

# Globalisation des marchés et économie politique du droit international privé

Horatia MUIR WATT

*Professeuse à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)*

Résumé. — Les thèses récemment développées par l'analyse économique du droit en vue de déterminer les critères d'une allocation optimale des compétences étatiques au plan mondial ne sont pas nécessairement convaincantes au fond, mais elles ont le mérite de redéfinir les termes de la problématique du conflit de lois, en brouillant les certitudes liées au compartimentage étanche du droit public et du droit privé dans les théories traditionnelles du droit international privé. Il est temps en effet de prendre acte des bouleversements épistémologiques qu'entraîne le nouvel enchevêtrement des économies, et d'admettre que le conflit de lois peut avoir un enjeu politique, tandis que les régulations nationales de droit public économique peuvent subir l'impact des volontés privées. La tension entre les deux orientations ainsi relevées n'est pas encore pleinement apparente, ni suffisamment explorée. C'est pourtant elle qui contient les nouvelles impulsions du développement du droit international privé à l'ère de la mondialisation. C'est en elle qu'il faut rechercher la nouvelle économie politique du conflit de lois.

Mots-clé : Analyse économique, conflits de lois, globalisation des marchés, régulation économique.

1. Aujourd'hui, les contentieux internationaux entre personnes privées font apparaître des affrontements de régulations publiques économiques<sup>1</sup> qui ne correspondent guère au paradigme du conflit de lois tel qu'il apparaît dans la pensée européenne traditionnelle. Celui-ci est fondé sur la conviction selon laquelle les litiges entre personnes privées ne mettent en jeu que des intérêts de droit privé. Il explique l'hostilité avec laquelle les théories fonctionnalistes américaines furent accueillies en Europe dès les années 1960<sup>2</sup> et notamment le rejet de l'influente théorie des « intérêts gouvernementaux » de Brainerd Currie, fondée sur la recherche des politiques étatiques impliquées dans les litiges privés<sup>3</sup>. Les États, lui objectait-on, n'ont aucun intérêt

<sup>1</sup> Jurgen Basedow, « Conflicts of economic regulation », 1994 *Am. J. Comp. Law* 423.

<sup>2</sup> Gerhard Kegel, « The Crisis of the Conflict of Laws », *Rec. Cours Acad. La Haye*, 1964, t. 112, p. 91.

<sup>3</sup> *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Duke University Press, 1963.

particulier à voir un tribunal statuer en vertu d'une loi plutôt qu'une autre<sup>4</sup>. Ainsi, alors qu'elle a été refoulée aux États-Unis dans le sillage du réalisme juridique, en raison précisément de son incapacité à tenir compte des intérêts étatiques en jeu, la méthodologie bilatéraliste persiste encore aujourd'hui en Europe, à la faveur du postulat de l'indifférence des gouvernements à l'égard des résultats des litiges internationaux<sup>5</sup>. Si de telles certitudes se trouvèrent ensuite sérieusement ébranlées par l'essor des lois de police, porteuses d'intérêts d'ordre public, le cantonnement de ces dernières en une méthodologie d'exception permet de sauvegarder le dogme du caractère privé des conflits de lois ; les intérêts des États sont perçus tout au plus comme une source d'interférence dans un règlement qui demeure ancré dans des considérations de pur droit privé<sup>6</sup>.

2. Pourtant, l'actualité liée à la globalisation des activités économiques dément la pertinence de ce compartimentage<sup>7</sup>. L'écran de l'action privée – fréquemment celle du *private attorney general* incité par la perspective de dommages-intérêts punitifs à poursuivre des infractions au droit économique pour le compte des autorités publiques<sup>8</sup> – dissimule mal l'implication directe des États dans le contentieux international<sup>9</sup>. Ainsi,

<sup>4</sup> Kegel, *op cit.*

<sup>5</sup> Le passage suivant relevé dans l'ouvrage d'Andreas Lowenfeld, *International Litigation and the Quest for Reasonableness*, Clarendon Press, Oxford, 1996, (p. 3), est significatif de l'opposition : « I do believe that Story was right to think of the conflict of laws as part of the law of nations, and that the term he introduced and that has gained currency in Great Britain and throughout Europe is misunderstood by those who regard private international law as sharply distinct from public law or public international law. Thus my definition and approach are very different from those of Batiffol and Lagarde, who define private international law as the collection of rules applicable solely to private persons in their international relations » (nous soulignons). On peut comparer aussi les attitudes respectives des juges anglais et américain dans l'affaire *Laker*, dont il sera question *infra*. Tandis que Lord Diplock estimait que le contentieux relevait du seul droit privé (1985 AC, p.85), le juge américain Wilkey y voyait « un heurt caractérisé de politiques gouvernementales » (731 F.2d 909, p. 955) !

<sup>6</sup> La théorisation des lois d'application immédiate en méthodologie d'exception, par Ph. Francescakis, (« Quelques précisions sur les lois d'application immédiate », *Rev. crit. DIP* 1966.1) est rarement contestée (v. cep. Andreas Bucher, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *Rec. Cours Acad. La Haye*, t. 239 (1993), 9-116). Cela n'empêche pas cependant d'envisager l'applicabilité de lois de police étrangères (comp. article 7 § 1 Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ; P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981.277).

<sup>7</sup> Sur le déclin de la distinction entre droit public et droit privé, v. Duncan Kennedy, « The Stages of Decline of the Public/Private Distinction », 130 *U. Pa. L. Rev.* 1423 (1982) ; Mary Anne Glendon, « The Sources of Law in a Changing Legal Order », 17 *Creighton L. Rev.* 663 (1983).

<sup>8</sup> Sur le rôle du *private attorney general* dans le contentieux économique international, Hannah Buxbaum, « The Private Attorney General in a Global Age : Public Interests in Private International Litigation », 26 *Yale J. Int'l L.* 219 (2001). Sur l'hypothèse inverse, induisant un brouillage symétrique des catégories, Anne Penneau, « La sanction civile des contrats commerciaux déloyaux par l'effet de substitution d'une autorité publique », D. 2003, cahier droit des affaires, p. 1278.

<sup>9</sup> L'un des symptômes en est la présence systématique d'États étrangers devant les juridictions américaines en qualité d'*amicus curiae* dans les contentieux économiques internationaux : v. sur ce point, A. Lowenfeld, *op cit* ; Lawrence Collins, *Essays in International*

le litige qui a donné lieu au grand arrêt *Hartford Fire* de la Cour Suprême des États-Unis<sup>10</sup> met en présence les exigences opposées du droit américain de la concurrence et de l'(auto-) régulation du marché anglais de la (ré-) assurance<sup>11</sup> ; de même, le contentieux à ampleur mondiale de l'affaire *Lloyd's* naît de la confrontation entre ces dernières normes avec les dispositions du *Securities Exchange Act* fédéral américain<sup>12</sup>. Dans l'un et l'autre cas perçaient des intérêts étatiques fortement antagonistes, alors que les acteurs étaient des personnes privées (entreprises ou individus) ! Au demeurant, la violence des conflits atteste à elle seule la présence dans des contentieux entre personnes privées en matière économique d'intérêts d'une tout autre nature que ceux qui ont présidé à l'élaboration de la théorie traditionnelle du conflit de lois<sup>13</sup>. Loin d'être un phénomène marginal, l'essor des lois de police véhiculant des politiques étatiques témoigne de changements plus profonds affectant l'objet et la nature des conflits de lois.

3. En effet, l'introduction massive du droit public économique dans le champ des conflits de lois issus de l'interconnexion des marchés s'accompagne d'une politisation caractérisée des litiges<sup>14</sup>. Ce phénomène, particulièrement visible devant les tribunaux anglo-américains<sup>15</sup>, s'accompagne du recours à de véritables armes juridictionnelles<sup>16</sup>, soit en vue de revendiquer la compétence législative du for, soit en vue d'immuniser des intérêts économiques nationaux. Dans le premier cas, illustré de façon spectaculaire par l'affaire *Laker*, les juges n'hésitent pas à policer la compétence juridictionnelle internationale par la voie d'injonctions *anti-suit*<sup>17</sup> ; dans le second, le recours stratégique au *forum non conveniens* permet de protéger les industries du for dans leurs activités délocalisées, comme dans la série noire d'affaires concernant des dommages catastrophiques, *Bhopal, Delgado v. Shell, Torres v. Southern Peru Copper, Calbaceta*

*Litigation*, Oxford, 1993, en particulier, « Blocking and Clawback Statutes : The United Kingdom Approach », p. 333.

<sup>10</sup> *Hartford Fire Insurance Co v. California*, 113 S. Ct 2891 (1993), sur lequel v. *infra*, n° 8.

<sup>11</sup> Même si le conflit a été jugé faux en l'espèce, motif tiré du caractère permissif de la loi anglaise, laquelle par conséquent n'obligeait pas les assureurs à s'y conformer.

<sup>12</sup> Pour l'historique et le déroulement de ce contentieux complexe à épisodes multiples, v. notre article « L'affaire *Lloyd's* : globalisation des marchés et contentieux contractuel », *Rev. crit DIP* 2002.509).

<sup>13</sup> Sur l'implication d'intérêts autres que de droit privé, Russell J. Weintraub, « The Extraterritorial Application of Antitrust and Securities Laws : An Inquiry into the Utility of a 'Choice-of-Law' Approach », 70 *Tex. L. Rev.* 1799 (1992).

<sup>14</sup> Sur laquelle A. Lowenfeld, *op cit.* Sur les rapports entre politique et *comity*, invoqué tantôt comme une passerelle entre la politique et le conflit de lois, tantôt comme une barrière, v. Joel Paul, « *Comity in International Law* », 1991 *Harv. Int'l L. J.* 1.

<sup>15</sup> L'explication réside en partie dans l'existence d'institutions comme le *private attorney general*, l'*amicus curiae* et surtout dans la part d'appréciation du juge quant à l'exercice de la compétence juridictionnelle, qui devient ainsi l'enjeu d'une lutte telle qu'illustrée par l'affaire *Laker*, citée *infra*.

<sup>16</sup> V. contestant la légitimité de cette transformation de la fonction juridictionnelle, John Yoo, « Federal Courts as Weapons of Foreign Policy : The Case of the Helms-Burton Act », 1997 *Hastings L. R.* 747.

<sup>17</sup> US Court of Appeals District of DC 1984, DC 577 F. Supp.348 ; House of Lords 1985, AC 58.

v. *Standard Fruit Co*, et bien d'autres<sup>18</sup>. En introduisant ainsi un enjeu de pouvoir dans la détermination de la compétence juridictionnelle, cette politisation du contentieux vient exacerber l'unilatéralisme<sup>19</sup> qui caractérise traditionnellement déjà, de part et d'autre de l'Atlantique, la mise en œuvre du droit public dans le champ international<sup>20</sup>. La lutte indisciplinée pour la compétence législative qui s'ensuit<sup>21</sup> apparaît, paradoxalement, au moment même où la place conquise par l'initiative privée dans le contentieux international n'a jamais été aussi grande – que ce soit en raison du développement des règlements alternatifs des différends, ou encore de l'essor du *private attorney general* devant les juges étatiques<sup>22</sup>. Le durcissement des conflits par injection d'intérêts publics s'accompagne ainsi de l'épanouissement de l'autonomie privée.

4. Or, la multiplication spectaculaire du nombre de régulations économiques dans le monde<sup>23</sup> incite aujourd'hui à réfléchir aux moyens permettant d'en assurer l'articulation et d'atténuer ainsi l'état anarchique de l'ordre économique international de droit privé<sup>24</sup>. Parmi les différents efforts menés en ce sens, un courant de pensée nouveau, apparu au sein de l'analyse économique du droit aux États-Unis, propose de repenser les conflits de lois dde façon à assurer l'allocation optimale des compétences étatiques en matière économique<sup>25</sup>. Deux orientations, en particulier, se démarquent à cet égard : la première se

<sup>18</sup> *In re Union Carbide Corp Gas Plant Disaster at Bhopal, India, in Dec 1984*, 634 F. Supp. 842 (SDNY 1986) aff'd, 809 F. 2d 195, 202 (2d Cir. 1987) ; *Delgado v. Shell Oil*, 890 F. Supp.1324 (SD Tex 1995) ; *Torres v. Southern Peru Pepper* 965 F. Supp. 899 (S D Tex 1996) ; *Cabalceca v. Standard Fruit Co*, 667 F. Supp. 833 (SD Fla 1987). Sur l'ensemble, v. Ph. I. Blumberg, « Asserting Human Rights Against Multinational Corporations Under United States Law : Conceptual and Procedural Problems », 2002 *Am. J. Comp. L.* 493.

<sup>19</sup> Une excellente définition en est donnée par Eleanor Fox, « National Law, Global Markets and Hartford Fire : Eyes Wide Shut », *NYULR* 1781 (2000) : « Ne touchez pas à mes cartels à l'exportation et je ne toucherai pas aux vôtres... ».

<sup>20</sup> L'irrecevabilité de principe des actions fondées sur le droit public étranger est confirmée par la résolution de l'Institut du Droit international, session d'Oslo, 1977. Aux États-Unis, les juridictions fédérales n'ont de compétence *ratione materiae* (*subject-matter jurisdiction*) que pour mettre en œuvre le droit fédéral.

<sup>21</sup> L'enjeu de ces luttes est en effet la compétence étatique ou *prescriptive jurisdiction*. Sur cet enjeu, v. Lowenfeld, *op cit*, p. 5.

<sup>22</sup> Le processus de modernisation que subit actuellement le droit communautaire de la concurrence (Livre Blanc de la Commission 1999 ; Règlement du Conseil n° 1/2003 du 16 décembre 2002) implique l'importation de ce mécanisme en Europe : v. sur ce point, AP Kominos, « New Prospects for Private Enforcement of EC Community Law : *Courage v. Crehan* and the Community Right to Damages », 39 *Comm. Market Law Rev.* 447. Sur les difficultés que soulève le *private attorney general* dans l'ordre international, v. Hannah Buxbaum, *op. cit.*

<sup>23</sup> Sur ce point, Eleanor Fox, *op. cit.*

<sup>24</sup> Pour une réflexion récente, v. Herbert Kronke, « Capital Markets and the Conflict of Laws », *Rec. Cours Acad. La Haye*, t286, 249-385 ; Eleanor Fox, *op cit.*

<sup>25</sup> La littérature appliquant l'analyse économique au conflit de lois est déjà abondante. V. ainsi, P. Hay, « Conflicts of Laws and State Competition in the Product Liability System », 80 *Geo. L. R.* 617 ; Erin O'Hara & Larry E. Ribstein, « From Politics to Efficiency in Choice of Law », 67 *U. Chi. L. R.* 1151 (2000) ; Erin O'Hara, « Economics, Public Choice and the Perennial Conflict of Laws », *Ga. L. R.* (2002) ; Michael Solomine,

propose d'élaborer un critère de portée universelle, destiné à répartir les compétences dans un sens favorable à la prospérité globale<sup>26</sup> ; la seconde s'en remet au marché lui-même pour assurer leur allocation efficiente<sup>27</sup>. Si ces pistes méconnaissent de toute évidence les difficultés soulevées respectivement par l'absence de communauté juridique, qui empêche de réaliser un règlement universel<sup>28</sup>, et par la présence d'externalités, source de défaillance du marché<sup>29</sup>, elles méritent néanmoins, au regard des changements relevés sur la scène internationale, une réflexion attentive. En effet, abordant de front des questions délaissées par la théorie classique, elles mettent en lumière les secousses épistémologiques qui accompagnent la globalisation, et favorisent par là même l'émergence d'une nouvelle problématique. C'est ainsi que les conflits issus de l'interconnexion des marchés tendent à bouleverser les catégories traditionnelles qui séparent commodément les champs des droits public et privé, et obligent à admettre, d'une part, que l'allocation des compétences législatives recouvre fréquemment un enjeu d'intérêt public, et d'autre part, inversement, que les régulations économiques voient leur impérativité se diluer en faveur du champ concédé à la volonté privée. Sans doute faut-il voir désormais dans cette tension, qui réaménage les rapports du privé et du public, la nouvelle économie politique du droit international privé issue de la globalisation des marchés<sup>30</sup>.

« An Economic and Empirical Analysis of Choice of Law », 24 *Ga. L. R.* 49 (1989) ; Paul B. Stephan, « The Political Economy of Choice of Law », 90 *Geo. L. J.* 957 (2002) ; Joel Trachtman, « Economic analysis of Prescriptive Jurisdiction and Choice of Law », *Va. J. Int'l L.* (2001) ; Michael J. Whincop & Mary Keyes, « Putting the 'Private' Back into Private International law : Default Rules and the Proper Law of Contract », 21 *Melbourne ULR* 515 (1998) ; Michael J. Whincop & Mary Keyes *Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws*, Ashgate, 2001. Sur l'ensemble de cette doctrine, v. notre article, « Law and economics : Quel apport pour le droit international privé ? », *Le Contrat au début du xxe siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 685. Les contributions les plus récentes sont citées *infra* dans les deux notes qui suivent.

<sup>26</sup> Andrew T. Guzman, « Choice of Law : New Foundations », 90 *Geo. L. J.* 333 (2002).

<sup>27</sup> Stephen J. Choi & Andrew T. Guzman, « Portable Recognition : Rethinking the International Reach of Securities Regulation », 71 *S. Cal. L. Rev.* 903 (1998).

<sup>28</sup> V. déjà, E. Bardin, « De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois », *JDI* 1897, p. 225, 466 et 720 ; mais les enseignements de l'histoire sont peu pris en compte par la doctrine étudiée.

<sup>29</sup> Les externalités représentent les coûts d'une activité qui ne sont pas assumés (internalisés) par celui qui l'exerce et en tire profit. Les seules forces du marché étant impuissantes à en assurer l'allocation équitable (défaillance du marché), une intervention législative s'avère alors nécessaire. Par exemple, une usine polluante crée des externalités transfrontières en déversant des produits toxiques dans l'atmosphère, qui atteignent l'État voisin. Le marché seul ne semble pas à même de régler ce problème, car laissés à eux-mêmes, les États vont plutôt s'engager dans une « course vers le bas », réduisant les obligations des entreprises afin de les attirer chez eux. Le marché est défaillant dans ce cas. La question sera étudiée *infra*, n° 17. Pour une définition des externalités, v. E. Mackaay, *L'analyse économique du droit*, Bruylant, 2000, p. 33.

<sup>30</sup> La suggestion en a été faite par Paul B. Stephan, dans un article intitulé « The Political Economy of Choice of Law », préc., qui répond à la proposition de Andrew T. Guzman de renouveler les fondements du droit international privé (article précité, *supra*, note 26).

### I. — L'INTERCONNEXION DES MARCHÉS ET LA PUBLICISATION DES CONTENTIEUX

5. La première génération d'études économiques appliquées au droit international privé a consisté pour l'essentiel à transposer aux États les postulats de l'analyse économique tels qu'ils s'appliquent aux agents individuels. Dans cette optique, la théorie de *comparative impairment* (ou du moindre sacrifice) de William Baxter<sup>31</sup> a été jugée l'expression la plus fidèle de l'analyse économique dans le champ des conflits de lois<sup>32</sup> ; la compétence législative doit ainsi revenir à l'État dont l'intérêt serait le plus atteint si elle lui était refusée<sup>33</sup>. De là, il apparut que le critère des « effets », qui détrônait progressivement dans la jurisprudence américaine celui du lieu de l'acte pour déterminer le champ d'application dans l'espace des lois fédérales en matière de concurrence ou de régulation boursière<sup>34</sup>, était seul de nature à répartir rationnellement les compétences législatives<sup>35</sup>. Toutefois, au-delà de cette convergence entre les conclusions de l'analyse économique et l'orientation spontanée du droit positif, l'application de la première aux conflits de lois rencontra de sérieuses limites<sup>36</sup>. Les quelques tentatives d'identifier plus concrètement l'État pourvu du « meilleur avantage réglementaire »

<sup>31</sup> William F. Baxter, « Choice of Law and the Federal System », 16 *Stan. L. R.* 1 (1963). La théorie de *comparative impairment*, issue d'une réflexion sur l'incidence du fédéralisme sur les conflits de lois, est irrésistiblement évocatrice de la théorie – universaliste, celle-là – de la loi du « moindre sacrifice » de Pillet, fondée sur la recherche du but social des lois (*Traité pratique de droit international privé*, Paris, Sirey, 1923, n° 33). De façon significative (comp. *supra*, n° 1), celle-ci fut rejetée en France au motif qu'elle « fausse, à notre avis, l'esprit du conflit de lois en le considérant essentiellement comme un conflit entre États, alors que son objet est de régler les rapports entre particuliers » (Y. Loussouarn et P. Bourel, *Droit international privé*, Dalloz, 7e éd., § 101).

<sup>32</sup> Richard Posner, Baxter symposium ; William H. Allen & Erin A. O'Hara, « Second Generation Law and Economics of Conflicts of Laws : Baxter's Comparative Impairment and Beyond », 51 *Stan. L. R.* 1011 (1999).

<sup>33</sup> En termes économiques, il s'agit de l'État dont la motivation (*incentive*) est la plus forte pour étendre sa législation à une situation déterminée.

<sup>34</sup> Aux États-Unis, le changement est intervenu en 1945, avec l'arrêt *Alcoa*. De façon intéressante, ce changement s'est effectué au moment même où le critère de la *lex loci delicti* s'est vue détrônée dans les conflits interfédéraux de droit privé. Sur ce parallélisme, v. William Dodge, « Extraterritoriality and Conflict-of-Laws Theory : An Argument for Judicial Unilateralism », 39 *Harv. Int'l L. J.* 101. En Europe, la Cour de justice frôle le critère des « effets », en fait sinon formellement, dans l'arrêt *Pâtes de bois* (aff 89/85, 1988, Rec. 5193).

<sup>35</sup> Des études menées, par exemple, en matière de protection de l'environnement, conduisent ainsi à légitimer la compétence pour réguler une activité polluante, de chaque État subissant les effets les plus substantiels sur son territoire, quitte à envisager un système de délégation normative en cas d'effets plurilocalisés : v. par ex, Joel Trachtman, « Economic Analysis of Prescriptive Jurisdiction », 201 *Va. J. Int'l L.* 1.

<sup>36</sup> V. sur ce point notre étude précitée dans les *Mélanges en l'honneur de Jacques Ghestin*. Les propositions les plus intéressantes viennent sans aucun doute de l'analyse économique du fédéralisme, qui fournit de très riches pistes de réflexion, par ex., sur les causes de la crise de la responsabilité du fait des produits aux États-Unis, ou encore sur les effets économiques des condamnations inflationnistes à des dommages-intérêts punitifs dans un contexte fédéral : P. Haye, *op cit.*

(*best regulatory advantage*) s'étant soldées par un curieux retour aux solutions du premier *Restatement*, jugées plus sûres<sup>37</sup>, l'attention de la doctrine économique s'est détournée pour l'essentiel de la recherche de la loi la plus ajustée (*the best fit*) pour découvrir les vertus de l'autonomie de la volonté, étendues du domaine des contrats à celui des délits liés au marché<sup>38</sup>. Recentrant l'analyse sur la rationalité individuelle, et sur le besoin de sécurité juridique des échanges, on plaida alors pour le rétablissement du « privé » dans le droit international<sup>39</sup>. Si pareille « privatisation » de la matière n'est pas de nature à surprendre en Europe, où le paradigme privatiste avait précisément exclu la considération des États du conflit de lois, elle a pris en revanche une tournure inattendue dans la doctrine contemporaine. Les outils de l'analyse économique y sont mis au service d'un ambitieux programme de répartition optimale des ressources sur le marché global, sans pour autant déplacer l'individu du centre de l'analyse. Ainsi, accueillie par de nombreuses réactions approuvatives<sup>40</sup>, une étude récente<sup>41</sup> propose de renouveler les fondements mêmes des conflits de lois, en proposant un critère de répartition optimale des compétences législatives (A). Si elle est très loin de réaliser le projet annoncé, elle favorise à tout le moins l'émergence d'une nouvelle problématique (B).

#### A. — *Le projet avorté : le conflit de lois au service de la prospérité globale*

6. Partant de l'idée que la répartition optimale des ressources disponibles ne peut se faire sans tenir compte des effets des activités économiques sur les personnes privées, l'étude d'Andrew Guzman se propose de restituer à l'individu (ou plutôt à l'agent individuel, synonyme également d'entreprise) une place centrale dans l'analyse, en abandonnant la référence à la souveraineté des États qui serait, selon lui, la base traditionnelle du règlement du conflit de lois. Sur ce dernier point, sa vision semble quelque peu approximative, au moins pour le lecteur européen habitué à une vision exclusivement « privatiste » de ces conflits ! Mais l'essentiel n'est pas là, car il apparaît rapidement que son analyse concerne avant tout les heurts de régulations dans le domaine de la faillite, du marché boursier ou de la concurrence<sup>42</sup>, et que la véritable cible de l'auteur n'est ni la méthodologie des intérêts gouvernementaux, ni les diverses théories territorialistes qui l'avaient précédée, mais le consensus progressivement acquis en droit positif comparé

<sup>37</sup> V. par ex., la décision du juge Posner en matière de responsabilité du fait d'un produit (836 F 2d 1055), rappelant les vertus de la *lex loci delicti commae* étant la loi la plus ajustée (*most closely attuned*) aux conditions affectant la sécurité des individus.

<sup>38</sup> Erin O'Hara & Larry E. Ribstein, « From Politics to Efficiency in Choice of Law », préc. ; Michael J. Whincop & Mary Keyes, « Putting the 'Private' Back into Private International law : Default Rules and the Proper Law of Contract », préc. ; Erin O'Hara, « Opting Out of Regulation : A Public Choice Analysis of Contractual Choice of Law », 53 *Vand. L. Rev.* 1551 (2000).

<sup>39</sup> Michael Whincop & Mary Keyes, *op cit.*

<sup>40</sup> V. Paul B. Stephan, « The Political Economy of Choice of law », préc. ; Erin O'Hara, « Economics, Public Choice and the Perennial Conflict of Laws », préc.

<sup>41</sup> Andrew T. Guzman, « Choice of Law : New Foundations », préc.

<sup>42</sup> Selon les propos introductifs de l'auteur, son article « *differs from traditional scholarship in that it focuses on international regulatory issues* ».

autour du critère des « effets » pour définir le champ d'application dans l'espace des législations économiques <sup>43</sup>. Contrairement aux enseignements qui résultaient jusqu'ici de l'analyse économique, la recherche des seuls *incentives* des diverses nations à régler une activité déterminée – qui conduit, comme nous l'avons vu, à allouer la compétence législative à la nation la plus affectée (*comparative impairment*) – n'est pas de nature selon Guzman à favoriser une allocation optimale des ressources, car chaque État ne poursuit que des objectifs égoïstes. Ainsi, ce qui importe à un législateur déterminé, c'est la maximisation des ressources dont dispose la communauté qu'il régit <sup>44</sup> ; que les décisions qu'il prend afin de réaliser cet objectif ne soient pas nécessairement conformes aux exigences du bien-être de l'humanité entière lui est parfaitement indifférent. Par exemple, on sait qu'une entente entre entreprises restrictive de concurrence peut être autorisée au regard de la *rule of reason* <sup>45</sup> si ses effets bénéfiques pour les consommateurs, en termes de rationalisation des activités des entreprises, l'emportent sur ses conséquences éventuellement dommageables. Si le monde n'était pas compartimenté, les effets d'une telle entente seraient appréciés *globalement* par un législateur supranational ; elle serait autorisée si, au vu de l'ensemble de son impact dans le monde, son apport positif dépassait ses conséquences néfastes. Mais dans un monde divisé en États-nations, chaque législateur réagira en fonction des seuls effets ressentis dans son propre ressort. Si l'un d'eux estime que les conséquences de l'entente sur le marché local sont néfastes, il interdira l'entente, alors pourtant qu'elle est globalement bénéfique, en ce sens que les inconvénients ressentis dans l'État du for seraient compensés par sa contribution au bien-être de consommateurs se trouvant dans d'autres États. On voit donc que pour être autorisée, il ne suffit pas qu'une opération donnée soit de nature à augmenter la prospérité globale, mais qu'elle soit également jugée efficiente <sup>46</sup> dans chaque État concerné. Il en résulte, très clairement, un risque de sur-régulation des activités économiques impliquant plusieurs marchés <sup>47</sup>.

<sup>43</sup> V. *supra*, note 34.

<sup>44</sup> L'auteur intègre à la fin de son analyse les acquis de la théorie de *Public Choice*, selon laquelle le législateur, capturé par des groupes d'intérêts, ne poursuit pas nécessairement le bien-être de la communauté tout entière. Comme le relève l'auteur, ce constat ne semble pas de nature à modifier les termes de l'analyse proposée. Cependant, pour une vision critique sur ce point, v. la réaction de Erin O'Hara, *op cit.*

<sup>45</sup> Sur la *rule of reason* américaine, destinée à atténuer les rigueurs des Sherman et Clayton Acts, et son homologue européen, v. Claude Lucas de Leyssac et Gilbert Parléani, *Droit du marché*, PUF « Thémis », 2002, p. 825, 846 et s.

<sup>46</sup> Le critère de l'efficacité utilisé par Andrew Guzman est celui de Kaldor-Hicks : l'efficacité résulte d'une augmentation de la prospérité globale suffisante à compenser *potentiellement* les perdants. En effet, se plaçant du point de vue d'un législateur global, l'auteur évacue nécessairement le problème distributif qui résulte du fait que l'accroissement de la prospérité globale peut impliquer l'appauvrissement d'un pays déterminé.

<sup>47</sup> Le risque de sur-régulation est d'autant plus fort que les législations en question sont elles-mêmes complexes. Ce phénomène, qui a un effet pervers consistant à inciter les opérateurs à éviter les lois les plus sévères alors même qu'elles cherchent à les protéger, est bien illustré en matière d'acquisition internationale de société par X. Bouboza, *L'acquisition internationale de société*, LGDJ 1998, spéc. n° 514 et s.



7. C'est donc le bien-être *global*, tel qu'il serait apprécié par un hypothétique législateur supranational, sans considération pour les préférences locales jugées égoïstes, qui constitue pour l'auteur le seul critère acceptable de répartition des compétences législatives. Effacer les frontières pour les besoins de détermination de l'allocation optimale des ressources lui permet d'évacuer le problème *distributif* qui vient interférer dans la réalisation de la prospérité globale – et qui constitue, peut-on penser, la raison d'être des conflits de lois en matière économique. Peu importe ainsi, pour Andrew Guzman, que l'impact néfaste d'une activité se concentre dans un seul pays et que ses bénéfices soient captés exclusivement par un autre. À le suivre, il conviendrait d'autoriser, par exemple, la délocalisation d'une usine afin de réduire les coûts de production (liés à la protection sociale, aux normes de sécurité, à la prévention de la pollution) dès lors que les effets de l'activité s'avèrent globalement bénéfiques (profits générés), en dépit des conséquences gravement dommageables subies localement (dégradation de l'environnement, exploitation de la main d'œuvre, accidents de type catastrophique). Pareille conception soulève immédiatement les objections bien connues auxquelles se heurte toute analyse fondée sur la seule recherche de l'efficacité, en tant qu'elle prétend évacuer les questions de justice distributive de la problématique de l'allocation des ressources et qu'elle présume trop vite la commensurabilité de la recherche de profit économique et des valeurs concurrentes<sup>48</sup>. Ainsi, en méconnaissant les préférences locales dans la poursuite d'un plus grand « gâteau » global (*bigger pie*), le critère proposé risque d'accentuer les inégalités (les pays pauvres se retrouvent avec de parts plus petites, même si le gâteau a augmenté globalement), en même temps qu'il tient pour fongibles, intégrés à la même équation, la protection de l'environnement ou la sécurité des hommes et l'accroissement de la productivité industrielle.

8. Même à le supposer moralement acceptable, le critère de l'efficacité globale se heurte par ailleurs à une difficulté pratique aussi évidente : qui évaluera, et comment apprécier, les bienfaits d'une activité donnée du point de vue global ? Dans les circonstances de l'affaire *Hartford Fire*<sup>49</sup>, par exemple, qui dira si le bénéfice global retiré de l'action concertée des réassureurs britanniques pour exclure la couverture de certains risques situés aux États-Unis excède ou non la perte subie dans ce dernier pays du fait de la diminution des risques assurés ? Le 3<sup>e</sup> *Restatement* des relations extérieures des États-Unis invitait déjà à une mise en balance, dans la quête du raisonnable<sup>50</sup>, de la conviction des juridictions américaines selon laquelle cette entente était nocive, et de l'attitude permissive des autorités anglaises, chacune le reflet de points de vue locaux et égoïstes ; mais pareille tâche a dépassé les capacités de la Cour suprême fédérale<sup>51</sup>. Il n'est pas certain que l'arbitre de l'efficacité globale, neutre et parfaitement informé,

<sup>48</sup> Citons, par exemple, parmi tant d'autres études critiques, R. Dworkin, « Is Wealth a Value ? », 9 *Journal of Legal Studies* (1980).

<sup>49</sup> Cité *supra*, note 10.

<sup>50</sup> La célèbre Section 403, qui invite le juge à mettre en balance une série de facteurs dans la recherche du raisonnable, est directement inspirée des idées du principal rédacteur du *Restatement*, A. Lowenfeld, que l'on trouve exposées dans *International Litigation and the Quest for Reasonableness*, Clarendon, Oxford, 1996.

<sup>51</sup> Sur le décalage entre l'approche du 3<sup>e</sup> *Restatement* et celle de la Cour Suprême, v. Lowenfeld, *op cit*, p.20 et s.

existe réellement. Andrew Guzman en est conscient, d'ailleurs, car il admet que la négociation entre États, dans un cadre institutionnel comme l'OMC, serait le cadre le plus approprié pour parvenir à un accord sur les exigences d'un règlement optimal du conflit de lois.

9. Sans qu'il y ait lieu d'aller plus en avant dans l'examen des propositions concrètes qui constitueraient une base de discussion dans un tel cadre <sup>52</sup>, le bilan des « nouveaux fondements » s'avère maigre. Outre la foi quelque peu naïve en l'universalisme, la difficulté pratique de déterminer l'efficacité, et les doutes que suscite la perspective d'une négociation véritablement transparente sur ce point au sein de l'OMC, la principale observation que suscite la lecture de cette étude est qu'en voulant renouveler les conflits de lois, l'auteur passe à côté d'eux : Andrew Guzman raisonne comme si le conflit de lois mettait en présence une alternative autorisation/refus relative à une opération déterminée, qu'il s'agirait de trancher en fonction de l'efficacité, et néglige totalement le problème de la détermination de la loi applicable. Une fois autorisée, une entente qui génère des revenus assez importants dans les États A et B pour prévaloir sur les effets négatifs qui se manifestent par ailleurs dans les États A, B, et C, serait encore à la recherche d'un régime juridique <sup>53</sup>... Il n'en reste pas moins qu'en posant le problème de l'allocation optimale des compétences étatiques en matière économique, son analyse invite à réfléchir à l'orientation que la globalisation des économies est susceptible d'imprimer au droit international privé.

<sup>52</sup> L'auteur propose en effet une série de huit « leçons » (comprenant (1) le constat de l'inefficacité des approches traditionnelles, (2) le risque de sur-régulation inhérente à l'extraterritorialité fondée sur le critère des « effets », (3) le risque inverse lié à la territorialité fondée sur le critère du lieu de l'acte, (4) les vertus de la l'autonomie des parties (v. *infra*, sous II, n° 14 et s.), (5) la difficulté d'identifier les États « intéressés », susceptibles de réglementer une situation donnée de façon optimale, (6) une critique de l'arrêt *Hartford Fire*, (7) le constat que les rattachements personnels et territoriaux traditionnels ont pu servir de substitut au critère des effets, (8) l'indifférence du lieu de conduite) puis trois principes normatifs (comprenant (1) une présomption contre l'extraterritorialité des lois économiques, sachant que le risque de sous-régulation inhérent à la territorialité sera remédié par la mobilisation des groupes affectés (par ex., les consommateurs) en faveur de l'extension délibérée de la portée d'une régulation dans l'espace ; (2) le principe de non-discrimination contre des demandeurs étrangers ; (3) la faveur aux droits d'action privés du *private attorney general*.) Cette dernière proposition soulève à juste titre les critiques de Paul B. Stephan (*op. cit.*) qui fait valoir que les *incentives* égoïstes donnés dans ce cas aux particuliers pour mettre en œuvre la législation économique ne garantissent pas un résultat conforme au bien-être global. Le bilan de l'apport normatif et analytique des « nouveaux fondements » s'avère bien faible.

<sup>53</sup> Le problème fondamental de l'étude de Andrew Guzman réside dans l'absence apparente de culture internationaliste de l'auteur. Il est symptomatique de beaucoup de littérature juridique américaine, dont l'incontestable créativité vient souvent au prix de la méconnaissance totale des enseignements de l'histoire, du droit comparé... ou ici, de la théorie générale de la discipline !

B. — *La problématique émergente : l'enjeu politique des conflits de lois*

10. La contribution essentielle de l'étude d'Andrew Guzman réside dans le postulat de l'analyse proposée, selon lequel la détermination de la loi applicable n'est pas économiquement indifférente. De façon intéressante, les critiques dont cet article a pu faire l'objet dans la doctrine américaine, visant tour à tour les coûts de la coopération interétatique, les incertitudes affectant la recherche de l'efficacité, sa foi déplacée en l'action privée, le caractère excessivement vague du critère des effets globaux ou encore les distorsions introduites par la considération du *public choice*<sup>54</sup>, ne remettent aucunement en cause l'impact que le règlement du conflit de lois est susceptible d'avoir sur l'allocation des ressources dans le monde. Bien au contraire, la réponse publiée par Paul B. Stephan dans le *Georgetown Law Journal*, intitulée « The Political Economy of Choice of Law »<sup>55</sup>, atteste un consensus doctrinal sur ce point, la fonction économique de la règle de conflit étant désormais liée à la place centrale des « *global welfare issues* » dans l'analyse des termes de ce conflit. Moins nouvelle dans la perspective américaine que ces auteurs ne l'admettent – car la doctrine des intérêts gouvernementaux avait déjà, dans un contexte certes purement fédéral, habitué à rechercher l'enjeu politique du conflit<sup>56</sup> – cette conception représente en revanche un changement considérable du point de vue européen ; il est clair en effet que les instruments développés pour résoudre des conflits d'intérêts purement privés ne sont pas adaptés au règlement des conflits dans lesquels se profilent des intérêts publics. La promotion de valeurs de droit privé, indifférentes aux solutions concrètes, et la foi en la règle de répartition abstraite, impuissante à s'ajuster aux finalités politiques changeantes, ne conviennent guère en effet aux conflits impliquant plus immédiatement des intérêts des États<sup>57</sup>.

11. Cependant, la transformation progressive des conflits de lois dans l'Union européenne sous l'influence du marché intérieur fait prendre conscience, lentement, de ce que le règlement des conflits de lois peut représenter un enjeu économique important, au moins dans ce contexte quasi fédéral. Ainsi, l'apparition de nouveaux mécanismes de répartition des compétences étatiques en matière de droit public<sup>58</sup> atteste les transformations profondes qui accompagnent nécessairement l'étiollement du paradigme privatiste. Pour le moment, cependant, la réflexion consacrée à ces changements ne dépasse pas ce cadre institutionnel spécifique. Il est probable d'ailleurs qu'au plan global également, l'impulsion principale du règlement des conflits de lois économiques viendra aussi de

<sup>54</sup> Erin O'Hara, *op. cit.*

<sup>55</sup> 90 *Geo L. J.* 957.

<sup>56</sup> Symptomatique à cet égard est la réflexion consacrée aux conflits de lois en matière de responsabilité du fait des produits : P. Hay, *op. cit.* ; Michael Krauss, « Product Liability and Game Theory : One More Trip to the Choice-of-Law Well », *Law and Economics Working Paper Series*, Social Science Research Network, 2002.

<sup>57</sup> Cet enseignement s'évince des travaux de Ph. Francescakis et d'Andreas Bucher, préc. *supra*, note 6.

<sup>58</sup> Sur la naissance d'une nouvelle génération de règles de conflit communautaires répartitrices de compétences étatiques en matière de droit public, v. notre contribution sur ce point in *Towards a European Civil Code*, 3e éd (2003) à paraître chez Kluwer.

négociations interétatiques menées dans un contexte institutionnel <sup>59</sup>. À cet égard, le processus décisionnel international s'altère progressivement : comme le relève Christian Joerges, des phénomènes coopératifs et multi-dimensionnels telle que la « comitologie » tendent aussi à y détrôner la norme abstraite <sup>60</sup>.

12. Mais à défaut de solution institutionnelle, une certaine coordination des compétences législatives en vue de réduire l'impact négatif de l'unilatéralisme en matière de droit public n'est pas exclue <sup>61</sup>. Comme le montrent déjà certaines pratiques récentes en droit comparé, l'initiative peut en être unilatérale. Elle vient du constat tout à la fois de l'interconnexion des marchés et de la typicité des intérêts en jeu <sup>62</sup>. À cet égard, on relève le démenti apporté à la conviction traditionnelle, fameusement exprimée par Lord Wilberforce dans l'affaire *Westinghouse* <sup>63</sup>, selon laquelle la mise en œuvre du droit public étranger équivaut nécessairement à la promotion par l'État du for d'un intérêt *antagoniste*. Au contraire, dans les cas où des objectifs « typiques » sont identifiables, telle la protection des investisseurs en matière de régulation boursière, diverses formes d'auto-limitation ou de coopération positive semblent possibles même dans un contexte global.

13. Dès 1998, le Tribunal fédéral suisse a ainsi accepté que les autorités du for prêtent leur concours à la mise en œuvre du droit étranger de la concurrence, en raison de l'analogie des objectifs poursuivis <sup>64</sup>. C'est au demeurant pareille typicité qui a permis d'envisager des accords de reconnaissance mutuelle en matière de *securities*, entre législations partageant des objectifs similaires <sup>65</sup>. De façon similaire, la prise en considération des lois de police étrangères et l'autolimitation corrélative des lois impératives du for – phénomène identifié par un auteur sous le concept de « lois de police

<sup>59</sup> V. en ce sens, E. Fox, « National law, Global Markets and Hartford Fire : Eyes Wide Shut », 68 *Antitrust L. J.* 73 (2000) ; l'ensemble des contributions dans « The New Movements in International Economic Law (Interdisciplinary Approaches to International Economic Law) », (1995) *Am. J. Law & Policy*.

<sup>60</sup> Ch. Joerges, « From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes : The Constitutionalisation of Comitology », 3:3 *European Law Journal*, 273-299 (1997).

<sup>61</sup> De façon intéressante, la fonction coordinatrice du conflit de lois, préconisée par Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, était passée de mode. Conformément au mouvement pendulaire caractéristique du développement du droit international privé, elle connaît un regain d'intérêt aujourd'hui, avec le recul des conflits de lois de droit privé, davantage propices à une conception engagée ou « régulatrice » du règlement du conflit de lois.

<sup>62</sup> Sur cette typicité, v. Herbert Kronke, *op. cit.*

<sup>63</sup> « *It is axiomatic that in anti-trust matters, the policy of one state may be to defend what it is the policy of another to attack* » (1978 AC, p. 616-617).

<sup>64</sup> BG 125, I, p.65 et 79, sur lesquels H. Kronke, *op. cit.*, p. 270. Ces décisions acceptent de coopérer avec des demandes émanant des autorités de marché de Hong Kong et espagnoles, dans l'intérêt bien compris de la Suisse elle-même, qui peut espérer à son tour une réciprocité de la part d'États étrangers. Comp. d'ailleurs les avancées de l'article 137 du Code suisse DIP, selon lequel les juridictions suisses peuvent statuer sur une demande fondée sur la violation d'un droit étranger de la concurrence.

<sup>65</sup> V. *infra*, les références données à la note 89.

atténuées »<sup>66</sup> – a été relevée en matière d'acquisition internationale de sociétés<sup>67</sup>. Pareille voie est celle déjà empruntée par le contrôle de la proportionnalité auquel sont assujetties les lois de police communautaires : l'interférence de la loi de police du for suppose non seulement qu'elle ait des liens avec la situation litigieuse et qu'elle soit porteuse d'une politique impérative crédible, mais que la finalité poursuivie ne soit pas déjà satisfaite par application de la loi normalement applicable<sup>68</sup>. Dans un esprit qui n'en est pas très éloigné, le troisième *Restatement* des relations extérieures des États – Unis a tenté d'introduire la « quête du raisonnable » sous la forme d'une auto-discipline dans l'exercice par les juridictions fédérales de la *prescriptive jurisdiction* américaine en matière économique<sup>69</sup>. Dans tous ces cas, on relève une ouverture au droit public étranger – que ce soit par la prise en considération des politiques étrangères ou par l'instauration spontanée des mesures de coopération d'autorités – fondée sur le constat de l'interconnexion des droits économiques. La globalisation apparaît désormais comme un *fait* qui exige de surmonter le « tabou » traditionnel du droit public étranger<sup>70</sup> – un peu comme l'accélération des moyens de transports et de communication avait imposé aux juges de surmonter le tabou, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, affectait encore l'application du droit étranger<sup>71</sup>. On peut même estimer qu'en ouvrant leurs marchés et en acceptant l'interconnexion, les États renoncent au monopole traditionnel du droit public économique du for devant leurs propres autorités<sup>72</sup>. Mais la généralisation de ces initiatives coopératives est évidemment une entreprise de longue haleine et l'allocation rationnelle des compétences dans un cadre institutionnel demeure affectée de ses propres aléas. Ne serait-il pas plus simple, alors, de s'en remettre à la compétition régulatoire (*regulatory competition*) en étendant l'autonomie des parties aux lois de droit public économique ?

<sup>66</sup> X. Boucobza, *op. cit.*, n° 523 et s.

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> V. par exemple, la mise en œuvre de ce contrôle dans l'arrêt *Mazzoleni*, CJCE 15 mars 2001, *Rev. crit DIP* 2001.495, note Pataut.

<sup>69</sup> Comp. *supra* note 50. La mise en œuvre de la Section 403 dans l'arrêt *Hartford Fire* (préc.) s'est avérée décevante, cependant, tandis que le postulat sur lequel il repose, selon lequel un standard du raisonnable serait à rechercher dans les exigences du droit international, se trouve contesté.

<sup>70</sup> Sur le « tabou » du droit public, v. Hans Baade, « The Operation of Foreign Public Law », 30 *Tex. Int'l L. J.* 429 (1995) ; Philip J. McConaughy, « Reviving the 'Public Law Taboo' in International Conflicts of Laws », 35 *Stan. J. Int'l L.* 255 ; William S. Dodge, « Extraterritoriality and Conflict of Laws Theory : an Argument for Judicial Unilateralism », 39 *Harv. Int'l L. J.* 101. Sur l'impact normatif de la globalisation, v. les auteurs cités *infra* note 66.

<sup>71</sup> La théorie des droits acquis (*vested rights*) aux États-Unis, ou encore, en Europe, la théorie italienne de la réception du droit étranger attestent les difficultés que rencontraient les tribunaux pour admettre la possibilité même d'une application du droit étranger.

<sup>72</sup> Robert W. Hillmann, « Cross-Border Investment, Conflict of Laws and the Privatization of Securities Law », 1992 *Law and Contemporary Problems* 331 ; comp. dans le même sens, H. Kronke, *op. cit.*, p. 285 ; J. Basedow, « Souveraineté territoriale et globalisation des marchés », *Rec. Cours Acad. La Haye* t. 264, p. 9 (1997).

## II. — LE JEU DU MARCHÉ GLOBAL ET LA DILUTION DES IMPÉRATIVITÉS NATIONALES

14. Récemment, l'analyse économique des conflits de lois s'est orientée en faveur d'une augmentation de la part de l'autonomie de la volonté dans le règlement de ces conflits<sup>73</sup>. Les fondements politiques des conflits de lois (analyses fondées sur la souveraineté, intérêts gouvernementaux) se voient rejetées en faveur d'une méthodologie fondée sur la recherche de l'efficacité et l'on redécouvre les vertus du libre choix des parties, lequel s'étendrait, par exemple, aux *market torts*<sup>74</sup>. Mais certains auteurs sont allés plus loin encore dans la « re-privatisation du droit international privé »<sup>75</sup> : plusieurs études proposent ainsi d'introduire l'autonomie des parties pour déterminer le régime juridique applicable en matière bancaire<sup>76</sup>, de faillite<sup>77</sup>, ou de concurrence<sup>78</sup> ; une autre propose d'étendre le champ de la volonté au choix de la loi applicable aux émissions de valeurs mobilières, traditionnellement soumis au régime indérogeable des *Securities Acts*<sup>79</sup>. Ce courant repose sur la conviction, empruntée à l'analyse économique du fédéralisme<sup>80</sup>, des bienfaits de la concurrence entre les différents législateurs locaux, que l'exercice par les parties de leur faculté de libre choix mettrait précisément en compétition. Pareille idée est insolite en Europe, où la question de la compétition interlégislative est insuffisamment discutée<sup>81</sup>, même si elle a un rôle important à jouer, y compris dans le champ des biens publics, dans la construction du marché intérieur<sup>82</sup>. Le célèbre arrêt *Centros* de la Cour de Luxembourg, favorisant la mobilité des sociétés commerciales au sein de l'Union européenne, peut certainement être lu dans ces termes<sup>83</sup>.

<sup>73</sup> Comp. les références indiquées *supra*, note 38.

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> Michal J. Whincop & Mary Keyes, *op. cit.* ; Larry Ribstein, « From Efficiency to Politics in Contractual Choice of Law », 2003 *Ga. L. R.* 366.

<sup>76</sup> Sur cette thèse, Henry N. Butler & Jonathan R. Macey, « The Myth of Competition in the Dual Banking System », 73 *Cornell L. R.* 677 (1988).

<sup>77</sup> Ramussen, « Debtor's Choice : A Menu Approach to Corporate Bankruptcy », 71 *Tex. L. Rev.* 51.

<sup>78</sup> Frank H. Easterbrook, « Antitrust and the Economics of Federalism », 26 *J. L. & Econ.* 23 (1983).

<sup>79</sup> Stephen J. Choi & Andrew T. Guzman, « Portable Recognition : Rethinking the International Reach of Securities Regulation », 71 *S. Cal. L. Rev.* 903 (1998).

<sup>80</sup> La littérature sur cette question est très abondante. V. entre autres, Frank H. Easterbrook, « Federalism and European Business Law », 14 *Int'l Rev. L. & Econ.* 125 ; le numéro spécial du *Journal of International Economic Law* (2000) consacré à « Regulatory Competition in Focus », avec des contributions recouvrant des domaines très variés de Daniel Esty, Richard Revesz, Damien Gerardin, Jonathan Macey, Alan Sykes et Joel Trachtman.

<sup>81</sup> Cette lacune surprenante dans le débat français contemporain relatif à l'opportunité d'un code civil européen est d'autant plus regrettable qu'il s'agit bien d'un thème où des travaux comparatifs sembleraient avoir naturellement leur place.

<sup>82</sup> V. sur ce point, Wolfgang Kerger, « Interjurisdictional Competition within the European Union », in *The Deregulation of Global Markets*, Weimar Symposium, Fordham International Law Journal 2000.217.

<sup>83</sup> Aff. C-212/97, Rec. 1999, I-1459, concl. La Pergola. Comp. C. Holst, « European Company Law After *Centros* : Is the EU on the Road to Delaware ? » ; Robert R. Drury, « The

Cependant, généralisée au plan global, où les différentes législations nationales présentent une moindre fongibilité, cette solution place une foi excessive dans les vertus régulatrices du marché (A). Elle n'est pas pour autant dépourvue d'intérêt, car elle incite à renouveler la réflexion au sujet des rapports – traditionnellement perçus comme antinomiques – entre la volonté privée et les législations nationales impératives. En effet, l'étiquette « droit public », utilisée de façon extensive pour exclure aussi bien les dérogations dans l'intérêt privé que les conflits de lois, ne doit pas occulter le fait que les impérativités nationales se diluent progressivement sous la pression du marché, en raison du champ concédé à la volonté privée en matière de règlement des différends (B).

#### A. — *L'illusion : les vertus régulatrices du marché*

15. L'intérêt suscité par l'impact de la compétition législative dans le cadre fédéral a été renouvelé<sup>84</sup> récemment par une étude menée en droit des sociétés, selon laquelle le libre choix des fondateurs de l'État d'incorporation<sup>85</sup> ne conduit pas nécessairement, comme on l'affirme trop souvent, à une « course vers le bas »<sup>86</sup>. Le « Delaware effect », qui consiste à attirer des sociétés en offrant des conditions d'incorporation compétitives, ne serait pas nécessairement néfaste (en ce sens qu'il conduirait à un régime de plus en plus laxiste, au détriment des actionnaires), mais serait au contraire la source d'un plus haut degré de sophistication du droit des sociétés. Dans leur quête de la loi de l'incorporation la plus attractive, les fondateurs rechercheraient non pas la législation offrant systématiquement la moindre protection des actionnaires, mais celle qui puisse fournir un régime parfaitement ajusté aux besoins des divers intérêts en jeu, et dont le choix signale ensuite aux investisseurs les priorités adoptées. Ainsi, la compétition législative serait apte à susciter une course vers le haut, le choix de la loi applicable exerçant alors une fonction de « marque » (*brand function*) qui permettrait une salutaire spécialisation du marché du droit. Les lois plus laxistes – moins protectrices des actionnaires et moins coûteuses – seraient offertes aux opérateurs prêts à prendre des risques,

Registration and Recognition of Foreign Corporations : Responses to the Delaware Syndrome », 57 *Cambridge Law Journal* 165.

<sup>84</sup> Ce nouveau courant succède en effet à une « ancienne génération » d'analyse économique du fédéralisme, qui avait donné lieu à un débat brûlant au cours des années 60 sur la légitimité de laisser le seul marché déterminer le niveau optimal des exigences d'information en matière boursière. Sur ce débat, v. Merritt B. Fox, « Retaining Mandatory Securities Disclosure : Why Issuer Choice is Not Investor Empowerment », 85 *Va. L. R.* 1335 (1999) ; « Securities Disclosure in a Globalizing Market : Who Should Regulate Whom ? », 95 *Mich. L. R.* 2498 (1998).

<sup>85</sup> Le débat est propre aux systèmes qui admettent le critère de l'incorporation pour déterminer la loi applicable à la constitution et au fonctionnement des sociétés commerciales. À la différence en effet de celui du siège social, qui exige que la société ait implanté son siège réel dans l'État qui lui confère la personnalité morale, le critère de l'incorporation autorise un choix totalement libre, le siège social et le centre décisionnel de la société pouvant se trouver ailleurs. C'est pourquoi l'arrêt *Centros* de la CJCE ouvre la perspective d'un tel débat au sein de l'Union européenne (comp. la note 76, *supra*).

<sup>86</sup> Roberta Romano, « Empowering Investors : A Market Approach to Securities Regulation », 107 *Yale L. J.* 2359 (1998).

tandis que les investisseurs plus prudents (*risk-averse*) pourraient disposer d'un éventail de régimes offrant une protection accrue, à prix bien entendu supérieur. La thèse est discutée<sup>87</sup>, mais compte aujourd'hui des adeptes dans toutes sortes de domaines également régis par des réglementations impératives, même traditionnellement soustraits au libre choix inhérent au critère de l'incorporation des sociétés.

16. Ainsi, en matière de régulation boursière, Stephen Choi et Andrew Guzman se proposent d'approfondir ce thème<sup>88</sup>, en y intégrant des conclusions tirées de l'observation du principe de reconnaissance mutuelle telle qu'il est pratiqué dans ce même domaine dans le cadre de diverses conventions bilatérales, notamment entre les États-Unis et le Canada, chaque État acceptant de tenir la législation de l'autre comme équivalente à la sienne propre dans le cas d'opérations transfrontières intéressant les deux pays<sup>89</sup>. La proposition des auteurs consiste à généraliser cette réciprocité au plan global : la société émettrice de valeurs en bourse choisirait librement la législation devant régir l'émission, laquelle serait ensuite reconnue par l'ensemble des autorités de marché des divers lieux où des opérations interviendraient par la suite sur les titres émis. Il s'agirait donc d'une « reconnaissance portable », car reposant sur la dissociation entre la loi applicable et le lieu des opérations ; la loi initialement choisie accompagnerait les valeurs émises dans tous leurs « déplacements » ultérieurs. Le résultat, selon les auteurs, ne serait pas une diminution uniforme de la protection des investisseurs, mais plutôt une spécialisation législative, faisant apparaître sur l'échiquier global des offres de législation plus ou moins protectrices, qui attireraient ainsi des catégories différentes d'opérateurs en fonction de préférences très variables. Le marché global deviendrait plus efficient, maximisant les bienfaits de la compétition ; pour le marché américain, le bénéfice serait également incontestable, neutralisant l'effet dissuasif qu'exerce à l'heure actuelle le contenu excessivement rigoureux de la loi fédérale sur les investisseurs étrangers<sup>90</sup>.

17. Indéniablement séduisante, cette thèse « dérégulatoire » semble appelée à exercer une certaine influence au sein de l'Union européenne<sup>91</sup>. Cependant, en tant qu'elle postule la fongibilité absolue des législations, l'idée de « réciprocité portable » est difficile à transposer au marché global, en l'absence de communauté juridique faite de régula-

<sup>87</sup> Merrit B. Fox, « Retaining Mandatory Securities disclosure : Why Issuer Choice is Not Investor Empowerment », 85 *Va. L. R.* 1335 (1999) ; « Securities Disclosure in a Globalizing Market : Who Should Regulate Whom ? », 95 *Mich. L. R.* 2498 (1998).

<sup>88</sup> Stephen J. Choi & Andrew T. Guzman, « Portable Recognition : Rethinking the International Reach of Securities Regulation », 71 *S. Cal. L. Rev.* 903 (1998).

<sup>89</sup> Il s'agit du *Multijurisdictional Disclosure System*, établi en 1991, selon lequel une société canadienne peut émettre des valeurs aux États-Unis, en se conformant à la législation canadienne en matière d'information des investisseurs. Sur ce système, v. Choi & Guzman, *op. cit.*, p. 918 ; X. Boucobza, *op. cit.*, n° 546.

<sup>90</sup> Stephen J. Choi & Andrew T. Guzman, « The Dangerous Extraterritoriality of American Securities Laws », 17 *Nw J. Int'l L. & Bus.* 207 (1996) ; constatant le même phénomène, X. Boucobza, *op. cit.*, n° 519.

<sup>91</sup> Moloney, *EC Securities Regulation*, Oxford EC Law Library, 2002, p. 12 note 28, se référant directement à la thèse « dérégulatoire » de Choi et Guzman.



tions économiques homogènes. En effet, selon le modèle de compétition pour les biens publics de Tiebout <sup>92</sup>, dont dérive la théorie économique du fédéralisme, les conditions requises pour que la compétition législative existe sans distorsion sont en effet le choix éclairé des parties et l'absence d'externalités, c'est-à-dire, d'effets néfastes dont le coût serait supporté par les tiers. Or, précisément, dans un domaine comme la protection de l'environnement, où le problème des externalités transfrontières occupe une place centrale, il a été démontré que la compétition législative internationale est plutôt de nature à entraîner une course dégénérescente vers le bas, chaque législateur étant tenté d'« externaliser » le coût de ses propres activités <sup>93</sup> sous la pression du marché, dans l'effort d'attirer des investisseurs <sup>94</sup>. Au mieux, il faudrait donc conclure que les bienfaits de la compétition législative sont à mesurer au cas par cas et dépendraient de l'étendue du problème des coûts sociaux dans chaque domaine spécifique <sup>95</sup>. C'est ainsi que les partisans de la compétition dérégulatoire en matière économique tirent argument de l'absence d'externalités dans des domaines tels que la régulation boursière.

18. Mais c'est là, précisément, qu'interfère la question de la communauté juridique, chaque législateur pouvant avoir sa propre vision de la finalité à poursuivre. Ainsi, par exemple, les analyses contemporaines du droit fédéral des *securities* attribuent à ce dernier une fonction protectrice des seuls intérêts privés des parties <sup>96</sup> ; la protection du marché lui-même, c'est-à-dire des intérêts des investisseurs en général, est refoulée à l'arrière-plan. En revanche, le droit européen semble davantage concerné par la protection des tiers <sup>97</sup> et on y décèle une méfiance corrélative à l'égard du libre choix des parties <sup>98</sup>. Une démonstration analogue relative aux finalités variables des diverses régulations économiques peut être faite dans le champ du droit de la concurrence, où, par exemple, les législations de pays en voie de développement peuvent poursuivre des politiques économiques très différentes de celles qui inspirent les lois des pays développés <sup>99</sup>. La

<sup>92</sup> Charles M Tiebout, « A Pure Theory of Local Expenditures », 64 *J. Pol. Econ.* 416 (1956).

<sup>93</sup> C'est-à-dire, faire supporter le coût d'une activité par d'autres. Par exemple, un État qui réduit les obligations des entreprises en matière de dispositif anti-pollution se rend plus compétitif en réduisant les coûts, mais les conséquences néfastes peuvent être supportées par d'autres, dès lors que l'usine pollue l'atmosphère (exemple de *acid rain*) ou un fleuve traversant plusieurs pays, comme dans l'affaire des *Mines de Potasses* (CJCE, 30 nov. 1976 Rec. 1735). En permettant aux juridictions de l'État où les effets de la pollution sont subis de décider de la responsabilité encourue par le propriétaire de l'usine polluante, la Cour encourage l'internationalisation par cette dernière des coûts de son activité.

<sup>94</sup> V. Richard L. Revesz, « Federalism and Regulation : Extrapolating from the Analysis of Environmental Regulation in the United States », 2000 *J. Int'l Econ. Law* 219-233.

<sup>95</sup> En ce sens, Daniel C. Esty, « Regulatory Competition in Focus », *ibid.*, 215-217.

<sup>96</sup> V. Roberta Romano, *op. cit.*, p. 2423, faisant valoir que les finalités de la législation relative aux *securities* restent ambiguës ; Choi & Guzman (*op. cit.*) estiment que la régulation cible les seules parties aux opérations.

<sup>97</sup> V. Moloney, *op. cit.*, Chapitre III, montrant cependant que dans l'Union européenne, les finalités de construction du marché intérieur prévalent parfois sur le seul souci de protéger les investisseurs.

<sup>98</sup> *Ibid.*

<sup>99</sup> E. Fox, « Antitrust and Regulatory Federalisms : Races Up, Down and Sideways », *NYULR* 1781 (2000).

fongibilité, condition de la libre concurrence législative, fait à nouveau défaut, et tout projet fondé sur la reconnaissance mutuelle s'avère dès lors illusoire. La thèse souffre en somme du même universalisme naïf que les travaux parallèles d'Andrew Guzman relatifs à la recherche d'un critère global de répartition des ressources. En effet, il n'est pas plus réaliste de croire que des États poursuivant des politiques économiques très différentes s'accorderont un jour spontanément sur les finalités de leurs législations qu'il ne l'est de penser qu'ils évolueront naturellement vers une acception partagée des « effets » que peut produire une activité exercée à l'étranger sur leur propre économie. Dans les deux cas, tant l'identification que l'attribution de la charge des externalités demeurent très problématiques.

B. — *La réalité : l'impact indirect de la volonté privée  
en matière de règlement des différends*

19. Cependant, s'il paraît difficile de laisser au marché le soin de pourvoir à l'allocation des compétences législatives dans des domaines où chaque législateur a une conception différente des intérêts à protéger, en revanche, les rapports entre les lois nationales impératives et le jeu de la volonté privée méritent davantage de réflexion. Sans aller jusqu'à considérer que tous les conflits de droit public peuvent être pris en charge par le choix des parties, il est probable que l'étiquette « publique » apposée sur un certain nombre de dispositions pour les soustraire aux conflits de lois est bien trop vaste. En effet, l'une des conséquences épistémologiques les plus importantes de la globalisation est précisément de secouer les catégories fondatrices des droits nationaux pour en redessiner les contours<sup>100</sup>. De même que, comme on l'a vu, les contentieux entre personnes privées peuvent impliquer très directement des intérêts étatiques, de même le champ traditionnellement occupé par le droit public n'exclut aucunement une certaine dose de compétition législative sous l'effet du jeu de la volonté privée.

20. Pareil bouleversement des catégories est illustré de façon intéressante par la retentissante affaire *Lloyd's*<sup>101</sup>. Dans cette affaire, des investisseurs américains s'estimant victimes d'un dol de la part de Lloyd's, ont cru pouvoir se prévaloir de la protection offerte par l'article 10 (b) du *Securities Exchange Act*, considérée traditionnellement comme une loi de police, à l'encontre soit des clauses attributives de juridiction (ou d'arbitrage) insérées dans les contrats d'investissement au profit de juges anglais, accompagnées de clauses de choix de la loi anglaise, soit des décisions anglaises

<sup>100</sup> Comp. en ce sens, Jessurun d'Oliveira, « The EU and a Metamorphosis of Private International Law », in *Reform and Development of Private International Law, Essays in Honour of Sir Peter North*, Oxford, 2002, p. 111.

<sup>101</sup> Pour les nombreuses références relatives à cette affaire très complexe, v. notre article « L'affaire Lloyd's : globalisation des marchés et contentieux contractuel », préc. Un résumé des deux décisions les plus significatives des deux étapes successives du contentieux, rendues par les juridictions fédérales américaines, l'une sur l'opposabilité des clauses de règlement des différends, l'autre sur les conditions de reconnaissance et d'exécution des décisions anglaises rendues sur le fondement de ces clauses, peut être trouvé dans *Rev. crit. DIP* 2002, p. 531.

(ou des sentences arbitrales) rendues sur le fondement de ces clauses, en application de la loi anglaise, peu protectrice des intérêts des investisseurs <sup>102</sup>. La tentative a échoué sur les deux terrains. Dans un premier temps, le caractère indérogeable que se reconnaît le *Securities Exchange Act* a été jugé ne pas faire obstacle au jeu des clauses de règlement de différends qui tendaient à le contourner <sup>103</sup> – nonobstant les célèbres *dicta* en sens apparemment contraire de l'arrêt *Mitsubishi* <sup>104</sup>. Dans un second temps, une fois les jugements de condamnation anglais rendus contre les investisseurs infortunés, le juge Posner rejeta toutes les objections opposées à la reconnaissance et l'exécution de ces décisions aux États-Unis, au nom des exigences du commerce international. Il est probable cependant que le caractère purement privé des placements cause ait été déterminant en l'occurrence, la protection impérative de l'article 10 (b) n'étant due qu'en cas d'émission publique de valeurs <sup>105</sup>. Autrement dit, il importait de lever l'étiquette du droit public conférée traditionnellement « en bloc » au *Securities Exchange Act* pour vérifier concrètement s'il existait vraiment des intérêts collectifs à protéger <sup>106</sup>. Ce dernier enseignement, qui signale le caractère facilement trop extensif de la qualification « droit public » utilisée en matière économique, est en soi important. Mais la concession consentie dans l'affaire *Lloyd's* au jeu de la volonté privée est également remarquable en ce qu'elle revient à reconnaître l'impact du marché sur l'allocation des compétences législatives non pas à travers le choix direct de régime impératif applicable, qui reste difficile à concevoir au plan global, mais au plan de la circulation des jugements et des sentences.

21. L'affaire *Lloyd's* illustre en effet un phénomène intéressant, qui est celui de la dilution de l'impérativité des réglementations nationales de police – devenues selon le terme heureux d'un auteur, d'application seulement « semi-nécessaire » <sup>107</sup>. Ce phénomène résulte de l'admission de clauses de choix de for dans des domaines assujettis à des réglementations de police ; à cet égard, l'arbitrabilité de contentieux relevant de réglementations économiques a été l'impulsion décisive de cette évolution <sup>108</sup>. Or, dès lors que la méconnaissance de la réglementation de police du for n'entrave pas la circulation de la décision, arbitrale ou étrangère, rendue sur le fondement de la clause, on relève une réduction significative de l'impact effectif de certaines règles de droit économique

<sup>102</sup> L'applicabilité du droit anglais entraînait celle du *Lloyd's Act*, 1982, qui déroge au *Misrepresentation Act*, 1967, c'est-à-dire aux exigences du droit commun des contrats en matière de dol.

<sup>103</sup> V. par ex, *Bonny v. Society of Lloyd's*, Cour d'appel fédéral, 7e Circuit, 1993 (3 F.3d 156, *Rev. crit DIP* 2002.531).

<sup>104</sup> *The Society of Lloyd's v. Ashenden*, Cour d'appel fédéral, 7e Circuit, 2000 (233F. 3d 473, *Rev. crit DIP* 2002.534)

<sup>105</sup> En ce sens, Herbert Kronke, *op cit*, p. 281 ; Robert Hillman, *op cit*, p. 344.

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> L. Radicati di Brozolo, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire ? », *Rev. crit DIP* 2003.1. V. également, proposant une explication en termes économiques de la prévalence des clauses de choix de for et de loi sur les lois de police du for, Lary Ribstein, « From Efficiency to Politics », préc.

<sup>108</sup> Sur l'extension progressive de l'arbitrabilité des contentieux de droit économique depuis l'arrêt de la Cour Suprême fédérale *Mitsubishi* (473 US 614) 1985, v. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'Arbitrage Commercial International*, n° 559 et s.

pourtant jugées indérogeables lorsqu'elles sont mises en œuvre directement par les autorités du for. Bien entendu, la mesure dans laquelle l'État exerçant le contrôle de la sentence accepte de ne pas imposer le respect des lois de police du for est discutée<sup>109</sup>. Aux États-Unis, on le sait, l'arrêt pionnier *Mitsubishi* laisse planer un doute à cet égard<sup>110</sup>. Mais l'affaire *Lloyd's* suggère que les valeurs fondatrices du commerce international privé sont parfois de nature à l'emporter sur la poursuite systématique des politiques nationales impératives. Les pressions venues du marché induisent ainsi une forme spontanée d'autorégulation – en somme, une allocation efficiente des compétences législatives à la faveur du jeu des règles de conflits de juridictions.

22. *Conclusion.* Les thèses récemment développées par l'analyse économique en vue de déterminer les critères d'une allocation optimale des ressources au plan mondial ne sont pas nécessairement convaincantes au fond, mais elles ont le mérite de redéfinir les termes de la problématique du conflit de lois, en brouillant les certitudes liées au compartimentage étanche du droit public et du droit privé dans les théories traditionnelles du droit international privé. Il est temps en effet de prendre acte des bouleversements épistémologiques qu'entraîne le nouvel enchevêtrement des économies, et d'admettre que le conflit de lois peut avoir un enjeu politique, tout comme les régulations nationales de droit public économique peuvent subir l'impact des volontés privées. La tension entre les deux orientations ainsi relevées n'est pas encore pleinement apparente, ni suffisamment explorée. C'est pourtant elle qui contient les nouvelles impulsions du développement du droit international privé à l'ère de la mondialisation. C'est en elle qu'il faut rechercher la nouvelle économie politique du conflit de lois.

Université Paris I  
12 place du Panthéon - 75231 Paris CEDEX 05  
hmuirwatt@aol.com

<sup>109</sup> Ch. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, 2001.

<sup>110</sup> Préc. Une simple note en bas d'arrêt évoque l'éventuelle inopposabilité de clauses de règlement des différends (clause d'arbitrage et clause de choix de loi) dont l'effet conjugué serait de contourner une réglementation impérative.