*[1509], vu que « historiquement, les marchés financiers étaient des marchés autorégulés »[1510], et donc ce mode d'organisation est bien antérieur à l'État-nation. Dans ce contexte, la reprise de pouvoir par le milieu privé ne pouvait que prendre la forme d'une revendication argumentée par le libéralisme économique. Il ne s'agit pas d'un phénomène nouveau en tant que tel, mais les représentations véhiculées par cette réinsertion méritent l'attention. Car le retour de l'autorégulation a été légitimé sur la base des conceptions publicistes et des conceptions privatistes. Il s'agit généralement des arguments d'opportunité et de légitimité peu à peu transformés en arguments de validité.

293. **Les arguments d'opportunité et d'utilité.** L'argument historique de l'antériorité du marché par rapport à l'État a été avancé en ce qui concerne l'opportunité de la *lex mercatoria*[1511]. Les arguments technocratiques de la spécialisation de la matière et des effets bénéfiques de la mise en concurrence des ordres juridiques entre eux et avec les règles matérielles d'origine privée[1512] ont fondé les nouvelles théories de la régulation. L'argument technique du

[1509] Sur l'origine auto-régulée des marchés financiers v. C. SIEUZAC, *Contribution à l'étude de la lex mercatoria financière*, thèse Paris I, 2006, n^{os} 11s., p. 22.
[1510] A. COURET, H. Le NABASQUE *et al.*., *op.cit.,* n°4, p. 4.
[1511] C. SIEUZAC, *op.cit.*, n°12, p. 27 : « L'on comprend bien à la lumière de l'histoire de la finance anglo-saxonne que l'autorégulation a précédé le mécanisme de régulation. Le NYSE et autres « bourses » ou marchés existaient avant même l'adoption de lois fédérales. Cela souligne d'autant plus l'opportunité de la *lex mercatoria* en matière financière ».
[1512] C. SIEUZAC, *op.cit.,* n^{os}189s., pp. 273s.

contrat comme véhicule de la circulation internationale des normes a été avancé également au niveau de l'OICV : ses recommandations ont vu dans le mécanisme contractuel l'outil adéquat pour la circulation transfrontalière des normes privées, ce qui serait de nature à « pallier l'incapacité des régulateurs à appréhender les problématiques transfrontières »[1513]. Ainsi, les régulateurs financiers eux-mêmes ont admis que la norme privée circule plus facilement que la norme publique sur le plan international. À tout cela s'ajoute l'argument de la sécurité juridique dans son acception subjective[1514] : le droit à la prévisibilité.

294. **Les arguments de légitimité.** L'inadéquation de la réglementation étatique aux besoins de l'activité financière a été transformée automatiquement dans l'adéquation du « droit issu du marché », pour fonder également la légitimité de celui-ci[1515]. L'argument sociologique est celui d'un modèle coopératif des acteurs du marché : l'« homogénéité du milieu »[1516], ou selon Goldman, la « confraternité » ou la « solidarité professionnelle »[1517]. De plus, le fait que le législateur lui-même a reconnu maintes fois l'effectivité de telles normes directement (par leur reprise dans les textes) soit indirectement (par référence ou dérogation permise)[1518], a construit peu à peu la légitimité de ces normes de telle manière que leur reprise quasi-automatique en tant que *droit posé* s'est forgée[1519]. L'argument technique/économique de la rationalité de la

[1513] C. SIEUZAC, *op.cit.,* n°13, p. 29. V. Report of the SRO Consultative Committee of the International Organization of Securities Commissions, mai 2000, „Model for effective (self-)regulation", [disponible à http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD110.pdf], p. 12 : « *SROs are effective in dealing with global issues because self-regulation is defined by contract—the rulebook—versus national legislative act. This is important in today's environment where markets operate without regard to national boundaries and where large, multi-national financial institutions dominate the markets* ». V. aussi *infra* n°330.

[1514] Sur la distinction entre sécurité juridique objective et subjective v. Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, préc., n°58s, pp. 74s., spéc. N°63s, pp. 84s.

[1515] F. DRUMMOND, Y. SCHMIDT, « Les manifestations en droit financier », LPA 2003, n° 237, pp. 22-27, spé. n°20-21, p. 25s.

[1516] *Id.*, n° 23, p. 26.

[1517] B. GOLDMAN, « Frontières du droit et *l'ex Mercator* », APD 1964. 177, spé. p.186.

[1518] F. DRUMMOND, Y. SCHMIDT, « Les manifestations en droit financier », pré., n° 9, p. 24 s'agissant des articles L330-1 et L431-7 CMF : « Ce réseau de conventions-cadre constitue le droit des marchés libres, une *l'ex Mercator* du secteur financier, dont le législateur français a consacré récemment la portée normative en décidant que les conventions conformes aux principes généraux des « conventions cadre de place » bénéficieraient des dispositions dérogatoires au droit des procédures collectives (clauses de résiliation anticipée, clauses de betting) contenues dans ces conventions cadre ».

[1519] Le régulateur français peut, à partir de la loi Mafé, certifier des contrats types d'opérations sur instruments financiers, à la demande d'un ou plusieurs prestataires de services d'investissement ou d'une association professionnelle de prestataires de services d'investissement

liberté contractuelle est venu de l'essor du commerce international et de l'économie de marché, et s'est articulé avec l'argument sociologique : les règles de la *lex mercatoria* sont le résultat convergent de l'agrégation des choix des acteurs rationnels. Pour Goldman, même si la liberté contractuelle peut être affectée par la contrainte d'adopter un contrat-type pour l'accès au marché, sa force contraignante ne dérive pas de son contenu, mais de la « la conscience d'une règle commune du commerce international, très simplement exprimée dans l'adage *pacta sunt servanda* »[1520].

295. **L'argument institutionnel : la délégation du règlement des différends à l'arbitrage par les États et sa contractualisation par les parties.** L'essor de l'arbitrage comme mode préférentiel de règlement des litiges est liée également à l'encouragement du développement du commerce international en tant que projet assumé par les États[1521]. Le fait que la compétence du juge étatique ne s'impose pas nécessairement en matière des relations commerciales internationales, notamment après l'entrée en vigueur de la Convention de New York, a déterminé les juristes à analyser l'élaboration des solutions par les arbitres. Goldman observe que les principes utilisés ne s'inspirent pas nécessairement des lois étatiques mais, essentiellement, du fonctionnement du marché[1522]. Et c'est la préservation de ce fonctionnement qu'ils envisagent et dans lequel Goldman identifie l'utilité de l'arbitrage : « dans la mesure où il permet **que les échanges survivent aux litiges**, l'arbitrage commercial

– v. H. de VAUPLANE. J.-P. BORNET, « Marchés financiers: le défi de la transposition de la DSI », Bull. Joly Bourse, 1996, p. 376. Art. L.621-18-1 CMF : « À la demande d'un ou plusieurs prestataires de services d'investissement ou d'une association professionnelle de prestataires de services d'investissement, l'Autorité des marchés financiers peut, après avis de la Banque de France, certifier des contrats types d'opérations sur instruments financiers » ; Cette certification signifie, selon le Règlement général de l'AMF, la « vérification de la conformité des dispositions du contrat type concerné au [présent] règlement » , et implicitement à la loi française (Art. 131-1 du Règlement général de l'AMF).

[1520] B. GOLDMAN, « Frontières du droit...», p. 189.

[1521] V. Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, Helsinki, 1er août 1975 : « Considérant que l'arbitrage est un moyen approprié de régler de tels litiges [en matière commerciale], recommandent aux organismes, entreprises et firmes de leurs pays d'origine d'inclure, le cas échéant, des clauses d'arbitrage dans les contrats commerciaux et les contrats de coopération industrielle ou dans les conventions spéciales;» repris dans B. OPPETIT, *Droit du commerce international,* PUF, 1977, pp. 462s.

[1522] B. GOLDMAN, « Frontières du droit...», « Or, l'expérience atteste que fréquemment, ils [les arbitres] ne le chercheront pas dans une loi étatique, ni dans un traité international, mais dans un « droit coutumier» du commerce international - lex mercatoria - dont il serait vain de chercher s'ils la constatent ou l'élaborent, car les deux démarches sont intimement mêlées, comme chaque fois qu'un juge exerce une telle activité. »

international répond à cet objectif, mieux sans doute que le règlement juridictionnel étatique »[1523] (c'est nous qui soulignons). L'arbitre est ainsi le (nouveau) régulateur du commerce international, dont le premier but est d'assurer l'effectivité du marché, son existence, ce qui correspond également au postulat de l'économie néoclassique[1524]. C'est la mission présumée que Goldman identifie pour les arbitres, à travers la mission de trancher le litige concret qui lui est conférée par les parties. Il justifie ainsi l'opportunité de la délégation de cette justice par les États à l'arbitrage à travers la validation de sa contractualisation par les parties[1525].

Par rapport à fonction de régulation du commerce international remplie par le juge étatique, le recours à l'arbitre a aussi « l'avantage » d'une responsabilité réduite à la dimension de la relation contractuelle qui constitue l'objet du différend : « l'adéquation de chaque solution arbitrale aux caractéristiques propres à chaque litige constitue l'un des avantages de l'arbitrage, dont le rôle est de trancher des différends particuliers, sans avoir à se préoccuper, contrairement aux tribunaux étatiques, de l'effet qu'une décision individuelle peut avoir sur l'évolution générale du droit »[1526]. Par conséquent, la contrainte épistémologique de l'arbitre est censée avoir *automatiquement* une dimension à la fois individuelle et collective pour le nouvel espace[1527] ainsi systématisé.

296. **Les arguments de la juridicité. La *lex mercatoria* en tant que règle de décision.** La juridicité de la *lex mercatoria* se réduit essentiellement à une revendication d'abstention de l'intervention du droit étatique, au profit des

[1523] B. GOLDMAN, « Frontières du droit...» , p.187.
[1524] V. *supra* n[os] 126 et 134.
[1525] V. H. MOTULSKY, « La nature de l'arbitrage », *in* H. MOTULSKY, *Écrits. Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974, repr. 2010, pp. 5-25. D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse Paris II, 1992, n°395, p. 241. Suivant les observations de Motulsky, l'auteur observe que « c'est moins donc la justice que les juges qui sont de nature privée ».
[1526] Y. DERAINS, « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », *in Mélanges Goldman,* pp. 29-46, spéc. p. 30.
[1527] Sur le lien entre « droit » et « espace » v. P. LEGRAND, « Proof of Foreign Law in US Courts: A Critique of Epistemic Hubris », Journal of Comparative Law (2013, vol. 8), p. 343, spéc. p. 349 : « Place is more than a mere static backdrop to legal meaning; it is a dynamic constituent of it. In other words, place is not simply a physicalist conception but also an existential notion. Law emerges only in and through place. Law and place are inextricably enmeshed, so that there is no ungrounded law. For law, any law, to exist 'as law', it must stand forth as an experience of place, for example, in terms of an interpreter's epistemic framework ».

règles issues soit de la pratique commerciale soit de la pratique arbitrale[1528]. Ainsi, il s'agit en principe d'une confrontation des clauses contractuelles aux règles censées à incarner des pratiques généralisées du marché. Mais les pratiques sont seulement des « modèles de comportements à destination des praticiens et aussi des usagers »[1529]. Ce qui signifie que pour les appréhender en tant que coutumes, donc pour passer du modèle proposé au modèle imposé, Goldman considère implicitement que leur mise en œuvre par les arbitres suppose qu'elles aient passé le test de leur validation par le marché[1530]. Ainsi, du point de vue substantiel, ce sont la flexibilité et l'actualité de la coutume qui militent pour sa supériorité.

Du point de vue formel, la juridicité des règles de la *lex mercatoria* ne dépend pas selon Goldman de leur systématisation (« incomplète, mais croissante »)[1531], ni de l'origine étatique de la règle, car c'est au phénomène coutumier qu'elle s'apparente[1532]. Ainsi, c'est l'*opinio juris* des contractants, la circonstance qu'ils n'ont pas envisagé de se situer dans une « *situation de pur fait* »[1533] qui est pertinente de son point de vue : les parties ont ainsi souhaité se soumettre à ce droit contemporain avec leurs rapports juridiques, et qu'il faudrait respecter.

Traduit dans un système kelsenien, la juridicité de la *lex mercatoria* équivaudrait à l'existence d'une règle selon laquelle non seulement la coutume créée par les acteurs internationaux est « fait créateur de droit »[1534], mais elle prévaut également sur l'éventuel droit étatique incident. C'est ainsi qu'au delà de l'enjeu du contenu substantiel d'une règle de conduite, c'est au statut d'une règle de

[1528] D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, préc., n°324s, pp. 202s.
[1529] L. AYNES, « Synthèse », LPA 2003, n°237, pp.70-72, spéc. p. 71.
[1530] C. LOMBARDINI, *op.cit.,* p. 102 : « Faute de cocontractants qui décident d'acheter ou de vendre un nouvel instrument financier, ce dernier n'aura aucun développement ».
[1531] B. GOLDMAN, « Frontières du droit... », préc., pp. 189 et 192.
[1532] B. GOLDMAN, « Frontières du droit... », préc., p. 190. S'agissant de l'*opinio juris* comme élément de définition de la coutume, et non comme source de sa juridicité v. D. BUREAU, *Les sources informelles*..., n^{os} 343s., pp. 213s., , spéc. n°347, p. 215 où l'auteur cite Gény pour lequel « la puissance de la coutume (…) réside dans la nature des choses ». V. aussi B. GOLDMAN, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives », TCFDIP 1977-1979, pp. 221-259.
[1533] B. GOLDMAN, « Frontières du droit... », préc., p. 186.
[1534] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 218. V. aussi p. 17 : « Des normes créées par la coutume sont normes juridiques lorsque la Constitution de la collectivité institue la coutume, et plus précisément une coutume présentant certains caractères déterminés, comme fait créateur de droit ».

décision[1535] fondée sur la *rationalité automatique du marché* que la *lex mercatoria* aspire. En effet, c'est à la théorie de la délégation que les juridictions étatiques vont recourir pour maintenir l'apparence de leur primauté dans l'arrêt *Valenciana*[1536]. L'arbitre est considéré avoir statué en droit en vertu du fait qu'il s'est référé à « l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales »[1537]. En ce sens, tout est question d'interprétation et de point de vue : bien que pour la Cour de Cassation la tutelle étatique semble déterminante, Goldman considère que la condition de la sanction jurisprudentielle étatique est seulement contingente, car sinon « on transformerait en effet la *lex mercatoria* en un droit, sinon national […] du moins *étatique ou interétatique,* ce qui est contraire à sa nature de droit transnational »[1538].

297. ***Lex mercatoria* revisitée.** De la même manière que le *jus commune* avait eu comme écho la théorie universaliste de Savigny à travers le bilatéralisme[1539], la *lex mercatoria* du Moyen Age a retrouvé son actualité lorsque le projet du marché global a gagné peu à peu en tant que nouveau paradigme systémique. Cependant, la nature prétorienne du droit romain et de la *lex mercatoria* a été passée sous silence. Sans rentrer dans les débats historiques, il faut rappeler que la *lex mercatoria* correspondait en premier lieu à une *procédure dérogatoire de résolution des différends entre les marchands*[1540]. À cet égard, on insistera sur l'origine particulière des juridictions commerciales : les causes de l'apparition des tribunaux marchands sont essentiellement sociologiques et liés aux garanties procédurales : l'accès difficile aux tribunaux de droit commun (à l'origine féodaux ou ecclésiastiques) et le long délai de résolution des litiges par ceux-

[1535] Sur la distinction règle de conduite / règle de décision v. P. MAYER, Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé, RCADI, t. 327, 2007.
[1536] Civ. 1re, 22 oct. 1991, *Compania Valenciana de Cementos Portland S.A. c. Primary Coal Inc.*, Rev. crit. DIP 1992. 113 note Oppetit, JDI 1992. 177 note Goldman, RTDcom 1992. 171 obs. J-Cl. Dubarry et E. Loquin.
[1537] *Ibid.*
[1538] B. GOLDMAN, note sous Cass. Civ. 1re, 22 oct. 1991, *Compania Valenciana de Cementos Portland S.A. c. Primary Coal Inc.*, JDI 1992. 177, spéc. n°15, p. 184.
[1539] V. *supra* n°196.
[1540] F. M. BURDICK, « What Is the Law Merchant? », Columbia Law Review, Vol. 2, No. 7 (1902), pp. 470-485, spéc. p. 471 : « It is quite certain that, as early as the middle of the thirteenth century, cases between merchants were conducted according to a procedure quite unlike that of common law courts ».

ci[1541]. En outre, du point de vue substantiel, la *lex mercatoria* apparaît comme un corpus de règles forgées par la pratique et, le plus important, étant *connu* par les marchands et *reconnu* parmi les « lois générales de la Nature et des Nations »[1542]. Cette reconnaissance était fondée sur une attitude de faveur envers le commerce de la part des pouvoirs publics, qui peut être attribuée peut être moins au libéralisme qu'à l'intérêt financier découlant de l'imposition du commerce local, auquel il est fait allusion dans les analyses[1543]. En tout cas, la représentation de la *lex mercatoria* comme un corpus juridique n'aurait pas pu survivre sans l'approbation et la systématisation théorique par les juges ayant une formation juridique, comme Lord Mansfield au Royaume-Uni, qui s'est guidé par des *principes susceptibles d'une adhésion internationale*[1544]. Ainsi, comme il a été souligné, les principes de la *lex mercatoria* ont été repris dans le droit privé des systèmes juridiques modernes[1545], ce qui correspond à la représentation de la « neutralité » idéologique de ceux-ci. Cependant, la prise en charge *formelle* par les État de la formation du droit privé a alimenté la revendication moderne d'un droit privé coutumier en matière internationale. Si la *lex mercatoria* était le droit international privé du Moyen Age[1546], c'était à la fois dans ses dimensions publique et privée, car l'étanchéité entre les deux n'était pas acquise.

Si Goldman utilise à cet égard l'expression « droit coutumier transnational [qui] pouvait trouver un illustre ancêtre dans le *jus gentium* de Rome »[1547], il garde

[1541] F. M. BURDICK, *op.cit.*, p. 471s.
[1542] *Id.*, p. 476s.
[1543] C. KERR, « The Origin and Development of the Law Merchant », Virginia Law Review, Vol. 15, No. 4 (Feb., 1929), pp. 350-367, spéc. p. 352.
[1544] F. M. BURDICK, *op.cit.*, p. 481s : « When a mercantile case came before [Lord Mansfield], he sought to discover not only the mercantile usage which was involved, but the legal principle underlying it.[...] he undertook to develop a body of legal rules, which should be free from the technicalities of the common law, and whose principles should be so broad and sound and just, as to commend themselves to all courts in all countries ».
[1545] F. M. BURDICK, *op.cit.*, p. 482 : « The result has been an extensive amalgamation of the rules of the law merchant with those of the common law. These two bodies of rules no longer stand apart, as they did three centuries ago. **Each has been modified by the other and, to a great extent, has lost its separate identity** » (c'est nous qui soulignons). Sur le fait que la *lex mercatoria* a été « incorporée » dans les droits commerciaux modernes v. C. KERR, « The Origin and Development of the Law Merchant », Virginia Law Review, Vol. 15, No. 4 (Feb., 1929), pp. 350-367.
[1546] C. KERR, *op.cit.*, p. 355, citant MAITLAND, *Select Pleas in Manorial Courts*, 113.
[1547] B. GOLDMAN, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives », préc., p. 221.

néanmoins le silence quant à l'intégration de cette coutume internationale privée à l'ordre juridique international. Goldman intégrait ainsi le concept de « droit transnational »[1548] de Jessup, qui y voyait « tout droit qui régit les actes et les faits qui dépassent les frontières nationales »[1549]. Pourtant, contrairement à Jessup qui se débarrasse de la distinction public – privé, Goldman y reste relativement attaché[1550]. Sa démarche est plus modeste et s'arrête à la démonstration de la juridicité de ces règles prises dans leur dimension privée, admettant qu'à l'époque l'autonomie d'un ordre juridique marchand ne pouvait pas être démontrée.

298. **Quelle systématisation normative de l'environnement économique ?** Lorsque le modèle de la systématisation juridique est fourni par la théorie kelsennienne, une approche systémique dans ces termes de l'environnement marchand fait défaut. Ainsi, malgré les arguments de M. Gaillard quant à l'objectivation d'un « ordre juridique arbitral »[1551], l'argument du monopole de la contrainte par les Etats s'y oppose : l'hypothèse d'un ordre juridique global est repoussée par M. Mayer faute d'une organisation collective supra-étatique[1552]. De plus, puisque l'Etat a le monopole de la contrainte à l'égard des individus, ceux-ci échappent en théorie à la fois à l'ordre juridique international[1553], ou à celui de l'Union Européenne[1554]. Cependant, le type de

[1548] Ph. C. JESSUP, *Transnational Law*, Yale University Press, 1956, cité par Goldman dans une note de bas de page.

[1549] Ph. C. JESSUP, *op.cit.,* p.2 : « *all law which regulates actions or events that transcend national frontiers*. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories » (c'est nous qui soulignons).

[1550] Il y a une évolution indiscutable en ce sens de l'article de Golman dans l'APD à celui du TCFDIP, pourtant les développements en ce sens ne sont pas nombreux.

[1551] E. GAILLARD, « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », préc., n^{os}40s., p. 91s.

[1552] P. MAYER, « Le phénomène de la coordination…», préc.,n°45, p. 64 : « pour pouvoir parler d'ordre juridique global il faudrait que la société des humains de la terre entière se soit dotée d'une organisation globale. (…) C'est elle qui devrait présider, directement ou indirectement, aux relations entre les membres de la société globale. Il en serait ainsi s'il existait un pouvoir issu de cette société, commandant à l'ensemble des tribunaux étatiques d'appliquer, dans les cas qu'il déterminerait, les règles de tel ou tel État, et à l'ensemble des organes de contrainte de mettre à exécution les jugements ainsi rendus. Or un tel pouvoir n'existe pas ; les ordres juridiques étatiques sont indépendants les uns des autres, et la coordination entre eux, quant au sort des individus, dépend du bon vouloir de chacun ».

[1553] P. MAYER, « Le phénomène de la coordination…», préc., n°56, p. 76 : « les individus lui échappent, pour la raison très simple que les États ont le monopole de la contrainte à leur égard ».

[1554] *Id.*, n°59, p. 78 : « il ne serait pas justifié de dire qu'une relation de droit privé est régie par le droit communautaire. Elle serait régie par tel ou tel droit national dans lequel serait intégré le droit de source communautaire ».

systématisation dont il s'agit pour le commerce international est de type jusnaturaliste[1555], qui s'appuie sur le postulat de l'économie néoclassique de la rationalité économique supposée à servir automatiquement l'intérêt général. Cette projection se retrouve dans le traitement positif du contrat en tant que source de sécurité juridique, et en tant que *seule* contrainte épistémologique pour l'arbitre. On occulte par conséquent que la décentralisation de la production normative jusqu'au niveau du contrat était admise dans le système kelsennien parce qu'elle trouvait un complément dans la centralisation de la contrainte et des garanties procédurales de la positivation du droit par le juge étatique.

Section II : Les barrières épistémologiques

299. **La liberté à l'encontre d'elle-même. La représentation théorique d'un objet impossible.** La positivité du principe de l'autonomie de la volonté sans condition ou effet de localisation du rapport de droit[1556] montre que ce concept a réussi le mieux à générer une représentation cohérente de la liberté et de la sécurité à la fois au niveau individuel et collectif. Les libertés du choix de la juridiction compétente et de la loi applicable ont fait l'objet d'un consensus international[1557], du fait de la prévisibilité assurée pour les parties en ce sens[1558]. En matière juridictionnelle, ce besoin de prévisibilité subjective a été une réaction à la multiplication des chefs de compétence internationale[1559], qui, à son tour, a répondu à un besoin réel en matière commerciale en tant que droit d'accès au juge[1560].

Batiffol, comme Demogue, attirait l'attention sur le risque que la liberté, ou la sécurité, se retourne contre elle-même: « *I am not sure that the best way of protecting the liberty of the parties is to allow them the possibility of choosing any law they wish. Extreme positions are seldom the best, and it may be asked if*

[1555] E. GAILLARD, « Aspects philosophiques… », préc., n°46, p. 96.
[1556] Sur les limites qui existent encore dans les systèmes juridiques à cet égard v. J. BASEDOW, « The Law of Open Societies… », préc., n°108, p. 111.
[1557] Mme Muir Watt parle de « plébiscite international de l'autonomie » s'appuyant sur la *Résolution de l'Institut de droit international de Bâle de 1992* « qualifiant l'autonomie de principe fondamental du droit international privé et constatant son rattachement aux droits de l'homme » - v. H. MUIR WATT, « La fonction économique du droit international privé », RIDE 2010. 103, spéc. p. 107, note de bas de page n°19.
[1558] B. REMY, « De la profusion à la confusion : réflexions sur les justifications des clauses d'élection de for », JDI 2011. 51, n°2.
[1559] *Ibid.*
[1560] V. *supra* n^{os} 227s.

an unreasonable liberty is really an advantage for the contracting parties. »[1561]. C'est à travers plusieurs analyses que Batiffol avait pris cette position par rapport à la nécessité de « libérer » le contrat international des contraintes d'une loi nationale : « les raisons qui ont rendu difficile en droit interne de considérer que le contrat se suffit à lui-même, se retrouvent dans les relations internationales »[1562]. Pourtant le contrat, en tant que technique juridique unanimement admise, s'est peu à peu transformé dans une fin en soi. La méta-normativité du besoin de la validité du contrat est susceptible de mobiliser une auto(positivation) du droit.

Cependant, le phénomène de l'autopositivation du « devoir être » par le contrat international dénationalisé est occulté en premier lieu par l'attachement de la théorie du droit international privé à sa conception privatiste à titre exclusif, ce qui fait du syntagme « extraterritorialité du contrat » une impossibilité logique (§1). En deuxième lieu, le maintien formel de l'autorité d'un ordre juridique étatique obscurcit la subjectivation de la sécurité juridique par le contrat sans loi (§2).

§1. L'invisibilité de l'extraterritorialité du contrat

300. **Pertinence du concept d'extraterritorialité.** L'extraterritorialité commence à être envisagée non seulement comme un possible « outil de régulation économique »[1563], mais aussi comme « une des solutions possibles pour mieux organiser […] la mondialisation »[1564]. Cette représentation *ex post* globalisation, c'est-à-dire une fois installée la représentation collective de ce phénomène comme « réalité », diffère sensiblement de l'extraterritorialité telle que conçue dans la seconde moitié du XX^{e} siècle : une représentation libérale des intérêts du commerce international comme « idéologie »[1565]. Lorsque

[1561] H. BATIFFOL, « Public Policy and The Autonomy of The Parties: Interrelations Between Imperative Legislation and The Doctrine of Party Autonomy », *in Lectures on the Conflict of Laws and International*, 1951, p. 68, spéc. p. 71.
[1562] H. BATIFFOL, « La crise du contrat...», *in Choix d'article…*, spéc. p. 406.
[1563] N. MAZIAU, « L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits », JCP E 2015. 1343, spéc. n°2.
[1564] *Ibid.*
[1565] V. D. BUREAU, H. MUIR WATT, « L'impérativité désactivée ?...», n°22, p. 27. Sur les différentes acceptions de la globalisation (globalisation en tant que réalité, en tant que théorie et en tant qu'idéologie) v. R. MICHAELS, « Globalization and Law: Law Beyond the State », *in* R. BANAKAR, M. TRAVERS (ed.), *Law and Social Theory*, 2nd ed., Hart Publishing, 2013, pp. 287-304.

l'extraterritorialité des droits étatiques a été stigmatisée, le « projet » de la mondialisation à travers le marché a pris contours sous la forme d'une dénationalisation du régime juridique du contrat. Cependant, l'appréhension juridique de ce résultat se heurte aux limites épistémologiques du conventionnalisme scientifique en ce qui concerne l'anomalie exclue de l'hypothèse de la convention. Les approches publicistes contribuent à la conceptualisation du phénomène à travers des oxymores : « l'extraterritorialité contractuelle »[1566] et la « souveraineté des individus »[1567]. La première notion est en particulier pertinente pour le droit international privé, et appelle la déconstruction de l'ambiguïté du concept d'« extraterritorialité » pour la discipline.

301. **L'ambiguïté du concept d'« extraterritorialité » en droit international privé.** Au regard du droit international public, la légitimité des compétences étatiques est appréhendée à travers les principes de souveraineté, de non-intervention et de coopération[1568]. L'égalité souveraine des États avait déterminé une seule véritable limite en ce qui concerne la configuration du droit international privé : le caractère territorial de la contrainte étatique[1569], du droit imposé. Pour Niboyet, le sens de la territorialité des lois en droit international privé correspond à « l'idée qu'elles régissent des faits qui se produisent sur le territoire où elles existent »[1570], tandis que l'extraterritorialité suppose que « le juge applique une autre loi que la sienne à des faits qui se produisent pourtant sur son territoire ou qui l'intéressent »[1571] ; corrélativement, on peut envisager la situation dans laquelle le juge applique sa loi à des faits qui ne se sont pas produits sur son territoire mais qui l'intéressent néanmoins ; il s'agit pas

[1566] N. MAZIAU, « L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits », préc., n°4.
[1567] A. MILLS, *The Confluence of Public and Private International Law*, OUP, 2009, p. 291 : « The development of international private rights [...], ranging from human rights to international economic rights, is part of the increasing recognition of the 'sovereignty' of the individual in international law. »
[1568] H. ASCENSIO, « L'extraterritorialité comme instrument » (Contribution aux travaux du Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur les droits de l'homme et entreprises transnationales et autres entreprises), décembre 2010, [disponible sur http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/Contributions_en_ligne/H._ASCENSIO/Extraterritorialite_droits_de_l_homme_et_entreprises.pdf], p. 3s.
[1569] V. *supra* n°210.
[1570] J. P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. III, préc., n°842, p. 5.
[1571] *Ibid.*

conséquent de « l'étendue de l'application des lois »[1572]. Si en principe une loi est soit territoriale, soit extraterritoriale, il arrive néanmoins, selon Niboyet, qu'il y ait des lois à la fois territoriales et extraterritoriales comme par exemple les lois qui retiennent à la fois des rattachements territoriaux et personnels[1573]. Néanmoins, le rattachement retenu qui détermine l'étendue de l'applicabilité ne saurait être confondu avec la catégorie juridique qui en constitue l'objet de la règle de conflit, le statut personnel et le statut réel n'étant pas les seuls objets possibles[1574]. Dans le langage savignien, si la catégorie juridique sert de représentation aux rapports de droit, le rattachement sert aux « rapports de fait qui peuvent servir à déterminer le siège du rapport de droit, et entre lesquels il s'agit de choisir pour chaque espèce »[1575]. Si les rapports de droit sont intangibles et donc *a priori* a-territoriaux, leur rattachement à travers les « rapports de fait » permet par conséquent leur localisation en vue de leur soumission à un régime juridique[1576].

La nature conventionnelle et factuellement déterminée du concept ressort de l'observation de Hannah Buxbaum : « In traditional jurisdictional analysis, territory figures simply as a **factual input** in the process of identifying the links between certain states and certain acts or actors. "Territoriality" and "extraterritoriality," though, are legal constructs »[1577] (c'est nous qui soulignons). D'où la pertinence d'une réévaluation en ce sens au regard de l'évolution sociologique : la terminologie « de la territorialité / extraterritorialité, disparu[e] de la tradition civiliste de droit international privé en même temps que la théorie des statuts [,…] porteuse d'une vision « publiciste » du conflit de lois [,…] est en train de s'y réintroduire progressivement »[1578].

[1572] *Ibid.*
[1573] *Id.*, n°842, p. 6. Les exemples donnés à ce titre concernent le droit pénal ainsi que l'état et la capacité des personnes.
[1574] *Id.*, n°843, p. 6s.
[1575] SAVIGNY, *op.cit.,* t.VIII, §361, p. 120.
[1576] *Id.*, §360, p. 108: « En droit actuel nous avons trouvé que le domicile est le principe qui soumet un individu à l'empire d'un droit déterminé (§ 358-359) ». Chez Savigny le rattachement était de principe territorial, lorsque c'était le domicile et non la nationalité qu'il trouvait pertinent pour la localisation de la personne.
[1577] H. L. BUXBAUM, « Territory, Territoriality, and the Resolution of Jurisdictional Conflict », 57 Am. J. Comp. L. 631 2009, spéc. p. 635.
[1578] D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.,* n°65-1, pp. 89s.

302. **La neutralisation théorique de l'extraterritorialité du droit privé par la règle de conflit bilatérale.** Lorsque Savigny prend comme « point de départ la question de savoir quelles sont les lois applicables même hors des États où elles ont été rendues »[1579], c'est la question de l'extraterritorialité des lois qui est posée. La règle de conflit bilatérale arrive à occulter cet aspect à travers la méta-normativité de son nouveau langage[1580]. La localisation des rapports de droit par les rattachements équivaut à l'allocation d'un espace légitime d'extraterritorialité. L'affirmation peut paraître paradoxale, à moins de prendre conscience que la localisation juridique est une fiction qui se sert de l'aptitude des éléments factuels de ce rapport à être localisés. De plus, les éléments pertinents en ce sens sont déterminés précisément par la relative homogénéité des catégories juridiques héritées du *jus commune*. Par conséquent, « l'aptitude virtuelle de tout ordre juridique à régir une situation juridique affectée d'extranéité »[1581] du point de vue matériel peut également être lue comme une vocation à son application extraterritoriale du point de vue spatial. Contrairement au droit public, le droit privé à une vocation *a priori* extraterritoriale, limitée spatialement par les règles de droit international privé[1582]. Le problème de la sélection du rattachement pertinent pour la localisation du rapport fait disparaître le langage de l'extraterritorialité[1583].

303. **La plurilocalisation des rapports juridiques au regard de leur dynamique.** En vertu de sa souveraineté, un État est amené à porter un jugement de valeur quant à la pertinence juridique qu'il octroie à un rapport de fait qui s'établit avec son territoire ou sa population. En fonction du moment[1584] auquel la question se pose, ce jugement de valeur peut être identifié à la fois en ce qui concerne la condition des étrangers ou les conflits de lois ou de juridictions. Cette dimension dynamique du rapport juridique a été saisie par Wengler

[1579] SAVIGNY, *op.cit.,*, t.VIII, §361, p. 122.
[1580] Sur le remplacement de la terminologie de la territorialité / extraterritorialité par celle liée aux rattachements, personnels ou réels, lors du tournant privatiste en droit international privé v. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.,* n°65-1, pp. 89s.
[1581] D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.,* n°334, p. 382.
[1582] V. M. AUDIT, « La compétence extraterritoriale du droit administratif », *in La compétence. Travaux de l'AFDA 2*, Litec, 2008, pp. 69-78, spéc. p. 74.
[1583] V. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.,* n°65-1, pp. 89s.
[1584] La question a été formulée, pour les problèmes de la méthode de la reconnaissance, sur le terrain du « champ d'application qu'il est décidé d'accorder à la loi régissant la relation à l'origine » - v. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.,* n°581, p. 690.

lorsqu'il a observé que la localisation des droits est multiple, et peut viser « tantôt le territoire dans lequel la réalisation du droit subjectif se déroule normalement, tantôt le territoire dont les autorités sont disposées à sanctionner une violation de ce droit ou à le protéger, tantôt encore le territoire de la protection la plus efficace, tantôt, enfin, le territoire dont les autorités sont en mesure d'agir sur le titulaire du droit quant à son exercice ou à sa transmission »[1585]. Son interrogation d'ordre épistémologique qui revoie à la *local law theory* est la suivante : « *Lorsque plusieurs États sont disposés à accueillir la demande d'une partie tendant à la protection d'un droit, est-ce parce qu'il y a un seul droit situé dans plusieurs États, où est ce parce qu'il existe autant de droits subjectifs qu'il y a d'États prêts à accorder leur protection juridique ?* »[1586]. L'unicité du rapport de droit dans la théorie du droit international privé serait par conséquent une question de représentation contingente due à une circonstance factuelle : la coïncidence de la catégorie de droit matériel désignée par les ordres juridiques[1587]. Cependant, Wengler admet l'idée d'un « *situs* prépondérant » en fonction de l'attitude d'un État en ce sens ainsi qu'en fonction de la reconnaissance de ce statut juridique par d'autres États[1588], ce qui signifie que le droit international public maintient sa pertinence.

304. **L'exemple du contentieux *Royal Dutch*.** Le problème de la plurilocalisation des rapports juridiques et de la pertinence du droit international

[1585] W. WENGLER, « La situation des droits », Rev. crit.DIP 1957. 185 (I) et 1957. 409 (II), spéc. p. 409. V. aussi pp. 194-197 pour la discussion en ce qui concerne l'espace de la protection et l'espace de la reconnaissance du droit.
[1586] *Id.* , préc., p. 202.
[1587] *Id.,* p. 204 : « On ne peut pas nier la pluralité des droits subjectifs bénéficiant dans divers Etats de la protection étatique - pour la seule raison que tous les pays intéressés assurent la protection en appliquant le même droit matériel ».
[1588] *Id.,* pp. 208-210 : « Si l'on accepte l'idée que le droit subjectif est situé là où un Etat peut influer sur l'usage dudit droit en agissant sur son titulaire, point n'est besoin de démontrer longuement que cette situation vient également en second rang ; elle ne dépend pas, en effet, seulement de ce que l'État qui protège le droit subjectif vis-à-vis de l'obligé maintient cette protection, mais aussi de ce qu'il reconnaît pour valables les agissements de l'autre État sur le titulaire du droit. Tandis que les cas examinés jusqu'à présent font apparaître entre les situations [de localisation] primaires et [de localisation] secondaires une différence qualitative, il existe dans d'autres cas des différences quantitatives » ; Par application de ce raisonnement pour Wengler « le droit social de l'actionnaire, la créance de l'obligataire, ont [...] leur situation primaire au siège social, au domicile du débiteur etc.; et une situation de second rang au lieu où se trouve l'action ou autre titre ».

public peut être illustré par le contentieux *Royal Dutch*[1589] concernant la portée extraterritoriale de la législation néerlandaise qui mettait en place une procédure de validation des titres par leurs porteurs dans le contexte des perturbations suite à la Seconde Guerre mondiale. Faute de la déclaration des titres dans un certain délai, ceux-ci étaient annulés. Les actions portées à l'encontre de la société Royal Dutch devant les juridictions françaises et suisses par des porteurs qui n'avaient pas déclarés leurs titres dans le délai ont été rejetées[1590] au motif principal que la législation néerlandaise n'était pas contraire aux ordres publics français et suisse[1591]. Cependant, le terrain méthodologique de l'analyse a fait l'objet des débats. Un premier point était de savoir si on était en présence d'une législation de nationalisation[1592] qui, selon la distinction entre les règles et les décisions, aurait dû être traitée sur le terrain de la reconnaissance[1593] et non sur celui des conflits de lois. Le traitement de la question sur ce dernier terrain par les juridictions françaises et suisses dans l'affaire est compatible avec la proposition de M. d'Avout quant à la « réduction finaliste du champ d'application territorial du droit interne des biens laissant place à l'application extraterritoriale de lois tierces »[1594], sous réserve de l'ordre public, au besoin dans sa forme atténué[1595]. Cette fongibilité méthodologique témoigne que les

[1589] Cass. civ. 25 janv. 1966, *Cassan c. Royal Dutch*, D. 1966. 390 note Y. Loussouarn, Rev.crit.DIP 1966. 238 note Francescakis, JDI 1966. 631 note Bredin. V. aussi Tribunal fédéral suisse, *Ammon c. Royal Dutch,* 2 fév. 1954, ATF 80 II 53, Ann. suisse de dr. int., 1955. 274, obs. Gutzwiller, JDI 1966. 151 note Lalive ; Cour de Justice civile de Genève, *Dana c. Royal Dutch*, 16 juin 1961, Ann. suisse de dr. int., p.250, note Lalive.

[1590] Voir cependant l'accueil de la demande dans un premier temps en France pour contrariété à l'ordre public d'une opération qualifiée d'expropriation par C.A. Paris, 1re, 21 déc. 1962, *Labadie c. Royal Dutch,* JDI 1963. 426 note Bredin.

[1591] Pour la critique de la qualification de droit privé de cette législation d'exception v. P. LALIVE, « Le droit public étranger et le droit international privé », TCFDIP 1973-1975, pp. 215-257, spéc. pp. 322s.

[1592] V. C.A. Paris 1re, 21 déc. 1962, *Labadie c. Royal Dutch,* JDI 1963. 426 note Bredin.

[1593] Critiquant cette approche et le « cloisonnement méthodologique » et proposant de voir dans les nationalisations des lois de police étrangères v. L. d'AVOUT, *Sur les solutions du conflit...*, préc., n°404s., pp. 543s., et n°559, pp. 729s., note de bas de page n°2.

[1594] L. d'AVOUT, *Sur les solutions du conflit...*, préc., n°405, p. 545.

[1595] V. Cass. Civ. 17 avril 1953, *Rivière*, *Grands Arrêts* n°26, Rev. crit. DIP 1953. 412 note Batiffol, JDI 1953. 860 note Plaisant, JCP 1953.II. 7863 note Buchet. V. B. AUDIT, L. d'AVOUT, *op.cit.,*n°375, p. 337 s'agissant de l'incidence d'un argument pragmatique à effet éliminatoire dans ce cas : « le refus de reconnaissance [des effets de la situation au nom de l'ordre public] pourrait présenter plus d'inconvénients que la reconnaissance elle-même ».

distinctions établies (telle que celle entre règles et décisions) ne relèvent pas de la « nécessité scientifique »[1596] mais bien au contraire du conventionnalisme.

305. **Le caractère révocable de l'inactivation du langage du droit international public.** Comme le remarquait M. Jacquet, l'extraterritorialité est un « phénomène de pouvoir »[1597]. La nature « choquante » de l'extraterritorialité est par conséquent intrinsèquement relative à l'attitude convergente ou divergente des États au regard de l'effectivité des droits subjectifs en cause. Cette relativité est illustrée lorsqu'une législation de nationalisation fait l'objet d'un contentieux (e.g. *Royal Dutch)* mais également lorsqu'elle ne donne pas lieu à un contentieux (e.g. les nationalisations françaises de l'après-guerre[1598]). L'intervention du droit international public pour gérer la légalité de cette convergence peut être opportune.

À cet égard, si la Cour de Cassation acceptait la compatibilité de la législation néerlandaise avec l'ordre public français dans l'affaire *Royal Dutch,* c'était au regard de l'ordre public international issu du droit international public, car elle retenait la participation de la France à la Déclaration de Londres du 5 janvier 1943 et aux Accords de Bretton-Woods de juillet 1944. La reconnaissance de la légitimité des mesures prises par l'État néerlandais s'effectue par rapport à un espace de convergence politique institué au regard du droit international public. Dans ce cas, l'exception d'ordre public n'est plus un simple outil de coordination mais acquiert une fonction de hiérarchisation[1599].

[1596] L. d'AVOUT, *Sur les solutions du conflit...*, préc., p. 545, n°405.

[1597] J.-M. JACQUET, « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », JDI 1985. 327, spéc. p. 328.

[1598] Sur l'absence de contentieux dans ces cas v. B. AUDIT, L. d'AVOUT, *op.cit.,* n°879, p. 783.

[1599] A. MILLS, « The Dimensions of Public Policy in Private International Law », (2008) 4 J. Priv. Int'l L. 201, spéc. p. 216 : « The possibility of shared or absolute public policy does not merely affect the justifiability of an application of public policy. Where public policy possesses this character, it transforms the effect of the public policy exception itself. Where the public policy is (actually or putatively) accepted in all the affected states, it cannot be argued that it is being used as a mechanism to impose domestic policies. [...] Public policy becomes instead a mechanism through which other norms are made to prevail over the policies inherent in private international law. It operates as a form of flexibility in the application of choice-of-law or judgment recognition and enforcement rules, without undermining the universality of the rule system. The application of shared or absolute public policy is thus not a 'horizontal' assertion of the policies of one state over another; it is a 'vertical' assertion of one policy over another, within a legal order. It involves a claim concerning the hierarchy of norms, not a claim concerning the relative superiority of the content of the norms. It is not a negative argument for rejection of the

Lorsque dans l'affaire *Ingmar*[1600] la CJCE a consacré la notion de loi de police de l'Union, c'est au regard du référentiel systémique du marché commun, expression des Traités constitutifs.

Cependant, une telle convergence peut être également l'expression d'une attitude *ad hoc*. Lorsque les juges anglais ont pris en considération la législation indienne (qui constituait des mesures de rétorsion) à l'encontre de l'Afrique de Sud dans l'affaire *Regazzoni*[1601], ils ont indirectement validé sa légitimité au regard du droit international public. Plus exactement les juges anglais ont refusé d'objectiver en tant que *légitime* l'attente des parties quant au caractère exécutoire de leur contrat gouverné par la loi anglaise en vertu du principe d'autonomie, mais dont l'exécution était en violation de la loi indienne. Cette limite à l'autonomie de la volonté peut être conceptualisée à la fois comme la manifestation d'une politique étrangère étatique, mais également comme l'expression d'un principe de droit international public de solidarité entre les États.

306. **Pertinence de l'extraterritorialité pour le contrat dénationalisé.** Dans la mesure où la règle de conflit bilatérale n'est plus la seule méthode de désignation de la loi applicable, le concept d'extraterritorialité a gardé une pertinence non négligeable dans le langage du droit international privé. Comme l'ont observé MM. Audit et Jacquet, le problème de la norme extraterritoriale est capable de soulever simultanément des questions de droit international privé et de droit international public[1602]. Du point de vue théorique, cette qualité a le

---

application of foreign law, but a positive argument for flexibility in choice-of-law rules to allow them to reflect other shared or international policies ».

[1600] CJCE, 9 novembre 2000, C-381/98, *Ingmar GB Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc.*, Rev. crit. DIP 2001. 107, note L. Idot.

[1601] *Regazzoni v. KC Sethia Ltd* [1958] A.C. 301, 327.

[1602] J.-M. JACQUET, « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », JDI 1985. 327, spéc. p. 328 : « Il apparaît que la double formulation de la question envisagée ici peut se révéler féconde et que le cadre approprié à l'étude du statut de la norme juridique extraterritoriale devra être recherché aussi bien dans le droit international public que privé. Toute la difficulté - et tout l'intérêt - du sujet reviendra à articuler les enseignements à tirer de l'une et l'autre de ces branches de droit » ; B. AUDIT, « Extra-territorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien », Rev. crit. DIP 1983. 401, spéc. p. 417. L'auteur constate que le conflit de souveraineté n'a pas été évacué : « En étudiant la question de la compétence de l'ordre juridique américain pour édicter les mesures visant directement les personnes, on a été amené à constater que si cette compétence pouvait être déniée dans un cas en raison de dispositions conventionnelles et si elle était contestable à l'égard de certains destinataires, elle était

mérite d'élargir le terrain de la *connaissance* juridique d'un phénomène au-delà des limites établies par l'orthodoxie de la discipline qui est censée l'appréhender. Dans la mesure où l'internationalité du contrat a servi à la dénationalisation de son régime juridique, la pratique des clauses contractuelles standardisées, se prête à une analyse en termes d'extraterritorialité[1603]. Cependant, lorsque le référentiel en ce sens demeure la norme étatique qui valide les clauses en question[1604], la barrière épistémologique qui postule le monopole de la positivation du droit par les systèmes juridiques étatiques est maintenue. Cela a permis par exemple aux contrats-type comme celui de l'ISDA en matière des dérivés de nourrir un marché presque sans contentieux avant la crise financière de 2008, dont la dimension peut être vue *ex post* comme une régulation à caractère extraterritorial[1605].

Son invisibilité a été également assurée par le maintien formel de l'autorité d'un ordre juridique étatique quant à la compétence juridictionnelle et au fond, comme expression de l'autonomie de la volonté.

§2. Le maintien formel de l'autorité d'un ordre juridique étatique

307. **L'approche « par le haut » du problème du contrat sans loi.** Depuis l'affirmation du principe de l'autonomie de la volonté, les débats liés au contrat sans loi ont suivi une approche « par le haut », en termes de fondements. Le problème s'est posé par rapport à la hiérarchie des sources du droit : à travers la possibilité de choisir la loi applicable au contrat, la volonté semblait prévaloir sur la loi étatique[1606]. On y a répondu à travers l'argument du maintien de la primauté de la *lex contractus* ou de la *lex fori*[1607]. D'autre part, la question était de savoir si le choix peut porter sur un corps de règles autre qu'un ordre

indiscutable à l'égard d'autres. Dans tous les cas où une compétence existe et où elle s'exerce extra-territorialement, elle entre en concours avec celle de l'État sur le territoire duquel agit l'auteur de la norme ».

[1603] N. MAZIAU, « L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits », préc., n°4.

[1604] *Ibid.*

[1605] V. *infra* n°327.

[1606] B. AUDIT, L. d'AVOUT, *op.cit.,* n°229, p. 212.

[1607] P. MAYER, V. HEUZÉ, *op.cit.,* n^{os} 739s., pp. 524s.

juridique étatique, comme les Principes Unidroit ou la *lex mercatoria*[1608]. Le Règlement Rome I n'octroie pas cette possibilité, et le débat semble clos.

Cependant, comme le souligne M. Heuzé, de manière paradoxale, c'est précisément le contentieux qui affirme au niveau textuel le nécessaire rattachement du contrat international à une loi étatique, qui, au niveau substantiel, fait prévaloir l'effectivité des clauses contractuelles sur des règles étatiques expresses de teneur contraire[1609]. La constatation s'impose également s'agissant de l'affaire des *Emprunts serbes et brésiliens*[1610]. Les références de la CPIJ à une loi étatique comme fondement d'un contrat dont les parties ne sont pas les États dans leur qualité de sujet de droit international public[1611] a, *a priori,* la signification d'une exclusion de l'ordre juridique international comme fondement légal des obligations en cause[1612]. En revanche, du point de vue substantiel, le principe *pacta sunt servanda* au niveau international étaye en l'espèce la primauté du contrat par rapport aux éventuelles dispositions étatiques d'ordre public[1613].

Le véritable enjeu de l'hypothèse du contrat sans loi devient par conséquent visible lorsque le raisonnement est mené en termes de positivation du droit, « par le bas »[1614]. Il consiste dans la légitimité de l'attente des parties que les clauses contractuelles adoptées servent toujours de règle de décision au juge éventuellement saisi. Cette attente présente la vocation d'intervenir au niveau

[1608] *Id.*, n°741, pp. 525s. En faveur d'une telle évolution sous l'égide étatique v. J.-P. BERAUDO, « Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? », *in Mélanges Lagarde,* Dalloz, 2005, pp. 93-112.
[1609] V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes,* GLN éditions, 1990, n^{os} 210s., pp. 116s.
[1610] CPIJ, 12 juillet 1929, *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*.
[1611] M. AUDIT, « Les dérivés de crédit à l'ombre du contrat sans loi », TCFDIP 2014-2016, pp. 81-107, spéc. p. 83.
[1612] T. W. WÄLDE, « The Serbian Loan Case : A precedent for investment treaty protection of foreign debt ? » *in* T.WEILER (ed.), International Investment Law and Arbitration, Leading cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law, Cameron May, 2005, pp. 383-423, spéc. p. 395.
[1613] *Ibid.*, pp. 397s.
[1614] V. *supra* n°84.

téléologique dans l'application de l'algorithme conflictuel, comme « droit à la prévisibilité »[1615].

308. **Le droit subjectif à la prévisibilité.** M. Romano identifie dans l'autonomie de la volonté en droit international privé un véritable « droit subjectif d'option de législation »[1616]. Selon l'auteur, ce droit « comporte, au profit de son titulaire, le droit de comparer [les lois éligibles] et d'exploiter la comparaison, c'est-à-dire d'exploiter les *diversités* constatées »[1617], ce qui conduit à un arbitrage normatif, légitimé déjà par la théorie économique. Au regard de la théorie juridique, M. Romano va plus loin et voit un « droit « à » la comparaison des droits […] susceptible […] d'être invoqué devant les autorités chargées de sa mise en œuvre contentieuse, en ce sens qu'elles doivent au besoin effectuer elles-mêmes la comparaison pour en garantir l'effectivité »[1618]. Ce droit « droit subjectif *aux* droits subjectifs […] ayant pour objet une situation juridique »[1619] devient par conséquent susceptible de s'imposer au juge en cas de litige. Il s'agit d'une mutation qualitative en ce sens, d'une « autonomie conflictuelle » vers une « autonomie substantielle »[1620]. En d'autres termes, on passe d'une situation qui vise le respect du choix d'une loi étatique par les parties à une situation qui vise le respect des clauses contractées *a priori* comme valables en vertu de cette loi. Paradoxalement, formellement on assiste à une « impérativisation » au regard du juge du principe d'autonomie de la volonté, qui joue au niveau substantiel en faveur non seulement de la clause contractuelle de choix de loi étatique, mais en faveur de toutes les clauses contractuelles.

[1615] G. P. ROMANO, « Les justiciables face à la comparaison des droits : vers la démocratisation d'un droit savant », *in* E. CASHIN RITAINE, L. FRANCK, S. LALANI (coord.), *L'ingénierie juridique et le droit comparé*, Schulthess, 2008, pp. 95-139, spec. 123s.

[1616] *Ibid.*

[1617] *Id.*, p. 124.

[1618] *Id.*, p. 127.

[1619] *Ibid.* : « Droit au contenu, il faut bien l'admettre, assez singulier: un droit subjectif à ce que les droits subjectifs et autres prérogatives revenant à son titulaire soient ceux qui decoulent de la loi dont une comparaison des lois retenues aura révélée qu'elle en accorde de plus amples; un droit subjectif *aux* droits subjectifs, donc un *Recht auf Rechte*, à classer donc parmi les droits ayant pour objet une situation juridique » avec référence à S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, thèse Aix-en-Provence, 1999, sur le droit portant sur une situation juridique.

[1620] Sur cette distinction v. P. de VAREILLE-SOMMIÈRE, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », *in Mélanges Mayer,* LGDJ, 2015, pp. 869-885.

309. **Une conception technologique, procédurale, de la sécurité juridique.** La sécurité juridique revendiquée comme prévisibilité à travers le principe d'autonomie est une sécurité subjective, liée à l'utilisation de l'outil contractuel comme moyen. Il est possible de retrouver ce modèle théorique dans l'observation de M. Leboulanger selon laquelle, du fait que les échanges se matérialisent à travers des contrats, « les intérêts du commerce international sont principalement les intérêts des opérateurs […] ce sont les moyens juridiques mis à leur disposition pour participer à ces changes dans les meilleures conditions possibles et, en cas de difficulté, pour régler les litiges de façon rapide et efficace »[1621].

Du point de vue substantiel, l'autonomie de la volonté en droit international privé aurait du correspondre à la liberté contractuelle dans l'ordre interne : dans les limites des lois de police et des principes qui déclenchent l'exception de l'ordre public[1622], donc en tant qu' « espace concédé par l'État »[1623]. Si les États se sont réservés la prééminence du point de vue théorique, l'innovation privée à depuis longtemps trouvé les ressorts pour contourner ces limites[1624]. En ce sens, l'argument procédural du droit à la prévisibilité à travers la possibilité de choisir la juridiction et la loi applicable occulte la critique de la normativité étatique comme règle de décision pour le juge.

310. **Vers l'autoréférentialité : la transformation de la coproduction épistémologique en automaticité.** La conception privatiste du droit international privé s'articule autour de l'objectif de prévisibilité de la juridiction et de la loi applicable pour les parties[1625]. Selon une interprétation orthodoxe, il s'agit de l'identification d'un intérêt commun aux parties, fondé sur « la croyance dans l'autorité du droit »[1626]. Comme l'observe M. Remy, « cette sécurité est garantie lorsque la loi appliquée correspond à la loi que les parties

[1621] Ph. LEBOULANGER, « La notion... », préc., p. 489.
[1622] A. MASSON, « Le paradoxe fondateur des stratégies juridiques – Essai de théorie des stratégies juridiques », préc., p. 446.
[1623] H. MUIR WATT, « La fonction économique du droit international privé », préc., p. 109.
[1624] J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'Etat-nation et le droit international privé*, LGDJ, 2011, n^{os} 446s., pp. 211s.
[1625] P. MAYER, V. HEUZÉ, *op.cit.,* n°19, p. 27 : « l'objectif essentiel du droit international privé est la *sécurité*, et non pas la justice ».
[1626] B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police*…, préc., n°138, pp. 72s.

croyaient applicable »[1627]. Pour cet auteur, lorsque cette croyance est « le fondement et non une conséquence des règles de droit international privé, […] cette croyance peut être préalable à l'existence ou à la consultation des différentes règles de droit international privé proposées par les différents ordres juridiques »[1628]. Bien que l'interdépendance entre ces deux croyances soit saisie[1629], M. Remy postule l'antériorité de la croyance des parties[1630], d'où les germes de la subjectivisation de la sécurité juridique. En occultant le fondement juridique de la croyance des parties, M. Remy est obligé de recourir à un critère considéré *a priori* comme ayant une nature extra-juridique : « l'esprit d'un homme raisonnable »[1631]. Ce qui nous amène au cœur de la problématique en ce qui concerne la notion d' « attentes raisonnables et légitimes des parties »[1632] : le risque de prendre le rationnel (y compris l'aléa moral) pour raisonnable, et de le transformer en vecteur épistémologique dans la positivation du droit.

Il est par conséquent possible de créer une autoréférentialité entre, d'une part la présomption que les parties aient voulu se soumettre à un ordre juridique et, d'autre part, la rationalité de leurs engagements contractuels en vertu de cet ordre. Cette rationalité microéconomique est de nature à absorber à la fois le *raisonnable* (la dimension sociale), et le *légitime* (le résultat d'une mise en balance pour déterminer les limites de l'usage stratégique des attentes normatives).

[1627] *Id.*, n°138, p.73.
[1628] *Id.*, n°139, p.74.
[1629] *Ibid.*, note de bas de page n°219 : « Cela ne veut pas dire que, dans un second temps, le destinataire de la norme ne pourra pas être influencé par le contenu de la règle de droit international privé édictée par un État donné. En fait, il existe en permanence un mouvement de va-et-vient entre croyance des destinataires dans l'application d'une norme donnée et contenu de la norme de droit international privé. On doit néanmoins distinguer, au moins intellectuellement, la croyance des destinataires dans l'application d'une norme donnée en tant que fondement et en tant que conséquence de la règle de droit international privé. »
[1630] *Id.*, n°139, p. 75 : « puisque la croyance dans l'application d'une norme donnée ou d'un système normatif donné peut exister indépendamment d'une règle de droit international privé, elle peut en être le fondement, c'est-à-dire l'élément au regard duquel on détermine le contenu de cette règle ».
[1631] *Id.*, n°143 p. 78,: « L'auteur d'une règle de rattachement peut alors se demander, pour déterminer le critère de rattachement, quel est, dans l'esprit d'un homme raisonnable, l'élément le plus saillant pour chaque type de situation. ». Sur la raison naturelle comme fondement historique du paradigme de la neutralité politique du droit international privé V. H. MUIR WATT, « Private International Law beyond the Schism… », préc., p. 360.
[1632] L'emploi des deux adjectifs est requis à notre avis car les deux caractéristiques ne se recoupent pas parfaitement. Pour cet emploi cumulatif v. DICEY, MORRIS&COLLINS, *op.cit.,* n°1-005, p. 4.

En matière juridictionnelle, l'arsenal des justifications mobilisées en faveur du principe d'autonomie en droit international privé en tant que technique procédurale ne passe pas le test de la cohérence[1633]. En revanche, la multiplicité des fondements retenus est compatible avec la fonction substantielle de l'efficacité des clauses d'élection du for et de la loi applicable, comme expression particulière de **l'efficacité intrinsèque du contrat.**

La préoccupation de la légitimité, qui suppose une dialectique épistémologique quant à l'usage stratégique de la technique contractuelle, devient non seulement subsidiaire par rapport à l'efficacité[1634], elle est dissoute.

311. **La « clôture épistémologique »[1635] du raisonnement en droit international privé.** L'idéologie du droit du commerce international légitime *la norme matérielle d'origine extra-étatique* comme instrument privilégié qui sert à la fois à construire et à réguler le marché international, élevé au rang de projet systémique. Cette revendication a été reçue par l'épistémologie du droit international privé à travers la reconnaissance du droit à la prévisibilité de la juridiction compétente et de la loi applicable. En ce sens, la présence des clauses contractuelles attributives de juridictions et de choix de loi renforce l'argument du maintien de la primauté des systèmes juridiques étatiques en ce qui concerne l'*ordonnancement* des contrats en cause. Ce parapluie étatique agit cependant comme une barrière épistémologique[1636], qui fait écran vis-à-vis de la réification dans le contrat des attentes, voire des revendications normatives quant à la positivation du « devoir être ». Les prémisses des calculs en ce sens, qui

[1633] V. B. REMY, « De la profusion à la confusion : réflexions sur les justifications des clauses d'élection de for », JDI 2011. 51, n^{os} 3s. L'auteur démontre que la coexistence des fondements avancés pour la justification en tant que moyen procédural des clauses d'élection de for n'est pas conciliable avec les régimes qui découleraient de chacun de ces fondements en soi.

[1634] F. CAFFAGI, « Private Law-making and European Integration: Where Do They Meet, When Do They Conflict? », *in* D. OLIVER, T. PROSSER, R. RAWLINGS (eds.), *The Regulatory State: Constitutional Implications*, OUP, 2010, pp. 201-228, spéc. p. 212.

[1635] H. MUIR WATT, « Private international law beyond the schism », préc., p. 374, qui parle de « *closeted epistemology – a form of tunnel-vision* » comme résultat de l'orthodoxie privatiste du droit international privé : « In other words, as a direct consequence of the separation between the micro-world of legal technique and the macro-world of politics, the domestication of private international law led it to develop its own closeted epistemology - a form of tunnel -vision which actively contributed to consolidating the legal foundations of informal empire. Unable or unwilling to assume its governance implications in the global economy, it began to suffer from denial when confronted with the expansion of informal power ».

[1636] V. en ce sens les débats qui ont suivi la communication de M. AUDIT, « Les dérivés de crédit à l'ombre du contrat sans loi », préc., spéc. pp. 106-107.

caractérisent la dystopie « rationaliste »[1637], sont assurées : l'attente rationnelle des acteurs économiques quant à l'effectivité de leur engagements « a-nationaux »[1638] est rendue automatiquement légitime.

Le juge éventuellement saisi voit *a priori*, à titre d'argument pragmatique à effet éliminatoire, le risque de l'aléa moral quant à l'inexécution du contrat, qui peut conduire à une abstention de s'engager dans le commerce[1639]. Ce risque n'est pas négligeable ni dans sa dimension individuelle (la rationalité économique de l'inexécution du contrat) ni dans sa dimension collective (l'attente à l'existence du marché). Ce qui mérite d'être souligné est sa capacité d'articuler à la fois le volet déductif et le volet pragmatique du raisonnement judiciaire, que ce soit dans leur dimension *ut singuli* (intérêt privé) ou collective (intérêt général). De ce fait, il peut mobiliser une argumentation susceptible d'éliminer non seulement les potentiels arguments pragmatiques fondés sur des valeurs substantielles « non marchandes »[1640] telles que le « développement durable »[1641] ou encore des « intérêts de la société globale »[1642], mais également l'argument économique du risque du marché autorégulé.

Cette barrière épistémologique ne permet plus au contentieux de « boucler »[1643] sur la rationalité issue du marché à travers un contrôle de légitimité, d'où les prémisses de l'emboîtement de la coproduction dans une *(con)fusion du droit et du marché*[1644] au profit de la méta-normativité de la doctrine orthodoxe

[1637] V. *supra* n°79.
[1638] J. BASEDOW, « The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations », préc., n°142, p. 140 : « the parties do not primarily want to allocate their relation and dispositions within a clearly identified jurisdiction, but instead try to exclude reference to, and reliance on, any specific State law as much as possible ; they want their arrangements to unfold their full effect irrespective of the applicable State law ».
[1639] J. BASEDOW, « The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations », préc., n°137, p. 137.
[1640] B. OPPETIT, « Droit du commerce international et valeurs non marchandes », *in Mélanges Lalive*, pp. 309-320, spéc. p. 311.
[1641] Ph. FOUCHARD, « La CNUDCI et la défense des intérêts du commerce international », *in* La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international : à propos de 35 ans d'activité, LPA n° 252 2003. 36
[1642] J.-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *op.cit.*, n°126, p. 82.
[1643] V. *supra* n°19.
[1644] Sur le phénomène dans le néo-libéralisme v. H. MUIR WATT, « La fonction économique du droit international privé », RIDE 2010. 103, spéc. p. 113, note de bas de page n°50 : « le droit, ensemble d'informations analogues à un système de prix, se privatise, ne se distinguant plus du marché », avec référence à M. FOESSEL, « Néo-libéralisme versus libéralisme ?», Esprit, nov. 2008, p. 78.

économique. Si « le marché dispose du pouvoir de servir *mécaniquement* l'intérêt général »[1645] (c'est nous qui soulignons), la légitimation juridique de la rationalité économique est de nature à mécaniser également la rationalité juridique. Guidé par son efficacité qui lui sert également de légitimité, le marché autorégulé ~~(ce)~~*produit* une sécurité volatile et contingente, qui prolifère vers une bulle épistémologique dans l'absence d'une contrariété factuelle, telle que la crise.

[1645] M.-A. FRISON-ROCHE, « Droit économique, concentration capitaliste et marché », *in Mélanges Farjat,* pp. 397-403, spéc. p. 400.

Conclusion du Chapitre

312. La légitimation *ex ante* de l'accès au marché international à titre méta-normatif par la rationalité économique pose le problème des mécanismes épistémologiques qui permettraient au juge éventuellement saisi de discipliner l'usage stratégique et effectif de cette rationalité. Cet *ordonnancement* relève en définitif de la normativité propre au droit positif. Cependant, sa capacité de « boucler »[1646] comme régulation du marché dont le modèle est fourni par la théorie économique se retrouve paralysée. Du point de vue méthodologique, l'émergence du droit du commerce international a articulé une critique de l'algorithme conflictuel pour légitimer une normativité directe matérielle, d'origine extra-étatique. Le renouveau de la théorie de la *lex mercatoria* ajoute une critique de la positivation du droit en contentieux étatique. Du point de vue épistémologique deux barrières occultent le glissement vers l'efficacité en soi et l'autosuffisance normative du contrat international. D'une part, la limitation du concept d'extraterritorialité à la normativité d'origine étatique, ainsi que son évacuation du langage par le bilatéralisme, empêche la représentation d'une extraterritorialité du contrat. D'autre part, le parapluie de l'ordre juridique étatique désigné par les clauses attributives de juridiction et de choix de loi fait écran à la réification du droit à la prévisibilité juridique dans le contrat. En ce sens, l'argument de la sécurité juridique (subjectivée), véhicule de la rationalité économique, est susceptible de faire échec à la représentation du risque du marché autorégulé ou lié à des valeurs non-marchandes comme argument pragmatique. Cet emboîtement de la coproduction droit < > marché correspond à la critique de la « clôture épistémologique »[1647] du droit international privé, qui est simultanément une critique *externe* du droit lorsqu'elle vise les implications axiologiques, et une critique *interne* lorsqu'elle vise ses techniques. Au regard de ce dernier volet, il est possible de constater la légitimation de la (re)production du contrat comme normativité du marché international à l'abri d'un raisonnement judiciaire qui remplace la dialectique avec l'automaticité.

[1646] V. *supra* n°19.
[1647] V. H. MUIR WATT, « Private international law beyond the schism », préc., p. 374.

Chapitre III : L'élimination du (dilemme du) juge des rapports financiers

313. **La normativité des rapports financiers « hors marché » (OTC) au début du XXI^e^ siècle. Privatisation et réflexivité de la normativité financière à la veille de la crise financière de 2008.** Les principaux modèles pour l'organisation sociale des systèmes juridiques contemporains analysés sont l'État de droit et l'économie de marché. Dans l'espace international, leur dialectique a été régulée à la fin du XX^e^ siècle par une orthodoxie du droit international privé articulée à travers le régime juridique de l'autonomie de la volonté. Néanmoins, l'épistémologie de ce régime a été parasitée par un modèle idéal de rationalité véhiculé par l'économie néoclassique[1648]. Par rapport aux spécificités du secteur financier, il s'agit d'une réaction pro-cyclique au droit financier matériel. Ce dernier s'assigne un double objectif en ce sens : d'une part, permettre la circulation du capital comme expression de la liberté économique, et d'autre part, prévenir les défaillances du marché. La dynamique des rapports financiers constitue un défi théorique important en ce sens. Si les acteurs du secteur financier se servent de la connaissance fournie par le droit pour saisir les opportunités d'investissement « hors marché », cette dynamique est constitutive d'un marché économique. Appréhendé par les orthodoxies économiques et juridiques, il a échappé à une analyse macroéconomique (quantitative) d'un triple point de vue : premièrement, à défaut de la qualité d'investisseur averti de ses intervenants ; deuxièmement, par la présomption de la rationalité des acteurs, fournie par l'économie néoclassique ; troisièmement, à travers le paradigme privatiste des litiges internationaux. La *dimension* de l'autorégulation financière (dénationalisée) a échappée à l'épistémologie économique et juridique orthodoxe.

Vue la capacité limitée de l'autorégulation financière à discipliner les comportements, pour que le schéma d'une coproduction *connaissance* < > *ordonnancement*[1649] du marché financier global se reproduise, il aurait fallu que le droit positif se réapproprie l'*ordonnancement* des rapports financiers dénationalisés. Une connaissance *ex propriis sensibus* par le juge des

[1648] V. *supra* n^os^119s.
[1649] V. *supra* n^os^ 17-19.

comportements des acteurs financiers, possible à travers le contentieux, aurait pu « boucler »[1650] sur le modèle fourni par l'économie néoclassique à titre scientifique, pour dénoncer sa contingence. Pourtant, faute de projet interétatique autre que la circulation *en soi* du capital international (primauté de l'existence du marché), le droit positif semble avoir prêté aux contrats financiers transférant le risque économique sur une base bilatérale une sécurité juridique au point d'équivaloir à l'assurance de la légitimité de ce transfert. Il est pertinent par conséquent de se demander si une telle dynamique n'a pas fourni, à la veille de la crise financière de 2008, les prémisses de la dystopie « rationaliste »[1651], et par conséquent de l'aléa moral : la rationalité d'un transfert du risque économique globalement déraisonnable.

Les représentations normatives des acteurs du marché financier ne pouvant pas faire l'objet d'une démonstration juridique, il faut chercher des indices en ce sens dans un faible contentieux financier concernant les rapports « hors marché » à la fin du XX^e^ siècle[1652]. L'analyse de l'élaboration (Section I) ainsi que de l'objectivation (Section II) du « devoir être » en matière financière, comme expression de la positivation de la normativité à la veille de la crise financière de 2008, devraient permettre d'identifier dans quelle mesure la dystopie « rationaliste »[1653] était devenue au moins une *possibilité.*

Section I : La privatisation de l'élaboration de la normativité financière

314. **Un marché OTC autorégulé.** Malgré le sentiment que « *les marchés de gré à gré sont assurément dangereux* » parmi les juristes[1654], le domaine est resté l'apanage des praticiens. Face à l'émergence d'une « véritable *lex*

[1650] V. *supra* n°19.
[1651] V. *supra* n°79.
[1652] R. FENTIMAN, « Legal reasoning in the Conflict of Laws : An Essay in Law and Practice », *in* W. KRAWIETZ, N. MacCORMICK, G. H. von WRIGHT, *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems. Festschrift for Robert Summers*, Dunker & Humblot, 1994, pp. 443-461, spéc. p. 461: « More importantly, perhaps, the conflict of laws in England illuminates an important truth : the study of law in its fullest sense, the proper understanding of legal experience, is as much about gaps in the law as the law itself. Decided cases matter, but so do those that were never decided at all ».
[1653] V. *supra* n°79.
[1654] M. GERMAIN, « Sécurité et responsabilité sur les marchés financiers – Synthèse », LPA 1996, n°56, pp. 35-36, spéc. p. 36.

mercatoria sur les marchés financiers internationaux »[1655] à la fin du XX[e] siècle, et à un faible contentieux judiciaire pour rendre transparent l'aménagement international des transactions financières[1656], *« l'utopie d'un ordre juridique boursier global transnational »*[1657] devenait vraisemblable. Une économie sur une pente ascendante légitimait empiriquement les théories de l'autorégulation. Malgré la démonstration des dérapages possibles de ce processus en termes d'externalités[1658], il était considéré qu'une *lex financia* engendrait des conséquences bénéfiques à travers la mise en concurrence des ordres juridiques nationaux[1659].

L'éclat de la crise financière en 2007, dont le moteur de propagation[1660] a été un espace financier « parallèle » des instruments dérivés (dont les dérivés de crédit ont joué un rôle important) a remis en cause les prémisses des mécanismes de régulation financière, et a légitimé des interventions étatiques étoffées[1661], dans le souci de rétablir la confiance sur les marchés.

315. **La sécurité juridique revendiquée par les contrats financiers sur les produits dérivés.** Le commencement de l'essor de nouveaux types d'instruments financiers est identifié au début des années 1970, avec l'utilisation des *options* et des *futures*[1662]. Ceux-ci, avec les *swaps,* forment les dérivés de « première génération », et caractérisent les années 1980[1663]. Dès 1990, une combinaison des ceux-ci forment la « deuxième génération », alors que les années 2000 sont caractérisés par les dérivés de crédit constituant la « troisième

[1655] H. de VAUPLANE, J.-P. BORNET, *Droit des marchés financiers*, 3[e] éd., Litec, 2001, n°4, p. 5. V. aussi P. AÏDAN, *Droit des marchés financiers, Réflexions sur les sources*, Banque éditeur, 2000, n°464s, p. 269.

[1656] J.-P. MATTOUT, « La sécurité et la responsabilité sur les marchés de produits dérivés de gré à gré », LPA 1996, n°56, pp. 24-30 ; v. également J. H. RIGGS, « Propos d'actualité sur les contentieux engagés aux Etats-Unis sur les produits dérivés », LPA 1996, n°56, pp. 31-34 qui observe que même s'agissant des affaires portées devant les tribunaux américains, la majorité avait fait l'objet d'un accord transactionnel.

[1657] A. TENENBAUM, *L'application internationale du droit boursier*, préc., n[os] 257s., pp. 289s.

[1658] H. MUIR WATT, « Aspects économiques…», n°33.

[1659] C. SIEUZAC, *op.cit.*, n°301, p. 410 : « La protection des investisseurs et la protection de l'intégrité des marchés sont internalisées par les acteurs de la société mercatique financière. La théorie de la concurrence normative ou *market theory approach* ouvre la voie à la *lex mercatoria* financière qui pourrait ainsi devenir une option réglementaire à part entière ».

[1660] V. Rapport Larosière, *passim.*

[1661] V. Th. BONNEAU, « Crise financière - Remède ou cancer ? », RDBF, n° 3, Mai 2013, repère 3.

[1662] C. LOMBARDINI, *op.cit.*, pp. 74 et 85.

[1663] H. de VAUPLANE, J.-P. BORNET, *Droit des marchés financiers,* 3[e] éd., Litec, 2001, n°698, p. 629.

génération »[1664], qui comprennent également les CDS (*credit default swaps*). Ces contrats financiers sont désormais expressément prévus par les réglementations financières en tant qu'instruments financiers distincts des « titres financiers »[1665]. Le contrat-cadre de l'*International Swaps and Derivatives Association* (ISDA)[1666] s'affirme comme standard contractuel proposé pour ce type de transactions[1667]. La « respectabilité juridique »[1668] dont a bénéficié le régime juridique bilatéral mis en place par le standard contractuel ISDA (§1) démontre l'émergence de l'autorégulation[1669] sous l'égide des pouvoirs publics (§2).

§1. La vocation totalisante du standard contractuel ISDA

316. **Les contrats-type ISDA et leur transparence réduite.** Désormais soumise à des exigences de transparence et de compensation multilatérale au niveau de l'Union européenne[1670], la régulation des produits dérivés a été l'apanage du secteur privé spécialisé jusqu'à la crise financière de 2008. L'ISDA, crée en 1985, s'est donnée la mission de la standardisation des contrats portant sur les produits dérivés, et le succès de son produit se retrouve dans la dimension du marché des dérivés, resté cependant peu transparent.

Les divers *Master Agreements* de l'ISDA ne sont pas des standards contractuels publics, ils sont soumis aux droits d'auteur, ce qui confirme leur caractère d'innovation, et sont disponibles pour la vente sur le site de l'ISDA[1671]. Malgré cette opacité du droit économique d'origine privée[1672], les enjeux des clauses

---

[1664] *Ibid.*

[1665] Art. L211-1 CMF : « I. Les instruments financiers sont les titres financiers et les contrats financiers. » ; sur cette distinction v. A. COURET, H. le NABASQUE *et al.*, *op.cit.*, n° 934, p. 670.

[1666] V. ISDA *in* D. LAUTIER, Y. SIMON, *Les 100 mots des marches dérivés,* 2e éd., PUF, 2012, p. 102.

[1667] La première version remonte à 1987, et les versions subséquentes sont celles de 1992 et de 2002.

[1668] C. SCOTT, J. BIGGINS, « Public-private relations in a transnational private regulatory regime: ISDA, the state and OTC derivatives market reform », E.B.O.R. 2012, 13(3), 309-346, spéc. p. 344.

[1669] Dans laquelle les acteurs privés voient « un moyen de pallier l'insécurité juridique de [l']approche « par les principes » [des autorités publiques] » (M. SÈVE, *op.cit.,* p. 288)

[1670] Règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement Européen et du conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux.

[1671] V. ISDA Bookstore, disponible à http://www.isda.org/publications/isdamasteragrmnt.aspx.

[1672] Sur cette distinction v. G. FARJAT, *Pour un droit économique,* PUF, 2004, p. 26 : « [...] les États apparaissent comme ayant joué un rôle considérable dans la naissance officielle du droit

spécifiques sont devenus publiques à travers la doctrine juridique (commentaires des praticiens et chercheurs), et à travers la jurisprudence étatique, dans la mesure où il y a eu des contestations en ce sens. L'utilisation de ce standard contractuel a même donné lieu à une étude anthropologique très riche[1673], anticipant la recherche en termes de comportements des acteurs financiers, suggérée plus récemment[1674]. La survenance de la crise financière globale de 2008, dont le marché des dérivés de crédit avait amplifié les effets, demande la déconstruction *ex post factum* de sa production. Les mécanismes contractuels, source de sécurité opérationnelle pour les acteurs économiques[1675] (A), contribuent à la « subjectivisation de la sécurité »[1676] à travers l'attente devenue « certitude pour les acteurs économiques que le droit s'adapte à leurs besoins »[1677] (B).

A. La mise en place des mécanismes contractuels sécuritaires

317. L'intérêt économique pour les transactions financières de gré-à-gré, simples contrats internationaux[1678], réside dans l'attractivité de l'innovation financière capable de fournir un avantage compétitif quant à la gestion des risques[1679]. En même temps, cette attractivité économique est amoindrie lorsque la structure contractuelle en cause n'offre pas une infrastructure appropriée, ainsi qu'en fonction du degré d'incertitude quant à son efficacité juridique.

318. **La capacité des contractants : le problème d'*ultra vires*.** Pour ce qui est de la conclusion des contrats financiers par les personnes morales[1680], le principe de la spécialité de la capacité, ainsi que l'incidence des dispositions

---

économique, puisque l'intervention de l'État est nécessairement transparente, alors que celle du pouvoir économique est opaque ».

[1673] A. RILES, *Collateral knowledge...*, préc.

[1674] G. CUNIBERTI, « The Merchant Who Would Not Be King. Unreasoned Fears about Private Lawmaking », *in* H. MUIR WATT and D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Private International Law and Global Governance*, OUP, 2014, pp. 141-155, spéc. p. 155.

[1675] S'agissant des marchés à terme ou dérivés, on considérait que l'« objet et la justification sont d'assurer la sécurité des marchés primaires et secondaires » v. P. DIDIER, *Droit commercial*, t.3, pp. 147-148, cité par J. B. MOJUYÉ, *Le droit des produits dérivés financiers (SWAPS, options, futures...) en France et aux Etats-Unis*, LGDJ, 2003, p. 102, note de bas de page n°226. V. *supra* n^{os} 159s.

[1676] A. COURET, « La sécurité financière », préc., pp. 374s.

[1677] *Id.*, p. 379.

[1678] V. Th. BONNEAU, F. DRUMMOND, *op.cit.*, p. 1048, n°1204.

[1679] V. A. CONSTANTIN « Les outils contractuels de gestion des risques financiers », préc. V. aussi J. M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », RTDciv. 1988. 481.

[1680] Sur la capacité des personnes physiques à conclure des dérivés v. A. GAUDEMET, *Les dérivés*, *op.cit.,* n°279, p. 135.

légales spécifiques de la *lex societatis* peuvent imposer des restrictions. Pour pallier les effets de la *lex societatis* en ce sens, selon l'*ISDA Master Agreement* les parties font une déclaration expresse quant à leur capacité[1681], qui n'a pas été cependant à l'abri des contestations en justice.

S'agissant des établissements publics, le problème s'est posé assez tôt dans le contentieux. Au Royaume-Uni, c'est dans l'affaire *Hazell v. Hammersmith* de 1992 que la Chambre des Lords décida que la conclusion par une municipalité anglaise des opérations de *swap* dépassait ses pouvoirs (*ultra vires*)[1682]. Le même problème s'est posé aux États-Unis s'agissant de l'*Orange County* de la Californie[1683]. Cette affaire présentait la particularité qu'avant de subir des pertes et invoquer son incapacité, la municipalité avait cependant profité des gains obtenus des transactions en cause. En France, c'est par rapport au but de couverture ou spéculatif de l'opération que la distinction a été faite, mais la mise en pratique de cette distinction peut soulever des difficultés pratiques[1684]. Quant aux sanctions, un auteur français se prononce en faveur de la nullité absolue s'agissant de l'incapacité des entités publiques, alors que la nullité relative serait applicable aux personnes de droit privé, même ayant à la charge la gestion des risques collectifs (*e.g.* les organismes de placement collectifs)[1685].

Dans le contentieux international, l'appréciation est plus nuancée, car si c'est la *lex societatis* qui doit être interrogée, celle-ci peut avoir, selon le cas, le statut de *lex fori* ou de loi étrangère. Dans le dernier cas, au delà de l'épineuse question de l'interprétation par le juge de la loi étrangère à cet égard, se pose le problème

---

[1681] *JP Morgan Chase Bank, N.A., v. Controladora Comercial Mexicana S.A.B. de C.V.*, Unreported, 29 Misc.3d 1227(A), 2010 WL 4868142 (N.Y.Sup.), n°2 : « Specifically, CCM represented that it had the authority to enter into the transactions, that performance under the contract "do[es] not violate or conflict with any law applicable to it" and that its obligations under the contract "constitute its legal, valid and binding obligations, enforceable in accordance with their respective terms" (*id.*). The parties also represented to each other that the ISDA Agreement's "representations will be deemed to be repeated by each party on each date on which a Transaction is entered into" (*id.*). »

[1682] *Hazell v. Hammersmith & Fulham London Borough Council*, [1992] 2 AC 1: 281 ; v. J. H. RIGGS, « Propos d'actualité sur les contentieux engagés aux Etats-Unis sur les produits dérivés », LPA 1996, n°56, pp. 31-34.

[1683] *Ibid.*

[1684] A. GAUDEMET, *op.cit.,* n^{os} 285s., pp. 138s. : L'auteur montre que la non-coïncidence entre l'élément couvert et celui de couverture (qui serait l'indice pour l'intention spéculative) peut résulter à n'importe quel moment dans la vie du contrat en fonction des évolutions du marché.

[1685] *Id.*, n°288, p. 140.

de sa connaissance par le cocontractant (erreur excusable)[1686], ainsi que de la possible application de la théorie du mandat apparent (*apparent authority*). Ainsi, une interprétation de la *lex societatis* mais également de la *lex causae*, ainsi que de l'ordre public du for seront en cause.

Selon les juges américains, l'invalidité du contrat à cause d'une violation d'une loi étrangère demande que les parties ne soient pas *in pari delicto* quant à cette violation, s'agissant d'un *malum prohibitum* (exécution illégale) et non d'un *malum in se*[1687]. Or, il semblerait que pour l'appréciation de cette faute, les juges américains prennent en considération l'engagement exprès pris à travers la clause « boilerplate »[1688], ainsi que l'histoire commerciale entre les parties[1689].

Les juges américains vérifient non seulement que le droit étranger a été violé, mais également dans quelle mesure il y a eu une intention des parties quant à cette violation, ou au moins la connaissance de celle-ci, car si l'existence de l'illégalité est une question de loi étrangère (*lex societatis*), les conséquences de celle-ci sur la validité du contrat est considérée un aspect soumis à la *lex causae*[1690]. Souvent l'appréciation de cette connaissance se réduit à une question d'appréciation de fait, comme dans l'affaire *Lehman v. Minmetals*[1691].

[1686] A. GAUDEMET, *op.cit.*, n°289, pp. 140s.

[1687] *Korea Life Ins. Co., Ltd. v. Morgan Guar. Trust Co. of NY*, 269 F Supp 2d 424, 438 [SD N.Y.2003], at. 441.

[1688] *JP Morgan Chase Bank, N.A., v. Controladora Comercial Mexicana S.A.B. de C.V.*, Unreported, 29 Misc.3d 1227(A), 2010 WL 4868142 (N.Y.Sup.), at 14: « Like the ISDA agreements in *Korea Life*, the Master Agreement here states that CCM had "the power to execute this Agreement and any other Agreement to which it is a party" (ISDA Agreement, § 3[a][ii]). [...] Finally, CCM, as the lone Mexican party to the Transactions, "could be charged with as much familiarity, if not more" with Mexican law than Barclays (*Korea Life Ins. Co. v. Morgan Guar. Trust Co. of New York*, 269 F Supp 2d at 442) »

[1689] Le fait que la relation d'affaire concernant les dérivés entre les parties était de longue durée (elle avait commencé en 1999), et que « *Prior to October 2008, CCM never claimed that any of the Transactions were void, unenforceable or otherwise invalid (id.). Indeed, CCM entered into similar transactions with a number of other institutions"* (at. 4). » Le fait de s'être également assuré de la signature répétée de toutes les confirmations transactionnelles contribue aussi : « *These documents include a fully executed ISDA Agreement containing all of the above-discussed disclaimers and Transaction confirmations repeating key disclaimers in the ISDA Agreement.* » (at. 14). V. aussi G. CORDERO-MOSS, *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*, OUP, 2011.

[1690] V. *Korea Life Ins. Co., Ltd. v. Morgan Guar. Trust Co. of NY*, 269 F Supp 2d 424, 438 [SD N.Y.2003]; Dornberger v. Metropolitan Life Ins. Co., 961 F Supp 506 [SD N.Y.1997]

[1691] *Lehman Bros. Commercial Corp. v. Minmetals Intern. Non-Ferrous Metals Trading Co.* 179 F.Supp. 2d 118 S.D.N.Y., 2000, n°142 : « Although Lehman's agreements with Non–Ferrous were illegal in China, the Court finds that there is a question of fact concerning whether Lehman

Dans l'état actuel du droit international privé, et vu le degré de sophistication des acteurs auxquels ces opérations sont destinées, une erreur quant aux restrictions applicables à la capacité du cocontractant à conclure des opérations financières complexes est difficilement admissible, *a fortiori* si les restrictions résultent des dispositions légales qui coïncident avec le droit national de celui qui essaie de se prévaloir de l'erreur[1692]. Même en matière de dispositions statutaires restrictives de capacité nous considérons qu'une erreur est difficilement concevable s'agissant d'un professionnel[1693], en cas d'existence des registres publics rendant opposables aux tiers ces restrictions.

319. **L'exclusion de l'obligation d'information entre les parties.** Une autre clause de l'*ISDA Master Agreement* est celle selon laquelle les parties ne concluent pas la transaction sur la base des informations échangées en tant que conseil d'investissement ou recommandation[1694]. L'existence d'une telle clause agrée expressément peut faire obstacle à toute allégation de fraude[1695]. En même temps, lorsque le cocontractant est un prestataire des services d'investissement[1696], il est soumis par son statut aux obligations d'information du client[1697].

---

entered those agreements with "a view to violate" Chinese law. », n°143 : « Nevertheless, Lehman failed to ensure Non–Ferrous' compliance by obtaining a copy of its SAEC license, as required in the ISDA Master Agreement [...] It is apparent to this Court that Lehman's failure to ensure Non–Ferrous' compliance with Chinese law was negligent, if not reckless. Whether Lehman's conduct evidenced a view to violate Chinese law, however, is a question of fact for the jury ».

[1692] V. A. GAUDEMET, *op.cit.*, n°289, pp. 140s. : « l'exception d'ignorance de la loi étrangère, qui pourrait éventuellement se concevoir en présence de restrictions statutaires, sera plus difficile à plaider en présence d'incapacités légales, *a fortiori* lorsque les mêmes incapacités existent en droit français ». V. Req. 16 janv. 1861, *Lizardi*, DP 1861.I.193, S.1861.I.305, *Grands arrêts* n°5 admettant le caractère excusable de l'ignorance de la loi étrangère.

[1693] V. A. GAUDEMET, *op.cit.,* n^{os} 434s., pp. 213s.

[1694] *JP Morgan Chase Bank, N.A., v. Controladora Comercial Mexicana S.A.B. de C.V.*, Unreported, 29 Misc.3d 1227(A), 2010 WL 4868142 (N.Y.Sup.), at 3 :« The parties also represented that, with respect to each transaction, each party : "is not relying on any communication (written or oral) of the other party as investment advice or as a recommendation to enter into that Transaction" ».

[1695] *Id.*, at 7-9.

[1696] N. AYNÈS, X. CLÉDAT, « Les obligations d'information à la charge des prestataires de services d'investissement en matière de produits dérivés. La souhaitable harmonisation des règles jurisprudentielles et légales au profit d'une sécurité juridique accrue », in Mélanges AEDBF VI, RB, 2013, pp. 99-109*,* spéc., p. 101, note de bas de page n°15 : « D'un point de vue strictement juridique, le produit dérivé est conclu entre le souscripteur et le PSI (qui agit alors « pour compte propre »). D'un point de vue économique cependant, et contrairement à une idée assez largement répandue, le PSI qui propose un produit dérivé à une entreprise est rarement lui-

Le problème du démarchage et de l'incidence du monopole des services d'investissement se pose[1698]. Puisque, selon les auteurs, le régime du monopole répond à un intérêt de protection du système financier, tandis que celui du démarchage répond à un souci de protection de la partie faible[1699], les investisseurs qualifiés ne sont pas protégés par le dernier[1700]. Néanmoins, la localisation du démarchage en France, même par rapport aux investisseurs qualifiés n'exclut pas l'attraction de la localisation du service financier, malgré le caractère international du contrat[1701]. La législation prévoit des obligations de loyauté des intermédiaires envers leurs clients[1702]. Même si le droit français n'est pas l'équivalent de l'anti-fraude « *catch-all* » de la règle 10b-5 américaine, il prévoit un dispositif ayant pour but la protection du consentement du client de l'intermédiaire, mais également, selon une représentation récente en ce sens, « le marché dans son intégralité »[1703].

Lorsque le contrat est international, la portée de ces dispositions dépend cependant de leur statut dans un potentiel litige à cet égard : *lex causae*, *lex fori*, loi de police étrangère[1704]. Dans le cas des groupes des sociétés, lorsque la société du groupe ayant effectué la prise de contact en vue de la transaction ne coïncide pas avec la société du groupe qui se porte cocontractant, l'opération est dénationalisée[1705] et devrait être re-rattachée à un marché national, ce qui

---

même la contrepartie qui prend à sa charge le risque concerné : dans la plupart des cas, le PSI n'est en fait qu'un intermédiaire entre l'entreprise et le spéculateur » :

[1697] V. H. de VAUPLANE. J.-P. BORNET, « Marchés financiers: le défi de la transposition de la DSI », Bull. Joly Bourse, 1996, p. 376.

[1698] H. BOUCHETEMBLE, W. SANBAR, *op.cit.,* n^os9s, pp. 28s.

[1699] *Id.*, n°9, p. 28.

[1700] V. L341-2 1° CMF : « Les règles concernant le démarchage bancaire ou financier ne s'appliquent pas : 1° Aux prises de contact avec les investisseurs qualifiés définis à l'article L. 411-2 et avec les personnes morales dont le total du bilan, le chiffre d'affaires, le montant des actifs gérés, les recettes ou les effectifs sont supérieurs à un seuil fixé par décret ; ».

[1701] H. BOUCHETEMBLE, W. SANBAR, *op.cit.*, n°10, p. 29.

[1702] V. L533-11 et L533-12 CMF

[1703] N. AYNÈS, X. CLÉDAT, « Les obligations d'information à la charge des prestataires de services d'investissement en matière de produits dérivés. La souhaitable harmonisation des règles jurisprudentielles et légales au profit d'une sécurité juridique accrue », *in Mélanges AEDBF VI*, 2013, pp. 99-109, spéc. p. 101, n°6 : « L'information du souscripteur constitue ainsi un moyen de protéger son consentement tout autant que le marché dans son intégralité ».

[1704] V. *supra* n°277

[1705] V. *infra* n°347 s'agissant de l'affaire Lloyd's ; v. également *Credit Suisse First Boston (Europe) Ltd v MLC (Bermuda) Ltd*, [1999] 1 All E.R. (Comm.) 237; [1999] 1 Lloyd's Rep. 767; [1999] C.L.C. 579 ; *Morgan Stanley & Co International plc v China Haisheng Juice Holdings Co Ltd.*, [2009] EWHC 2409 (Comm), [2012] 2 C.L.C. 26.

soulève le problème du test des effets et du reproche d'extraterritorialité de la législation financière.

320. **La compensation anticipée (*close-out netting*).** Privées de la sécurité opérationnelle assurée par les marchés réglementés à travers les mécanismes de compensation multilatérale, les parties aux contrats conclus OTC s'appuient sur des mécanismes contractuels de droit privé comme substitut bilatéral d'une infrastructure du marché : novation, compensation, netting, suretés financières[1706]. Un des avantages de l'utilisation des contrats-cadre comme celui de l'ISDA est la possibilité de « globalisation des opérations »[1707] qu'ils offrent. Ainsi, des obligations *a priori* indépendantes et autonomes entre deux parties peuvent être regardées comme faisant partie d'un « cadre contractuel unique »[1708], ce qui permet de se rapporter au « net » des dettes et des créances réciproques pour le calcul du risque soit du point de vue des exigences prudentielles, soit en cas de défaillance d'une partie[1709].

La question du *netting*, qui se situe « au carrefour du droit des contrats et du droit de la faillite »[1710] est particulièrement importante en tant que mécanisme de sécurité bilatéral, mais également au regard du risque de contagion en cas d'insolvabilité d'une partie. Sans rentrer dans les spécificités typologiques de ces clauses[1711], nous nous bornons au constat que le mécanisme suppose qu'en cas d'événement de défaut (*event of default*) (*e.g.* ouverture de la procédure d'insolvabilité pour une partie) concernant une partie, l'autre a le droit de résilier, de manière anticipée (*early termination*) toutes les transactions, et calculer une somme nette (compensation) à payer entre les parties.

321. **Les sûretés financières (*collateral*).** Les sûretés financières sont utilisées assez souvent comme mécanisme de sécurité pour assurer la bonne exécution

[1706] J. P. BRAITHWAITE, « OTC derivatives, the courts and regulatory reform », préc., p. 366.
[1707] H. de VAUPLANE, J.-P. BORNET, *op.cit.*, p. 621, n°690 ; H. DE VAUPLANE, J.-P. BORNET, « Réflexions pour une approche globale des opérations de marché », RD bancaire et bourse 1994. 248.
[1708] H. de VAUPLANE, J.-P. BORNET, *op.cit.*, p. 621, n°690.
[1709] *Ibid.*
[1710] H. de VAUPLANE, « Les projets de réforme relatifs aux produits dérivés en Europe », Revue Banque 2011 n°740, pp. 79-82, spéc. p. 80.
[1711] V. pour les variétés des clauses A. CAILLEMER DU FERRAGE, « L'impact de la résolution sur le netting », RDBF oct. 2013, dossier 38.

des dérivés. Elles posent cependant un problème d'opposabilité en cas de procédure de faillite à l'encontre de la partie les ayant fournies. De plus, lorsqu'elles portent sur des titres intermédiés, les enjeux liés à la loi qui leur est applicable ne sont pas négligeables.

B. La réception privilégié de l'infrastructure contractuelle par les législations étatiques

322. **La loi et la juridiction applicables aux contrats fondés sur le standard ISDA.** L'*ISDA Master Agreement* limite en principe le choix des parties s'agissant de la loi applicable et de la juridiction désignée par la clause attributive à deux options : tribunaux anglais ou de l'État de New York, loi anglaise ou de l'État de New York[1712]. Ces options sont sans doute liées à l'étendue de l'autonomie de la volonté reconnue par ces ordres juridiques, en corrélation avec l'affirmation de ceux-ci en tant que centres financiers. Quant à l'État de New York, bien que le *Restatement Second* prévoie la nécessité d'un lien raisonnable entre le contrat et la loi choisie[1713], en 1984 cet État a adopté une disposition dérogatoire pour les contrats d'un montant d'au moins 250.000 dollars, sous réserve de certaines matières sensibles[1714].

[1712] ISDA response to UK consultation regarding revision of Brussels I Regulation, 11 February 2011, disponible à http://www.isda.org/speeches/pdf/EU_Brussels1_ISDA_Response_to_UK_consult_v1.pdf.

[1713] Section 187(2) of the Restatement (Second) Conflict of Laws : « (2) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue, unless either (a) the chosen state has no substantial relationship to the parties or the transaction and there is no other reasonable basis for the parties choice, or (b) application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and which, under the rule of § 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties ».

[1714] New York General Obligation Law §5–1401 : « (1) The parties to any contract, agreement or undertaking, contingent or otherwise, in consideration of, or relating to any obligation arising out of a transaction covering in the aggregate not less than two hundred fifty thousand dollars ... may agree that the law of this state shall govern their rights and duties in whole or in part, whether or not such contract, agreement or undertaking bears a reasonable relation to this state. This section shall not apply to any contract, agreement or undertaking (a) for labor or personal services, (b) relating to any transaction for personal, family or household services, or (c) to the extent provided to the contrary in subsection two of section 1–105 of the uniform commercial code. (2) Nothing contained in this section shall be construed to limit or deny the enforcement of any provision respecting choice of law in any other contract, agreement or undertaking ».

Cette réduction du champ de l'autonomie de la volonté[1715] a rendu *de facto* les juges anglais et américains « les points d'ancrage juridique » (« *juridical touchdown* »)[1716] du marché des dérivés, en contrepartie de son « *lift-off* » à travers l'arbitrage normatif[1717]. Cependant, le modèle de l'acteur économique rationnel[1718] semble avoir affecté à titre méta-normatif le raisonnement juridictionnel en droit anglo-américain. Quant aux autres ordres juridiques susceptibles d'être pertinents et par conséquent affirmer une compétence en cas de saisine de leurs juridictions en violation de la clause attributive, ils ont accueillies expressément les dérogations mises en place par ce standard contractuel.

323. **L'immunisation des dérivés par rapport à l'exception de jeu.** Pour les pays civilistes, l'apparition de nouveaux produits financiers pose le plus souvent le problème de l'application possible de l'exception de jeu (art. 1965 C. civ.), d'où la nécessité des dérogations expresses en ce sens. Si les marchés à terme ont été validés par la loi du 28 mars 1885, des dérogations successives ont été nécessaires dans les années 1980-1990 afin que les nouveaux dérivés négociés de gré-à-gré pénètrent sur le marché[1719]. La jurisprudence française a eu également l'occasion de se prononcer sur le caractère d'ordre public de l'exception de jeu dans le contentieux international. De manière peu surprenante, l'exception de jeu a été considérée comme s'appliquant exclusivement en tant que disposition de la *lex causae*[1720].

324. **La stimulation de l'utilisation des sûretés financières (*collateral*). Le problème de leur opposabilité lorsque la détention des titres est intermédiée.** La possible invalidité ou inopposabilité des sûretés financières

---

[1715] L'option d'une clause compromissoire étant possible également.

[1716] R. WAI, « Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization », 40 Colum. J. Transnat'l L. 209 2001-2002, spéc. p. 265s.

[1717] *Ibid.*

[1718] V. *infra* n[os] 346s.

[1719] V. l'actuel art. L211-35 CMF qui prévoit une dérogation générale : « Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui résultent de contrats financiers, se prévaloir de l'article 1965 du Code civil, alors même que ces opérations se résoudraient par le paiement d'une simple différence ».

[1720] Civ. 1[re], 16 mars 1999, n° 96-21794, Defrénois 1999. 1324 note Ph. Delebecque. En l'espèce une société française essayait d'échapper à ses obligations selon un contrat conclu sous la loi anglaise. V. aussi *Banco Santander Totta S.A. v Companhia de Carris de Ferro de Lisbao S.A. and others* [2016] EWHC 465 (Comm), 4 March 2016, Banque&Droit, n°167, mai-juin 2016, note G. Affaki.

dans certaines juridictions est, du point de vue économique, une question de « coûts résultant de l'application du droit moins moderne »[1721]. Le régime juridique des sûretés financières est lié par conséquent au prix du crédit : une insécurité juridique à cet égard se traduit par un prix du crédit plus élevé ou par son indisponibilité[1722]. Plus exactement, il s'agit de l'absence d'accès aux nouveaux marchés fondés sur l'innovation financière.

Parmi les sources des régimes juridiques mettant eu œuvre cette politique économique[1723] se retrouve la directive 2002/47 concernant les contrats de garantie financière, qui a immunisé ces mécanismes de bonne exécution contractuelle quant à l'opposabilité au regard des droits des faillites nationaux par son article 8 ; la règle de conflit qui leur est applicable les soumets à la loi du pays où le compte pertinent est situé (PRIMA)[1724], bien que cette localisation soit fictive[1725]. Le recours à de telles garanties, notamment lorsqu'elles portent sur des instruments financiers, a accéléré également la circulation du capital à travers les contrats financiers conclus hors les marchés réglementés. L'évaluation de la transposition de la directive est révélatrice à cet égard : « *[La directive] a également amélioré la sécurité juridique pour certaines techniques utilisées dans les opérations de garantie. Elle aide ainsi les participants au marché à mieux gérer le risque juridique et, partant, à réduire le montant des*

[1721] H. L. BUXBAUM, « Unification of the Law Governing Secured Transactions: Progress and Prospects for Reform », Rev. dr. unif. 2003. 321, spéc. p. 323 : « Costs resulting from the application of less modernized law ».
[1722] *Ibid.*
[1723] Sur le fait que l'admission des garanties réelles constituées selon un droit étranger peut être mise en œuvre selon la politique législative favorable ou non au règlement des dettes, à travers un emploi fonctionnel de la règle de droit international privé pertinente v. L. d'AVOUT, *Sur le solutions…,* préc., n°517, p. 682.
[1724] Selon l'article 9 de la directive « 1. Toute question concernant l'un des éléments énumérés au paragraphe 2 qui se pose au sujet d'une garantie sous forme d'instruments financiers transmissibles par inscription en compte est réglée selon la loi du pays où le compte pertinent est situé. La référence à la loi du pays désigne le droit interne de ce pays, nonobstant toute règle stipulant que la question considérée doit être tranchée selon la loi d'un autre pays. 2. Les éléments visés au paragraphe 1 sont les suivants: a) la nature juridique et les effets patrimoniaux de la garantie sous forme d'instruments financiers transmissibles par inscription en compte; 2. Les éléments visés au paragraphe 1 sont les suivants: a) la nature juridique et les effets patrimoniaux de la garantie sous forme d'instruments financiers transmissibles par inscription en compte ; »
[1725] En ce sens v. L. d'AVOUT, *Sur les solutions...*, préc., n°351, p. 487 et n°322, p. 447.

fonds propres réglementaires qu'ils doivent obligatoirement détenir en vertu de l'accord de Bâle II »[1726].

325. **L'immunité de la compensation anticipée à l'égard du droit des faillites**. A partir de 1996, ISDA a publié sur son site des versions du *Netting Model Act* à l'intention des législateurs et des régulateurs[1727] en tant que guide pour l'adoption des normes juridiques validant les mécanismes contractuels de compensation anticipée. Selon la doctrine le *Netting Model Act* a été inspiré lui-même par la législation bancaire de l'État de New York en ce sens[1728].

La directive 2001/24/CE concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit[1729] avait immunisé ces clauses contre l'emprise des droits nationaux de faillite (sauf en ce qui concerne la qualification des créances éligibles[1730]), en soumettant la question des « conventions de compensation et de novation » à la *lex causae*. Les débats en ce sens suite à l'expérience de la crise financière de 2008 montrent que d'une part la reconnaissance de ce mécanisme est nécessaire au regard de la sécurité juridique des cocontractants, alors que sa suspension provisoire en cas de procédure d'insolvabilité peut s'avérer nécessaire dans certaines circonstances pour la sécurité du système[1731]. Un

[1726] *Rapport de la Commission au Parlement Européen et au Conseil. Rapport d'évaluation sur la directive concernant les contrats de garantie financière* (2002/47/CE) du 20 décembre 2006, COM(2006) 833 final, [disponible à http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:52006DC0833].

[1727] V. *ISDA Memorandum on The Implementation of Netting Legislation. A Guide for Legislators and Other Policy-Makers*, March 2006, disponible au public à http://www2.isda.org/functional-areas/legal-and-documentation/opinions/.

[1728] D. P. CUNNINGHAM, T.J. WERLEN, « The model netting act : A solution for insolvency uncertainty », Futures and Derivatives Law Report 16(9) 7 cité par A. RILES, *Collateral knowledge*..., préc., p. 220, note 15. La prise de model de la législation bancaire de l'État de New York est cité également par ISDA en ce qui concerne les dispositions du 2006 *Netting Model Act* sur le netting concernant les multinationales – v. *ISDA Memorandum on The Implementation of Netting Legislation. A Guide for Legislators and Other Policy-Makers*, March 2006, préc., p. 12.

[1729] Directive 2001/24/CE. V. aussi art. L613-31-5, 4° CMF.

[1730] En ce sens A. GAUDEMET, *op.cit.,* n°522, p. 257. A. CAILLEMER du FERRAGE, « Close-out netting et faillites internationales », RDBF 1/2007.100.

[1731] H. de VAUPLANE, « Les projets de réforme relatifs aux produits dérivés en Europe », Revue Banque 2011 n°740, p. 79-82 : « Depuis plusieurs mois, cette question fait l'objet de nombreuses réflexions au sein du Comité de Bâle comme des différentes instances du G20 dans le cadre des discussions relatives aux plans de résolution et aux institutions financières systémiques (SIFI's). Il s'agit à la fois de s'assurer de l'efficacité des dispositifs de netting en période défaut, tout en limitant dans certaines circonstances leur pleine efficacité ! » ; Annex XVII: Overview of the results of the public consultation on technical details of a possible eu framework for bank resolution and recovery (January - March 2011), [disponible à http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/crisis-

auteur vise même l'élimination des articles renvoyant à la *lex causae*, en doutant de leur capacité à assurer dans toute situation la sécurité-prévisibilité des parties[1732].

326. **Approche générale.** Pour ce qui est des débiteurs autres que ceux soumis au régime spécifique de la directive, c'est le Règlement 1346/2000 qui avait utilisé une autre technique, celle de la prise en considération de la loi applicable à la créance pour protéger le créancier et permettre la compensation[1733]. Effectivement, dans un souci de prévisibilité, c'est uniquement selon la loi de la créance que la possibilité de la compensation sera appréciée (même si le principe n'est pas formulé comme une règle de conflit, comme le souligne M. Bureau[1734]), alors que son opposabilité demeure soumise à la *lex concursus,* qui se trouve néanmoins « neutralisée »[1735]. Cependant, il n'est pas certain que la validité du mécanisme de résolution compris dans le *close-out-netting* soit également appréhendée à travers la disposition du

---

management/2012_eu_framework/impact_assessment_final_en.pdf] : « Temporary suspension of close out netting: Most Member States support the need for a temporary suspension of close out netting rights, as suggested in the consultation. A number point out that a proposal would need to clarify the interaction with other EU measures, including the Financial Collateral and Settlement Finality Directives, EMIR and MiFID, or to deal with the impact of resolution on default and cross-default clauses. Many of the respondents that support the principle of a temporary suspension consider that there should be an exemption for central banks, CCPs and payment and settlement systems for reasons of financial stability. Industry respondents are more divided on this issue. While many recognize the need for, and support a stay, provided it is limited, subject to strict conditions and backed by the safeguards proposed in section H of the consultation, a couple strongly disagree and others express concerns. Particular concerns are expressed by exchanges, clearing and settlement systems and bodies representing this industry sector. Others note the need for clear notification procedures to avoid legal uncertainty about the exact beginning and end of the period of suspension. » .V. aussi P. AIDAN, Ph. DORIN, « Structured Equity Derivatives in France: Counterparty Risk and Other Challenges in Times of Crisis », *in* A. COURET, C. MALECKI (dir.), *Les defis actuels du droit financier*, Joly Editions 2010, pp. 381-404.

[1732] A. GAUDEMET, « Proposition de directive Résolution : une occasion d'en finir avec les articles 25 et 26 de la directive du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit », RDBF mai 2013, comm. 108. « Il paraît inconcevable que les pouvoirs de résolution, d'assainissement ou de liquidation des établissements de crédit des autorités nationales puissent être tenus en échec, serait-ce partiellement, par l'application d'une loi étrangère à certaines conventions conclues par ces établissements. C'est toute l'ambition de la proposition de directive Résolution d'investir les autorités nationales de pouvoirs de résolution efficaces des difficultés de leurs établissements de crédit ».

[1733] V. D. BUREAU, « La fin d'un îlot de résistance. Le règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité », Rev. crit DIP 2002. 613, spéc. n°83, p. 663.

[1734] *Ibid.*

[1735] A. GAUDEMET, *op.cit.,* n°523, pp. 257s. Exprimant des doutes quant à l'utilité de la règle soumettant l'opposabilité de la compensation à la *lex concursus* v. D. BUREAU, « La fin d'un îlot de résistance...», préc., n°84, p. 664,.

règlement, mais il semblerait qu'en pratique la plupart des lois nationales de faillites y contiennent un mécanisme dérogatoire de validation à cet égard[1736].

327. **Conséquences.** La validation par les lois nationales de clauses de l'*ISDA Master Agreement* a été un des vecteurs du développement d'un marché des dérivés dépassant, du point de vue quantitatif, la circulation « réglementée » du capital. Cette validation s'est imposée comme nécessaire du point de vue économique pour permettre l'accès des opérateurs économiques aux opportunités d'aménagement des risques offertes par les dérivés. *A contrario,* l'invalidation équivaut à une source d'insécurité juridique bilatérale susceptible d'engendrer un risque systémique lors de la défaillance d'une contrepartie. Cependant, c'est exactement la représentation d'une sécurité individuelle qui dérive de l'effectivité du contrat qui est susceptible de créer l'aléa moral, qui consiste dans la prise de risque avec la représentation que celui-ci soit assuré par le contrat, ce qui conduit à un autre risque systémique qui s'amplifie par lui-même. La perception par les ordres juridiques des transactions de gré-à-gré comme ayant une dimension « résiduelle » du marché financier[1737] a contribué à occulter le phénomène de la systématisation normative de ce secteur du commerce international sur une logique de sécurité bilatérale, ce qui, *à partir d'un certain moment*, est devenue source d'insécurité collective. La théorie de la régulation financière a eu sa contribution en ce sens.

§2. L'émergence d'une véritable *lex financia* contractuelle

328. **Épistémologie de la régulation financière et l'approche instrumentale du droit**. Si en principe « le droit est appelé à suivre les évolutions et rarement à les précéder ou à les susciter »[1738], la régulation économique mise en place par les États dans la seconde moitié du XX^e^ siècle s'inscrit dans la deuxième logique. Elle ne se limite pas à la correction des défaillances du marché

[1736] *Id.*, n°524, p. 259 : « Dans les Etats membres de l'Espace économique européen et même dans la plupart des Etats membres de l'Organisation pour la coopération et le développement économique, la *lex concursus* garantit en principe d'elle-même l'opposabilité du mécanisme de résiliation-compensation des conventions-cadre de dérivés aux procédures d'insolvabilité ».

[1737] S. J. CHOI, A. T. GUZMAN, « National Laws, International Money : Regulation in a Global Capital Market », 65 Fordham Law Review 1855, April 1997, p. 24 : « *For the **residual** number of transactions* that take place off-exchange, a more factor-driven connection test may be necessary. » (c'est nous qui soulignons)

[1738] L. DABIN, « L'aménagement des pouvoirs normatifs selon une perspective commune aux juristes et aux économistes », *in Mélanges Sayag*, pp. 47-60, spéc. n°3, p. 49.

économique, mais vise son « efficience ». La relation entre moyens et fins est déterminée de manière technocratique, y compris à l'aide de la théorie économique. Le discours régulateur se caractérise par un but recherché par plusieurs moyens (parmi lesquels le droit) pour « obtenir des résultats non produits par le marché » et pour atteindre un « rééquilibrage des rapports de force »[1739]. La régulation financière répond à cette logique : sa « [spécificité] réside dans la finalité attachée à ce droit : ce droit doit permettre et doit garantir un bon fonctionnement des marchés. Le bon fonctionnement des marchés financiers est une fin qui justifie les techniques juridiques mises en œuvre pour y parvenir »[1740]. Pour cette branche du droit, il existe un « principe d'efficacité qui serait une sorte de principe directeur »[1741]. Compte tenu de la dynamique de la finance contemporaine, le plus souvent **le droit financier matériel n'offre pas un modèle de comportement, mais est appelé à fournir une décision de validité ou d'invalidité des pratiques.** Cependant, à la veille de la crise financière de 2008, il a abdiqué ce rôle en faveur des *standards procéduraux* qui caractérisent l'autorégulation.

329. **Une lecture transversale.** La normativité d'origine privée, construite sur des mécanismes bilatéraux de sécurité selon la science économique, pose un problème de la prise en compte de l'intérêt général lorsqu'elle est génératrice d'un marché. A cet égard, la « complémentarité des normalisations privées et publiques dans les économies libérales »[1742] pour laquelle militait Farjat, qui suppose un processus dialectique, est remise en cause lorsque le raisonnement judiciaire devient automatique. À la veille de la crise financière de 2008, cette dialectique, bien que présente formellement, a été neutralisée du point de vue substantiel par la contractualisation du « devoir-être » en matière financière (A),

[1739] M.-A. FRISON-ROCHE, « Définition du droit de la régulation économique », D. 2004, n^{os} 16 -18, p. 129. V. aussi M.-A. FRISON-ROCHE, « Régulation bancaire, régulation financière », *in Mélanges Didier*, Economica, 2008, p. 182, n°36 : « *La régulation se pense à partir de l'objet concret sur lequel elle porte et tire sa substance de l'effet que son maillage de règles, de décisions, de comportements et de messages, vise à produire. La régulation est* ***instrumentale****, c'est ce qui suscite si souvent critique ; elle est téléologique, c'est ce qui la tire toujours du côté de la* ***logique*** *et non pas du* ***normatif*** » (c'est nous qui soulignons).

[1740] N. N. RONTCHEVSKY, J.-P. STORCK, M. STORCK, « Le réalisme du droit des marchés financiers », *Mélanges D. Schmidt*, Joly éditions, 2005, p. 447, cité par A. COURET., H. le NABASQUE *et al.*, *Droit financier,* préc., n°5, p. 6.

[1741] A. COURET., H. le NABASQUE *et al.*, *Droit financier,* préc.*,* n°5, p. 6.

[1742] G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », *in Mélanges Goldman*, pp. 47-66, spéc. p. 57.

assurant les prémisses de l'émergence d'un aléa moral quant à la prise de risque (B).

A. L'agrément public pour la contractualisation de la régulation financière

330. **La préférence pour la délégation de l'élaboration de la norme financière au niveau de l'OICV.** L'approche européenne en matière de régulation financière reflète également une politique internationale informelle élaborée au sein du Comité de Bâle, de l'OICV et de l'AICA. Ce niveau de coopération internationale n'est pas formalisé au regard du droit international public à travers le statut d'organisation internationale, car ces entités sont de simples associations de droit privé sans but lucratif[1743]. Cependant, elles établissent les grandes orientations de la régulation financière internationale. En 2000, l'OICV publiait son rapport « *Modèle pour une (auto)régulation efficace* »[1744] qui analysait les rapports entre les régulateurs nationaux et les SROs (*self-regulatory organisations*). Cette position était destinée à « promouvoir la déférence à l'égard des SRO en tant que régulateurs de « première ligne », à condition de surveillance gouvernementale conformément aux standards généraux de performance »[1745].

Cette approche suppose que la surveillance publique ne « gêne pas et n'usurpe pas la possibilité des SRO de répondre rapidement et de manière flexible aux conditions changeantes des marchés et aux besoins commerciaux »[1746]. En ce sens, l'intervention des régulateurs pour approuver les normes financières créées par les SRO « ayant un historique des succès » était considérée comme un

[1743] Sur la création sur une base informelle ainsi que sur l'évolution de l'institutionnalisation de ces forums de coopération v. R. BISMUTH, *La coopération internationale des autorités de régulation*..., p. 261s., n°381s. s'agissant du Comité de Bâle, p. 292s., n°434s. s'agissant de l'O.I.C.V. et de l'A.I.C.A..

[1744] Rapport OICV du mai 2000, « Model for effective (self-)regulation », [disponible sur http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD110.pdf].

[1745] *Ibid.* p. 2 : « The paper also addresses the relationship of the SRO to the government regulator, advocating deference to SROs as "frontline" regulators, subject to government oversight under general performance standards ».

[1746] *Ibid.*, p. 3 : « One of the biggest challenges that government faces in devising and administering a statutory oversight framework is to provide an appropriate level of government oversight of SRO activities without encumbering or usurping an SRO's ability to respond quickly and flexibly to changing market conditions and business needs ».

« échelon inutile de révision et régulation »[1747]. La surveillance publique était censée ne pas concerner « les détails » de la régulation financière[1748].

Le rapport OICV reconnaît d'une part la contribution des SRO « à la qualité de la régulation et au contenu des politiques dans l'intérêt public »[1749] ; d'autre part, il attire l'attention sur « le risque que le SRO se transforme dans un agent des politiques publiques au coût de ne plus être un SRO efficace »[1750].

Quinze années plus tard l'OICV révise sa position à l'égard des SRO, lorsqu'elle invite à une étroite collaboration entre celles-ci et les régulateurs étatiques pour atteindre un niveau optimal de dissuasion des comportements déraisonnables des acteurs financiers[1751]. En ce sens, il est admis que les SRO peuvent d'une part renforcer les actions des régulateurs quant à la dissuasion, comme ils peuvent d'autre part l'ébranler[1752].

331. **L'activité de l'ISDA.** En tant que forme de normativité, la documentation ISDA (les standards contractuels et l'activité de l'ISDA) pose un problème de qualification juridique au niveau des sources du droit. Elle apparaît comme une forme de la *lex mercatoria* financière[1753] dont la représentation dans

[1747] *Ibid.*, pp. 8s. : « In some jurisdictions, SROs submit new rules and rule changes to the statutory regulator to ensure they are consistent with the protection of investors, as well as other standards. SROs, with an established track record of successes, should be given both the authority and the responsibility to determine and evaluate what rules are appropriate to govern the conduct of their members. The statutory regulator should step in only if a self-regulatory organization shirks its responsibilities and allows its members to endanger customer funds or engage in fraud, manipulation and other illegal conduct. This would allow the statutory regulator to focus its limited resources where there is the most risk, rather than creating an unnecessary layer of review and regulation ».

[1748] *Ibid.*, p. 10 : « However, at the level of day-to-day administration of the markets, government oversight should not extend to the detail. Rather, the SRO should be permitted autonomy to ensure the maintenance of a fair and orderly market and to achieve its other selfregulatory goals. »

[1749] *Ibid.*, p. 2.

[1750] *Ibid.*, p. 9.

[1751] Rapport OICV du juin 2015, « Credible Deterrence in The Enforcement of Securities Regulation », p. 19.

[1752] *Ibid.*, p. 19 : « Deterrence arising from enforcement activities is supported when SROs and other industry organisations collaborate with the regulator. Conversely, an SRO without robust and committed regulatory infrastructure can undermine a regulator's efforts to promote credible deterrence. Regulators should consider having regular dialogue with SROs, and/or inspections of SROs, to ensure they fulfil their regulatory mandates and provide information, on a timely basis, about suspected misconduct ».

[1753] A. RILES, *Collateral knowledge...*, préc., p. 32. G. CUNIBERTI, « The Merchant Who Would Not Be King. Unreasoned Fears about Private Lawmaking », *in* H. MUIR WATT, D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (ed.), *Private International Law and Global Governance*, OUP, 2014,

la doctrine juridique semble contradictoire. D'une part, il est mis en évidence l'objectif de « créer des obligations contraignantes entre [les] membres [de l'ISDA] qui ne dépendent pas de l'État pour leur autorité et légitimité »[1754]. D'autre part, on souligne que cette forme de « *lex mercatoria* financière […] [n'est pas] autonome par rapports aux ordres juridiques nationaux mais plutôt soumise à ceux-ci »[1755], du fait que les tribunaux *ont la possibilité* d'invalider des clauses de l'*ISDA Master Agreement*[1756]. Or, cette possibilité demeure soumise à la double condition qu'un litige soit effectivement porté devant les tribunaux, et que l'épistémologie du juge saisi lui permet une représentation de la situation proche de la réalité économique et un *doute* quant à la portée des clauses contractuelles en cause. Ce *doute* est minimisé à travers l'activité de l'ISDA qui n'offre pas seulement son standard contractuel *en tant* qu'*instrumentum*, mais en tant que résultat d'un ensemble de « pratiques du savoir » (*knowledge practices)*[1757] qui est à la fois « différent du point qualitatif du droit étatique »[1758] et « similaire dans le travail technique […] au « travail étatique » »[1759]. L'analyse anthropologique d'Annelise Riles révèle un lobby scientifique (sur la base de l'expertise) de l'ISDA pour l'adaptation des droits nationaux en vue d'assurer l'efficacité des clauses du *Master Agreement*[1760]. Il s'agit non seulement de « créer des droits à travers des contrats privés, mais aussi d'influencer les contours de ces droits [subjectifs] lorsqu'ils trouvent l'expression dans les droits nationaux »[1761].

---

pp. 141-155, spéc. p. 145, avec référence à H. COLLINS, « Flipping Wreck : Lex Mercatoria on the Shoals of Ius Cogens » *in* S. GRUNDMANN, F. MÖSLEIN, K. RIESENHUBER (eds.) *Contract Governance. Dimensions in Law and Interdisciplinary Research.* », OUP, 2015.

[1754] A. RILES, *Collateral knowledge...*, préc., p. 32 : « ISDA's objective in creating documents such as the Master Agreement and the Credit Support Annex [...] is surely to avoid the regulatory authority of some states, at least, and to create binding obligations among its members that do not rely on a state for their authority or legitimacy ».

[1755] G. CUNIBERTI, « The Merchant Who Would Not Be King...», préc., p. 145.

[1756] *Ibid.*

[1757] A. RILES, *Collateral knowledge...*, préc., p. 33.

[1758] *Id.*, p. 34.

[1759] *Ibid.*

[1760] *Id.*, p. 44. A. RILES, « The Anti-Network : Private Global Governance, Legal Knowledge and the Legitimacy of the State » (2008) 56 American Journal of Comparative Law 605, cité par G. CUNIBERTI, « The Merchant Who Would Not Be King...», p. 145.

[1761] A. RILES, *Collateral knowledge...*, préc., p. 45 : « ISDA members aim not only to create substantive legal rights through private contracts, then, but also to influence the shape of those rights as they find expression in state law ».

Lorsque, une fois la crise financière déclenchée, la régulation des dérivés était inévitable, ISDA a adopté une approche nuancée. Bien que sa collaboration avec les institutions publiques joue en faveur de la mise en œuvre de la nouvelle régulation financière[1762] des rapports comme le *Transparency in Credit Default Swap Markets*[1763] véhiculent des représentations : a) le marché de gré-à-gré des CDS n'implique pas une composante consommatrice, mais surtout des participants institutionnels professionnels[1764] et b) le degré de transparence de ce marché doit être modéré (*e.g.* obligation d'informer les régulateurs qui reste confidentielle) car à cause de sa structure, une transparence totale nuit à sa liquidité[1765].

Le fait que l'activité de l'ISDA vise non seulement des revendications normatives mais la positivation de la normativité financière issue de son contrat-type est patent dans le cas de la création, à partir de 2009, des comités d'experts chargés de déterminer la survenance d'un événement de crédit, pertinent pour les paiements en vertu des CDS[1766]. Comme le démontre M. Audit, « ce type de mécanisme éloigne singulièrement les dérivés de crédit de l'emprise normative des États »[1767], sans qu'il soit possible formellement de les qualifier de contrats « sans loi, voire sans juge »[1768].

La particularité de l'autonomisation de la régulation financière d'origine contractuelle réside dans le fait qu'elle reste *formellement* soumise à l'emprise du monopole normatif public, ce qui agit comme barrière épistémologique pour sa qualification d'autonome. Néanmoins, à travers l'*expertise du milieu qui la produit,* légitimé par la théorie économique, elle fournit presqu'automatiquement le critère de légitimité pour sa validation par le juge en cas de contentieux.

[1762] M. AUDIT, « Les dérivés de crédit à l'ombre du contrat sans loi », préc., p. 92.
[1763] M. AVELLANEDA, R. CONT, *Transparency in Credit Default Swap Markets*, juillet 2010, disponible en ligne [http://www.isda.org/c_and_a/pdf/CDSMarketTransparency.pdf].
[1764] *Id.*, n°3.2, p. 9.
[1765] *Id.*, n°4s, p. 12s, n°7, p. 20.
[1766] M. AUDIT, « Les dérivés de crédit à l'ombre du contrat sans loi », préc., p. 88.
[1767] *Id.*, p. 89.
[1768] *Ibid.*

332. **Flexibilisation et technicité de la norme financière**. La dynamique financière[1769] a conduit à la flexibilité de la norme d'origine étatique : elle se borne à fixer soit des objectifs, soit des limites qui constituent des « moules » qui permettent une évolution du contenu, au risque d'un contenu vide[1770]. Les exemples sont légion en droit financier. Pour la notion d' « investisseur qualifié »[1771], le texte légal précise que « *la liste des catégories d'investisseurs reconnus comme qualifiés est fixée par décret* ». Pour le « cercle restreint d'investisseurs », le seuil pertinent est également fixé par décret[1772]. Cette délégation semble recouvrir des aspects « techniques » de la norme financière, sans incidence normative, alors que c'est tout à fait le contraire. Théoriquement plus proche de la *réalité* (sic !) du marché, la flexibilisation de la norme à travers la délégation pour la précision de son contenu pose un problème lorsqu'il s'agit pour le juge de contrôler *a posteriori* un comportement individuel par rapport au contenu de cette norme, car ce contenu n'est plus le résultat du processus législatif. Ayant une portée normative, ce contenu *technique* est immunisé par rapport au contrôle juridictionnel, Contrairement aux concepts structurellement flexibles dont le juge garde en principe la maîtrise (*e.g.* l'ordre public)[1773], dans le cas des normes techniques la méta-normativité du savoir qui est incorporé lui (im)pose des barrières épistémologiques. Comme l'avait observé M. S. Charbonneau, « en se prétendant applicable à toutes les situations à venir et en fixant ce qui est acceptable comme risque pour la collectivité, *la norme technique usurpe la fonction de la norme juridique* »[1774] (c'est l'auteur qui souligne). Farjat avait également saisi le phénomène lorsqu'il critiquait

[1769] L. DABIN, « L'aménagement des pouvoirs normatifs selon une perspective commune aux juristes et aux économistes », *préc.,* p. 59, n°13 : « les faits économiques se prêtent mal à la conceptualisation juridique; ils sont rebelles, en raison de leur complexité et de leur variabilité, aux tentatives de classification, à l'emprise d'une norme fixe et permanente ».
[1770] A. RILES, *Collateral knowledge...*, préc., p. 202.
[1771] V. L411-2 II. al. 2 CMF . L'investisseur qualifié est « une personne ou une entité disposant des compétences et des moyens nécessaires pour appréhender les risques inhérents aux opérations sur instruments financiers ».
[1772] L411-2 II. al. 3 CMF : « Un cercle restreint d'investisseurs est composé de personnes, autres que des investisseurs qualifiés, dont le nombre est inférieur à un seuil fixé par décret. »
[1773] Pour une limitation en ce sens v. CJCE, 14 mars 2000, *Association Eglise de scientologie de Paris*, aff. C-54/99, Europe Mai 2000 comm. 140 note L. Idot ; V. aussi R. BISMUTH, « La « marge de discrétion », nécessité de la régulation financière. Aspects de droit public comparé, européen et international », *in* M. PELLETIER, J.-L. ITEN, M. TOURBE (dir.), La marge en droit public, Mare & Martin, 2016, pp. 73-97
[1774] S. CHARBONNEAU, « Norme juridique et norme technique », APD 1983. 283, spéc. p. 290.

l'approche de la délégation de la norme de conduite aux professionnels sans contrôle juridictionnel, sur la base de l'expertise[1775]. L'expertise en tant que source de sécurité juridique[1776] devient visible si les mutations concernant la nature de normativité sont saisies.

333. **La « transparence virtuelle »[1777] de la norme étatique.** Le transfert de compétence au milieu privé qui caractérise l'autorégulation, contrairement au mécanisme de la délégation, se caractérise par la « transparence virtuelle »[1778] de la norme étatique. Annelise Riles conceptualise le phénomène s'agissant de la forme sous laquelle la loi validant la résiliation et la compensation anticipée (*netting law*) a été passée au Japon : elle se bornait à valider « certaines transactions » entre « certaines parties »[1779]. *« I call this virtual transparency because what we have here is a statute with a hollow core. We have the form of a statute, the form of something straightforward and in line with market conditions, but nothing more. The content of the statute remains largely unspecified.* »[1780].

Les suggestions de l'ISDA lorsqu'elle avait proposé le *Netting Model Act* allaient encore plus loin, dans le sens où « *civil law jurisdictions might prefer not to list each and every situation which could be problematic but instead to override or disapply all the relevant provisions of the insolvency law which would apply to the relevant type of counterparty in case of insolvency proceedings* », en donnant l'exemple du droit français qui avait procédé en ce sens[1781].

[1775] G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », *in Mélanges Goldman*, pp. 47-66, spéc. p. 56 : « S'il est parfaitement vrai que les juristes ne vont pas se transformer en techniciens, les usages les plus techniques ne s'imposent normalement pas au juriste. Le rapport de l'expert ne lie pas le juge. Le Code de conduite n'a aucune raison de le lier davantage. »

[1776] En ce sens V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, préc., p. 69s.

[1777] A. RILES, *Collateral knowledge...*, pp. 202s.

[1778] *Ibid.*

[1779] *Ibid.* : « The netting law consists of a very short text that asserts only that netting in in certain "specified transactions" between certain "specified parties" will be enforceable ».

[1780] *Ibid.*

[1781] V. *ISDA Memorandum on The Implementation of Netting Legislation. A Guide for Legislators and Other Policy-Makers*, March 2006, p. 11, disponible au public sur http://www2.isda.org/functional-areas/legal-and-documentation/opinions/.

La transparence virtuelle favorise également la systématisation d'un espace transnational financier privé en permettant une moule de comparaison, aussi superficielle que ce soit, des législations : les normes vides permettent une automatisation de la comparaison des systèmes juridiques, par *indexation*, comme les rapports de la Banque Mondiale[1782].

B. Vers une dystopie « rationaliste »[1783] dans le secteur financier

334. La critique de la quasi-immunisation des dérivés par les droits positifs est paralysée principalement par des exemples de contentieux survenu après le déclenchement de la crise financière[1784]. À cet égard, les praticiens n'hésitent pas à observer que le juge, ayant néanmoins validé un des mécanismes contractuels de l'*ISDA Master Agreement*, « au moins en ce qui concerne un aspect important, n'a pas considéré que [la clause] fonctionnait selon la *représentation* que la *plupart* des participants du marché en avaient à cet égard »[1785] (c'est nous qui soulignons). La remarque est révélatrice quant à la formation des représentations normatives **en dehors de l'État** *aussi longtemps que* celui-ci n'intervient pas à travers ses institutions, y compris juridictionnelles.

335. **L'objectivation de la *lex financia*[1786] à la veille de la crise financière.** Au début du XXI^e^ siècle, la *lex mércatoria* financière fait partie des réalités des juristes[1787]. L'autorégulation en matière financière a été considérée l'« *expression structurelle de la lex mercatoria financière* », son « *biotope* »[1788], car elle permet une *auto-organisation* soit au niveau micro (à travers l'existence

[1782] V. H. MUIR WATT, « Comparer l'efficience des droits », *in* P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument,* PUF, 2009, pp. 433-456.
[1783] V. *supra* n°79.
[1784] V. H. MUIR WATT H., note sous Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles. - 6 novembre 2009 - Tribunal des faillites des Etats Unis (District sud de New York).- 25 janvier 2010, Rev. crit. DIP 2011. 662.
[1785] E. MURRAY, « Lomas v Firth Rixson: a curate's egg ? », CMLJ, 2012, Vol. 7, No. 1, p. 5 : « The good news for derivatives market participants is that the judge confirms that Section 2(a)(iii) is enforceable under English law against a company in administration. The bad news, at least for many market participants, is that in at least one important respect he does not think that it works in the way that most market participants thought it worked. ». V. *Lomas v JFB Firth Rixson, Inc.* [2010] EWHC 3372 (Ch).
[1786] C. SIEUZAC, *op.cit.,* n°4, p.7.
[1787] H. de VAUPLANE, J.-P. BORNET, *op.cit.*, p. 5. Ces auteurs constatent « l'émergence d'une véritable *lex mercatoria* sur les marchés financiers internationaux ».
[1788] C. SIEUZAC, *op.cit.*, p. 96, n°55.

des compartiments spécialisés de *compliance*[1789]) soit au niveau macro, à travers les compétences déléguées aux SROs[1790]. Le risque de réputation a été considéré comme un moyen de dissuasion suffisant[1791] et donc comme un stimulant *automatique* d'autodiscipline. L'élaboration d'une « lex mercatoria financière fonctionnelle » à travers la standardisation contractuelle, ayant comme objet les relations entre les divers intervenants sur les marchés, est perçue comme une « *source de plus grande sécurité juridique dans les rapports financiers internationaux* »[1792], car elle semble intégrer les principes de la protection des investisseurs et de l'intégrité du marché (protection contre la fraude) selon la théorie de la « course vers le haut »[1793]. Par conséquent, selon Mme Sieuzac, ces exigences ne devraient plus être appréhendées du point de vue méthodologique au niveau de l'ordre public comme des garde-fous par rapport aux externalités de l'activité privée, car elles ont été « internalisées »[1794] à travers la rationalité des acteurs. L'argument se retrouve souvent chez les auteurs à titre de postulat : « *The theory justifying self-regulation is that it is more flexible than government regulation and is based on a superior knowledge of industry practices and capabilities. Further, it can promote ethical as well as legal standards. These arguments also apply to the production of soft law in international financial regulation* »[1795]. Ainsi, l'opportunité de la *lex mercatoria* financière est confirmée à la fois par la mise en œuvre d'une théorie économique orthodoxe

[1789] *Id.*, n^os^ 24s., pp. 48s. Sur les débats liés à la mise en œuvre de la *lex mercatoria* v. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.*, n°550, p. 645.
[1790] C. SIEUZAC, *op.cit.*, n°154, p. 231.
[1791] *Ibid.*
[1792] *Id.,* n°153, p. 230.
[1793] *Id.*, n^os^ 182s., pp. 265s.; v. *aussi* n°189, p. 273: « L'arbitrage réglementaire ne serait ainsi plus une barrière mais bien un moteur d'efficience de la réglementation des transactions sur instruments financiers, qui forcerait les places financières à adopter les meilleures pratiques ».
[1794] *Id.*, n°213, p. 315 : « Il existe désormais une différence de degré entre droit public et privé mais non plus une différence de nature. Certes, le droit public protège les « externalities » ou les intérêts de la société en ce que les rapports privés peuvent lui nuire. Cela étant, il nous semble que ces intérêts tiers sont internalisés par les systèmes juridiques d'ordre privé tels que la *lex mercatoria*, et ce, afin d'être compétitifs. C'est pourquoi bien souvent, les acteurs de la finance internationale s'imposent de suivre des règles plus strictes que celles requises par les droits étatiques. C'est ce que l'on pourrait catégoriser comme *mandatory private rules* ou « droit privé de commission ».» L'auteur fait référence à K. SONO « The Rise of Anational Contract Law in the Age of Globalization », Centennial World Congress on Comparative Law, article extrait de l'introduction de la présentation du rapport du Professeur Ole Lando sur « Comparative Law and Lawmaking », 75 Tulane Law Review 1185, mars 2001, p. 3.
[1795] R. S. KARMEL, C. R. KELLY, « The Hardening of Soft Law in Securities Regulation », 34 Brook. J. Int'l L. 883 2008-2009, spec. p. 890.

ainsi que par un état de fait correspondant à une économie sur une pente ascendante.

336. **L'autorégulation financière comme expression de la méta-normativité de la rationalité économique.** La dialectique entre le système juridique et l'environnement économique peut dégénérer dans un « conflit destructeur entre finance et droit »[1796]. Cet effet destructeur peut être retrouvé à la veille de la crise financière de 2008 à l'égard de la normativité comme « devoir être », à travers l'adossement des pouvoirs publics de l'autorégulation. La systématisation juridique est tombée dans le piège de son propre pouvoir : le droit pouvant avoir n'importe quel contenu selon la théorie kelsenienne, *a choisi* d'être du fait, continuant cependant à se faire passer pour du *droit*. Les discours technocratiques qui ont promue une « meilleure régulation » (*better regulation*) à partir des années 2000[1797] sont révélateurs à cet égard. Une des caractéristiques principales de la « meilleure régulation » réside dans la « *procéduralisation* [du droit] en tant que stratégie pour la résolution des conflits »[1798] et en tant qu' « alternative à la gouvernance juridique »[1799]. Le critère de *l'efficience* [du marché] a été adopté, ce qui a introduit la rationalité économique en « complément de la rationalité juridique (*legal reason*) »[1800], finissant par s'y substituer. Il résulte ainsi que droit financier matériel et droit international privé

[1796] M.-A. FRISON-ROCHE, *Droit, finance, autorité* (Les modes de regulation juridique propres aux autorités de marchés financiers), Rapport du Laboratoire de sociologie juridique, sept. 1999, p. 9.

[1797] *Groupe Mandelkern on Better Regulation: Final report* 13 novembre 2001 [disponible à http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf]; V. F. CAFAGGI, « Private Law-Making and European Integration: Where do they meet? When do they conflict? », *in* D. OLIVER, T. PROSSER, R. RAWLINGS (eds.), *The Regulatory State*, OUP, 2010, note de bas de page n° 47. V. aussi S. WEATHERILL (ed.), *Better regulation*, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Hart, 2007.

[1798] J. BOMHOFF, A. MEWESE, « The Meta-regulation of Transnational Private Regulation», 38 Journal of Law and Society (n°1 March 2011), pp. 138-162, spéc. p. 145 : « proceduralization as a conflict management strategy ».

[1799] *Id.*, p. 146 : « BR [Better Regulation] strategies are put forward as an *alternative to legal governance* » (ce sont les auteurs qui soulignent).

[1800] *Id.* p. 145 « most observers emphasized the importance of efficiency in BR discourse » et p. 146 « Better Regulation programmes as they became popular in Europe in the last decade, were inspired by a frustration with the more 'technical-legal' improvement strategies for regulatory quality from the 1990s, or more generally, by a widely felt need to supplement 'legal reason with a more explicitly economic rationality' », avec référence, dans les deux cas à B. MORGAN, « The Economization of Politics : Meta-Regulation as a Form of Nonjudicial Legality » (2003) 12 Social & Legal Studies 489-523.

ont eu des évolutions pro-cycliques sous l'influence de la systématisation économique orthodoxe.

337. **La *lex financia* comme « compliance-based théory »[1801].** L'objectivation de la *lex financia* à la veille de la crise financière repose en principe sur une *certaine représentation quant au devoir-être* issu des normes d'origine privée, en *apparence* plus strictes que les normes d'origine étatique[1802]. Mais cette effectivité généralisée issue d'une conformité (*compliance*) en tant que *situation de fait* revendique un statut juridique, comme l'avait déjà anticipé Goldman. Selon lui « [l'observation spontanée de normes non-étatiques] n'autorise pas non plus à conclure qu'en se soumettant à de telles normes, les participants au commerce international auraient le sentiment de se placer dans une *situation de pur fait* »[1803].

338. **Volatilité du marché et contingence de la coutume financière.** Cette conformité créatrice de droit coutumier est favorisée également par l'absence de transparence à la fois de l'ampleur du marché financier de gré-à-gré ainsi que par rapport au contentieux qui s'y attache. La *lex mercatoria* acquiert une juridicité par l'*apparence* de son effectivité dans une vision statique du droit. La veille de la crise financière est ainsi l'apogée de cette « conformité ».

Une réglementation étatique négative, avec un rétrécissement visible des normes de commandement[1804], renforcée par la prééminence systématique de l'autonomie de la volonté (vecteur de l'idéologie néolibérale[1805]), donnent la mesure de l'objectivation d'une coutume négative[1806].

Cependant, dans une vision dynamique, la contingence de la situation de fait créatrice de coutume doit être prise en considération. Cela signifie que

[1801] Le terme est emprunté à C. J. BRUMMER, *Soft Law and the Global Financial System: Rule-Making in the Twenty-First Century*, 2012, compte rendu par J. CHEN, 25 Emory International Law Review 1561, [http://ssrn.com/abstract=1944294]
[1802] V. *supra* n°335.
[1803] B. GOLDMAN, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », APD 1964. 177, spéc. p.186.
[1804] Sur cette classification v. H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, précité, p. 171.
[1805] H. MUIR WATT, « La fonction économique du droit international privé », RIDE 2010.103. V aussi H. MUIR WATT, « „Party Autonomy" in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance », ERCL 2010. 250.
[1806] V. *supra* n°89.

contrairement au droit écrit, établir qu'une coutume existe au moment T_0 a, du point de vue juridique, la valeur d'une simple *présomption* de coutume au moment T_1, car il est toujours possible de démontrer qu'entre T_0 et T_1 une coutume contraire s'est développée. Et cela est tout à fait envisageable en matière financière, à cause de la volatilité du marché, lorsque l'établissement de la coutume au moment T_0 devient une information publique qui sert ensuite de base aux décisions d'investissements et plus généralement aux comportements des acteurs. Et à cause de l'interconnexion des marchés, la durée nécessaire pour la coutume peut se réduire à une coutume quasi-instantanée. Ainsi, dans un espace d'autorégulation, les coutumes-conformité (*praeter legem*) ainsi que les coutumes-dérogation (*contra legem*) sont réduites, dans une vision dynamique, à une contingence.

Cette contingence de la conformité est d'ailleurs confirmée par celle de l'attitude publique par rapport à l'autorégulation : prônée par l'OICV au début du XXI^e^ siècle[1807], ainsi qu'au niveau européen et étatique[1808] elle est tombée dans la disgrâce après la crise financière[1809]. Un auteur démontre également cette contingence s'agissant de l'attitude des pouvoirs publics par rapport à la contrainte économique « too big/connected to fail »[1810].

339. **Réduction de l'autorégulation à la confiance…faite au marché ou au juge?** L'autorégulation en tant que régulation à travers les mécanismes « purs » (*sic !*) du marché a suscité des interrogations quant à ses limites légitimes[1811]. Certains économistes considèrent que dans le secteur des marchés financiers, la régulation et la confiance sont fongibles[1812]. Une étude économique plus large suggère qu'il y a une relation inversement proportionnelle entre le niveau de confiance et celui d'intervention étatique, influencée également par les traditions

[1807] V. *supra* n°293.
[1808] V. M. SÈVE, *op.cit.*, pp. 150s. sur le phénomène de „*regulatory capture*" des régulateurs par l'industrie financière à l'égard de l'autorégulation, spéc. p. 153 s'agissant des agences de notation.
[1809] V. Rapport Larosière, *passim.*
[1810] N. DORN, « Lehman - lemon: "too connected to fail" as a policy construct », LFMR 6.4.271, spéc. p. 277s.
[1811] V. H. MUIR WATT, L. G. RADICATI di BROZOLO, « Party Autonomy and mandatory rules in a global world », 6, International Law Forum Droit International, 88, mai 2004, n°6 : « one may ask how far the governance of markets can be left to the market itself ».
[1812] B. I. CARLIN, F. DOROBANTU, S. VISWANATHAN, « Public Trust, the Law, and Financial Investment », Journal of Financial Economics, June 2009, v. 92, iss. 3, pp. 321-341.

juridiques : ainsi, il semblerait que plus le niveau de confiance est bas, plus il y aurait de la demande pour une intervention étatique et inversement[1813].

Sur les marchés financiers, si en principe c'est le contrat qui réifie la confiance, celle-ci ne peut pas être véritablement envisagée sans l'accès au juge. Selon le constat de la théorie juridique de la finance (*legal theory of finance)*[1814], le support juridique de la confiance des acteurs financiers ne peut pas être nié, car l'industrie ne se limite pas au *gentlemens' agreements*, bien au contraire[1815].

En présence d'un contentieux fragmenté[1816], la régulation des marchés financiers devenue « supervised self-regulation »[1817] a fait place à une *lex financia* en matière de régulation comportementale[1818]. Conçue autour d'une sécurité subjective à travers la force obligatoire du contrat *en soi* (*pacta sunt servanda*), elle équivaut à une dispersion de la responsabilité en ce qui concerne l'objectif de sécurité financière[1819], réduit à une somme des calculs sur la base de la prévisibilité contractuelle. Sur un marché autorégulé, les défaillances du marché sont censées être corrigées par tout le monde et personne à la fois.

Le contentieux international (aussi rare qu'il le soit en période d'autorégulation) conserve la vocation d'être le régulateur « en dernier ressort » du marché financier international.

Section II : L'atomisation de l'objectivation de la normativité financière

340. **Les régimes concurrents de positivation de la normativité financière.** La complexité croissante des produits financiers ainsi que les avancés

---

[1813] *Ibid.*
[1814] V. K. PISTOR, « A legal theory of finance », préc.
[1815] *Id.,* p. 317s.
[1816] V. *infra* n^{os} 340s.
[1817] M. PRIEST, « The Privatization of Regulation: Five Models of Self-Regulation » 29 Ottawa Law Review 233, 245-51, 251-56, 256-59 et 259-62, 1997. « The first model, voluntary codes of conduct, operates with little government involvement and, accordingly, little force of law. The next model, statutory self-regulation, operates with somewhat more governmental involvement....The third model, firm-defined regulation, is characterized by government monitoring of private rule enforcement and the possibility of court review of decisions. The fourth model, supervised self-regulation, is the model in the securities market. The final model, regulatory self-management, has relatively little self-regulation; a government agency controls many of the regulations, enforcement efforts, and sanctions. » cité par C. SIEUZAC, *op.cit.,* p. 264, note de bas de page n°760.
[1818] C. SIEUZAC, *op.cit.,* p. 233, n°155 : « une régulation « code de conduite » […] doit, à notre avis, relever du domaine de la lex mercatoria financière fonctionnelle. »
[1819] A. COURET, « La sécurité financière », préc., p. 365.

technologiques en matière de négociation militent de plus en plus pour une approche technocratique de la régulation des rapports financiers. Celle-ci s'est manifestée, d'une part, par la mise en place des régulateurs étatiques dotés d'expertise dans la matière, et d'autre part, par la tendance croissante des clauses compromissoires dans les standards contractuels, ou des clauses attributives de juridictions en faveur des Etats ayant d'importants centres financiers. Cette migration s'inscrit dans un mouvement plus vaste visant à soustraire la résolution des conflits en matières techniques et scientifiques de la compétence des tribunaux judiciaires[1820]. Le droit international privé connaît depuis longtemps l'argument selon lequel il faut permettre aux parties de choisir le « juge le plus compétent, ayant la plus grande expertise en la matière »[1821].

341. Les régulateurs concentrent des fonctions à la fois *ex ante* et *ex post* en matière de régulation financière[1822], ce qui pose le problème de la délégation des fonctions normatives et juridictionnelles en ce qui les concerne. De plus, l'inflation normative de source publique et privée a procéduralisé[1823] le rôle du juge lorsqu'il tranche un litige, le rapprochant de plus en plus d'un arbitre[1824]. Il a été réduit au rôle de veiller au respect de l'égalité des armes des parties qui se disputent le contenu de la règle de droit[1825], que ce soit si le juge est directement saisi du litige, ou *a fortiori* s'il est pour reconnaître la force exécutoire à une

[1820] S. JASANOFF, D. NELKIN, « Science, Technology and the Limits of Judicial Competence », American Bar Association Journal, 1982, vol. 68, p. 1094 : « Some scholars have argued that scientific and technical disputes fall outside the limits of judicial competence and that courts therefore should be content with a greatly reduced role in these controversies, limiting themselves to reviewing the adequacy of procedures for collecting and analyzing scientific evidence ».

[1821] B. REMY, « De la profusion à la confusion : réflexions sur les justifications des clauses d'élection de for », préc., n°18.

[1822] C. PISTOR, C. XU, « Incomplete Law - A Conceptual and Analytical Framework - And its Application to the Evolution of Financial Market Regulation », préc.

[1823] B. OPPETIT, « L'hypothèse du déclin du droit », Droits, 1986.9, spéc. p. 18.

[1824] L. DABIN, « L'aménagement des pouvoirs normatifs selon une perspective commune aux juristes et aux économistes », *in Mélanges Sayag*, pp. 47 – 60, spéc. p. 59-60, note de bas de page n°16.

[1825] R. COBBAUT, cité par L. DABIN, « L'aménagement des pouvoirs normatifs selon une perspective commune aux juristes et aux économistes », préc., spéc. p. 59, n°13 : « *Dans la logique interne d'un droit procéduralisé, le rôle du juge est lui aussi appelé à se modifier radicalement; sa mission ne peut pas consister à définir les exigences de la régulation (dire à la place des parties la règle de leur interaction), mais bien à contrôler les activités de régulation par rapport à un double critère: celui du respect des contraintes argumentatives d'une part et d'autre part celui du respect des métaprincipes d'égalité et de liberté qui constituent le critère ultime de la "justesse" d'une norme. Le pouvoir et le devoir du juge devraient donc être de "casser" les dispositifs normatifs inacceptables, et de conférer à nouveau aux instances désignées le droit et le devoir d'élaborer un nouveau dispositif* ».

décision étrangère ou à une sentence. De plus, la tendance des parties à transiger les affaires en matière financière confirme que l'intervention du juge, de même que sa compétence internationale, ne s'impose plus[1826]. Selon Jo Braithwaite, le contentieux financier devant les juges étatiques remplit une fonction essentielle de transparence de la dynamique du marché[1827]. L'aménagement des transactions, des pratiques, des modalités d'information des investisseurs, ainsi que les motivations commerciales des parties deviennent visibles[1828].

Cependant, le juge partage principalement la responsabilité de la positivation en matière financière avec le régulateur (§1). De plus, la nécessité de l'accès au juge étatique comme accès à la justice semble s'effacer dans la présence des revendications quant à l'existence d'un (autre) juge naturel des rapports financiers (§2).

§1 – Le partage de responsabilités entre le régulateur et le juge

342. Si les régulateurs sont assurément plus proches de l'environnement financier ce qui leur permet de saisir plus facilement la dynamique des marchés, ils sont également plus susceptibles à la mise en œuvre d'une normativité fondée sur la théorie économique. D'une part, le régulateur est celui qui tranche *ex ante* la frontière entre un régime de marché et un régime « hors marché » (A), ce qui pose le problème en termes de la sécurité juridique revendiquée à ce titre devant le juge en cas de contentieux (B).

A. Régulation financière (ex ante) et contentieux financier international

343. **L'objectivation de la sécurité juridique par l'intervention *ex ante* d'une autorité de régulation. L'exemple de l'effet atténué des lois de police *ex ante* en matière financière.** Le passage terminologique de la « transaction internationale » à la « transaction transnationale » témoigne également de la mutation subie au niveau de la *dimension* des marchés et de son influence au niveau *qualitatif* de ces marchés. L'ouverture des marchés nationaux est

[1826] H. MUIR WATT, « Private International Law Beyond the Schism », préc., p. 427 : « To a large extent, 'privatising' international law meant reducing its status - like that of classical private law - to the merely facilitative. Used to enable but not to discipline, it was prevented from identifying and regulating private economic power, which it was complicit in unleashing from public constraints. »
[1827] J. P. BRAITHWAITE, « OTC derivatives, the courts and regulatory reform », préc.
[1828] *Id.*, p. 371.

accompagnée par une adaptation de régime juridique en ce sens. Un exemple édificateur se trouve dans l'identification d'un effet atténué des lois de police[1829] au niveau *ex ante* par M. Boucobza : les régulateurs financiers ont accepté de restreindre l'application de leur propre loi (*lex auctoritatis*) afin de permettre sa conciliation avec la *lex societatis* (à laquelle la loi de la bourse du siège de la société est assimilée[1830]) étrangère applicable[1831]. Selon l'auteur, cela se produit pour des considérations substantielles imposées par le fonctionnement du marché : si le régulateur ne restreignait pas l'application de sa propre loi protectrice, les investisseurs qui en font l'objet de cette protection seraient privés de *l'opportunité économique* de participer à l'opération[1832]. C'est donc à travers cette validation *ex ante,* pour des raisons économiques, que les offres publiques transfrontières ont été rendues possibles, entraînant l'apparition d'un marché « transnational ». Cependant, dans ce cas l'entrée au marché (qui équivaut à sa *naissance* valable) ne dépend pas seulement de la volonté des parties, mais également de sa validation par l'ensemble des régulateurs impliquées. L'intervention *ex ante* du régulateur fait que la sécurité subjective des parties lors de la mise en place des rapports juridiques contractuels soit relativement objective. La majorité des études concernant les conflits de lois et les régulations financières a été consacrée à cette approche *ex ante*, lorsque l'hypothèse du marché est fournie par les législations financières positives[1833]. Toute autre est la situation dans laquelle les attentes juridiques des parties privées se nouent en

[1829] Une lecture alternative de ce phénomène y voit une prise en considération des normes étrangères par le régulateur - v. H. MUIR WATT, compte rendu sur X. BOUCOBZA, « L'acquisition internationale de société », REV. CRIT. DIP 1999. 897.

[1830] X. BOUCOBZA, *L'acquisition internationale...*, n°524, p. 280.

[1831] *Id.*, n°558, p. 307,: « La multiplication des contraintes pour les acteurs de l'opération a conduit des offrants à délaisser certains marchés boursiers, laissant alors des investisseurs à l'écart de l'offre publique. Les autorités nationales ne peuvent que ressentir du dépit à desservir ceux-là mêmes qu'elles entendent protéger. Les acquisitions de sociétés américaines prévoyant notamment que les actionnaires américains n'étaient pas visés par l'offre, qu'ils ne pouvaient y participer, en sont des exemples marquants. Le moyen le plus efficace d'assurer la protection des investisseurs américains n'est pas toujours d'appliquer la législation américaine. Lorsque la loi de la bourse de la société visée offre une protection convenable aux actionnaires, il est alors préférable de faire participer à l'offre les ressortissants américains, aux conditions de la loi étrangère, plutôt que de les en exclure ou, au mieux, leur permettre de vendre leurs titres sur le marché étranger, donc aux conditions de la loi étrangère, mais avec les inconvénients liés à l'intervention sur un marché étranger ».

[1832] *Id.*, n°550s., pp. 304s.

[1833] F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Cross-border listed companies*, préc., p. 9 ; H. KRONKE, Capital Markets and Conflict of Laws, préc. ,p. 245. A. TENENBAUM, *L'application internationale du droit boursier*, préc..

dehors de toute intervention d'un régulateur et *à partir d'un certain moment,* la structuration contractuelle *se reflète* également dans un *marché.*

344. **Le cas européen.** Du côté européen, il semblerait que le juge français n'hésite pas à requalifier la nature des actes émis par les régulateurs, de simple information à une véritable décision, sur la motivation que « le marché financier le percevait comme tel[le] »[1834]. La valeur ainsi attribuée à la « perception du marché » s'apparente ainsi à l'adage *error communis facit jus.* Il semble donc qu'il est important de saisir lorsque le juge se place dans une hypothèse d'existence d'un « marché » ou tout simplement dans une hypothèse purement privée. Quelle est donc la sécurité juridique qui résulte pour les parties dans chacun des cas, et quelles sont les prévisions qu'elles peuvent bâtir ?

345. **L'extraterritorialité de la législation fédérale américaine des valeurs mobilières : mythe ou réalité ?[1835]** Le critère de la localisation du comportement (*conduct test)* conduisait au rejet de la compétence chaque fois que celui-ci s'était passé à l'étranger[1836]. Avec le développement des moyens de communication à distance, il était de plus en plus difficile d'effectuer une localisation et donc d'appliquer ce critère, et après une interprétation plus ou moins large, un deuxième y est surgit à la fin des années 1960[1837]: celui des effets.

[1834] V. T. BONNEAU, F. DRUMMOND, *op.cit.,* n°274 ; M. HERVIEU, *op.cit.,* p.647, n°815, citant C.A. Paris, Derveloy, 15 janv. 1993 ; Dr. stés 1993, comm. 102, p. 16, obs. H. Hovasse ; Bull. Joly Bourse 1993. 149, note A. Viandier ; JCP E 1993. II. 414, note N. Dobkine ; D. 1993. jurispr. 273, note C. Ducouloux- Favard ; C.A. Paris, Elyo, 3 juill. 1998; JCP 1999.II.10008, note J.-J. Daigre, Rev. stés 1999.125, note J.-J. Daigre. « Le « communiqué », une nouvelle source de droit. À propos d'un communiqué de la COB. du 4 mai 1999 », RDBB 1999, n° 74, pp. 109s.

[1835] V. aussi *infra* n°356 pour la « présomption de non-extraterritorialité » en droit américain.

[1836] *American Banana Co. v. United Fruit Co*., 213 U.S. 347 (1909) : « the character of an act as lawful or unlawful must be determined wholly by the law of the country in which the act is done » cité par S. J. Choi, A. T. Guzman, « The dangerous extraterritoriality of american securities law », 17 NWJILB 207, p. 216.

[1837] *Schoenbaum v. Firstbrook*, 405 F.2d 200 (2d Cir. 1968), cert. denied, 395 U.S. 906 (1969); S. J. CHOI, A. T. GUZMAN, « The dangerous extraterritoriality of american securities law », 17 NWJILB 207, p. 219 : « Note, however, that though *Schoenbaum* is cited as an example of the effects test, the court did not state that an effect on American investors alone was a sufficient basis for jurisdiction. Rather, the court suggested that a listing on a U.S. exchange is an important element in generating enough of an effect on the U.S. capital markets to justify jurisdiction ».

L'extraterritorialité de la législation fédérale en matière de régulations économiques (droit de la concurrence et des marchés financiers) est affirmée à travers à la fois des critères de la localisation des comportements et des effets[1838]. Cette extraterritorialité est affirmée à travers une conception de lien très étroit entre compétence juridictionnelle et loi applicable[1839]. La légitimité de l'utilisation alternative du test du comportement et des effets en tant que facteurs de rattachement peut être résumée de la manière suivante : « *Cases in which jurisdiction is based on conduct trigger the U.S. regulatory interest in preventing the country from becoming a haven for fraudulent behavior that harms investors and markets elsewhere; thus, courts look for conduct that is more than merely preparatory to the fraud. Effects cases trigger the U.S. regulatory interest in protecting domestic markets and investors from harm caused by foreign conduct; thus, courts look for substantial and intentional domestic effects* »[1840].

Dans les années 1970, l'extraterritorialité de la législation économique américaine correspondait à une représentation relativement objective et en même temps faisait l'objet des critiques académiques. C'est dans cette période qu'une autre politique concurrente commence à être affirmée dans le contentieux.

La promotion du libéralisme en matière économique est clairement affirmée dans l'affaire *Scherk v. Alberto-Culver*[1841], à travers le respect des clauses compromissoires, avec la réserve de la doctrine du *second look* que l'affaire *Mitsubishi*[1842] avait apporté, abandonnée par la suite. Dans *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, les juges construisent, à partir des données du litige, l'hypothèse de fait qui correspondrait à une décision en sens contraire que celle qu'ils légitiment ; cette hypothèse est ensuite considérée comme l'hypothèse-type du

[1838] V. en ce sens l'analyse de H. L. BUXBAUM, « Transnational Regulatory Litigation », 46 Va. J. Int'l L. 251 2005-2006, spéc. p. 275s. Pour l'application du conduct test il s'agit de l'affaire *Leasco Data Processing Equip. Corp v. Maxwell*, 468 F.2d 1326, 1334 (2d Cir. 1972). Pour l'application du test des effets il s'agit de *Schoenbaum v. Firstbrook*, 405 F.2d 200, 206 (2d Cir. 1968), ainsi que de *Consol. Gold Fields PLC v. Minorco S.A.*, 871 F.2d 252, 261-62 (2d Cir. 1989). V. aussi H. KRONKE, « Capital Markets and Conflict of Laws », RCADI, 2000, pp. 273s.
[1839] H. KRONKE, *op.cit.,* p. 272.
[1840] H. L. BUXBAUM, « Transnational Regulatory Litigation », préc., pp. 275-276.
[1841] *Scherk v. Alberto-Culver*, 417 U.S. 506 (1974).
[1842] *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985).

marché, et comparée avec ce qui est considéré le fonctionnement normal du marché[1843]. En faisant cela, les juges se comportent comme des régulateurs ayant la mission de prévenir les défaillances du commerce international.

La même politique est applicable en ce qui concerne l'Europe, notamment après l'arrêt *Eco Suiss*[1844] ayant limité le contrôle des sentences arbitrales. Ainsi, il est possible d'identifier au niveau du contentieux, une légitimation de la théorie de l'(auto)régulation du commerce international. Régulation financière substantielle (*ex ante*) et à travers le contentieux (*ex post*)[1845] se retrouvent ainsi dans une relation pro-cyclique, qui contribue à l'émergence de l'autorégulation.

B. Le contentieux financier « capturé »[1846] par l'idéologie de l'autorégulation

346. Sous l'influence idéologique du libéralisme économique, le droit international privé a eu une réaction pro cyclique, en suivant les tendances du droit substantiel, alors que sa nature coordinatrice aurait imposé une réaction contre-cyclique, en tant que mécanisme d'ajustement par rapport à la fragmentation de la régulation substantielle. Regardant en arrière, l'affaire Lloyd's des années 1990 peut être vue comme un contentieux « signal d'alarme » par rapport à la typologie des stratégies financières rendues transparentes, et qui ont abouti à l'éclatement de la crise. La réaction des juges américains dans cette affaire en instance directe ainsi qu'en *exequatur* montre

[1843] « A parochial refusal by the courts of one country to enforce an international arbitration agreement would not only frustrate [the purposes of predictability], but would invite unseemly and mutually destructive jockeying by the parties to secure tactical litigation advantages. In the present case, for example, it is not inconceivable that, if Scherk had anticipated that Alberto-Culver would be able in this country to enjoin resort to arbitration, he might have sought an order in France or some other country enjoining Alberto-Culver from proceeding with its litigation in the United States. Whatever recognition the courts of this country might ultimately have granted to the order of the foreign court, the dicey atmosphere of such a legal no-man's land would surely damage the fabric of international commerce and trade, and imperil the willingness and ability of businessmen to enter into international commercial agreements ».

[1844] CJCE, 1er juin 1999, C-126-97, *Eco Swiss*, Europe, 1999, comm. 302, Rev. arb., 1999, pp. 631-653, note L. Idot ; S. POILLOT-PERUZZETTO, « L'ordre public international en droit communautaire : à propos de l'arrêt de la Cour de justice de Communautés du 1er juin 1999 », JDI 2000. 299 ; A. MOURRE, « Les rapports de l'arbitrage et du droit communautaire après l'arrêt Eco Swiss de la Cour de Justice des communautés européennes », Cah. de l'arb., Vol. I, 2002, pp. 77-82.

[1845] V. *supra* n°256.

[1846] V. M. SÈVE, *op.cit.*, pp. 150s. sur le phénomène de „*regulatory capture*".

l'influence du courant du libéralisme économique sur le fonctionnement des mécanismes du droit international privé[1847].

347. **L'affaire Lloyd's. Le « montage »[1848].** Pour résumer les faits à l'origine de cette affaire notoire parmi les internationalistes privatistes, il s'agit des conditions dans lesquelles l'extension des membres de l'association Lloyd's à non-britanniques, et notamment aux investisseurs américains, s'est produite. Incorporée en 1871 en tant que personne morale, l'association Lloyd's était composée des investisseurs individuels (les « Noms »), et « dotée à la fois d'un pouvoir régulateur sur le fonctionnement du marché [des assurances] et d'un pouvoir réglementaire à l'égard des membres »[1849], bref un véritable SRO, avec les pouvoirs renforcés par le *Lloyd's Act* de 1982, y compris par l'octroi d'une dérogation à la *Misrepresentation Act* qui concernait les obligations de comportement vis-à-vis la communication de l'information financière.

Les Noms, les placements desquels s'effectuaient auprès des divers Syndicats d'assurance fonctionnant par cycle triennal, engageaient leur entier patrimoine lors de l'exercice d'un cycle. Pour que des bénéfices puissent être distribués aux fins des cycles triennaux, alors que les contrats d'assurance conclus par le Syndicat en cause couvraient des périodes bien plus longues (pour des sinistres qui auraient pu survenir bien plus tard), s'est développée la pratique des transferts des risques d'un Syndicat à l'autre, à travers le paiement d'une prime de réassurance. Face aux paiements exorbitants liés à la couverture des risques de pollution et à l'utilisation de l'amiante à la fin des années 1960, l'éligibilité au statut de Nom a été étendue à non-britanniques en vue d'une capitalisation permettant de faire face aux dettes supportées. Alors que le démarchage par rapport à l'investissement était effectué à l'étranger, la conclusion du contrat de souscription (*General Undertaking)* se faisait toujours à Londres[1850] et celui-ci contenait des clauses de choix de for et de loi applicable au profit des juridictions anglaises et de la loi anglaise.

[1847] V. H. MUIR WATT, « L'affaire Lloyd's : globalisation des marchés et contentieux contractuel », Rev. crit. DIP 2002. 509.
[1848] Tel que résumé par H. MUIR WATT, « L'affaire Lloyd's : globalisation des marchés et contentieux contractuel », préc.
[1849] *Id.*, p. 512.
[1850] *Id.,* p. 513, note de bas de page n°14.

Lorsque les obligations liées aux paiements des assurances ont éclaté, le pouvoir presque discrétionnaire du Comité de direction de Lloyd's s'est manifesté par la création de l'entreprise de réassurance *Equitas* à laquelle les *Noms* était censés d'adhérer contre le paiement immédiat des primes au moyen de lettres de crédits souscrites lors de l'engagement initial, en adhérant également aux clauses *Pay now, sue later* et *Conclusive Evidence*[1851]. Pour les Noms ayant refusé cet arrangement, le pouvoir réglementaire du Comité de direction lui a permis le remplacer leur consentement avec un mandataire collectif.

Le contentieux lié à cette affaire, comme celui de la crise financière, a eu différents issus : transactions en arbitrage (la plupart confidentielles), échec de l'action de groupe de nature délictuelle pour fraude devant les juridictions anglaises[1852], et échec de l'invocation de la protection du droit fédéral américain des valeurs mobilières quant aux souscripteurs américains. Ce dernier contentieux a attiré l'attention des internationalistes privatistes, et nous intéresse par rapport aux fondements économiques néolibéraux des arguments des juges américains à la fois en instance directe et indirecte, qui, dans la mise en balance des intérêts, fond prévaloir les « intérêts du commerce international » a une fin bien différente que celle qui avait servi aux juges au début du XX^{e} siècle.

348. **La validité de la clause attributive de juridiction au profit des juridictions anglaises sur le fondement de l'équivalence de la protection**. En instance directe, les juges américains, saisis en violation de la clause attributive de juridiction, devraient se prononcer sur la validité de celle-ci. Selon l'argumentation des demandeurs, cette clause, par le jeu lié avec la clause d'élection de loi, avait la signification d'une renonciation à la protection conférée par les *Securities Act 1933* et *Securities Exchange Act 1934*, prohibée par ceux-ci[1853]. Les juges ne rejettent pas l'hypothèse, mais appliquent le

[1851] *Id.*, p. 514 : « *Pay Now, Sue Later*, excluait toute action en justice d'un Nom contre Lloyd's tant que l'intégralité des primes n'avaient pas été versée." ; selon la deuxième clause „les sommes dues par chaque membre seraient calculées par le *Member's Service Unit* dont la conclusion constituerait la preuve définitive de la dette ».

[1852] *Id.*, p. 515, note de bas de page n°24. V. *The Society of Lloyd's v. Sir William Otho Jaffray*, 3 nov. 2000.

[1853] H. BUXBAUM, « The Role of Public Policy in International Contracts : Reflections on the U.S. Litigation concerning Lloyd's of London », IPRax 2002. 232, spéc. p. 233 et note de bas de page n°19.

raisonnement de la décision *The Bremen :* la présomption de validité de la clause d'élection de for ne peut être renversée que sous preuve d'être « déraisonnable », c'est-à-dire : i) résultat d'une fraude, dol ou déséquilibre du pouvoir contractuel ; ii) caractère inadéquat ou inéquitable du for choisi ; iii) elle aurait un résultat contraire à l'ordre public du for[1854]. Pour la vérification de la troisième hypothèse (les deux premières étant exclues), les juges appliquent un test d'équivalence des législations, et considèrent qu'aussi longtemps que la loi anglaise répond aux finalités de la loi fédérale américaine sur les valeurs mobilières, la validité de la clause d'élection de for n'est pas remise en cause.

349. **Les particularités du test d'équivalence des législations. Examen *ex ante* final et générique, qui équivaut à un transfert de compétence.** La mise en place des législations modernes des marchés financiers a été inspirée par les principes de celle des États-Unis (enregistrement des acteurs, diffusion de l'information etc.), mais la poursuite des mêmes fins n'équivaut pas nécessairement à l'existence a) des niveaux comparables de protection des investisseurs ou b) des mêmes techniques applicables. La protection des investisseurs dépend alors en grande partie de la modulation que reçoit chaque législation en pratique à travers le jeu des règles et exceptions[1855], arbitré par les régulateurs et les juges. Dans l'affaire, le régime dérogatoire dont bénéficiait Lloyd's était de manière évidente une prise en charge au niveau étatique des intérêts de l'industrie en matière d'assurance[1856], et dans la mesure où les Noms américains réclamaient le même traitement de la part des juridictions

[1854] *Ibid.*

[1855] H. MUIR WATT, « A semiotics of private international legal argument », YPIL vol. 14, 2012-2013, pp. 51-70.

[1856] V. W. DODGE, « Extraterritoriality and Conflicts-of-Laws Theory : An Argument for Judicial Unilaterism », (1998) 39 Harv. J. Int'L Law 101 at. 157, cité par B. van der EEM, « Financial Stability as a Global Public Good and Private International Law as Instrument for its Transnational Governance – Some Basic Thoughts », *in* H. MUIR WATT, D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (ed.), *Private International Law and Global Governance*, OUP, 2014, spéc. pp.296-297, note de bas de page n°15. Selon l'auteur, les régulations financières ne sont pas « neutres » par rapport à la politique économique, elles tiennent comptes de la structure *factuelle* du marché visé et de l'apport net positif ou négatif pour la balance commerciale de l'État : « […] a self-interested legislature will choose to régulate more lightly those industries that are net exporters and more heavily those industries that are net importers […] The London reinsurance market is the largest in the world, and London reinsurers sell far more reinsurance abroad than at home. Assuming that the British government acts to maximize the nation's wealth, it would allow British reinsurers to operate as profitably as possible with the expectation that any negative impact on British consumers would be more than offset by gains to British reinsurers earned at the expense of foreign consumers ».

américaines, l'enjeu peut être qualifié sur le terrain des conflits de souveraineté s'agissant de la « neutralisation des externalités produites par un autre État »[1857].

Dans l'affaire Lloyd's, ce n'est pas la protection effective disponible qui est comparée par les juges, mais celle telle qu'elle ressort « théoriquement » des normes juridiques et du système juridictionnel anglais pris dans son ensemble. Cela choque et à raison le juriste continental, mais pas seulement, car la contrariété à l'ordre public est conçue par rapport à la comparaison d'un résultat concret issu de l'application de la loi étrangère.

Le résultat est étonnant dans son fonctionnement aussi : l'acceptation de la validité d'une clause d'élection de for (ou compromissoire) sous condition du respect des finalités poursuivies par les réglementations économiques impératives du for équivaut à une délégation de compétence juridictionnelle. Sous la doctrine du *second look*[1858], cette délégation se rapproche du fonctionnement classique de ce mécanisme : le délégant transmet la responsabilité liée à la compétence déléguée, mais se réserve un droit de regard et de retrait du mandat si les conditions qui ont fondé cette délégation ne sont plus remplies (*i.e.* les bénéfices liés à l'optimisation de l'exercice du contrôle juridictionnel). Cependant, dans l'affaire Lloyd's, les juges américains optent plutôt pour l'acceptation d'un transfert de compétence par le biais de la clause d'élection de for, sur la validité duquel ils se prononcent par un examen *ex ante* qui exclut le *second look*[1859], approche confirmée dans l'instance indirecte s'agissant de la reconnaissance des décisions anglaises. Caractérisée par un « libéralisme accru »[1860], cette solution est étayée par des éléments pertinents appartenant à l'environnement régulateur, lui aussi tributaire des théories économiques dominantes.

[1857] B. van der EEM, « Financial Stability as a Global Public Good and Private International Law as Instrument for its Transnational Governance – Some Basic Thoughts », préc., p. 297.
[1858] V. *supra* n°345 et *infra* n^{os} 354s.
[1859] H. MUIR WATT, « L'affaire Lloyd's… », n°12, p. 521 : « opérée par anticipation, elle [l'appréciation de l'équivalence] semblait valoir une fois par toutes, de façon à exclure le *second look* lors de l'instance en exécution ».
[1860] *Id.*, n°9.

350. **La perception positive de l'autorégulation. La prise en considération de la position de la SEC et de la qualité d'investisseur qualifié des demandeurs.** Jugé pendant l'âge d'or de l'autorégulation, ce contentieux est révélateur en ce qui concerne l'influence du contexte régulateur *ex ante* sur l'appréciation des juges américains. Ainsi, loin d'être un facteur d'inquiétude, la Cour du Deuxième Circuit a considéré que « le caractère autorégulé de *Lloyd's* est une garantie d'honnêteté et de transparence »[1861]. Cette honnêteté est supposée dériver des statuts de *Lloyd's*[1862], acte purement privé.

De plus, s'agissant de la localisation du démarchage financier aux États-Unis, point qui n'est pas débattu[1863], les juges n'ignorent pas la position de la SEC quant à cet aspect, bien au contraire. Les Noms étaient censés démontrer une certaine capacité financière pour être éligibles (*accredited investors)*, ce qui permettait également aux *Lloyd's* d'être exempté de l'obligation d'enregistrement auprès de la SEC selon le *Regulation D (Rule 506)*[1864]. Cet aspect n'échappe pas aux juges, qui notent que la SEC « n'a jamais insisté » pour que *Lloyd's* enregistre les valeurs mobilières offertes conformément à la législation fédérale[1865]. Le passage suivant, qu'on a choisi de citer en anglais, nous paraît révélateur pour expliquer la position surprenante des juges américains pour les internationalistes privatistes (c'est nous qui soulignons) :

« *We turn now to address whether adequate remedies are available to deter issuers from issuing securities without disclosing sufficient information to permit investors to make informed decisions. We believe that* ***this policy concern is somewhat diluted*** *in this case because the* ***SEC consistently has exempted Lloyd's from the registration requirements of the securities laws****. Apparently*

[1861] H. MUIR WATT, « L'affaire Lloyd's… », préc., p. 521, note de bas de page n°42, citant *Roby v. Corporation of Lloyd's,* 996 F.2d 1353 (2d Cir. 1993).
[1862] *Roby v. Corporation of Lloyd's*, 996 F.2d 1353 (2d Cir. 1993) : « Furthermore, as a selfregulating organization, we cannot say that Lloyd's' own bylaws will not insure the honesty and forthrightness that American investors deserve and expect ».
[1863] *Roby v. Corporation of Lloyd's*, 996 F.2d 1353 (2d Cir. 1993) : « The Roby Names were solicited in the United States by various Lloyd's entities and representatives. Except for a brief meeting in London—a mandatory formality—the entire process by which the Roby Names became Names took place in the United States ».
[1864] Pour ce qui est du champ d'application de ce „safe harbour" pour les placements privés v. la position de la SEC disponible à http://www.sec.gov/answers/rule506.htm.
[1865] *Roby v. Corporation of Lloyd's*, 996 F.2d 1353 (2d Cir. 1993) : « the Securities and Exchange Commission (SEC) **has never insisted** that Lloyd's or Lloyd's entities register securities » (c'est nous qui soulignons).

the SEC has decided that Lloyd's' means test meets the requirements of Regulation D. ***We are extremely reluctant to dispute the SEC's apparent judgment that the Roby Names are sophisticated enough that they do not need the disclosure protections of the securities laws*** »[1866].

Il semble que la clé du test théorique appliqué quant aux garanties d'indemnisation offertes par la loi anglaise se retrouve aussi au niveau de la qualité d'investisseur qualifié des demandeurs, et du risque juridique accepté par ceux-ci par rapport à l'opportunité de l'investissement. La qualification de cette qualité retenue par la SEC lors de la structuration de l'offre d'investissement proposé par Lloyd's n'est pas remise en cause par les juges, et rappelle les motifs de la Cour Suprême dans l'affaire *The Bremen*[1867]. Ainsi, vue l'exclusion de ces investisseurs de la protection accordée par la loi fédérale américaine par la qualification permise à travers la position de la SEC, le poids de la protection des objectifs d'ordre public poursuivis par la législation fédérale se retrouve considérablement diminué. Il semble également que la portée de l'interdiction de renonciation (par voie contractuelle) à la protection octroyée par la législation fédérale américaine est dissoute par le comportement *de facto* de la SEC, basé sur le *Regulation D*, qui est pris en considération par les juges.

Cette confiance faite au régulateur financier nous rappelle une observation des MM. Ost et van de Kerchove : « Tout se passe ainsi comme si l'application faite par l'organe inférieur d'une norme donnée engendrait, aux yeux des juridictions, un phénomène inévitable de rétroaction sur la norme supérieure, dont la prise en considération s'impose nécessairement lors de l'interprétation de cette dernière »[1868]. Le fait que ce processus est bien réversible n'affecte pas son objectivation temporaire. Comme le montre l'affaire *Tourre*[1869] après la généralisation de la représentation liée à la crise financière : contrairement à l'affaire *Lloyd's*, les juges américains renoncent à la « déférence » faite à

[1866] *Roby v. Corporation of Lloyd's,* 996 F.2d 1353 (2d Cir. 1993).
[1867] V. *supra* n[os] 240s.
[1868] F. OST F., M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 100.
[1869] *United States District Court, S.D. New York. S.E.C v. Fabrice TOURRE*, 7 Jan. 2014, 2014 WL 61864 (S.D.N.Y.).

l'interprétation de la SEC, vu que celle-ci avait été fondée sur une jurisprudence abandonnée[1870].

351. **La qualité du consentement. Les attentes légitimes des investisseurs qualifiés. Quelle sécurité juridique pour eux ?** Dans l'affaire *Lloyd's*, le rejet du caractère inadéquat de la clause de choix de for fournit également des renseignements sur la manière de raisonner des juges : si les demandeurs se sont déplacés à Londres pour la conclusion du contrat de souscription, ils peuvent très bien le faire pour les litiges qui s'y attachent[1871]. S'agissant de cet aspect, selon une autre décision du même contentieux le déplacement à Londres n'était pas une question de complaisance mais montre que le consentement des Noms aurait du être éclairé s'agissant du choix de la loi anglaise et du caractère international du contrat[1872]. Au regard de cela, les juges semblent dire qu'en se comportant en tant qu'investisseurs qualifiés, les atteintes légitimes de ceux-ci ne peuvent pas être les mêmes que celles de n'importe quel autre investisseur. Cette position est par ailleurs bien établie en matière des dérivés également[1873], comme si une fois acquise, la qualité d'investisseur qualifié demeure. Les investisseurs qualifiés méritent bien sur une protection contre la fraude, mais pas nécessairement la protection accordée par le droit fédéral américain, celle dérivant des mécanismes contractuels envisagés sous la loi anglaise étant considérée suffisante par les juges.

[1870] *United States District Court, S.D. New York. S.E.C v. Fabrice TOURRE*, 7 Jan. 2014, 2014 WL 61864 (S.D.N.Y.) at. 2887–88 : « In adopting "a clear ... transactional test"—namely, "whether the purchase or sale is made in the United States, or involves a security listed on a domestic exchange"—the Supreme Court rejected a test proposed by the Solicitor General: *157 "[A] transnational securities fraud violates [§]10(b) when the fraud involves significant conduct in the United States that is material to the fraud's success." Id. at 2886 (alteration in original). One of the arguments the Solicitor General pressed in support of this test was the fact that the SEC "adopted an interpretation similar to the 'significant and material conduct' test, and that [the Supreme Court] should defer to that." Id. at 2887. Because the SEC's interpretation "relied on cases" that "ignored or discarded the presumption against extraterritoriality" and that the Supreme Court rejected, the Supreme Court found it owed the SEC's interpretation "no deference" ».

[1871] *Roby v. Corporation of Lloyd's*, 996 F.2d 1353 (2d Cir. 1993) : « Nor do we believe it gravely inconvenient for the Roby Names to litigate in London; they found it convenient enough to travel there for their mandatory interviews ».

[1872] *Richards v. Lloyd's of London*, 135 F.3d 1289 C.A.9 (Cal.),1998 : « Moreover, Lloyd's insistence that individuals travel to England to become a Name does not strike us as mere ritual. Lloyd's likely requires this precisely so that those who choose to be the Names understand that English law governs the transaction. Entering into the Lloyd's market in the manner described is plainly an international transaction ».

[1873] *Republic Natl. Bank v. Hales*, 75 F Supp 2d at 314.

De plus, le respect des clauses contractuelles d'élection de for et de loi est vu comme le respect des mécanismes de marché dans la formation du prix : la présomption de leur validité n'est plus une simple question de *comity* : « *the Court has noted that contracts entered into freely generally should be enforced because the financial effect of forum selection and choice of law clauses likely will be reflected in the value of the contract as a whole* »[1874]. Ainsi, le risque juridique lié à la clause d'élection de for et de loi applicable fait partie des facteurs qui influencent l'évaluation des engagements financiers : le fait qu'un produit financier est proposé à un certain prix tient compte des risques juridiques qui s'y attachent. C'est ce qui explique qu'une intervention régulatrice par le juge à travers le contentieux doit être tempérée pour ne pas fausser le mécanisme de la formation du prix des produits financiers. Ainsi, comme l'observait M. Couret, « pour l'investisseur professionnel, la relation avec la sécurité est plus complexe que pour le commun des mortels »[1875]. Que reste-t-il du risque systémique et de l'ordre public économique ?

352. **La dissociation des objectifs économiques liés à la sécurité du marché.** Dans le contentieux *Lloyd's*, les juges américains arrivent à privilégier les intérêts du commerce international par rapport à l'ordre public économique représenté par la législation fédérale américaine[1876]. Composée théoriquement d'un volet liberté et d'un volet sécurité juridique[1877], l'exigence des « intérêts du commerce international » acquiert une dimension subjective. L'ordre public économique incarné dans la législation fédérale des valeurs mobilières, quant à lui, poursuit également un objectif de sécurité du marché (sécurité financière[1878]) y compris à travers la protection des investisseurs. Dans le raisonnement des

[1874] *Roby v. Corporation of Lloyd's*, 996 F.2d 1353 (2d Cir. 1993) citant *Carnival Cruise Lines*, 499 U.S. at ——, 111 S.Ct. at 1527.
[1875] A. COURET, « La sécurité financière », préc., p. 377. L'auteur ajoute : « Certes, l'attente de sécurité est souvent très forte et rejoint celle des épargnants ordinaires. Mais, dans le même temps, un professionnel peut être amené à arbitrer assez finement le risque et le profit. » V. aussi J. W. MARKHAM, « Protecting The Institutional Investor--Jungle Predator Or Shorn Lamb ? », 12 Yale J. on Reg. 345.
[1876] H. MUIR WATT, « L'affaire Lloyd's… », préc., n°13.
[1877] V. *supra* n°257.
[1878] V. *supra* n^{os} 153s.

juges, c'est le *comity*[1879] qui est invoqué, ce qui signifie que le respect de la sécurité subjective prime lorsque la sécurité du marché américain n'est pas considérée comme étant en cause. Bien qu'estimée à environ 1 milliard de dollars (par rapport au capital des Noms américains)[1880], la dimension de ce contentieux ne semble pas présenter des enjeux systémiques pour le marché financier américain. Si cet élément de l'hypothèse avait été différent (*i.e.* les demandeurs avaient représenté un pourcentage important des ressources des acteurs financiers américains de nature à compromettre le fonctionnement du marché américain), il est raisonnable de penser que la mise en balance des intérêts aurait eu un résultat différent. Cela peut expliquer d'ailleurs les précautions employées lors de la consécration du *second look* dans l'arrêt *Mitsubishi*[1881], car l'enjeu pour l'ordre public était directement perceptible, alors que la mise en cause de la sécurité du marché financier suppose la prise en considération de l'agrégation des intérêts protégés.

Ainsi, lorsque la sécurité du marché n'est pas en cause, on *présume* que les investisseurs qualifiés sont suffisamment protégés à travers les remèdes de droit privé incidents[1882].

La sécurité reifiée dans le contrat étant renforcée, la régulation financière à travers le contentieux étatique est devenue théorique. Il a fallu attendre la crise financière de 2008 pour qu'elle soit réactivée.

§2 – L'émergence des nouveaux juges « naturels » des rapports financiers

353. **L'arbitrabilité des litiges en matière financière.** Le recours massif à l'arbitrage par les acteurs privés, ainsi que la libéralisation du contrôle des sentences arbitrales par les juridictions étatiques contribue à une certaine disparition du juge du processus de l'objectivation de la normativité financière. Aux États Unis, l'arbitrabilité des litiges impliquant des dispositions des lois

[1879] *Roby v. Corporation of Lloyd's,* 996 F.2d 1353 (2d Cir. 1993) : « international comity dictates that American courts enforce these sorts of clauses out of respect for the integrity and competence of foreign tribunals ».
[1880] Mentioné dans *Roby v. Corporation of Lloyd's,* 996 F.2d 1353 (2d Cir. 1993).
[1881] V. *supra* n°345.
[1882] *Roby v. Corporation of Lloyd's*, 996 F.2d 1353 (2d Cir. 1993), at. 1366 : « The specter of liability for breach of contract should act as an adequate deterrent to the exploitation of American investors. »

fédérales sur les valeurs mobilières était inconcevable[1883] même dans les années 1950. Le contentieux arbitral était considéré comme n'assurant pas, pour l'application de la législation fédérale, le niveau de protection qu'une juridiction étatique assure[1884], ainsi « qu'en raison du déséquilibre entre les intermédiaires financiers et les épargnants »[1885]. La situation a changé à partir de l'arrêt *Scherk v. Alberto-Culver Co.*[1886] de 1974, qui admettait l'arbitrabilité en raison de l'internationalité de l'affaire et du besoin de prédictibilité pour les parties, auquel répondent les clauses de choix de loi et de for[1887]. Plus généralement, dans cette affaire pour la Cour Suprême américaine il s'agit de forger ainsi une politique juridique favorable aux intérêts du commerce international : « *the dicey atmosphere of such a legal no-man's land would surely damage the fabric of international commerce and trade* ». Cette argumentation rappelle le

[1883] N. S. POSER, « Arbitrability Of International Securities Disputes », 12 Brook. J. Int'l L. 675 1986, p. 676, *Wilko v. Swan*, 346 U.S. 427 (1953) concernant un contrat entre une entreprise d'investissement et un client, concerné par le Securities Act de 1933; la Cour Suprême avait retenu que le client ne pouvait pas valablement renoncer au droit de recourir à une juridiction étatique pour la violation des droits que le *Securities Act* de 1933 lui reconnaissait.

[1884] J. J. KERR, « Arbitrability of Securities Law Claims in Common Law Nations », 12 Arb. Int'l 171 1996, p. 172.

[1885] Ph. LEBOULANGER, « L'arbitrage des litiges relatifs aux opérations sur les marchés financiers », *in Mélanges Ph. Kahn,* pp. 545 – 558, p. 546.

[1886] 417 U.S. 506 (1974).

[1887] N. S. POSER, « Arbitrability Of International Securities Disputes », préc., p. 682; *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, n[os] 515-517 : « Such a contract involves considerations and policies significantly different from those found controlling in *Wilko*. In *Wilko*, quite apart from the arbitration provision, there was no question but that the laws of the United States generally, and the federal securities laws in particular, would govern disputes arising out of the stock purchase agreement. The parties, the negotiations, and the subject matter of the contract were all situated in this country, and no credible claim could have been entertained that any international conflict of laws problems would arise. In this case, by contrast, in the absence of the arbitration provision considerable uncertainty existed at the time of the agreement, and still exists, concerning the law applicable to the resolution of disputes arising out of the contract. Such uncertainty will almost inevitably exist with respect to any contract touching two or more countries, each with its own substantive laws and conflict of laws rules. **A contractual provision specifying in advance the forum in which dispute shall be litigated and the law to be applied is, therefore, an almost indispensable precondition to achievement of the orderliness and predictability essential to any international business transaction**. Furthermore, such a provision obviate the danger that a dispute under the agreement might be submitted to a forum hostile to the interests of one of the parties or unfamiliar with the problem area involved. **A parochial refusal by the courts of one country to enforce an international arbitration agreement would not only frustrate these purposes, but would invite unseemly and mutually destructive jockeying by the parties to secure tactical litigation advantages**. In the present case, for example, it is not inconceivable that, if Scherk had anticipated that Alberto-Culver would be able in this country to enjoin resort to arbitration, he might have sought an order in France or some other country enjoining Alberto-Culver from proceeding with its litigation in the United States. Whatever recognition the courts of this country might ultimately have granted to the order of the foreign court, **the dicey atmosphere of such a legal no-man's land would surely damage the fabric of international commerce and trade**, and imperil the willingness and ability of businessmen to enter into international commercial agreements » (c'est nous qui soulignons).

raisonnement que la Cour de Cassation avait adopté dans l'affaire *American Trading* pour consacrer le principe d'autonomie de la volonté en matière de conflits de lois : internationalité de l'affaire, prédictibilité, intérêts du commerce international[1888]. De plus, les juges américains utilisent également la technique selon laquelle ils raisonnent *a contrario* par rapport à la situation de fait qui résulterait en cas d'une décision contraire à celle dont ils sont en train de motiver[1889].

354. **Les vertus du *second look*.** La libéralisation du régime du droit international privé américain en termes d'arbitrabilité avait été néanmoins assortie par des garanties procédurales, telle que la doctrine du *second look* sur la sentence arbitrale, développée par la Cour Suprême américaine en matière de droit de la concurrence[1890] ; selon celle-ci, en cas de non-application du droit économique américain ou de distorsion des finalités de celui-ci, la Cour se réservait la possibilité de ne pas reconnaître la sentence sur le fondement de la contrariété à l'ordre public[1891]. Une autre garantie mais plutôt « illusoire » était, en matière des valeurs mobilières, la prémisse « que la Securities and Exchange Commission exerce un contrôle sur les divers organismes sous les auspices desquels l'arbitrage aurait lieu »[1892]. Par deux arrêts de 1987 et 1989 respectivement, la Cour Suprême américaine a abandonné de manière graduelle la méfiance par rapport à l'arbitrage, arrivant à la conclusion que ce procédé de règlement des différends est devenu suffisamment mûr pour assurer une protection des investisseurs, et par conséquent l'ancienne « hostilité » à son égard ne se justifiait plus[1893].

355. **La doctrine du *second look* et les raisons de son abandon. Les raisons de son maintien.** La doctrine du *second look* avait permis la flexibilisation de la compétence internationale en matière de réglementations économiques, en maintenant en même temps l'effectivité de celles-ci. Elle avait été abandonnée

[1888] V. *supra* n°246.
[1889] V. *supra* n^{os} 107s.
[1890] H. MUIR WATT, « Aspect économiques...», préc., n^{os}101s., pp. 149s.
[1891] *Ibid.*
[1892] *Id.*, n°101, p. 150, et note de bas de page n°342.
[1893] J. J. KERR, « Arbitrability of Securities Law Claims in Common Law Nations », préc., p. 173, citant *Shearson/American Express v. McMahon*, 482 US 220, reh'q denied, 483 US 1056 (1987) et *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express*, 10 490 US 477 at 480 (1989).

pour des raisons tenant sans doute à sa potentielle atteinte à la sécurité juridique. En ce qui nous concerne, dans un monde de négociation de la justice, cette doctrine aurait permis la sauvegarde des intérêts généraux des normes couvertes par le *second look* à travers la procuration d'un avantage dans la négociation aux parties dont les intérêts coïncident avec ces intérêts généraux. La doctrine du *second look* est ainsi complémentaire, de manière indirecte, au mécanisme de *private attorney general* qui confère aux parties affectées par une violation du droit économique un droit d'accès au juge en vue d'obtenir une réparation[1894].

356. **La limitation de l'accès au juge américain des investisseurs étrangers après la crise de 2008**. **La « présomption de non-extraterritorialité » en droit américain.** La jurisprudence américaine en matière d'application extraterritoriale des dispositions contre la fraude avait souffert un important revirement avec l'affaire *Morrison*[1895], qui a limité considérablement l'accès des investisseurs étrangers aux tribunaux américains, et cela non seulement dans l'hypothèse d'une action « *foreign cubed* ». Dans l'affaire *Morrison* les juges se prononcent exclusivement en termes de champ d'application de la loi américaine[1896], mais indirectement cela a des conséquences sur la compétence puisque celle-ci, dans le droit américain, dérive de l'applicabilité de la loi fédérale[1897] qui pourrait être qualifiée de police selon une conception française.

En abandonnant les tests de comportement et celui des effets, l'affaire *Morrison* limite le domaine de la loi américaine aux transactions conclues sur un marché américain ou aux États-Unis. Mais dans cette deuxième composante encore, d'autres affaires ont limité encore plus la portée de la loi américaine[1898]. Il

[1894] V. *supra* n°288.
[1895] *Morrison v. Nat't Austl. Bank Ltd.*, 130 S. Ct. 2869 (2010), D. 2010. 1624, obs. Astaix; RTD com. 2010. 753, obs. Rontchevsky; Rev. crit. DIP 2010. 714, note Muir Watt; Bull. Joly 2010. 738, note Fages et Perchet; Bull. Joly Bourse 2010. 308, note Gaillard; Banque&Droit juillet-août 2010. 23; Dr. sociétés 2010, n°186, note Mortier.
[1896] K. KESSEDJIAN, *Droit du commerce international*, préc., n°1159, p. 545 : « Contrairement à ce que l'on peut lire ici et là, la Cour ne se prononce pas en termes de compétence juridictionnelle, mais uniquement de droit applicable. Elle délimite le champ d'application spatial d'une loi de police américaine ».
[1897] H. MUIR WATT, « Régulation de l'économie globale et l'émergence de compétences déléguées : sur le droit international privé des actions de groupe, À propos de l' affaire Vivendi Universal », Rev. crit. DIP 2008. 581, note de bas de page n°8.
[1898] J. COX, « Extraterritorial reach of the US financial laws », *in* E. WYMEERSCH, K. J. HOPT, G. FERRARINI (eds.), *Financial Regulation and Supervision: A post-crisis analysis*, OUP, 2012, pp. 445-469, spéc. p. 446 : « *The post-Morrison era seems to be one characterized*

semblerait donc que pour toute transaction qui n'a pas été conclue sur une plateforme de transactions américaine mais sur un marché OTC (*i.e.* sur une base bilatérale), il est nécessaire qu'à la fois l'offre et la conclusion du contrat aient lieu sur le territoire américain[1899].

357. **Au Royaume-Uni.** Au Royaume-Uni le principe a été depuis longtemps l'arbitrabilité des litiges financiers[1900]. S'agissant de la validité de la clause arbitrale dans les contrats financiers, les juges anglais n'ont pas été indifférents dans leur raisonnement aux atteintes des acteurs du marché dont dépend l'équilibre du marché : « *If, following turmoil, now or in the future, in local markets, effect were not given to such an arbitration clause in such a Master Agreement, there is a real risk that the developpement and maintenance of an efficient and productive worldwide market in derivatives and swaps might be undermined* »[1901]. Cela pourrait expliquer « le paradoxe anglais » : alors que les clauses de juridiction et de loi applicable au profit des juridictions et de la loi anglaise abondent dans les contrats financiers, le droit international privé anglais est pourtant caractérisé comme fortement indéterminé et incertain[1902].

358. **L'accès à l'arbitrage comme accès à la justice en France.** Si le caractère d'ordre public de la réglementation des marchés financiers, ainsi que le statut de consommateur de certains investisseurs gênent l'arbitrabilité de la matière, *a contrario* toute affaire qui ne présente pas ces caractéristiques (placements privés, dérivés etc.) n'empêche pas la stipulation valable d'une

---

by an eagerness among the lower courts to actually expand its holding » ; H. L. BUXBAUM, « Remedies for foreign investors under U.S. federal securities law », 75 Law & Contemp. Probs. 161. Selon ces auteurs, plusieurs hypothèses ont été rejetées : a) en ce qui concerne l'achat des ADR américains des émetteurs étrangers, il a été considéré qu'il s'agissait d'« une transaction essentiellement étrangère (« *a predominantly foreign transaction* ») ; b) la sollicitation d'un client aux États-Unis pour investir sur un marché étranger a été exclue ; c) ni même quand le dernier acte de la transaction a été conclu sur le territoire américain les juges n'ont pas considéré qu'il était suffisant pour que la transaction soit considérée conclue sur le territoire américain.

[1899] En ce sens J. COX, « Extraterritorial reach of the US financial laws », préc., p. 447.

[1900] Ph. LEBOULANGER, « L'arbitrage des litiges relatifs aux opérations sur les marchés financiers », *in Mélanges Ph. Kahn,* pp. 545-558, p. 550.

[1901] *Bankers Trust Co. et. al. v. PT Jakarta International Hotels and Development,* Queen's Bench Division, Commercial Ct, 12 mars 1999, All ER (D), p. 314, cite par Ph. LEBOULANGER, « L'arbitrage des litiges relatifs aux opérations sur les marchés financiers », *in Mélanges Ph. Kahn,* pp. 545 – 558, p. 550.

[1902] R. FENTIMAN, « Legal reasoning in the Conflict of Laws : An Essay in Law and Practice », préc., pp. 444s.

clause d'arbitrage[1903]. En 2005 la Cour de Cassation avait consacré la compétence des tribunaux français sur la base du déni de justice[1904], au regard du droit d'accès au juge en tant que principe du droit international public, réactivant ainsi un ancien chef de compétence internationale[1905]. Néanmoins, la spécificité de l'affaire réside dans le fait que la vérification du déni de justice inclut désormais non seulement l'absence d'accès à la justice étatique, mais également l'absence d'accès à la justice arbitrale.

359. **Les enjeux économiques du recours à l'arbitrage préférentiel au sein du CIRDI.** Crée en 1965, le CIRDI était conçu comme une garantie procédurale des investissements internationaux effectués dans un État, contre des manifestations exorbitantes de la souveraineté : expropriations etc. Il était le complément nécessaire pour assurer une effectivité des traités bilatéraux d'investissement (TBI). La compétence *rationae materiae*, prévue par l'article 25 de la Convention de Washington, s'étend « *aux différends d'ordre juridique (…) qui sont en relation directe avec un investissement*[1906]. Issu des besoins du commerce international, cette construction juridique était destinée à y répondre, y compris à se moduler selon leurs évolution. Cela explique pourquoi, fondée sur un concept économique qui ne correspondait pas à une catégorie juridique précise[1907], celle d'investissement, la fonction du CIRDI allait inévitablement suivre les transformations du marché international, posant constamment des défis pour la cohérence juridique. Ainsi, la notion d'investissement a recouvert du point de vue juridique un élément matériel (un droit) assorti d'un élément temporel : un apport de moyenne ou longue durée, contribuant au

[1903] Ph. LEBOULANGER, « L'arbitrage des litiges relatifs aux opérations sur les marchés financiers », préc., pp. 553s.
[1904] Cass. 1re Civ., 1 fév. 2005, *Etat d'Israël c/ société NIOC*, Rev.arb. 2005. 693 note H. Muir Watt.
[1905] V. *supra* n°227.
[1906] Art. 25. para. (1) : « (1) La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement ».
[1907] Ph. KAHN, « Les investissements internationaux, nouvelles donnes : un droit transnational de l'investissement », *in* Centre d'étude et de recherche de droit international de l'Academie de droit international de La Haye, *New Aspects of International Investment Law*, Brill, Nijhoff, 2007, p. 17.

développement économique de l'État d'accueil[1908]. Quant à lui, l'élément matériel a évolué des droits de propriété (contrôle d'une société, biens de productions etc.) à d'autres résultant des relations contractuelles (concessions, clefs en main, etc.)[1909] ; cette évolution est devenue visible également à travers la rédaction des TBI, qui procèdent à des énumérations qui peuvent aller des définitions complexes jusqu'aux titres financiers et tout droit de créance.

Par conséquent, la revendication d'une protection de plus en plus large notamment de la part des pays développés[1910] s'est manifesté par un détachement de la notion d'investissement de sa composante opérationnelle, pour couvrir de plus en plus les opérations purement financières. Une première brèche a été la décision *Fedax c. Venezuela* de 1997[1911], qui a inclus les effets de commerce émis par la République de Venezuela dans les titres financiers couverts par la notion d'investissement du TBI en cause, qualification qui pour certains apparaît comme « à la marge du raisonnable »[1912]. Mais c'est l'affaire *Abaclat* qui entérina en 2011 la compétence du CIRDI en matière de dette souveraine et de sa restructuration (alléguée comme constituant une expropriation)[1913], en dépit des risques de troubles profonds pour l'équilibre de ce secteur du marché financier international qu'une telle décision entraînait[1914]. Ces risques avaient également été soulignés auparavant par un réputé publiciste : « *[international investment regimes] should support rather than undermine efforts at getting the debtor nation back into a solid financial and monetary position; they should not encourage too much of a "moral hazard" by completely eliminating the risk consciously assumed and at a commensurate*

[1908] *Id.*, p. 23 et 27 avec référence à *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c. Royaume du Maroc*, décision CIRDI du 23 juillet 2001 sur la compétence, JDI 2002. 196 obs. E. Gaillard. M. Gaillard note que la sentence admet pour la première fois un contrat de construction à titre d'investissement, dans des conditions assez exigeantes.
[1909] *Id.*, p. 18 et 27.
[1910] *Id.*, p. 21.
[1911] *Fedax NV c. République du Venezuela*, décision CIRDI du 11 juillet 1997 sur la compétence, JDI 1999. 278, obs. E. Gaillard.
[1912] Ph. KAHN, « Les investissements internationaux, nouvelles donnes : un droit transnational de l'investissement », préc., p. 24.
[1913] *Abaclat and Others c. République Argentine*, décision CIRDI ARB/07/5 du 4 aout 2011, décision sur compéténce et l'admissibilité.
[1914] M. WAIBEL, *Opening Pandora's Box: Sovereign Bonds in International Arbitration*, The American Journal of International Law, Vol. 101, No. 4 (Oct., 2007), pp. 711-759, p. 759 : « ICSID arbitration could upset the sovereign debt market's delicate equilibrium ».

premium by lenders ; (…) BIT – covered loans should command a lower interest rate than those which are not. »[1915].

Du point de vue juridique, la micro-dynamique de la notion juridique d'investissement se présente comme suit : un contenu avait été forgé sur des fondements fonctionnels[1916], dont au moins un des paramètres étaient constants : l'apport à la richesse du pays d'accueil. C'est à notre avis ce que M. Kahn entend par la définition « conceptuelle évolutive »[1917].

Du point de vue économique, une des caractéristiques des TBI et du système CIRDI était la protection de l'investisseur contre les risques politiques et administratifs, et *non contre le risque commercial inhérent à toute activité*[1918].

360. **L'expertise nécessaire au juge du marché financier.** L'apparition des nouveaux juges pour les litiges financiers va de pair avec l'argument d'une vocation naturelle en ce sens, y compris sur la base de l'expertise en ce qui concerne le commerce international du capital. La complexité des instruments financiers et des techniques de négociation continue à militer pour une régulation technocratique du domaine, qui met à l'abri du débat le modèle économique qui la légitime. En ce sens, l'argument de l'expertise à la fois des parties, prises individuellement ou coalisées à travers leurs intérêts, des régulateurs et des arbitres, serait de nature à exclure la légitimité des juridictions de droit commun pour trancher les litiges dans la matière. Pourtant, comme le rappelle M. Couret, « *les montages financiers complexes reposent sur une utilisation souvent rénovée de configurations civilistes très classiques* »[1919]. Cette perspective renversée fait que l'argument de l'expertise joue cette fois-ci

[1915] T.W. WÄLDE, « The Serbian Loan Case : A precedent for investment treaty protection of foreign debt ? » in T.WEILER (ed.), *International Investment Law and Arbitration, Leading cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, 2005, pp. 383 – 423, spéc. p. 386.
[1916] Ph. KAHN, « Les investissements internationaux, nouvelles donnes : un droit transnational de l'investissement », préc., p. 19 : « Si on examine le traitement de la notion à travers les sources du droit de l'investissement on constate qu'une définition précise de l'investissement reposant sur un concept est rarement donnée au bénéfice de définitions fonctionnelles, évolutives par nature dans le sens des objectifs poursuivis ».
[1917] *Id.*, p. 28.
[1918] *Id.*, p. 27. V. *Joy Mining Machinery Limited c. République arabe d'Egypte*, sentence CIRDI du 6 août 2004, JDI, 2005, p. 163, note E. GAILLARD.
[1919] A. COURET, « Innovation financière et règle de droit », D.1990. 135s.

en faveur des juridictions de droit commun, mieux dotées d'outils de systématisation et de conceptualisation juridique en droit privé. Comme le remarque Jo Braithwaite en analysant le contentieux financier pré- et post-crise financière, les juges anglais ont maîtrisé des questions complexes du point de vue substantiel et procédural posées par le marché financier OTC[1920]. Bien qu'on postule que « le juge civil ne [puisse] pas faire de macro-économie, et doit se limiter seulement à la micro-économie »[1921], le résultat de son travail n'est pas neutre par rapport à la dimension macro-économique. En ce sens, le manque d'expertise financière des juges peut sauver l'épistémologie juridique des barrières issues de la méta-normativité d'un modèle scientifique légitimant[1922]. Cette perspective oblige à « sortir d'une vision où seuls règnent les experts »[1923]. En ce sens, le juge n'est pas moins expert ni par rapport au régulateur ni par rapport à l'arbitre. Cela ne signifie pas que le juge de droit commun ne soit ou ne doit pas être sensible à la théorie économique, bien au contraire, il devrait prendre conscience du pluralisme scientifique.

[1920] J. P. BRAITHWAITE, « OTC derivatives, the courts and regulatory reform », préc., p. 368 : « First, and perhaps most importantly, the detail of the data clearly demonstrates the capacity of the national courts to address a very broad range of substantive and procedural issues arising in the global OTC markets. As such, the decisions captured in the research consist of detailed judgments determining questions of fact, interim orders resolving opportunistic tactics (and the relatively frequent appeals thereof), judgments interpreting technical contractual terms and findings on novel questions of foreign public law ».

[1921] R. PERROT, « Rapport général – Le rôle du juge en présence des problèmes économiques », Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXII, Dalloz, 1970, pp. 260-272, spéc. p. 262.

[1922] V. *supra* n[os] 138s.

[1923] H. de VAUPLANE, « Les marchés financiers comme bien commun », Revue Banque 2014, n°773, pp. 20-21.

Conclusion du Chapitre

361. La production contemporaine de la normativité financière est caractérisée par la délégation et par la sophistication de l'aménagement des mécanismes contractuels. Ces deux caractéristiques communiquent à travers la dynamique du marché financier. Au regard de la volatilité de celui-ci, l'exercice de la compétence normative par les institutions publiques perd, à travers la délégation, son caractère substantiel, de règle de conduite. Les exigences d'élaboration de celle-ci sont d'ordre procédural et répondent à des standards dont le contenu et les objectifs sont issus d'un compromis international informel. La responsabilité pour le contenu précis de la règle de conduite en matière financière est soit évacuée à travers le caractère non-contraignant de celle-ci, soit déléguée au niveau contractuel.

Le contentieux *Lloyd's* témoigne de l'autolimitation de l'intervention publique dans l'*ordonnancement* du régime juridique du placement privé à caractère international (expression du marché OTC), à tous les niveaux de production normative : législatif en Grande-Bretagne, au niveau du régulateur américain, aux niveaux des juges britanniques et américains.

Le phénomène acquiert une dimension globale dans le cas du marché des dérivés, qui, jusqu'à la crise financière de 2008, ont bénéficié d'un statut normatif privilégié. La reconnaissance de la validité des clauses dérogatoires de l'*ISDA Master Agreement* par les systèmes juridiques nationaux a renforcé la prévisibilité de la normativité financière en ce sens, voire du calcul. L'efficacité bilatérale des mécanismes contractuels ont été de nature à mobiliser un aléa moral au sens d'une « assurance » du transfert du risque à travers les dérivés de crédit, au point de faire de la dystopie « rationaliste » une *possibilité*.

Actuellement, l'étendue de la compétence des régulateurs, d'une part, ainsi que le développement de l'arbitrage commercial ou en matière d'investissements ont beaucoup réduit la vocation du juge étatique de réguler du point de vue substantiel le marché financier international.

Conclusion du Titre

362. L'enrichissement méthodologique de l'algorithme conflictuel s'est retourné contre la téléologie de la matière, surtout en Europe. En ce qui concerne les conflits de lois, les considérations substantielles ont migré au niveau procédural, avec la conséquence de l'isolement des étapes de raisonnement par rapport à des considérations d'intérêt général (systémique). En ce qui concerne les conflits de juridictions, la privatisation de la justice impartie par les juridictions étatiques ainsi que la concurrence des compétences étatiques légitimes pour l'appréhension d'un même rapport de droit, ont rendu possible une critique sécuritaire.

Dans ce contexte, le droit du commerce international, privilégiant la règle matérielle d'origine extra-étatique pour l'ordonnancement des rapports juridiques internationaux a émergé. Le renouveau de la théorie de la *lex mercatoria* correspond à la légitimation téléologique de la libéralisation au niveau conflictuel du régime juridique de l'autonomie de la volonté. Celle-ci mobilise une dénationalisation des rapports financiers à la fois dans leur aménagement territorial et dans leur régime juridique. L'autorité scientifique de l'économie néoclassique légitime simultanément les dimensions microjuridiques et macrojuridiques du phénomène.

Dans la seconde moitié du XX^{e} siècle, la confiance faite au modèle de l'acteur économique rationnel devient insusceptible d'être remise en cause au regard des considérations systémiques. Le phénomène est visible dans le contentieux transnational lié aux placement privé et standards contractuels pour les dérivés de crédit. La confiance faite par les acteurs du marché à la galaxie contractuelle *assurant* le risque économique a été renouvelée sur la base d'une économie sur une pente ascendante. L'autolimitation de l'intervention publique et le contentieux peu abondant ont contribué à l'opacité du marché financier global dénationalisé. Paradoxalement, cela a mobilisé un aléa moral : la rationalité des attentes déraisonnables par rapport aux enseignements même de la théorie économique sur les cycles. En dépit des insuffisances théoriques et des

conséquences négatives pratiques du modèle de l'autorégulation[1924], la construction et la validation juridique de ce modèle au niveau systémique[1925] s'est produite.

L'extraterritorialité du contrat < > marché financier circule cependant invisible à cause de son positionnent formel sous l'autorité d'un ordre juridique, en vertu du choix de la juridiction compétente et de la loi applicable. Les parties sont amenées à forger non seulement des revendications normatives sur la base du contrat, mais également à réclamer le bénéfice d'un phénomène coutumier (coutume négative).

[1924] K. POLANYI, *op.cit., passim.* V. aussi O. MOREAU-NÉRET, *Les Valeurs Mobilières*, Sirey, 1939, t. II, p. 92 : « un marché de valeurs mobilières ne peut fonctionner de façon satisfaisante, tant qu'il demeure absolument libre ».
[1925] V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché », APD 1995. 286, spéc. n°29, p. 299.

Conclusion de la Seconde Partie

363. L'expérience historique de l'échec de l'économie planifiée des pays communistes a renforcé la tendance de penser ensemble le libéralisme politique et le libéralisme économique au XX^e^ siècle. Les États occidentaux, qu'ils relèvent de la tradition juridique de droit civil ou de *common law,* se sont attachés à la positivité simultanée de l'État de droit et de l'économie de marché. Ces référentiels se sont affirmés en tant que principaux arguments de légitimité de la normativité régissant les rapports juridiques en matière financière dans la seconde moitié du XX^e^ siècle.

D'une part, il s'agit de la limitation de l'intervention de l'État dans l'économie ayant pour effet la (re)libéralisation de la circulation du capital, devenue internationale; d'autre part, les État se sont chargés à assurer une infrastructure et une police du marché financier, ayant pour effet la « nationalisation » de celui-ci. En ce sens, les notions de droit et de marché, articulés autour de la dimension étatique, procurent, séparément ou simultanément, des représentations de liberté et de sécurité pour l'ordonnancement des rapports privés. Cependant, ces représentations ont été petit à petit détachées de la dimension étatique. L'internationalisation contractuelle, en particulier du secteur financier, a été simultanément une « dénationalisation », sans que le paradigme du monopole étatique de la contrainte soit remis en cause *formellement*. Bien au contraire, la normativité étatique a été appelée à renforcer le phénomène. Attaché à une dimension individuelle, le marché s'est émancipé d'une police étatique, alimentant une idéologie sécuritaire néo-jusnaturaliste immunisée à travers son caractère scientifique. Un rôle non-négligeable a été joué par la théorie du droit international privé, dont l'épistémologie privatiste a favorisé un caractère pro-cyclique au droit matériel en termes de libéralisation. Pourtant, la dimension étatique prise *comme si* elle relevait de la nature des choses a empêché la représentation théorique des risques potentiels. Les débats liés à la normativité en dehors de l'État-nation à la fin du XX^e^ siècle, alimentés par la visibilité d'un marché financier peu transparent avant la crise de 2008, y compris en termes de globalisation et gouvernance, se heurtent à la persistance à la fois

formelle et *scientifique* du paradigme étatique pour la systématisation juridique. Elle occulte la représentation des anomalies juridiques comme l'extraterritorialité du contrat-marché, quasi auto-suffisant du point de vue normatif. Le sentiment qu'actuellement une certaine « politisation du droit international privé est sans doute inévitable »[1926] est soutenu par les mutations observées. En ce qui nous concerne, le phénomène n'est pas nécessairement à craindre, lorsqu'il abouti à une *fluidité*[1927] au lieu du *remplacement* du cadre épistémologique : le fait que la représentation privatiste des conflits de lois et de juridictions n'*exclut pas* une représentation en termes de conflits de souverainetés[1928] est un premier pas.

[1926] D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.,* n°22, p. 34.
[1927] V. *supra* n°25.
[1928] D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op.cit.,* n°65-1, p. 90. V. *supra* n°209.

CONCLUSION GÉNÉRALE

364. **Un conflit invisible.** « Le XXI^e^ siècle, dont l'aurore captive tous les regards, sera celui d'un affrontement sans précédent entre le droit et l'économie, plus précisément entre leurs *lois* antagonistes »[1929] (c'est nous qui soulignons). C'est en ces termes que le conflit avait été énoncé par Catala. En ce qui nous concerne, le temps est propice pour le reformuler sur le terrain des rapports entre la normativité juridique, du droit positif, et la méta-normativité (scientifique) qui accompagne d'une part les doctrines juridiques, et d'autre part les théories économiques. L'école S&TS offre une terminologie de lecture en ce sens, à travers la nature d'*ordonnancement* qui se retrouve derrière la *connaissance* fournie par le statut scientifique d'une discipline. Elle agit de manière presqu'invisible *en amont de* l'*ordonnancement* propre à la normativité juridique. Le constat de l'école S&TS selon lequel la société est le résultat d'une coproduction entre ces deux types de normativités semble relever de la nature des choses[1930]. Cependant, cela suppose une *reproduction*, ou le *maintien* d'une relation dialectique entre la *connaissance* et l'*ordonnancement*, entre les sciences et le droit positif. La nature de décision (jugement) du droit tel qu'envisagé à travers les garanties procédurales de l'accès au juge comme accès à la justice, fournit théoriquement la consonance[1931] nécessaire à la reproduction de la coproduction. À titre rétrospectif et explicatif[1932], nous avons construit un récit historique de la « coproduction » entre le droit positif, d'une part, et la science juridique et économique d'autre part, au XX^e^ siècle, car pertinente pour la notion de sécurité en matière financière. La « coproduction » passe ainsi en *phénomène* saisi par une représentation. À ce stade, lorsqu'on se demande des usages *normatifs* de la « coproduction », on passe de son état « naturel » à un état « instrumental » *(strategic use)*, où le problème des conflits de valeurs se

[1929] P. CATALA, « Les lois du marché », préc., p. 203.
[1930] V. *supra* n°17.
[1931] Notion à la base de la systémique circulaire développée par Ş. ODOBLEJA, *Psychologie consonantiste*, Maloine, 1938, vol. I et II.
[1932] S. JASANOFF, « The idiom of coproduction », prec., p. 6 : « co-production begs for illustration rather than proof ».

reproduit[1933]. En ce sens, la mise en œuvre de la « coproduction » à titre d'autorité scientifique est susceptible de se heurter aux difficultés qu'elle-même dénonce, sans garantir cependant sa survie « naturelle »[1934]. Nous sommes cependant encore loin de ce point.

365. **Dystopies du droit positif.** L'analyse du phénomène de la coproduction en termes de *parcours* permet de saisir l'hypothèse de son « emboîtement » à travers le parasitage réciproque des fonctions de connaissance et d'ordonnancement entre les sciences et le droit positif. Un droit qui ignore la connaissance scientifique risque de produire une société soumise à *l'arbitraire, qui finit par imposer artificiellement une connaissance détachée de l'expérience et de l'observation empirique,* hypothèse dénoncée par les théories juridiques elles-mêmes. Le fait d'ignorer les résultats des recherches en matière de changements climatiques en témoigne. En revanche, une fois la pertinence technocratique de la connaissance scientifique acquise, *la substitution de l'autorité scientifique d'un paradigme de connaissance (méta-normativité)* risque de produire une société soumise à l'*automaticité de l'ordonnancement*, et de parasiter ainsi la *décision* comme phénomène propre à la positivité juridique[1935]. Saisie par Perelman comme une dystopie « rationaliste »[1936], cette deuxième dynamique est beaucoup moins présente dans la théorie du droit. La crise financière globale de 2008 prise comme réalité économique dénonce les limites de la théorie économique néoclassique, orthodoxe au XX^{e} siècle. Cette opportunité a été saisie pour déconstruire les rapports épistémologiques entre le degré de caractère scientifique de la théorie économique (émancipée du statut de science sociale), et le processus de la création du droit positif, à son tour saisi par la théorie du droit à titre scientifique.

[1933] S. JASANOFF, « Afterword », *in* S. JASANOFF, *States of Knowledge: The Co-Production of Science and Social Order*, prec., p. 281 : « [...] most of the actors [...] seem to perform the scripts of co-production without consciously taking on board their transformative potential [...] careful readers of this book, at any rate, will surely come away thinking differently about the relations between knowledge and power, and of their own capacity to intervene strategically – **and we can only hope for the good** – in that ever more important relationship » (c'est nous qui soulignons).
[1934] *Ibid.*
[1935] V. *supra* n°364.
[1936] V. *supra* n°79.

366. **Pour une épistémologie juridique évolutive.** L'exercice mené ne revendique pas l'exclusivité méthodologique, bien au contraire, il met en évidence le conventionnalisme scientifique entre la théorie du droit et le droit positif, ainsi que l'importance des théories de la connaissance pour le renouvellement de la discipline juridique. En ce sens, une mise à jour de l'épistémologie juridique par rapport à l'évolution de l'épistémologie des sciences nous semble indispensable. La philosophie de Gargani en termes de « pensée factuelle » que nous avons employée ouvre une telle perspective, d'autant plus qu'elle est convergente avec les constats de l'école S&TS. Sa proposition de renoncer provisoirement aux rituels épistémologiques de la recherche des fondements, pour retourner à l'expérience, à l'observation empirique, permet de saisir le caractère révocable, le conventionnalisme, derrière les concepts d'une discipline. Nous avons mené cette démonstration en particulier en ce qui concerne les concepts de sécurité juridique et autonomie de la volonté. Notre analyse revendique par conséquent la pertinence d'une épistémologie juridique élargie et fluide à plusieurs niveaux.

367. **Les enjeux pour le droit fondé sur la liberté individuelle.** Pour ce qui est de la théorie du droit, le phénomène de la positivation du droit comme expression de la dynamique essentielle du droit positif a été mis en évidence[1937]. Lorsque la crise financière légitime la critique du libéralisme économique, il existe le risque d'un glissement vers un paradigme sécuritaire dirigiste susceptible de se retourner contre la liberté individuelle, et d'une régression vers l'État protégé par le droit au lieu d'un État de droit. Il est nécessaire de ramener les discours à une juste proportion, ce qui est possible à travers l'identification de l'accès au juge en tant qu'accès à la justice[1938] comme expression d'un mécanisme qui permet la régulation de l'équilibre social. Il est possible d'observer en ce sens que l'essence de l'État de droit ne réside pas dans la

[1937] La pertinence de la positivation du droit pour caractériser l'objectivité du droit positif ressort indirectement d'une analyse récente de la CJUE - CJUE, 6 oct. 2015, aff. C-362/14, *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner*, D. 2016. 111 note B. Haftel, Europe 2015, n°12, comm. n°468 D. Simon, JCP G 2015. 2108, note A. Debet.

[1938] A l'exclusion des situations permettant la qualification d'un abus de droit dans l'exercice de l'action – v. CA Paris, pôle 2, ch. 2, 28 avril 2010, n° 10/01643 : Société Vivendi c/ MM. Gérard, Morel et l'Association pour la défense des actionnaires minoritaires (Adam), Gaz. Pal. 29 mai 2010, n° 149, p. 11 note M. Audit, M. L. Niboyet.

dystopie « rationaliste », de la normativité, soit-elle d'origine privée ou publique, sans juges. Par ailleurs, l'État de droit est consubstantiel à la préservation de la « vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits »[1939], ce qui suppose de rendre le « devoir être » conditionnel de l'usage stratégique qui en est fait.

368. **Les enjeux pour l'autorité scientifique.** Les discours sur la science économique à titre de revendications normatives devraient renoncer au dogmatisme à travers la prise de conscience des limites de tout paradigme. Car l'importation des modèles scientifiques, d'autant plus lorsqu'il s'agit des sciences sociales qui veulent se soustraire à cette nature, dans l'épistémologie juridique, bien qu'utile, a ses limites. Lorsque le droit positif renforce leur paradigme, au delà d'un certain point il ne rend plus service à la discipline en cause. Le risque est d'imposer artificiellement un modèle de connaissance qui ignore à la fois le caractère limité des ressources, la nature humaine et l'usage stratégique qu'elle fait de toute connaissance. L'économie planifiée mise en place par les régimes communistes en fournit un exemple. Le renouvellement des modèles sociaux fournis par les théories économiques est ainsi retardé par la résistance de leur orthodoxie renforcée par la normativité juridique. Une fois le phénomène démystifié, comme dans le cas de la crise financière de 2008, la discipline économique en soit risque d'être discréditée, ce qui peut amorcer un glissement vers l'arbitraire de la connaissance. Heureusement la communauté scientifique produit également des théories hétérodoxes, comme l'économie comportementale, qui avant tout relie l'épistémologie de la discipline à l'observation de la réalité économique.

369. **Les enjeux pour les théories de la régulation financière.** Notre analyse historique montre que si la liberté contractuelle est vitale pour l'existence du marché financier, une réglementation systémique (macro) est nécessaire en égale mesure, car l'autorégulation produit des dérapages. Ceux-ci sont liés anthropologiquement à l'aléa moral dans l'usage stratégique de cette liberté. La « rationalité » de l'acteur économique est procédurale, et seules des contraintes d'intérêt général (y compris économique) que le droit véhicule assure son

[1939] CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62.

exercice raisonnable. Si actuellement la finance apparaît comme « objet » des théories de la globalisation, sa déconstruction rend visible la prédétermination juridique du phénomène. Il s'agit d'un processus de dénationalisation des rapports financiers, à la fois au niveau factuel (internationalité) et au niveau du régime juridique applicable (autosuffisance du contrat). Le problème de l'articulation internationale des compétences étatiques a été déplacé de manière invisible, voire dissout, sur le terrain contractuel, sans que les enjeux systémiques d'un marché financier global autorégulé soient saisis ou assumés. La ré-régulation du secteur financier, bien que sur des prémisses internationales et nouvelles bases institutionnelles (*e.g.* AEMF), a besoin de la *connaissance* (y compris en termes d'*expertise*[1940]) de la dynamique financière. De plus, elle demeure nationale dans sa mise en œuvre[1941], d'où l'importance du processus de la positivation de la normativité financière en vertu des droits internationaux public et privé.

Le cadre conceptuel que nous défendons est pertinent pour l'analyse du rôle complexe de l'État, en tant que partie au rapport financier (créancier, débiteur ou actionnaire) et régulateur de ce rapport (à travers la politique monétaire et la délégation de la normativité en matière financière). Le parcours de la coproduction connaissance < > ordonnancement peut éclairer la relation en boucle entre la nature publique et privée du capital que les marchés financiers font circuler[1942].

370. **Les enjeux pour le droit international, privé et public et la théorie du contrat.** La mise en évidence des standards contractuels comme porteurs de l'ontologie du marché (le « contrat < > marché ») dans le secteur financier

[1940] H. SCHEPEL, *The constitution of private governance*, OUP, 2005, p. 24 : « With economic progress now so much dependent on knowledge, much of the expertise needed to regulate the risk society is located exactly where the risks are 'manufactured'—in industry ».
[1941] A. COURET, H. le NABASQUE *et al.*, *op.cit.,* n°1579, p. 1171.
[1942] M.-A. FRISON-ROCHE, «Argent public, argent privé », préc. V. aussi O. MOREAU-NÉRET, *Les Valeurs Mobilières*, Sirey, 1939, t. I, p. 40 qui observait la croissance de la masse des valeurs mobilières après 1914 suite aux endettements excessifs des États et autres collectivités publiques, sans la création de valeur économique (richesse). Le phénomène se reflète indirectement dans l'abondance des ressources financières dans le secteur privé en tant que source des investissements à ce titre. V. aussi C. KARYOTIS, « (Dés)équilibres financiers. Et si la crise actuelle était en construction depuis 40 ans ? », Revue Banque, 2011, n°740, pp. 52-54 qui lie les problèmes financiers contemporains à la politique monétaire internationale depuis les années 1970 (e.g. « démonétisation de l'or puis du dollar »).

constitue une perspective qui permet l'articulation d'un apparent paradoxe : l'extraterritorialité du contrat, qui se réfère à l'autosuffisance des mécanismes contractuels mis en place par le contrat financier pour la détermination du « devoir être ». Le degré de certitude en ce sens peut aller jusqu'à rendre l'intervention éventuelle du juge superflue. L'hypothèse est celle d'un contrat sophistiqué, comme le standard de l'ISDA, dont les dispositions ont la vocation de régir intégralement les rapports de droit entre les parties, à l'instar d'un ordre juridique. Lorsque l'ordre juridique désigné comme applicable se limite, en pratique, à reconnaître la validité *en soi* du contrat, l'hypothèse devient vraisemblable. Cependant, l'hypothèse se heurte au maintien formel de l'autorité de l'ordre juridique désigné, à titre de barrière épistémologique. La mise en évidence de cette hypothèse se propose d'amorcer son questionnement sur un triple terrain : du droit international public, du droit international privé, et de la responsabilité civile dans l'espace international. En ce sens, la qualification de *compétence normative contractuelle*, même conditionnelle, permettrait de saisir l'absence de restrictions en ce sens[1943] pour la partie du secteur financier qui demeure OTC. En ce sens, l'observation de l'usage stratégique de la technique contractuelle dans le secteur financier appelle des interrogations par rapport au régime de responsabilité civile pertinent vu l'opposabilité des standards contractuels effectivement utilisés en tant que fait social (i.e. marché financier)[1944]. Lorsque le contentieux financier surgit, comme suite à la crise financière de 2008, il démontre à quel point le droit financier demeure « fait par le juge » (« *judge-made* »)[1945], d'où l'importance de son épistémologie à l'égard de la sécurité juridique revendiquée par les parties.

371. **Pour une sécurité juridique coproduite.** La complémentarité d'une « justice privée » véhiculée par l'arbitrage à une « justice publique » rendue au nom d'une communauté juridique (au niveau étatique ou supra-étatique) devrait assurer les garde-fous à l'encontre de l'aléa moral, qu'il soit collectif (étatique),

[1943] F. CAFAGGI, *op.cit.*, p. 210.
[1944] Pour une qualification délictuelle et la localisation du dommage par rapport à l'investisseur en tant qu'offreur du capital sur le marché v. CJUE, 28 janv. 2015, *Harald Kolassa*, aff. C-375/13, att.15 ; L. d'AVOUT, « Commercialisation de titres financiers et compétence internationale de proximité », D. 2015. 770
[1945] J. BRAITHWAITE, « The impact of crises by way of the courts », Butterworths Journal of International Banking and Financial Law, 2014. 147.

des législations exorbitantes, ou individuel (privé), qui peut être réifié dans le contrat[1946]. L'apparente absence des limites quant à l'argument de la sécurité juridique que nous avons souligné est susceptible de se constituer en obstacle épistémologique à une représentation systémique autre que celle imposé par l'économie néoclassique (l'autorégulation). Les prémisses de l'aléa moral sont ainsi assurées à travers une dynamique qui rend invisible, voire théoriquement impossible, le conflit[1947]. La sécurité juridique que nous envisageons suppose en revanche l'accès à une justice coproduite et non-automatique, à travers la reproduction du conflit entre les intérêts privés et généraux devant des juridictions dotées de garanties pour que le conflit s'articule. Ce nécessaire pluralisme épistémologique en droit se retrouve sous la plume d'Oppetit :

« *Le droit a pour seule fin la justice au service d'un ordre de valeurs mêlant la morale, l'équité, l'utilité sociale, l'efficacité matérielle : son autonomie comme mode de régulation suppose un équilibre entre elles ; sinon, il bascule dans la religion, la morale ou le scientisme. La crise qui l'affecte ne procède pas d'autre cause que du détournement de ses fins par son « instrumentalisation » : si cette évolution devrait se poursuivre et s'aggraver, ce serait le signe que le droit, dans cette acception, n'a pas sa place dans le développement de notre société* »[1948].

[1946] Sur le poids de l'aléa moral en matière financière pris en compte par les juges v. CEDH, 10 juillet 2012, *Dennis Grainger and others v. United Kingdom*, App n° 34940/10, n° 31 et *R. (on the application of SRM Global Master Fund LP) v Treasury Commissioners*, [2009] EWCA Civ 788, [2010] B.C.C. 558, H4 ; pour un paradoxal résultat aboutissant à constater un excès de pouvoir de la part de la FED mais sans donner lieu à une indemnisation pour les actionnaires v. US Court of Federal Claims, n°11-779C, 15 juin 2015, *Starr International c/ The United States*, Banque&Droit 2015 n°162, pp. 48s., com. G. Affaki.

[1947] V. *supra* n°364.

[1948] B. OPPETIT, « Le droit hors de la loi », Droits 1989. 47, spéc. p. 50.

INDEX

Les numéros renvoient aux paragraphes

Accès au juge : 91, 98s., 113, 115, 226, 280
Aléa moral : 9, 83, 94, 95, 100, 129, 231
Algorithme conflictuel : 34, 212, 244, 248, 253, 257
Arbitrabilité : 288, 353
Arbitrage normatif (*regulatory arbitrage*) : 144, 258, 262-264, 266, 267, 280, 281, 288, 322
Argument pragmatique : 110, 111, 112, 115, 140, 231, 241, 245, 256, 261, 273, 281
Attente(s) légitime(s) des parties (v. *Prévisibilité*) : 31, 136, 268, 291, 351
Autonomie de la volonté : 6, 34, 35, 186,187, 214, 222, 231, 232, 234, 239, 246, 248, 249, 252, 253, 255, 257, 258, 259, 261, 262, 267, 268, 275, 278, 281, 284, 285, 287, 299
Autorégulation : 9, 186, 282, 292, 313s., 328s., 339s.
Batiffol : 59, 61, 80, 81, 91, 93, 99, 100, 112-114, 187, 192, 208, 227, 232, 257, 259, 299
Barrière épistémologique : 16, 23, 83, 299s., 306, 311s., 331s., 360, 370
Bilatéralisme : 191, 195, 197, 199, 205, 206, 207, 223, 248, 284, 289, 297
Blue sky laws : 169s.
CDS (credit default swaps) : 9, 29
Certitude : 99, 34, 63, 64, 65, 80, 81, 83, 93, 95, 98, 120, 166, 185, 202, 203, 205, 221, 256, 273
Close-out-netting : 320s., 325s.
Communauté de droit : 132, 191, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 200, 201, 206, 223
Compétence anonyme : 68, 136
Compétence institutionnelle : 183, 276
Compétence juridictionnelle : 148, 175, 203, 211, 218, 228, 238, 275, 278, 281, 306, 345s.
Condition des étrangers : 225, 226, 268, 269, 281
Confiance : 9, 28, 153, 257, 314, 339, 350, 362
Conflits de juridictions : 187, 225, 226, 239, 253, 257, 283
Conflits de lois : 34, 112, 170, 175, 185, 191, 197, 206, 208, 209, 212s., 220, 222, 225s., 235, 243s., 255, 257, 268s., 284, 290, 303s., 343, 353, 362s.,
Connaissance (v. *Coproduction*)
Contrainte épistémologique (v. aussi *Méta-normativité*) : 109s., 139, 180, 251, 283, 288, 289, 296, 298
Contrat financier (v. aussi *Dérivés*): 166, 182, 370,
Contrat sans loi : 34, 299s., 307
Conventionnalisme scientifique : 5, 13-16, 42, 70, 123, 124, 127, 141, 189, 190, 300, 366
Coproduction : 5, 14-41, 71, 92, 115, 146, 184, 186, 220, 255, 274, 310s., 364s.
Courtoisie internationale (*comity*) : 193, 214, 243, 249s., 252, 270, 277, 287, 297, 351s.,
Coutume : 89, 93, 208, 291, 296s. 338, 362

Crise financière : 2, 7-13, 22, 29, 31, 129, 144, 149, 150, 256, 306, 313s., 325s., 334s., 347s., 360s.
Délégation : 33, 53, 82, 148, 166, 167, 183, 258, 261, 273, 295s., 330s., 341, 349, 361, 369
Dénationalisation : 234, 256s., 268, 281s., 299s., 306, 313, 319, 362s., 369
Déni de justice : 101, 102, 227, 358
Dérivés (v. aussi *Contrat financier*) : 9, 29, 160, 234, 306, 314-334, 351, 358, 361s.
Disponibilité : 33, 64, 222, 273, 275, 276, 278, 281, 282, 286
Dystopie rationaliste : 79-83, 91, 183, 288s., 311, 313, 334s., 361, 365, 367
Droit du commerce international : 33, 186, 244, 283, 289, 290, 311s., 362
Droit financier (v. aussi *Régulation financière*) : 9, 12, 144, 148, 149, 150, 153-161, 167, 313s., 328, 332, 336, 370
Droit international privé : 5, 20, 31s., 185s., 206-224, 235, 243-291, 313, 318, 336, 340, 346, 357, 363, 370
Droit international public : 33, 185, 210, 213, 252, 271, 277, 330, 358, 370
Droit positif (v. *aussi Positivation*): 5, 21, 28-56, 66, 81-139, 146, 164, 183-196, 205, 208, 220, 254, 276-290, 312
Effectivité : 85, 113, 135, 230, 260, 327, 337s., 355, 359
Emprunts serbes et brésiliens : 307
État de droit (v. aussi *Accès au juge*) : 29-35, 98s., 132, 183s., 313, 363, 367
Extraterritorialité du contrat : 300s.
Facticité : 13, 31, 35, 37
Forum shopping : 203
Francescakis : 112, 207s., 212, 219, 227, 269, 270, 272s.
Gargani : 25, 26, 31, 75, 100, 108, 366
Globalisation : 1, 9, 205, 256, 300, 363, 369
Gouvernance : 33, 336, 363
Habermas : 23, 68
Harmonie internationale des solutions : 34, 185, 187, 201
Hayek : 45, 73, 131-136, 143, 146, 257, 279, 291
Histoire : 6, 16, 24, 76, 123, 124, 194, 208
Hors marché (v. *aussi* OTC) : 144, 158, 159, 167, 168, 180, 182
Ingénierie juridique : 84, 268
Intérêts du commerce international : 207, 234, 243s., 257, 281, 283, 300, 309, 347, 352s.,
Interprétation (v. aussi *Argument pragmatique, Téléologie*) : 61, 112, 126, 179, 194, 211, 228, 237, 239, 276, 277, 310, 318, 350
Investisseur : 7, 10-12, 28, 30, 147-157, 167-178, 313, 319, 332, 335, 341s., 350s.,
ISDA (v. *Dérivés*)
Kelsen : 16, 44, 51s., 85s., 130s., 164s., 220, 282, 296, 336
Lex financia : 292, 335s.
Lex mercatoria : 208, 283, 292-296, 314, 331, 335s., 362
Lloyd's : 346s.
Lois de police : 34, 148, 195, 228, 263, 269-285, 343
Lotus : 210, 218
Marché financier : 12, 144s., 150-167, 183, 231, 313, 327, 338s., 344, 352, 359s., 361
Méta-normativité : 38, 40, 51, 55s., 75, 82s., 109s., 124, 129s., 159., 183s., 253, 257, 266, 267s., 322, 360, 364s.
Méthodologie : 23,33, 127, 129, 139, 187, 199, 206, 215, 236, 247, 254, 283, 366

Ordre public : 34, 112, 148, 150s., 229s., 318, 323, 332, 335, 348s., 351s.
OTC (*over the counter*) (v. aussi *Hors marché*) : 29, 159-166, 313-320, 356s. 360
Positivation (*v.* aussi *Droit positif*) : 86-93
Prévisibilité : 14, 27, 29, 30s., 40s., 59, 65s., 77-83, 100, 172, 183, 187, 191, 209, 219s., 238, 248, 268, 275s., 284-293, 299, 307-312, 325s., 361
Publicité (v. aussi *Transparence*) : 87, 99, 178, 179
Raisonnement juridique : 22, 101, 109, 115, 137, 141, 215s., 289
Régulation financière : 10, 11, 28, 136, 144, 150, 157, 166, 168, 313s., 328s., 336, 341, 352, 369
Responsabilité civile : 132, 136, 140, 268, 274
Risque économique : 154, 158, 182, 313
Risque systémique : 8, 9, 10, 165, 327, 351
Savigny : 24, 44, 188, 190-209, 223, 254, 259, 269
Science du droit : 21, 51, 53, 55, 74, 110s., 138, 139, 167, 183, 206, 209, 220, 223, 266
Science économique (v. Théorie économique)
Science Studies, Science and Technology Studies (S&TS) : 17
Sécurité épistémologique : 25, 82, 193
Sécurité financière : 6, 27s., 145, 150s., 166s., 179, 182, 229, 230, 231, 339
Sécurité juridique (v. *Prévisibilité)*
Souveraineté : 192, 197, 199, 200, 201, 209s., 225, 228, 239, 250, 259, 268, 269, 285, 289, 349, 359, 363
Technique juridique : 81, 84, 108, 111, 132, 141, 163s., 189, 202, 206, 259, 266
Téléologie : 111-118, 126, 131, 134, 141, 143, 153, 182, 194, 197, 216, 226, 235, 242, 257s., 272, 283, 290
Territorialité (v. aussi *Extraterritorialité du contrat*): 193, 210, 214, 215, 237, 259, 345
Théorie du droit (v. aussi *Science du droit*): 4, 21, 22, 38, 74, 85, 111, 185, 187, 219, 221, 223, 253, 258, 278, 281, 365s.
Théorie économique : 22, 31, 39, 124s., 139, 141, 154, 163s., 264, 267, 281, 282, 291, 328, 331, 335, 342, 360
Transparence : 10, 28, 40, 87, 102, 128, 153, 154, 288, 300
Unilatéralisme : 284, 289
Valeurs mobilières : 144, 168-179, 229, 231, 345s., 353s.

BIBLIOGRAPHIE

I. DOCTRINE JURIDIQUE, ÉCONOMIQUE ET EN ÉPISTÉMOLOGIE

- *Auteur inconnu ou non-identifiable* (***):
  - « Blue Sky Laws », Columbia Law Review, Vol. 24, No. 1 (Jan., 1924), pp. 79-86
  - « De la nécessité d'une entente internationale contre les effets de la perte ou du vol des titres au porteur (Société d'économie politique de Paris, séance du 5 janvier 1909) », Rev. DIP 1909. 345
  - « Determination of the Validity of Interstate Transactions: State Blue-Sky Laws », Harv. L. Rev., Vol. 51, No. 1 (Nov., 1937), pp. 155-159
  - « Jurisdiction of States under Blue-Sky Laws », The University of Chicago Law Review, Vol. 17, No. 2 (Winter, 1950), pp. 382-388
  - « Jurisdiction over Foreign Corporations under Blue Sky Laws », The Yale Law Journal, vol. 47, no. 2, 1937, pp. 296–299
  - « The Securities Act of 1933 », Columbia Law Review, vol. 33, no. 7, 1933, pp. 1220–1248
  - Note sous Cass. civ., 5 décembre 1910 (*American Trading*), Rev. DIP 1911. 395
  - Note sous Cour de Paris (1re Ch.), 14 déc. 1907, Rev. DIP 1909. 291
  - P. K.V., « Conflict of Laws: Liability for Interstate Sales of Securities under State Blue-Sky Laws », California Law Review, Vol. 31, No. 1 (Dec., 1942), pp. 95-100
- AFFAKI G. note sous *Starr International c/ The United States*, Revue Banque&Droit 2015 n°162, pp. 48s
- AFFAKI G., note sous *Banco Santander Totta S.A. v Companhia de Carris de Ferro de Lisbao S.A. and others* [2016] EWHC 465 (Comm), 4 March 2016, Revue Banque&Droit, n°167, pp. 45s
- AGLIETTA M., *Macroéconomie financière*, 5e éd., La Découverte, 2008
- AGO R., « Le délit international », RCADI, t. 68, 1939
- AÏDAN P., *Droit des marchés financiers, Réflexions sur les sources*, Banque éditeur, 2000
- ALEXY R., « Droit, discours et temps », *in* F. OST, M. van HOECKE (dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruylant, 1998, pp. 15-29
- ALLEN F., HERRING R., *Banking Regulation versus Securities Market Regulation*, Wharton School, University of Pennsylvania, Working Paper Series, July 11, 2001 disponible à http://finance.wharton.upenn.edu/~allenf/download/Vita/0129.pdf

- AMSELEK P., « Avons-nous besoin de l'idée de droit naturel ? », APD 1978. 343
- AMSELEK P., « Kelsen et les contradictions du positivisme juridique », APD 1983. 271
- AMSELEK P., « La part de la science dans les activités des juristes », D. 1997. 337 ; texte remanié disponible à http://paul-amselek.com/textes/science_activite_juristes.pdf
- AMSELEK P., *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2013
- ANCEL B. sous « Droit international privé » *in* D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF 2003
- ANCEL B., LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd., Dalloz, 2006
- ANCEL B., MUIR WATT H., note sous Cass. 1re civ., 20 fév. 2007, *Cornelissen,* Rev. crit. DIP 2007. 420
- ANTONELLI E., « Rapports du politique et de l'économique », *in Mélanges Truchy*, Sirey, 1938, pp. 18-31
- ARBOUX M., Valeurs mobilières étrangères sur le marché français, Sirey, 1913
- ARONOVITZ A. M., « Legal engineering and comparative law: a method of building bridges over legal lacunae », *in* E. CASHIN RITAINE, L. FRANCK, S. LALANI (coord.), *L'ingénierie juridique et le droit comparé*, Schulthess, 2008, pp. 29-50
- ARQUIÉ A., « Le système bancaire de l'ombre : fruit d'une régulation bancaire trop pesante ou véritable rôle économique ? », REF 2013, n°109, pp. 69-84
- ARRUE MONTENEGRO C. A., *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions,* LGDJ, 2011
- ASCENSIO H., « L'extraterritorialité comme instrument » (Contribution aux travaux du Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur les droits de l'homme et entreprises transnationales et autres entreprises), Décembre 2010, disponible à http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/Contributions_en_ligne/H._ASCENSIO/Extraterritorialite__droits_de_l__homme_et_entreprises.pdf
- ATIAS C., *Épistémologie juridique,* Dalloz, 2002
- ATIAS C., LINOTTE D., « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », D. 1977. 251
- ATIAS C., *Théorie contre arbitraire*, PUF, 1987
- AUDIT B., « Extraterritorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien », Rev. crit. DIP 1983. 401
- AUDIT B., « How do mandatory rules of law function in international civil litigation? », 18 Am. Rev. Intl. Arb. 2007, 37

- AUDIT B., « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la « crise » des conflits de lois) », RCADI, t. 186, 1984-III
- AUDIT B., d'AVOUT L., *Droit international privé*, 7e éd. refondue, Economica, 2013
- AUDIT B., note sous Cass. civ. 1re, 17 déc. 1985, *Cie de signaux et d'entreprises électriques c. Soc. Sorelec*, D. 1986. 265
- AUDIT M., « La compétence extraterritoriale du droit administratif », *in La compétence. Travaux de l'AFDA 2*, Litec, 2008, pp. 69-78
- AUDIT M., « Les dérivés de crédit à l'ombre du contrat sans loi », TCFDIP 2014-2016, pp. 81-107
- AUDIT M., BOLLÉE S., CALLÉ P., *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 2014
- AUDIT M., M.-L. NIBOYET, « L'affaire Vivendi Universal SA ou comment une class action diligentée aux États-Unis renouvelle le droit du contentieux international en France », Gaz. Pal. 2010, n° 149, pp. 11s
- d' AVOUT L., note sous Cass. civ. 1re, 22 octobre 2008, *Monster Cable,* JCP G 2008. II. 10187
- d'AVOUT L., « Commercialisation de titres financiers et compétence internationale de proximité », D. 2015. 770
- d'AVOUT L., « La clause attributive de juridiction résiste aux lois de police », note sous Cass. 1re civ., 22 oct. 2008, *Monster Cable,* JCP G 2008. II. 10187
- d'AVOUT L., « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », D. 2008. 2165
- d'AVOUT L., « Les lois de police », *in* T. AZZI, O. BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir de la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, 2015, pp. 91-121
- AYNES L., « Synthèse », LPA 2003, n°237 (*Les pratiques juridiques, source du droit des affaires*), pp.70s
- AYNÈS N., CLÉDAT X., « Les obligations d'information à la charge des prestataires de services d'investissement en matière de produits dérivés. La souhaitable harmonisation des règles jurisprudentielles et légales au profit d'une sécurité juridique accrue », *in Mélanges AEDBF VI*, RB, 2013, pp. 99-109
- AZOULAI L., « La valeur normative de la sécurité juridique », *in* L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008, pp. 25-42
- BAKAN J., « The Invisible Hand of Law : Private Regulation and the Rule of Law », 48 Cornell Int'l L.J. 279 (2015)
- BARRIÈRE F., « Une cause de la crise financière : un défaut de réglementation ? », JCP E, 2009. 1571
- BASEDOW J., « The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations », RCADI t. 360, 2013

- BATIFFOL H, note sous Cass. civ., 21 juin 1950, *État français c/Comité de la Bourse d'Amsterdam et Mouren*, Rev. crit DIP 1950. 609
- BATIFFOL H., « L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française », *in Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDJ, 1976, pp. 265-270
- BATIFFOL H., « La « crise du contrat » et sa portée », *in Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDJ, 1976, pp. 393-408
- BATIFFOL H., « Public Policy and The Autonomy of The Parties: Interrelations Between Imperative Legislation and The Doctrine of Party Autonomy », 1 Lectures on the Conflict of Laws and International 68, 1951
- BATIFFOL H., « Sur la signification de la loi désignée par les contractants », *in Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDJ, 1976, pp. 271-279
- BATIFFOL H., « The objectives of private international law », *in Choix d'articles rassemblés par ses amis*, pp. 33-36
- BATIFFOL H., « Unilatéralisme et contrats en droit international privé », *in Mélanges Schnitzer*, Genève, 1979, pp. 7-18
- BATIFFOL H., FRANCESCAKIS Ph., « L'arrêt *Boll* de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé », Rev. crit. DIP 1959. 259
- BATIFFOL H., LAGARDE P., *Traité de droit international privé*, 8e éd., LGDJ, 1993, t. I
- BATIFFOL H., *Les conflits de lois en matière de contrats*, Sirey, 1938
- BATIFFOL H., *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979
- BATIFFOL H., *Traité élémentaire de droit international privé,* LGDJ, 1949
- BAUER H., *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands (étude comparative)*, Dalloz, 1965
- BEALE J. H. « What Law Governs the Validity of a Contract. III. Theoretical and Practical Criticisms of the Authorities », Harv. L. Rev., vol. 23, no. 4, 1910, pp. 260–272
- BEITONE A., CAZORLA A., DOLLO C., DRAI A.-M., *Dictionnaire de la science économique*, 4e éd., Armand Colin, 2013
- BERAUDO J.-P., « Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? », *in Mélanges Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 93-112
- BERGEL J.-L., *Méthodologie juridique,* 2e éd., PUF, 2016
- BERMAN P. S., « Global Legal Pluralism and 'Private' International Law. A review of Alex Mills, *The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*(Cambridge University Press, 2009 », (2010) 1 Transnational Legal Theory 117–120
- BERTA N. sous « Rationalité » *in* J. COUPPEY-SOUBEYRAN (éd.), *Dictionnaire de l'économie*, Encyclopædia Universalis, Albin Michel, 2007

- BEZARD-FALGAS J., « De la perte et de la restitution des titres au porteur en droit international », Rev. DIP 1909. 79 (I)
- BISMUTH R., « La « marge de discrétion », nécessité de la régulation financière. Aspects de droit public comparé, européen et international », *in* M. PELLETIER, J.-L. ITEN, M. TOURBE (dir.), *La marge en droit public*, Mare & Martin, 2016, pp. 73-97
- BISMUTH R., *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, Bruylant, 2011
- BODEN D., « Le pluralisme juridique en droit international privé », APD 2005. 275
- BODEN D., *L'ordre public, limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse Paris I, 2002
- BOLLÉE S., « Retour au Cap des Tempêtes », *in Mélanges Mayer,* LGDJ, 2015, pp. 65-76
- BOMHOFF J., MEWESE A., « The Meta-regulation of Transnational Private Regulation », Journal of Law and Society, vol. 38, no. 1, March 2011, pp. 138-162
- BONNEAU Th., « Crise financière - Remède ou cancer ? », RDBF, n° 3, Mai 2013, repère 3
- BONNEAU Th., « A propos d'une réforme qui s'est fait attendre ! », *in* Th. BONNEAU, *La modernisation des activités financières,* GLN Joly éditions, 1996, pp. 1-11
- BONNEAU Th., DRUMMOND F., *Droit des marchés financiers*, 3e éd., Economica, 2010
- BORN G. B., RUTLEDGE P. B., *International Civil Litigation in United States Courts,* 5th ed., Wolters Kluwer, 2011
- BOSSIN J.-M., LEFRANC D., « La maîtrise des risques juridiques des instruments financiers à terme de gré à gré », Banque&Droit, n°54, juillet-août 1997, pp. 3-14
- BOUCHETEMBLE H., SANBAR W., *Droit des opérations bancaires et financières transfrontalières : Aspects juridiques et pratiques de l'accès au marché français*, RB, 2013
- BOUCOBZA X., *L'acquisition internationale de société*, LGDJ, 1998
- BOURGUINAT H., *Finance internationale*, PUF, 1997 (3e éd.) et 1999 (4e éd.)
- BOUTHINON-DUMAS H., « L'appréhension du marché par le droit », *in* G. BENSIMON (dir.), *Histoire des représentations du marché*, Michel Houdiard, 2005, pp. 755-773
- BOYER A., « Le creuset historique du doute scientifique », *in Mélanges Rainaud*, L'Harmattan, 2009, pp. 157-175
- BRAITHWAITE J. P., « OTC derivatives, the courts and regulatory reform », CMLJ, 2012, Vol. 7, No. 4, pp. 364-385

- BRAITHWAITE J., « The impact of crises by way of the courts », Butterworths Journal of International Banking and Financial Law, March 2014, pp. 147-151
- BRAND R., « Transaction Planning Using Rules on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements », RCADI, t. 358, éd. *all-pocket*, 2014
- BREDIN J.-D., note sous C.A. Paris 1re, 21 déc. 1962, *Labadie c. Royal Dutch,* JDI 1963. 425
- BRETON Ph., « La "société de la connaissance" : généalogie d'une double réduction », Éducation et sociétés, 1/2005, pp. 45-57
- BRIGGS A., « Principle of comity in private international law », RCADI, t. 354, 2012
- BROWNSWORD R., « Maps, Methodologies and Critiques: Confessions of a Contract Lawyer », *in* M. VAN HOECKE, *Methodologies of Legal Research,* Hart Publishing, 2013, pp.133-153
- BRUNET P., compte rendu de F. RIGAUX F., *La loi des juges,* Odile Jacob, 1997, RIDC 1998. 280
- BUREAU D., « La fin d'un îlot de résistance. Le règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité », Rev. crit. DIP 2002. 613
- BUREAU D., *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse Paris II, 1992
- BUREAU D., MUIR WATT H., « L'impérativité désactivée ? (à propos de Cass. civ. 1re , 22 octobre 2008) », Rev. crit. DIP 2009. 1
- BUREAU D., MUIR WATT H., *Droit international privé*, 3e éd., PUF, 2014, t. I et II
- BUXBAUM H. L., « Conflict among Enforcement Regimes in International Economic Law », Cours à l'Académie de droit international de La Haye, session de Droit international privé 2013
- BUXBAUM H. L., « Remedies for foreign investors under U.S. federal securities law », 75 Law & Contemp. Probs. 161
- BUXBAUM H. L., « Territory, Territoriality, and the Resolution of Jurisdictional Conflict », 57 Am. J. Comp. L. 631 2009
- BUXBAUM H. L., « The Private Attorney General in a Global Age: Public Interests in Private International Antitrust Litigation », 26 Yale J. Int'l L. 219 2001
- BUXBAUM H. L., « The Role of Public Policy in International Contracts : Reflections on the U.S. Litigation concerning Lloyd's of London », IPRax 2002. 232
- BUXBAUM H. L., « Transnational Regulatory Litigation », 46 Va. J. Int'l L. 251 2005-2006
- BUXBAUM H. L., « Unification of the Law Governing Secured Transactions: Progress and Prospects for Reform », Rev. dr. unif. 2003. 321

- CAFAGGI F., « Private Law-making and European Integration: Where Do They Meet, When Do They Conflict? », *in* D. OLIVER, T. PROSSER, R. RAWLINGS (eds.), *The Regulatory State: Constitutional Implications*, OUP, 2010, pp. 201-228
- CAILLEMER du FERRAGE A., « *Close-out netting &* faillites internationales », RDBF, n° 1, Janvier 2007, dossier 6
- CAILLEMER DU FERRAGE A., « *Netting* - L'impact de la résolution sur le *netting* », RDBF, n° 4, octobre 2013, dossier 38
- CARBONNIER J., *Flexible droit*, 10e éd., LGDJ, 2001
- CARLIN B. I., DOROBANTU F., VISWANATHAN S., « Public Trust, the Law, and Financial Investment », Journal of Financial Economics, June 2009, vol. 92, issue 3, pp. 321-341
- CARREAU D., « Le droit international économique face aux crises », *in Mélanges Colliard*, Pedone, 1984, pp. 105-122
- CASHIN RITAINE E., « *Legal engineering in comparative law – An introduction* », *in* E. CASHIN RITAINE, L. FRANCK, S. LALANI (coord.), *L'ingénierie juridique et le droit comparé*, Schulthess, 2008, pp. 9-25
- CATALA P., « Les lois du marché », in Mélanges Ghestin, LGDJ, 2001, pp. 201-215
- CAUSSE H., « Les services d'investissement », *in* Th. BONNEAU, *La modernisation des activités financières,* GLN Joly éditions, pp. 13-26
- CAVERS D. F., Author's Note on « *Principles of Preference : Excerpts from The Choice-of Law Process* », *in* D. F. CAVERS, *Selected Essays,* Duke University Press, 1985, pp. 149-150
- CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2014
- CHAMPEIL-DESPLATS V., TROPER M., « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », *in* M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques,* Bruylant, LGDJ, 2005, pp. 11-23
- CHAMPEIL-DESPLATS V., TROPER M., « Introduction », *in* M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques,* Bruylant, LGDJ, pp. 1-7
- CHARBONNEAU S., « Norme juridique et norme technique », APD 1983. 283
- CHEN J., compte rendu de C. J. BRUMMER, *Soft Law and the Global Financial System: Rule-Making in the Twenty-First Century*, 2012, 25 Emory International Law Review 1561, [http://ssrn.com/abstract=1944294]
- CHEVALLIER J., « L'ordre juridique », *in* J. CHEVALLIER, D. LOSCHAK et al., *Le droit en procès,* PUF, 1983, pp.7-49
- CHOI S. J., GUZMAN A. T., « National Laws, International Money: Regulation in a Global Capital Market », 65 Fordham Law Review 1856, April 1997

- CHOI S. J., GUZMAN A. T., « The dangerous extraterritoriality of American securities law », 17 Northwestern Journal of International Law and Business 207 (1996)
- CLAVEL S., GALLANT E., *Les grands textes de droit international privé*, 1re éd., Dalloz, 2014
- CONAC P.-H., *La régulation des marchés boursiers par la Commission des opérations de bourse (COB) et la Securities and Exchange Commission (SEC)*, LGDJ, 2002
- CONSTANTIN A., « Les outils contractuels de gestion des risques financiers », RDBF, n° 6, Novembre 2010, étude 30
- COOK W. W., « "Substance" and "Procedure" in the Conflict of Laws », The Yale Law Journal, vol. 42, no. 3, 1933, pp. 333–358
- COOK W. W., « The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws », The Yale Law Journal, vol. 33, no. 5, 1924, pp. 457–488
- COOK W. W., « The Jurisdiction of Sovereign States and the Conflict of Laws », Columbia Law Review, vol. 31, no. 3, 1931, pp. 368–384
- CORBION L., Le déni de justice en droit international privé, PUAM, 2004
- CORNU G., *Vocabulaire juridique,*10e éd., PUF, 2014
- COURET A., « La sécurité financière », *in* L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008, pp. 363-379
- COURET A., « Innovation financière et règle de droit », D. 1990. 135
- COURET A., le NABASQUE H. *et al.*, *Droit financier*, 2e éd., Dalloz, 2012
- COX J., « Extraterritorial reach of the US financial laws », *in* E. WYMEERSCH, K. J. HOPT, G. FERRARINI (eds.), *Financial Regulation and Supervision: A post-crisis analysis*, OUP, 2012, pp. 445-469
- CUNIBERTI G., « The Merchant Who Would Not Be King. Unreasoned Fears about Private Lawmaking », *in* H. MUIR WATT, D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (ed.), *Private International Law and Global Governance,* OUP, 2014, pp. 141-155
- CUQ E., note sous Req. 7 juin 1920, *Compagnie d'assurance La New York c. Deschamps,* Rev. DIP 1921. 452
- DABIN J., *La technique de l'élaboration du droit positif. Spécialement du droit privé*, Bruylant, Sirey, 1935
- DABIN L., « L'aménagement des pouvoirs normatifs selon une perspective commune aux juristes et aux économistes », *in Mélanges Sayag*, Lexis Nexis, 1998, pp. 47-60
- DAIGRE J.-J., « Le « communiqué », une nouvelle source de droit. À propos d'un communiqué de la COB. du 4 mai 1999 », RDBB 1999, n° 74, pp.109s

- DANET D., « La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ? », RIDE 1993. 5
- DANIEL J.-M., sous « Libéralisme » *in* J. COUPPEY-SOUBEYRAN (éd.), *Dictionnaire de l'économie*, Encyclopædia Universalis, Albin Michel, 2007
- DARRAS V., *Le droit financier français peut-il être amené à disparaître ?*, thèse Paris II, 2011
- DAVIDSON A. I., « Introduction » *in* A.G. GARGANI, *Le savoir sans fondements*, Vrin, 2013, pp. 7-21
- DELEBECQUE Ph., note sous Civ. 1re, 16 mars 1999, n° 96-21794, Defrénois 1999. 1324
- DEMOGUE R., *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Rousseau, 1911, reproduit 2001
- DERAINS Y., « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », *in Mélanges Goldman,* Litec, 1992, pp. 29-46
- DEUMIER P., *Le droit spontané*, Economica, 2002
- d'HÉROUVILLE J.-G., « Les marchés réglementés et de gré à gré », *in* Th. BONNEAU (dir.), *La modernisation des activités financières*, GLN Joly Éditions, 1996, pp. 49-56
- DICEY, MORRIS & COLLINS, *The Conflict of Laws*, 15th ed., Sweet & Maxwell, 2012, vol. 1
- DJUVARA M., « Dialectique et expérience juridique », Extrait de la *Revista de Filosofie*, n°2, 1938, pp. 3-29
- DJUVARA M., « Les Grands problèmes du droit : le droit positif », extrait des Annales de la Faculté de Droit de Bucarest, n°4 oct-dec. 1939
- DOMPÉ M.-N., « Les règles de bonne conduite », *in* Th. BONNEAU (dir.), *La modernisation des activités financières*, GLN Joly Éditions, 1996, pp. 205-217
- DORN N., « Lehman - lemon: "too connected to fail" as a policy construct », Law and Financial Markets Review, vol. 6. - 2012, Issue 4 pp. 271-283
- DRUMMOND F., SCHMIDT Y., « Les manifestations en droit financier », LPA 2003, n° 237 (*Les pratiques juridiques, source du droit des affaires*), pp. 22s
- van der EEM B., « Financial Stability as a Global Public Good and Private International Law as Instrument for its Transnational Governance – Some Basic Thoughts », *in* H. MUIR WATT, D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (ed.), *Private International Law and Global Governance,* OUP, 2014, pp. 293-300
- EICHENGREEN B., PORTES R., « The Interwar Debt Crisis and Its Aftermath », The World Bank Research Observer, Vol. 5, No. 1 (Jan., 1990), pp. 69-94
- FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations. 2 – responsabilité civile et quasi-contrats*, 3e éd., PUF, 2013
- FABRE-MAGNAN M., *Introduction générale au droit*, PUF, 2e éd. 2011

- FACARELLO G., « La « liberté du commerce » et la naissance de l'idée de marché comme lien social », *in* Ph. NEMO, J. PETITOT, *Histoire du libéralisme en Europe,* PUF, 2006, pp. 205-253
- FARJAT G., « Réflexions sur les codes de conduite privés », *in Mélanges Goldman*, Litec, 1992, pp. 47-66
- FARJAT G., *Pour un droit économique,* PUF, 2004
- FENTIMAN R., « Legal reasoning in the Conflict of Laws : An Essay in Law and Practice », *in* W. Krawietz, N. MacCormick, G. H. von Wright, *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems. Festschrift for Robert Summers*, Dunker & Humblot, 1994, pp. 443-461
- FERNANDEZ ARROYO D. P., « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », RCADI , t. 323, 2006
- FOUCHARD Ph., « La CNUDCI et la défense des intérêts du commerce international », LPA 2003, n° 252 (*La Commission des Nations unies pour le droit commercial international: à propos de 35 ans d'activité*), pp. 36s
- FOYER J., « La jurisprudence en droit international privé entre création et adaptation de la règle de droit », APD 2007. 261
- FRANCESCAKIS Ph., « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », Rev. crit DIP 1966. 1
- FRANCESCAKIS Ph., « Une lecture demeurée fondamentale : Les "Règles générales des conflits de lois" de Jacques Maury » *in Mélanges Francescakis* (Ph. Francescakis, *La pensée des autres en droit droit international privé*), Université Aristote de Thessalonique, 1985, pp. 393-409
- FRANCESCAKIS Ph., « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », TCFDIP 1966-1969, pp. 149-178
- FRANCESCAKIS Ph., « Perspectives du droit international privé français actuel. A propos de la deuxième édition du Traité de M. Henri Batiffol », RIDE, 1955. 349
- FRANCESCAKIS Ph., *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958
- FRANCESCAKIS Ph., note sous Cass. civ. 1re, 21 juin 1948 (*Patiño*), Rev. crit. DIP 1949. 557
- FRISON-ROCHE M.-A., « Argent privé, argent public », APD 1997. 197
- FRISON-ROCHE M.-A., « Définition du droit de la régulation économique », D. 2004. 129
- FRISON-ROCHE M.-A., « Droit économique, concentration capitaliste et marché », *in Mélanges Farjat*, Éditions Frison-Roche, 1999, pp. 397-403
- FRISON-ROCHE M.-A., « Droit et marché : évolution », *in* S. DORMONT, Th. PERROUD (dir.), *Droit et marché*, LGDJ, 2015, pp. 265-278
- FRISON-ROCHE M.-A., « Le modèle du marché », APD 1995. 286

- FRISON-ROCHE M.-A., « Régulation bancaire, régulation financière », *in Mélanges Didier*, Economica, 2008, pp. 173-187
- FRISON-ROCHE M.-A., *Droit, finance, autorité (Les modes de régulation juridique propres aux autorités de marchés financiers)*, Rapport du Laboratoire de sociologie juridique, sept. 1999
- FRYDMAN B., « Comment penser le droit global ? », *in* J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, pp. 17-48.
- GAILLARD E., « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », RCADI, t. 329, 2008
- GAILLARD E., observations sous *Fedax NV c. République du Venezuela*, décision CIRDI du 11 juillet 1997 sur la compétence, JDI 1999. 278
- GAILLARD E., observations sous *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpHC c. Royaume du Maroc*, décision CIRDI du 23 juillet 2001 sur la compétence, JDI 2002. 196
- GALIBOURG H., note sous *American Trading*, Clunet, 1912. 1156
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ F. J., « Cross-border listed companies », RCADI, t. 328, 2007
- GARGANI A.G., *Le savoir sans fondements*, Vrin, 2013
- GARNETT R., *Substance and procedure in private international law*, OUP, 2012
- GAUDEMET A., « *Close-out netting* - Proposition de directive Résolution : une occasion d'en finir avec les articles 25 et 26 de la directive du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit », RDBF, n° 3, Mai 2013, comm. 108.
- GAUDEMET A., *Les dérivés : Aspects juridiques*, Economica, 2010
- GAUDEMET J., « Histoire et système dans la méthode de Savigny », *Mélanges René Dekkers*, Bruylant, 1982, pp. 117-133
- GAUDEMET-TALLON H., *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Dalloz, 1965
- GAUDEMET-TALLON H., LAGARDE P., « Préface » *in* T. AZZI, O. BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?* », Bruylant, 2015
- GAUTIER P.-Y., « Sur la localisation de certaines infractions économiques », Rev. crit. DIP 1989. 669
- GÉNÉREUX J., *Les vraies lois de l'économie,* Seuil, 2005
- GENY F., *Science et technique en droit privé positif*, t. I (1922), t. II (1927), et III (1922), Sirey
- GERMAIN M., « Sécurité et responsabilité sur les marchés financiers – Synthèse », LPA 1996, n°56 (*Sécurité et responsabilité sur les marchés financiers*), pp. 35s

- GOLDMAN B., « Droit et sciences économiques », *in Le droit, les sciences humaines et la philosophie, XXIX^e Semaine de synthèse du Centre international de synthèse*, Vrin, 1973, pp. 105-117
- GOLDMAN B., « Frontières du droit et *lex mercatoria* », APD 1964. 177
- GOLDMAN B., « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives », TCFDIP 1977-1979, pp. 221-259
- GOLDMAN B., note sous Cass. Civ. 1re, 22 oct. 1991, *Compania Valenciana de Cementos Portland S.A. c. Primary Coal Inc.*, JDI 1992. 177
- GOLDSCHMIDT W., « Jacques Maury et les aspects philosophiques du droit international privé », *Mélanges Maury*, t. I, Dalloz & Sirey, 1960, pp. 153-173
- GONZÁLEZ CAMPOS J. D., « Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé », RCADI, t. 156, 1977
- GOTHOT P., « La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats », TCFDIP 1975-1977, pp. 201-232
- GOTHOT P., « Simples réflexions à propos de la saga du conflit des lois », *Mélanges Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 343-354
- GOYET C., RONTCHEVSKY N., STORCK M., « Une réaction des institutions communautaires face aux récents scandales financiers: l'adoption de la directive relative aux abus de marché », RTD com. 2003. 531
- GRAILLOT P., *La crise 1929-1935 et le marché français des valeurs mobilières*, Imprimerie Nouvelliste-Dépêche, Lille, 1935
- GRAULICH P., « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mélanges Dabin*, Bruylant, Sirey, 1963, pp. 629-644
- GRAZIANO T. K., « Freedom to Choose the Applicable Law in Tort – Articles 14 and 4(3) of the Rome II Regulation », *in* J. AHERN, W. BINCHY (ed.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations,* Martinus Nijhoff, 2009, pp.113-132
- GRUNDMANN S., MÖSLEIN F., RIESENHUBER K., « Contract Governance: Dimensions in Law and Interdisciplinary Research » *in* S. GRUNDMANN, F. MÖSLEIN and K. RIESENHUBER (ed.), *Contract Governance. Dimensions in Law and Interdisciplinary Research*, OUP, 2015, pp. 3-57
- GUERRIEN B. sous « Marché » *in* J. COUPPEY-SOUBEYRAN (éd.), *Dictionnaire de l'économie*, Encyclopædia Universalis, Albin Michel, 2007
- GUILLAUMÉ J., *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé*, LGDJ, 2011
- HABERMAS J., « La technique et la science comme « idéologie » », *in* J. HABERMAS, *La technique et la science comme « idéologie »*, trad. J.-R. Ladmiral, Gallimard, 2011, pp. 3-74
- HAHN C., « La liberté de choix dans les instruments communautaires recents Rome I et Rome II ; l'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général », TCFDIP 2006-2008, pp. 187-196

- HALPÉRIN J.-L., *Profils des mondialisations du droit*, Dalloz, 2009
- HAMON J., JACQUILLAT B., « Les crises boursières de 1929 – 1932 et 2007 – 2009 », *in* B. JACQUILLAT (dir.), *1929 – 2009 : Récession(s) ? Rupture(s) ? Dépression(s) ?*, PUF, Descartes&Cie, 2009, pp. 53-79
- HART H. L. A., *Le concept de droit,* trad. M. van de Kerchove, 2e éd., Facultés universitaires Saint-Louis, 2005
- HART H. L. A., *The concept of law*, 2nd ed., OUP, 1994
- HATZIMIHAIL N. E., « On Mapping the Conceptual Battlefield of Private International Law », 13 Hague Y.B. Int'l L. 57 (2000), disponible à http://ssrn.com/abstract=1470834
- HAUSER J., LEMOULAND J.-J., sous « *Ordre public et bonnes mœurs* », *in Rép. Dalloz de droit civil*, 2015 (actualisation juin 2016)
- HAYEK F. A., « The Use of Knowledge in Society », The American Economic Review 35 (1945) 519
- HAYEK F. A., *Droit, législation et liberté,* vol.2 : *Le mirage de la justice sociale*, trad. R. AUDOUIN, PUF, 2e éd., 1986, p. 59.
- HEALY Th., « Théorie générale de l'ordre public », RCADI, t. 9, 1925
- HENRIET D. sous « Éxternalité, économie » *in* Universalis éducation (en ligne), Encyclopædia Universalis
- HERMANN D. H. J., Review of Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (1973), 1974 Wash. U. L. Q. 354
- HEUZÉ V., « Faut-il confondre les clauses d'élection de for avec les conventions d'arbitrage dans les rapports internationaux ? », *in Mélanges Mayer*, LGDJ, 2015, pp. 295-309
- HIRIGOYEN G., « Brève histoire de l'évolution de la pensée financière scientifique », LPA 1994, n°108, pp. 12s
- HOURS B., compte rendu de B. LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*, La Découverte, 1991, L'Homme et la société, n°109, 1993, pp. 132-134
- HOUSSA C., « L'internationalisation des contentieux bancaires et financiers », RDBF, n° 4, Juillet 2015, 40
- HURT P., *Les hypothèses juridiques. Une étude du raisonnement judiciaire*, thèse Paris I, 2007
- IDOT L., « Argument économique et argument sociologique », *in* D. FENOUILLET (dir.), *L'argument sociologique en droit*, Dalloz, 2015, pp.43-59
- IDOT L., « Le domaine spatial du droit communautaire des affaires », TCFDIP 1992-1993, pp. 145-177
- IDOT L., note sous CJCE, 9 novembre 2000, C-381/98, *Ingmar GB Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc.*, Rev. crit. DIP 2001. 107

- JACQUET J.-M., « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », JDI 1985. 327
- JACQUET J.-M., DELEBECQUE Ph., CORNELOUP S., *Droit du commerce international,* 3e éd., Dalloz, 2014
- JACQUILLAT B., LEVY-GARBOUA V., *Les 100 mots de la crise financière*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 4e éd., 2011
- JAMIN C. sous « Économie et droit » *in* D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF 2003
- JASANOFF S., « Afterword », *in* S. JASANOFF, *States of Knowledge: The Co-Production of Science and Social Order*, Routlegde, 2004, pp. 274-282
- JASANOFF S., « Ordering knowledge, ordering society », *in* S. JASANOFF, *States of Knowledge: The Co-Production of Science and Social Order*, Routlegde, 2004, pp. 13-45.
- JASANOFF S., « The idiom of coproduction », *in* S. JASANOFF (ed.), *States of Knowledge. The co-production of science and social order*, Routledge, 2004, pp. 1-12
- JASANOFF S., *Le droit et la science en action*, traduite et présentée par O. LECLERC, Dalloz, 2013
- JASANOFF S., NELKIN D., « Science, Technology and the Limits of Judicial Competence », American Bar Association Journal, 1982, vol. 68, pp. 1094-1099
- JEANNERET-DRUCKMAN K., « Legal Engineering in the United States Legal System », *in* E. CASHIN RITAINE, L. FRANCK, S. LALANI (coord.), *L'ingénierie juridique et le droit comparé,* Schulthess, 2008, pp. 165-183
- JESSUP Ph. C., *Transnational Law*, Yale University Press, 1956
- JOUANJAN O., « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », Revue européenne des sciences sociales, Tome XLI, n° 128, 2003, pp. 129-144
- JUENGER F. K., « A Shoe Unfit for Globetrotting », 28 U.C. Davis Law Review 1027
- JUENGER F. K., « The American Law of General Jurisdiction », 2001 The University of Chicago Legal Forum 141 2001
- KAEPPELIN F., *De l'attitude des pouvoirs publics à l'égard des marchés français de valeurs étrangères*, LGDJ, Paris, 1942
- KAHN Ph., « Les investissements internationaux, nouvelles donnes : un droit transnational de l'investissement », *in* Centre d'étude et de recherche de droit international de l'Academie de droit international de La Haye, *New Aspects of International Investment Law*, Brill, Nijhoff, 2007
- KARMEL R. S., KELLY C. R., « The Hardening of Soft Law in Securities Regulation », 34 Brook. J. Int'l L. 883 2008-2009

- KARYOTIS C., « (Dés)équilibres financiers. Et si la crise actuelle était en construction depuis 40 ans ? », Revue Banque, 2011, n°740, pp. 52-54
- KELSEN H., « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», RCADI, t. 14, 1926
- KELSEN H., *Collective Security under International Law,* U.S. Naval War College, International Law Studies, The Lawbook Exchange, Ltd, 2001
- KELSEN H., *Théorie générale des normes*, PUF, 1996
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Bruylant, LGDJ, 1999.
- van de KERCHOVE M., F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988
- KERR C., « The Origin and Development of the Law Merchant », Virginia Law Review, Vol. 15, No. 4 (Feb., 1929), pp. 350-367
- KERR J. J., « Arbitrability of Securities Law Claims in Common Law Nations », 12 Arb. Int'l 171 1996, p. 173,
- KESSEDJIAN C., *Droit du commerce international,* PUF, 2013
- KESSLER D. P., « Introduction » *in* D.P. KESSLER (ed.), *Regulation versus Litigation (Perspectives from Economics and Law),* The University of Chicago Press, 2011, pp. 1-9
- KLEINER C., *La monnaie dans les relations privées internationales*, LGDJ, 2010
- KLOTZ G., BRETON Y., « Jules Dupuit : de la nécessité des lois en économie », *in* A. BERTHOUD, B. DELMAS, T. DEMALS (coord.), *Y a-t-il des lois en économie ?*, 11e Colloque International de l'A.C.G.E.P.E., Presses Universitaires du Septentrion, 2007, pp. 219-238
- KRONKE H., « Capital markets and conflict of laws », RCADI, t. 286, 2000
- KRUGMAN P., *Pourquoi les crises reviennent toujours ?*, nouvelle édition, Seuil, 2009.
- KUHN Th. S., *The Structure of Scientific Revolutions*, 3rd ed., University of Chicago Press, 1996
- LACOINTA J., note sous Cass. Req. 19 mai 1884, *Vorbe,* S. 1885. 1. 113
- LAGARDE P. sous « Ordre public », *in Rép. Dalloz de droit international*, 1998 (actualisation mars 2009)
- LAGARDE P., « Le Principe de proximité dans le droit international privé contemporain *»,* RCADI, t. 196, 1987
- LAGARDE X., « Le droit des marchés financiers présente-t-il un particularisme ? », JCP G, 2005. 2045
- LAGUEUX M., « Y-a-t-il des lois en économie ?», *in* A. BERTHOUD, B. DELMAS, T. DEMALS (coord.), *Y a-t-il des lois en économie ?*, 11e Colloque

International de l'A.C.G.E.P.E., Presses Universitaires du Septentrion, 2007, pp. 63-67

- LALIVE P., « Le droit public étranger et le droit international privé », TCFDIP 1973-1975, pp. 215-257
- LALIVE P., note sous Cour de Justice civile de Genève, Dana c. Royal Dutch, 16 juin 1961, Annuaire suisse de droit international, pp. 250-262
- LASSERRE V., *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015
- LAUTIER D., SIMON Y., *Les 100 mots des marches dérivés*, 2e éd., PUF, 2012
- LAUVAUX Ph., PIMENTEL C.-M. sous « Fonctions juridiques de l'État » *in* D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF 2003
- LE MOIGNE J.-L., « Les systèmes juridiques sont-ils passibles d'une représentation systémique ? », RRJ 1985. 155
- le NABASQUE H., PORTIER Ph., « Les instruments financiers », *in* Th. BONNEAU, *La modernisation des activités financières,* GLN Joly éditions, pp. 27-48
- LE PAGE J.-M., *Crises financières internationales et risque systémique*, 1re éd., De Boeck & Larcier, 2003
- LEBOULANGER Ph., « L'arbitrage des litiges relatifs aux opérations sur les marchés financiers », *in Mélanges Ph. Kahn,* pp. 545-558
- LEBOULANGER Ph., « La notion d'« intérêts » du commerce international *»,* Rev. arb. 2005. 487
- LECACHEUR G., *Les aspects juridiques de la sécurité financière des marchés réglementés*, thèse Rennes I, 1998
- LECLERC O., « Présentation » *in* S. JASANOFF, *Le droit et la science en action*, traduit et présenté par O. LECLERC, Dalloz, 2013, pp. 5-27
- LEDUC G., « Sur la nature et les limites du problème économique », *in Mélanges Truchy*, Sirey, 1938, pp. 230-239
- LEGRAND P., « Proof of Foreign Law in US Courts: A Critique of Epistemic Hubris », 2013 8 (2) Journal of Comparative Law 343
- LEGRAND P., « The same and the different » *in* P. LEGRAND, R. MUNDAY (ed.), *Comparative legal studies: Traditions and Transitions,* Cambridge University Press, pp. 240-311
- LEGRAND P., *Le droit comparé,* 5e éd.*,* PUF, 2015
- LEGRAND P., *Pour la relevance des droits étrangers*, PUF, 2015
- LEPAULLE P., « La double imposition des sociétés étrangères en France sur le revenu des valeurs immobilières », Rev. DIP 1932. 480
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE P., « À propos du contrat international », Clunet 1951.1

- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE P., « Observations sur la question du renvoi », Clunet 1924. 87
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE P., Précis de droit international privé, 4e éd. refondue, 1946
- LETER M., « Éléments pour une étude de l'école de Paris (1803-1852) », *in* Ph. NEMO, J. PETITOT, *Histoire du libéralisme en Europe,* PUF, 2006, pp. 429-509
- LIBCHABER R., L'ordre *juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013
- LOMBARDINI C., *La protection de l'investisseur sur le marché financier,* Schulthess, 2012
- LOSS L., « The Conflict of Laws and the Blue Sky Laws », Harv. L. Rev., Vol. 71, No. 2 (Dec., 1957), pp. 209-253
- LOUSSOUARN Y., BOUREL P., de VAREILLES-SOMMIERES P., Droit international privé, 10e éd., Dalloz, 2013
- LOUSSOUARN Y., « L'œuvre de Lerebours-Pigeonnière », JDI 1954. 884
- LUHMANN N., « L'unité du système juridique », APD 1986. 163
- LYON-CAEN Ch., note sous Cass. civ., 5 juin 1905, *de Munitiz*, S. 1905.1.305
- MacCORMICK N., *Raisonnement juridique et théorie du droit*, trad. J. GAGEY, PUF, 1996
- MALAURIE Ph., « Notre droit est-il inspiré ? », *Defrénois,* 2002, art. 37545, p. 637s.
- MARIE-JEANNE C., « L'interdiction du prêt à intérêt : principes et actualité », REF 2013, n°109, pp. 265-281
- MARZAL YETANO A., *La dynamique du principe de proportionalité*, Institut Universitaire Varenne, 2014
- MASSON A., « Le paradoxe fondateur des stratégies juridiques – Essai de théorie des stratégies juridiques », RRJ 2008, pp. 443-449
- MATHIEU M.-L., *Les représentations dans la pensée des juristes,* IRJS Éditions, 2014
- MATTOUT J.-P., « La sécurité et la responsabilité sur les marchés de produits dérivés de gré à gré », LPA 1996, n°56 (*Sécurité et responsabilité sur les marchés financiers*), pp. 24s
- MAULIN É. sous « Positivime», D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF 2003
- MAURY J., « Règles générales des conflits de lois », RCADI, t. 57, 1936
- MAURY J., *L'éviction de la loi normalement compétente*, Valladolid, 1952
- MAYER P. sous « *Lois de police* » *in Rép. Dalloz de droit international*, 1998 (actualisation mars 2009)

- P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973
- MAYER P., « Les lois de police étrangères », JDI 1981. 277.
- MAYER P., « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », Droits, 1985. 129
- MAYER P., « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », RCADI, t. 327, 2007
- MAYER P., HEUZÉ V., *Droit international privé,* 11e éd., LGDJ, 2014
- MAZEAUD H., « La maxime „error communis facit jus"», RTDciv. 1924. 929
- MAZIAU N., « L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits », JCP E 2015. 1343
- MÉADEL J., *Les marchés financiers et l'ordre public*, LGDJ, 2007
- von MEHREN A. T., « Theory and practice of adjudicatory authority in private international law : a comparative study of the doctrine, policies and practices of common- and civil-law systems », RCADI, t. 295, 1996
- von MEHREN A. T., « Une esquisse de l'évolution du droit international privé aux Etats-Unis », JDI 1973. 116
- von MEHREN A. T., *Adjudicatory Authority in Private International Law. A comparative Study*, Martinus Nijhoff, 2007
- von MEHREN A. T., TRAUTMAN D. T., « Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis », Harv. L. Rev., Vol. 79, No. 6 (Apr., 1966), pp. 1121-1179
- MICHAELS R., « Globalization and Law: Law Beyond the State », *in* R. BANAKAR, M. TRAVERS (eds.), *Law and Social Theory*, 2nd ed., Hart Publishing, 2013, pp. 287-304
- MICHAELS R., « The Re-State-Ment of Non-State Law: the State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism », 51 Wayne L. Rev. 1209
- MILLS A., « The Dimensions of Public Policy in Private International Law », (2008) 4 J. Priv. Int'l L. 201
- MILLS A., *The Confluence of Public and Private International Law*, OUP, 2009
- MIRANDES A., *La compétence inter-étatique et internationale des tribunaux en droit des États-Unis*, Economica, 2002
- MOHAMED SALAH M. M., « Les transformations de l'ordre public économique. Vers un ordre public régulatoire ? », *in Mélanges Farjat*, Éditions Frison-Roche, 1999, pp. 261-289
- MOJUYÉ J. B., *Le droit des produits dérivés financiers (SWAPS, options, futures...) en France et aux Etats-Unis*, LGDJ, 2003
- MONGIN Ph. sous « Économie théorique » *in* D. LECOURT (dir.), *Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences,* 4e éd., PUF, 2006
- MOREAU-NÉRET O., *Les Valeurs Mobilières*, t. I et II, Sirey, 1939

- MOTULSKY H., « La nature de l'arbitrage », *in* H. MOTULSKY, *Écrits.Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974, repr. 2010, pp. 5-25
- MOTULSKY H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé,* Sirey, 1948, reproduit Dalloz, 2002
- MOURRE A., « Les rapports de l'arbitrage et du droit communautaire après l'arrêt Eco Swiss de la Cour de Justice des Communautés Européennes », Gaz. Pal. , 2000, n°11, pp. 30s
- MUIR WATT H., « "Party Autonomy" in International Contracts: from the Makings of a Myth to the Requirements of Global Governance », ERCL 2010. 1
- MUIR WATT H., « A semiotics of private international legal argument », YPIL 14 (2012/2013), pp. 51-70
- MUIR WATT H., « Conflicts of Laws Unbounded: The Case For a Legal-Pluralist Revival », disponible à http://blogs.sciences-po.fr/pilagg/files/2015/09/HMW-Framing-paper-PILAGG-2015-2016.pdf
- MUIR WATT H., « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois?) », APD, 1997. 207
- MUIR WATT H., « Économie de la justice et arbitrage international (Réflexions sur la gouvernance privée dans la globalisation), Rev.arb. 2008. 389.
- MUIR WATT H., « La régulation des marchés financiers globalisés », Cah. dr. entr. 2012. 25, dossier 28
- MUIR WATT H., « Les principes généraux en droit international privé français », JDI 1997. 403.
- MUIR WATT H., « L'émergence du réseau et le droit international privé », *in Mélanges Audit*, LGDJ, 2014, pp. 533-550
- MUIR WATT H., « Private International Law Beyond the Schism », (2011) 2(3) Transnational Legal Theory 347-428
- MUIR WATT H., « Régulation de l'économie globale et l'émergence de compétences déléguées : sur le droit international privé des actions de groupe, À propos de l'affaire Vivendi Universal », Rev. crit. DIP 2008. 581
- MUIR WATT H., « The Epistemological Function of 'la Doctrine' », *in* M. VAN HOECKE (ed.), *Methodologies of Legal Research*, Hart Publishing, 2013, pp. 123-131
- MUIR WATT H., « The Trouble with Cross-Border Collective Redress: Issues and Difficulties », *in* D. FAIRGRIEVE, E. LEIK (ed.), *Extraterritoriality and Collective Redress*, OUP, 2012, pp. 118-127
- MUIR WATT H., « Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de loi et de juridictions », RCADI, t. 307, 2004
- MUIR WATT H., « Comparer l'efficience des droits », *in* P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument,* PUF, 2009, pp. 433-456

- MUIR WATT H., « L'affaire Lloyd's : globalisation des marchés et contentieux contractuel », Rev. crit. DIP 2002. 509
- MUIR WATT H., « La fonction économique du droit international privé », RIDE 2010. 103
- MUIR WATT H., « The Relevance of Private International Law on the Global Governance Debate », *in* H. MUIR WATT, D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (ed.), *Private International Law and Global Governance,* OUP, 2014, pp. 1-17
- MUIR WATT H., compte rendu de S. SYMEONIDES*, Codifying choice of law around the world. An international comparative analysis,* OUP, 2014, Rev. crit. DIP 2014. 749
- MUIR WATT H., compte rendu de X. BOUCOBZA, « L'acquisition internationale de société », Rev. crit. DIP 1999. 897
- MUIR WATT H., L. G. RADICATI di BROZOLO, « Party Autonomy and mandatory rules in a global world », 6, International Law Forum Droit International, 88, mai 2004
- MUIR WATT H., *La fonction de la règle de conflit de lois*, thèse Paris II, 1986
- MUIR WATT H., note sous Cass. 1re Civ., 1 fév. 2005, *Etat d'Israël c/ société NIOC*, Rev. arb. 2005. 693
- MUIR WATT H., note sous Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles. - 6 novembre 2009 - Tribunal des faillites des Etats Unis (District sud de New York).- 25 janvier 2010, Rev. crit. DIP 2011. 662
- MUIR WATT H., note sous Cour suprême des Etats Unis, 24 juin 2010, *Morrison v. Nat't Austl. Bank Ltd*., 130 S. Ct. 2869 (2010)
- MURRAY E., « Lomas v Firth Rixson: a curate's egg ? », CMLJ, 2012, Vol. 7, No. 1, p. 5
- NÉGULESCO P., « Principes du droit international administratif », RCADI, t. 51, 1935-I
- NEMO Ph., « Les sources du libéralisme dans la pensée antique et médiévale », *in* Ph. NEMO, J. PETITOT, *Histoire du libéralisme en Europe,* PUF, 2006, pp. 65-111
- NEMO Ph., « Préface » *in* F. A. HAYEK, *Droit, liberté, législation. Vol. 2 Le mirage de la justice sociale*, PUF, 2013, pp. 9-52
- NIBOYET J. P., « Existe-il vraiment une nationalité des sociétés », Rev. DIP 1927. 402.
- NIBOYET J. P., « La force de la règle de droit en droit français », *Mélanges Sugiyama*, Sirey, 1940, pp. 241-262
- NIBOYET J. P., note sous Trib. civ. de la Seine (1re Ch.), 20 avril 1932, *Comité de défense des porteurs d'obligations c. Société Générale du Gaz et d'Electricité de Bucarest*, Rev. DIP 1932. 680
- NIBOYET J.-P., note sous Cass. civ., 19 février 1930, *Mardelé* et 27 janvier 1931, *Dambricourt*, S. 1933.I.41

- NIBOYET J.-P., note sous. Cass. civ., 24 oct. 1933, *Banque d'Athènes c. Banque Lisboa et Açores*, Rev. crit. DIP 1934. 484
- NIBOYET J.-P., *Traité de droit international privé français*, Sirey, 1944 (t. III) et 1949 (t. VI)
- NYGH P. E., « The Reasonable Expectations of The Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort », RCADI, t. 251, 1995
- ODOBLEJA Şt., *Psychologie consonantiste*, Maloine, 1938, vol. I et II.
- OOI M., *Shares and other securities in the conflicts of laws,* OUP, 2003
- OPPETIT B., « Droit du commerce international et valeurs non marchandes », *Mélanges Lalive*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 309-320
- OPPETIT B., « Le droit hors de la loi », Droits 1989. 47
- OPPETIT B., « L'hypothèse du déclin du droit », Droits, 1986. 9
- OPPETIT B., « Droit et économie », APD 1992. 17
- OPPETIT B., « Le droit international privé, droit savant », RCADI, t. 234, 1992-III
- OPPETIT B., « Sur la coutume en droit privé », Droits 1986. 39
- OPPETIT B., *Droit du commerce international,* PUF, 1977
- OPPETIT B., note sous Cass. Civ. 1re, 22 oct. 1991, *Compania Valenciana de Cementos Portland S.A. c. Primary Coal Inc.*, Rev. crit. DIP 1992. 113
- OST F., « L'accélération du temps juridique », *in* Ph. GÉRARD, F. OST, M. van de KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, pp. 7-14
- OST F., « L'instantané ou l'institué ? L'institué ou l'instituant ? Le droit a-t-il pour vocation de durer ? » *in* F. OST, M. VAN HOECKE (dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?,* Bruylant*,* 1998, pp. 7-14
- OST F., van de KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002
- PAUL J. R., « The Transformation of International Comity », 71-SUM Law & Contemp. Probs. 19
- PERELMAN Ch., « Droit, logique et épistémologie », *in* Ch. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, LGDJ, 1984, pp. 56-67
- PERELMAN Ch., « Le problème des lacunes en droit, essai de synthèse », *in* Ch. PERELMAN (dir.), *Le problème des lacunes en droit,* Bruylant, 1968, pp. 537-552
- PERELMAN Ch., « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », APD 1978. 35
- PERELMAN Ch., *Logique juridique. Nouvelle rhétorique,* 2e éd., Dalloz, 1999
- PERELMAN Ch., OLBRECHTS-TYTECA L., *Traité de l'argumentation*, 6e éd., Editions de l'Université de Bruxelles, 2008

- PERROT R., « Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit fraçais », *in* R. ANDERSEN, J. LENOBLE, P. DRAI, *La crise du juge,* Story-Scientia, LGDJ, 1990, pp. 34-43
- PERROT R., « Rapport général - Le rôle du juge en présence des problèmes économiques », Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXII, Dalloz, 1970, pp. 260-272
- PERROT R., *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Sirey, 1947
- PERROUD J., « Principes de compétence pour les procès entre étrangers », Clunet 1927. 561
- PIAZZON Th., *La sécurité juridique*, Defrénois, 2009
- PILLET A., *Principes de droit international privé*, Pedone, 1903
- PISTOR C., XU C., « Incomplete Law - A Conceptual and Analytical Framework and its Application to the Evolution of Financial Market Regulation », Columbia Law and Economics Working Paper n°204, 2002, disponible à https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=310588
- PISTOR K., « A legal theory of finance », Journal of Comparative Economics 41 (2013) 315–330
- PLIHON D. sous « Crises financières - Instabilité financière », *in* Universalis éducation (en ligne), Encyclopædia Universalis
- POINCARÉ H., *La Science et l'Hypothèse*, Flammarion, 1914
- POLANYI K., *The great transformation: the political and economic origins of our time*, 2nd ed., Beacon Press, 2001
- POLLIN J.-P. sous « Systèmes financiers », *in* J. COUPPEY-SOUBEYRAN (éd.)*, Dictionnaire de l'économie*, Encyclopædia Universalis, Albin Michel, 2007
- POSER N. S., « Arbitrability of International Securities Disputes », 12 Brook. J. Int'l L. 675 1986
- POSNER R. A., « Legal Pragmatism », Metaphilosophy, Vol. 35, n°1/2, January 2004, pp. 147-159
- POSNER R. A., « Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts), An Analytical Framework », *in* D. P. KESSLER (ed.), *Regulation versus Litigation (Perspectives from Economics and Law),* The University of Chicago Press, 2011, pp. 11-26,
- POSTEL N., « Les économistes, de la recherche de lois universelles à la découverte des règles contingentes », *in* A. BERTHOUD, B. DELMAS, T. DEMALS (coord.), *Y a-t-il des lois en économie ?*, 11e Colloque International de l'A.C.G.E.P.E., Presses Universitaires du Septentrion, 2007, pp. 563-583
- de la PRADELLE A., NIBOYET J. P., *Répertoire de droit international,* t. IV, 1929

- RACINE J.-B., SIIRIAINEN F., « Sécurité juridique et droit économique. Propos introductifs », *in* L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008, pp. 5-21
- RANOUIL V., *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept,* PUF, 1980
- REMY B., « De la profusion à la confusion : réflexions sur les justifications des clauses d'élection de for », JDI 2011. 51
- REMY B., « Des notions de prévisibilité en matière de conflit de lois. Qui de l'œuf ? Qui de la poule ? », *in Mélanges Mayer,* LGDJ, 2015, pp. 791-804
- REMY B., *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, 2008
- REMY Ph., « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », RTD civ. 1997. 323
- RESTREPO AMARILES D., *The Rise of Transnational Legal Indicators. Empirical Accounts of Law in a Global Society*, thèse Université Libre de Bruxelles, 2015
- REY A. (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française,* Le Robert, 2006
- REY A. (dir.), *Dictionnaire Le Petit Robert,* 2011
- RICŒUR P. sous « Signe et sens », *in* Universalis éducation (en ligne), Encyclopædia Universalis
- RIGAUX F., « Les notions à contenu variable en droit international privé », *in* Ch. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit,* Bruylant, 1984, pp. 237-249
- RIGAUX F., « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », RCADI, t. 213, 1989
- RIGGS J. H., « Propos d'actualité sur les contentieux engagés aux Etats-Unis sur les produits dérivés », LPA 1996, n°56 (*Sécurité et responsabilité sur les marchés financiers*), pp. 31s
- RILES A., « Managing Regulatory Arbitrage: A Conflict of Laws Approach », 47 Cornell Int'l L.J. 63
- RILES A., *Collateral knowledge. Legal reasoning in the global financial markets*, University of Chicago Press, 2011
- ROMANO G. P., « Le choix des Principes UNIDROIT par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives », JDI 2007. 473
- ROMANO G. P., « Les justiciables face à la comparaison des droits : vers la démocratisation d'un droit savant », *in* E. CASHIN RITAINE, L. FRANCK, S. LALANI (coord.), *L'ingénierie juridique et le droit comparé*, Schulthess, 2008, pp. 95-139
- ROMANO G. P., *Le dilemme du renvoi en droit international privé. La thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse*, Schulthess, LGDJ, 2015

- ROMANO S., *L'ordre juridique*, 2e éd., Dalloz, 1975, réimpression 2002
- ROSANVALLON P., *Le libéralisme économique. Histoire de l'idée de marché*, Seuil, 1989
- ROTHSCHILD E., « Adam Smith's Laws », *in* A. BERTHOUD, B. DELMAS, T. DEMALS (coord.), *Y a-t-il des lois en économie ?*, 11e Colloque International de l'A.C.G.E.P.E., Presses Universitaires du Septentrion, 2007, pp. 37-40
- RULLIÈRE J.-L. sous « Économie expérimentale », *in* Universalis éducation (en ligne), Encyclopædia Universalis
- RYAN D., Review of P. S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, Oxford 1979, Australian Journal of Law & Society, 1982, vol. 1, n°1, pp. 125-131
- SAMUEL G., « What is Legal Epistémology? », *in* M. ADAMS, D. HEIRBAUT (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoeche*, Hart Publishing, 2014, pp. 23-36.
- SAVATIER R., note sous Cass. civ. 14 janv. 1931, D. 1931. 5
- SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. I et t. VIII
- SCHEPEL H., *The constitution of private governance*, Oxford Portland, Hart, 2005
- SCHMID F. sous « Conventionnalisme » *in* D. LECOURT (dir.), *Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences*, 4e éd., PUF, 2006
- SCHMIDT C., « Comment la croyance dans les lois économiques peut devenir un obstacle au progrès de la science économique », *in* A. BERTHOUD, B. DELMAS, T. DEMALS (coord.), *Y a-t-il des lois en économie ?*, 11e Colloque International de l'A.C.G.E.P.E., Presses Universitaires du Septentrion, 2007, pp. 69-79
- SCHULTZ T., HOLLOWAY D., « Retour sur la *comity* – Deuxième partie : La *comity* dans l'histoire du droit international privé », JDI 2012. 571
- SCHULTZ T., HOLLOWAY D., « Retour sur la *comity* – Première partie : Les origines de la *comity* au carrefour du droit international privé et du droit international public», JDI 2011. 863
- SCHWEITZER S., FLOURY L., *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, PUAM, 2015
- SCOTT C., BIGGINS J., « Public-private relations in a transnational private regulatory regime: ISDA, the state and OTC derivatives market reform », E.B.O.R. 2012, 13(3), 309-346
- SERAGLINI C., ORTSCHEIDT J., *Droit de l'arbitrage interne et international,* Montchrestien, 2013
- SÈVE M., *La régulation financière face à la crise*, Bruylant, 2013
- SHLEIFER A., « Efficient regulation », *in* D. P. KESSLER (ed.), *Regulation versus Litigation (Perspectives from Economics and Law),* The University of Chicago Press, 2011, pp. 27-43

- SIEUZAC C., *Contribution à l'étude de la* lex mercatoria *financière*, thèse Paris I, 2006
- SIMON D. sous « Droit communautaire » *in* D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF 2003
- SIMON D., « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *in* Société française pour le droit international, *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux, Pedone, 2000, pp. 207-249
- SIMON D., *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Pedone, 1981
- SIMON D., *Le système juridique communautaire*, 3e éd., PUF, 2011
- SIMON H. A., « A Behavioral Model of Rational Choice », The Quarterly Journal of Economics, Vol. 69, No. 1. (Feb., 1955), pp. 99-118
- SMITH R. A., « State "Blue-Sky" Laws and the Federal Securities Acts », Michigan Law Review, Vol. 34, No. 8 (Jun., 1936), pp. 1135-1166
- SMITH R. A., « The Relation of Federal and State Securities Laws », Law & Contemp. Probs., Vol. 4, No. 2, Three Years of the Securities Act: Part 2 (Apr., 1937), pp. 241-255
- STIGLITZ J., « Avant-propos », *in* K. POLANYI, *The great transformation: the political and economic origins of our time*, 2nd ed., Beacon Press, 2001
- SUNDERAM A., « La croissance du *shadow banking* », REF 2013, n°109, pp. 53-67
- SYMEONIDES S. C., « The American choice-of-law revolution in the courts: today and tomorrow», RCADI, t. 298, 2002
- SYMEONIDES S., *American Private International Law,* Wolters Kluwer, 2008
- TENENBAUM A., *L'application internationale du droit boursier*, thèse Paris I, 2000
- TERRÉ F., « L'ordre public entre deux siècles », APD 2015. 189.
- TERRÉ F., « Présentation », LPA 2003, n° 237 (*Les pratiques juridiques, source du droit des affaires*), pp. 44s
- TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *Droit civil. Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009
- THIREAU J.-L. sous « Jurisconsulte », D. ALLAND, S. RIALS *(*dir.), *Dictionnaire de la culture juridique,* PUF, 2003
- TIMSIT G. sous « Système » *in* D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.
- TRAINAR Ph., « Portée et limites de la comparaison de la crise actuelle avec la crise de 1929 », *in* B. JACQUILLAT (dir.), *1929 – 2009 : Récession(s) ? Rupture(s) ? Dépression(s) ?*, PUF, Descartes&Cie, 2009, pp. 41-51

- TROPER M. sous « Interprétation » *in* D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003
- USUNIER L., *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica, 2008
- de VAREILLE-SOMMIÈRE P., « Lois de police et politiques législatives », Rev. crit. DIP 2011. 207
- de VAREILLES-SOMMIÈRES P., « Conclusions d'un internationaliste », *in* E. PATAUT, S. BOLLÉE, L. CADIET, E. JEULAND, *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques,* IRJS Éditions, t. 43, 2013, pp. 189-209
- de VAUPLANE H., « Les marchés financiers comme bien commun », Revue Banque 2014, n°773, pp. 20-21
- de VAUPLANE H., « Les notions de marché », RDBB, 1993. 62, repère n°36.
- de VAUPLANE H., « Les projets de réforme relatifs aux produits dérivés en Europe », Revue Banque 2011, n°740, pp. 79-82.
- de VAUPLANE H., BORNET J.-P., *Droit des marchés financiers*, 3e éd., Litec, 2001
- de VAUPLANE H., BORNET J.-P., *Marchés financiers: le défi de la transposition de la DSI*, Bull. Joly Bourse, 1996
- VILLEY M., « Le droit naturel », *in* M. VILLEY, *La Nature et la Loi. Une philosophie du droit*, Les éditions du Cerf, 2014, pp. 29-47
- VILLEY M., « De la dialectique comme art de dialogue et sur ses relations au droit », *in* M. VILLEY, *La Nature et la Loi. Une philosophie du droit*, Les éditions du Cerf, 2014, pp. 11-27
- VISCHER F., « The Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts », RCADI, t. 142, 1974-II
- WAI R., « Private v Private. Transnational Private Law and Contestation in Global Economic Governance », *in* H. MUIR WATT, D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (ed.), *Private International Law and Global Governance*, OUP, 2014, pp. 34-53
- WAI R., « Transnational Lift-off and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization », (2002) 40 Columbia Journal of Transnational Law 209
- WAIBEL M., « Opening Pandora's Box: Sovereign Bonds in International Arbitration », Am. J. Int'l L., Vol. 101, No. 4 (Oct., 2007)
- WAIBEL M., « Steering Sovereign Debt Restructurings Through the CDS Quicksand », 14 July 2012, disponible à http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2017772
- WÄLDE T. W., « The Serbian Loan Case : A precedent for investment treaty protection of foreign debt ? » *in* T. WEILER (ed.), *International Investment Law and Arbitration. Leading cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, 2005, pp. 383-423

- WEISS A., *Manuel de droit international privé*, 6e éd., 1909
- WENGLER W., « La situation des droits », Rev. crit. DIP 1957. 185 (I) et 1957. 409 (II)
- WENGLER W., « Les principes généraux du droit international privé et leur conflits », Rev. crit. DIP 1952. 595(I)
- WENGLER W., « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », Rev. crit. DIP 1990. 657
- WICKER G. sous « Fiction » *in* D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003
- XIFARAS M., « Introduction », *in* Th. BERNS, J.-C. K. DUPONT, M. XIFARAS (dir.), *Philosophie de l'impôt*, Bruylant, 2006, pp. 1-15
- ZOLLER É. sous « *Rule of law* » *in* D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003

II. VARIA

- *Action Plan on Building a Capital Markets Union*, COM(2015) 468 final, 30 sept. 2015, disponible à http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0468
- *Annex XVII: Overview of the results of the public consultation on technical details of a possible EU framework for bank resolution and recovery (January - March 2011)*, COM (2012) 280 final, disponible à http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/crisis-management/2012_eu_framework/impact_assessment_final_en.pdf
- AVELLANEDA M., CONT R., *Transparency in Credit Default Swap Markets*, July 2010, disponible publiquement à http://www.isda.org/c_and_a/pdf/CDSMarketTransparency.pdf
- *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems December 2010 (rev June 2011)*, Basel Committee on Banking Supervision, disponible à http://www.bis.org/publ/bcbs189.pdf
- *Credible Deterrence in The Enforcement of Securities Regulation*, OICV-IOSCO Paper, June 2015, disponible à https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD490.pdf
- *Final Report of the National Commission on the Causes of the Financial and Economic Crisis in the United States*, Official Government Edition, January 2011, disponible à http://fcic-static.law.stanford.edu/cdn_media/fcic-reports/fcic_final_report_full.pdf (« **Rapport FCIC** »)
- *Groupe Mandelkern on Better Regulation, Final report*, 13 novembre 2001, disponible à http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf
- *Index of Legal Certainty*, *Report for the Civil Law Initiative (Fondation pour le droit continental)*, supervised by B. Deffains and C. Kessedjian, May 2015,

disponible à http://www.fondation-droitcontinental.org/en/wp-content/uploads/2015/06/NS_Rapport-complet-5-juin-2015_EN.pdf

- *ISDA Memorandum on The Implementation of Netting Legislation. A Guide for Legislators and Other Policy-Makers, March 2006*, disponible publiquement à http://assets.isda.org/media/341bbbff/1ec9a677-pdf/
- *ISDA response to UK consultation regarding revision of Brussels I Regulation*, 11 February 2011, disponible publiquement à http://www.isda.org/speeches/pdf/EU_Brussels1_ISDA_Response_to_UK_consult_v1.pdf
- LAMFALUSSY A., *Reflections on The Regulation of European Securities Markets,* Société Universitaire Européenne de Recherches Financières, Vienne, 2001, disponible à https://www.suerf.org/studies/4953/reflections-on-the-regulation-of-european-securities-markets
- *Liste des critères de l'État de droit,* adoptée par la Commission de Venise à sa 106e session plénière (Venise, 11-12 mars 2016), CDL-AD(2016)007, disponible à http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-f
- Lord Mance, *Should the law be certain?,* The Oxford Shrieval lecture given in the University Church of St Mary The Virgin, Oxford, on 11th October 2011, disponible à https://www.supremecourt.uk/docs/speech_111011.pdf
- *Model for effective (self-)regulation*, Report of the SRO Consultative Committee of the International Organization of Securities Commissions (OICV-IOSCO), mai 2000, disponible à http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD110.pdf
- *Rapport de la Commission au Parlement Européen et au Conseil. Rapport d'évaluation sur la directive concernant les contrats de garantie financière (2002/47/CE) du 20 décembre 2006*, COM(2006) 833 final, disponible à http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:52006DC0833
- *Report of the International Bar Association Legal Practice Division Task Force on Extraterritorial Jurisdiction*, 2009, disponible à https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Task Force Reports
- STIGLITZ J., *What I learned at the World Economic Crisis*, Robarts Centre for Canadian Studies, Summer Institute 2000, disponible à http://www.yorku.ca/drache/talks/2000/pdf/stiglitz_worldban.pdf
- *Stock Exchange Practices: Hearings Before the Committee on Banking and Currency, United States Senate*, (1932-1934) disponible le site de la Federal Reserve à l'adresse http://fraser.stlouisfed.org/publication/?pid=87 (« **Rapport Pecora** »)
- *The High-Level Group on Financial Supervision in the EU chaired by Jacques de Larosière Report*, 25 February 2009, disponible à

http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf (« **Rapport Larosière** »)

- *The Turner Review. A regulatory response to the global banking crisis*, March 2009, Financial Services Authority, disponible à http://www.fsa.gov.uk/pubs/other/turner_review.pdf (« **Rapport Turner** »)
- *Triennial and semiannual surveys on positions in global over-the-counter (OTC) derivatives markets at end-June 2007*, Monetary and Economic Department, Bank for International Settlements, November 2007, disponible à http://www.bis.org/publ/otc_hy0711.pdf
- U.S. Securities and Exchange Commission, *Fast Answers, Rule 506 of Regulation D*, disponible à http://www.sec.gov/answers/rule506.htm

TABLE DES MATIÈRES

AVERTISSEMENT ..... **I**

RÉSUMÉ ..... **V**

ABSTRACT ..... **VII**

REMERCIEMENTS ..... **IX**

AVANT-PROPOS ..... **XIII**

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS ..... **XV**

SOMMAIRE ..... **XIX**

INTRODUCTION **1**

§1. L'opportunité épistémologique offerte par la « crise » financière 3
§2. Le retour du conventionnalisme scientifique et la « coproduction » 12
§3. L'enjeu des paradigmes sécuritaires en droit matériel et conflictuel 28

PREMIÈRE PARTIE : LA CONCURRENCE DES REPRÉSENTATIONS DES SÉCURITÉS JURIDIQUE ET ÉCONOMIQUE AU XX^{E} SIÈCLE **45**

TITRE I : LA SÉCURITÉ FOURNIE PAR LE DROIT POSITIF **48**

CHAPITRE I : UNE MACRODYNAMIQUE INSUFFISANTE **50**

Section I : Le droit en tant que système normatif **51**
§1. La fonction de systématisation de l'abstraction 51
§2. La fonction sécuritaire de la normativité 54
§3. La fonction libérale de l'imputabilité 58

Section II : Le droit en tant que système de connaissance **61**
§1. La fonction épistémologique de la sécurité juridique 61
§2. La portée sécuritaire de la prévisibilité juridique 66
§3. L' invisibilité de la dystopie « rationaliste » 73

CONCLUSION DU CHAPITRE **77**

CHAPITRE II : UNE MICRODYNAMIQUE NÉCESSAIRE **78**

Section I : L'alchimie de la positivité **79**
§1. La transparence des revendications normatives 80
§2. La certitude du droit (im)posé, prémisse de sa primauté 85

Section II : La formule du raisonnement judiciaire 92
§1. Les possibilités issues de la déduction 93
§2. L'effet éliminatoire des arguments pragmatiques 97

CONCLUSION DU CHAPITRE 106

CONCLUSION DU TITRE 107

TITRE II : LA SÉCURITÉ DEMANDÉE PAR LE MARCHÉ 109

CHAPITRE I : UNE TÉLÉOLOGIE SCIENTIFIQUE 111

Section I : La transformation de la discipline économique 112
§1. La fonction technocratique de la macro-économie 112
§2. Du marché libéral au marché rationnel 116

Section II : La revendication d'une primauté normative 121
§1. Le maintien du marché comme téléologie 123
§2. La méta-normativité de la rationalité économique 129

CONCLUSION DU CHAPITRE 133

CHAPITRE II : UNE DICHOTOMIE DE RÉGIME JURIDIQUE 135

Section I : Des marchés financiers nationaux 136
§1. Les critères de rattachement pertinents 136
§2. L'objectif de sécurité financière 143

Section II : Des rapports financiers contractuels 147
§1. La sécurisation du risque économique par l'innovation financière 148
§2. La sécurité juridique imposée par l'ontologie du marché 151

CONCLUSION DU CHAPITRE 156

CHAPITRE III : UN ANCIEN DILEMME POUR LE JUGE DES RAPPORTS FINANCIERS 157

Section I : L'effectivité des blue sky laws des États fédérés aux Etats Unis 157

Section II : L'aménagement de l'interdiction de l'exportation des capitaux en France 165

CONCLUSION DU CHAPITRE 171

CONCLUSION DU TITRE 172

CONCLUSION DE LA 1RE PARTIE 174

SECONDE PARTIE : LA (CO)PRODUCTION DE L'(IN)SÉCURITÉ CONTEMPORAINE 176

TITRE I : LA PRÉTENDUE INSÉCURITÉ GÉNÉRÉE PAR LE CONTENTIEUX ÉTATIQUE 179

CHAPITRE I : L'ÉVOLUTION SCIENTIFIQUE 181

Section I : L'univers savignien 181
§1 - L'inversion de la situation-type dans l'hypothèse 182
A. Le « rituel épistémologique » de la recherche des fondements théoriques 182
B. L'argument téléologique de la « communauté de droit » 184
§2 - L'établissement de la convention scientifique 187
A. Une démarche unilatéraliste 188
B. Une localisation objective des rapports de droit 190

Section II – Les réactions modernes 194
§1 - Le bilatéralisme systématique européen 194
§2 - Le fonctionnalisme téléologique américain 200
§3 – L'étatisation de l'hypothèse contentieuse privée 206

CONCLUSION DU CHAPITRE 211

CHAPITRE II : LA RECHERCHE DE SOLUTIONS PRATIQUES 212

Section I : L'accès à la justice (étatique) 212
§1. L' (inter)nationalisme de l'aménagement de l'accès au for français 213
A. Le pragmatisme de l'aménagement de la compétence internationale en matière commerciale 214
B. La naissance de l'autonomie de la volonté en matière juridictionnelle 219
§2. Le fédéralisme de la répartition des compétences aux États-Unis 222
A. La casuistique de la doctrine *doing business* 223
B. Une admission tardive de l'autonomie de la volonté 229

Section II : Le caractère finaliste de l'effectivité du commerce international 231
§1. La portée relative des besoins du commerce international 231
§2. Le pragmatisme du concept de *comity* 237

CONCLUSION DU CHAPITRE 242

CONCLUSION DU TITRE 244

TITRE II : L'APPARENTE SÉCURITÉ PROMISE PAR LE MARCHÉ GLOBAL 246

CHAPITRE I : LA (CO)PRODUCTION DU MARCHÉ GLOBAL DÉNATIONALISÉ 249

Section I : Une véritable délégation d'une compétence internationale privée 250
§1. La garantie de la liberté d'accès au commerce international 251
§2. La légitimation économique de l'arbitrage normatif 256

Section II : Une illusoire fongibilité des compétences étatiques 262
§1. L'autolimitation conceptuelle des mécanismes de « nationalisation » du commerce international 264
§2. La disponibilisation conflictuelle des régimes de responsabilité civile 271

CONCLUSION DU CHAPITRE 279

CHAPITRE II : VERS L'AUTOMATISATION DU RAISONNEMENT JUDICIAIRE 281

Section I : Les prémisses méthodologiques 282
§1. La critique du paradigme interétatique pour la régulation du marché international 282
§2. La théorie de la *lex mercatoria* au service de l'émergence d'une *lex financia* 292

Section II : Les barrières épistémologiques 300
§1. L'invisibilité de l'extraterritorialité du contrat 301
§2. Le maintien formel de l'autorité d'un ordre juridique étatique 309

CONCLUSION DU CHAPITRE 317

CHAPITRE III : L'ÉLIMINATION DU (DILEMME DU) JUGE DES RAPPORTS FINANCIERS 318

Section I : La privatisation de l'élaboration de la normativité financière 319
§1. La vocation totalisante du standard contractuel ISDA 321
A. La mise en place des mécanismes contractuels sécuritaires 322
B. La réception privilégié de l'infrastructure contractuelle par les législations étatiques 328
§2. L'émergence d'une véritable *lex financia* contractuelle 333
A. L'agrément public pour la contractualisation de la régulation financière 335
B. Vers une dystopie « rationaliste » dans le secteur financier 341

Section II : L'atomisation de l'objectivation de la normativité financière 346
§1 – Le partage de responsabilités entre le régulateur et le juge 348
A. Régulation financière (ex ante) et contentieux financier international 348
B. Le contentieux financier « capturé » par l'idéologie de l'autorégulation 352
§2 – L'émergence des nouveaux juges « naturels » des rapports financiers 361

CONCLUSION DU CHAPITRE 370

CONCLUSION DU TITRE **371**

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE **373**

CONCLUSION GÉNÉRALE **375**

INDEX **383**

BIBLIOGRAPHIE **387**

TABLE DES MATIÈRES **417**