

LA METHODE DE LA RECONNAISSANCE ET LE PRECEDENT

par

Patrick KINSCH

Avocat, professeur à l'Université du Luxembourg

A l'aide d'un exemple (en fait, d'une étude de cas prospective), il s'agira d'examiner la question du précédent dans les rapports de systèmes, et plus exactement celle de l'incidence de précédents internationaux sur le droit interne. La branche du droit interne dont est tiré l'exemple est le droit international privé, matière où la méthode dite de la reconnaissance fait actuellement l'objet de vives discussions ; c'est ce qui peut expliquer le choix du sujet. Comme le sujet nous a été confié expressément comme un sujet ouvert, nous examinerons la question du rôle ou du non-rôle que sont susceptibles d'avoir, dans le futur, les précédents internationaux dans l'adoption éventuelle de cette méthode par l'ordre juridique français. Cet examen sera toutefois précédé de quelques propos plus généraux sur le rôle du précédent international en droit interne.

Comme on le sait, la notion de « précédent » a deux sens en droit international. Le précédent, c'est d'une part un élément du comportement des sujets de droit international qui sera utilisé comme élément de l'existence d'une règle coutumière, ce qui suppose l'existence d'une *opinio juris* et, en principe, la répétition des précédents. C'est, d'autre part, un précédent juridictionnel, donc l'utilisation d'une décision (qui peut être interne, dans les systèmes de droit interne, ou comme en l'occurrence internationale) à l'égard de situations autres que le litige tranché par cette décision. De ce dernier point de vue, l'éventuelle autorité de précédent de la décision s'oppose à son autorité de chose jugée.

Les deux acceptions du « précédent » au sens du droit international ont un sens en droit interne, dans les rapports de systèmes. La première, car il arrive aux tribunaux internes de se prononcer eux-mêmes sur l'existence d'une règle coutumière du droit international, en examinant l'existence de faits internationaux pouvant constituer des précédents¹. Mais surtout la seconde puisque, avec les progrès de la juridictionnalisation du droit international et de l'intégration des Etats dans des organisations internationales ou supranationales fonctionnant selon le

¹ Il est évident que cet examen sera d'autant plus parlant que la motivation donnée, spécialement par les juridictions supérieures, sera précise et détaillée – ce qui place les juridictions supérieures françaises dans une position de désavantage, là où elles préfèrent l'*imperatoria brevitatis* à une véritable motivation (qui suppose qu'elles consentent à donner « les motifs de leurs motifs »). Par contraste, on pourra lire, par exemple, les motifs détaillés de l'arrêt *In re Piracy jure gentium* du Conseil privé britannique, [1934] A.C. 586.

forte raison qu'à propos du précédent juridictionnel international devant le juge international lui-même, que « *tantum valet auctoritas quantum valet ratio* »⁹.

Comme on le verra, c'est là la principale raison de douter de la transposabilité tels quels en droit français des précédents internationaux en matière de reconnaissance des situations (II). Apparaissant toutefois, il sera nécessaire d'expliquer les solutions classiques du droit international privé que ces précédents pourraient bouleverser (I).

I. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ FRANÇAIS

Le droit international privé français reste fidèle, dans une large mesure, à un modèle caractérisé par l'application des mêmes règles de conflit de lois tant à la création d'une situation en France qu'à la reconnaissance d'une situation créée à l'étranger. Les deux ne sont possibles que moyennant respect de la loi applicable conformément aux conceptions du droit international privé français. Pour juger de la validité de l'acquisition d'une situation, il faut nécessairement connaître la loi applicable à son acquisition ; et cette loi ne peut être déterminée que par la règle de conflit de l'Etat dans lequel la situation est censée être reconnue, règle de conflit qui s'applique ainsi à la fois à l'acquisition d'une situation sur le territoire du for et à la reconnaissance des situations acquises à l'étranger¹⁰. Le droit français ne pratique donc actuellement pas — ou plus exactement : pas systématiquement — la méthode de la reconnaissance, laquelle propose d'accepter de reconnaître les situations constituées conformément à un système étranger de droit international privé, et de le faire sous la condition, ayant trait au conflit de lois, qu'elles aient été valablement constituées selon le système *étranger* (et qu'elles ne soient, par ailleurs, pas incompatibles avec l'ordre public international de l'Etat de leur reconnaissance).

Une variante de cette méthode, il est vrai, est pratiquée dans le droit français de la reconnaissance des jugements étrangers ; depuis un arrêt de la Cour de cassation (l'arrêt *Cornelissen* de 2007), le droit français a abandonné son exigence selon laquelle la reconnaissance d'une décision judiciaire étrangère est subordonnée à sa conformité à la vision française du règlement des conflits de lois¹¹. La nouvelle jurisprudence signifie que désormais, des situations acquises judiciairement à l'étranger — divorces, adoptions — peuvent être reconnues en France alors même qu'elles ont été créées par application d'une loi autre que celle considérée comme applicable en France. Mais la jurisprudence *Cornelissen* ne s'explique pas par un mouvement de la jurisprudence vers l'adoption généralisée de la méthode de la reconnaissance ; elle trouve sa raison d'être dans

un souci de libéraliser ponctuellement le droit français de la reconnaissance des jugements étrangers¹² en le rapprochant sur ce point des solutions admises à l'étranger (y compris dans des pays qui comme l'Allemagne, ne pratiquent eux-mêmes pas la méthode de la reconnaissance dans le domaine des situations constituées autrement qu'en justice) et par les textes européens relatifs à la reconnaissance de jugements rendus dans les autres Etats membres.

C'est à propos des situations constituées extrajudiciairement que la méthode de la reconnaissance n'est actuellement pas reçue en droit commun français, contrairement au droit positif qui existe, ponctuellement ou même de manière systématique, dans d'autres pays¹³. Là où la méthode de la reconnaissance est reconnue, elle sera l'expression d'un système libéral de droit international privé, par opposition au modèle paternaliste-dirigiste qui caractérise le droit international privé classique. En fait, le fondement exact de la méthode de la reconnaissance telle qu'elle peut être en vigueur dans un ordre juridique déterminé est susceptible de varier. Peut-être ainsi servir de fondement, le respect des ordres juridiques étrangers, de ce qui est perçu comme les nécessités du bon fonctionnement d'un système fédéral ou proto-fédéral ou même du système international, par opposition à la seule faveur donnée aux intérêts des particuliers qui utilisent les possibilités offertes par ce système ; se rattache à cette idée la jurisprudence américaine dans de nombreux domaines (fondement constitutionnel interfédéral, ou appel à la notion de *comity* soit entre Etats fédérés, soit internationale). On peut également concevoir des fondements franchement néolibéraux, comme la promotion de la concurrence entre ordres juridiques ou l'autonomisation des individus, qui doivent pouvoir choisir eux-mêmes et en fonction de leurs propres intérêts entre les solutions de droit matériel qui sont mises à leur disposition selon les différents systèmes nationaux, et être certains de la reconnaissance internationale des situations ainsi acquises.

Les cas les plus typiques de l'opposition de l'approche classique, telle qu'elle continue de caractériser le droit français, et de l'approche fondée sur la méthode de la reconnaissance sont le droit international privé de la famille d'une part, le droit international privé des sociétés de l'autre.

¹² En le détachant volontairement du droit des conflits de lois, alors que jusqu'à l'arrêt *Cornelissen*, les deux étaient volontairement liés, dans le but d'empêcher toute velléité, toujours soupçonnée d'esprit de fraude, d'acquisition d'un statut à l'étranger en dehors des cas directement prévus par le droit international privé français. V. en ce sens la classique justification de l'ancien système par H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, 1^{re} éd., Paris, L.G.D.J., 1949, n° 760 (ou BATIFFOL et LAGARDE, *Droit international privé*, 7^e éd., t. II, Paris, L.G.D.J., 1983, n° 726). Pour un point de vue similaire, v. (à l'encontre de l'opinion majoritaire en Allemagne) W. WENGLER, « The General Principles of Private International Law », *RCADI* 1961, tome 104, pp. 273 et s., spéc. pp. 443 et s., sur le fait que la renonciation à cette condition est susceptible d'avoir pour effet de créer « *a disguised additional allocation rule* ».

¹³ Un système européen de droit international privé qui admet de manière assez systématique la méthode de la reconnaissance est le système de la loi suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987.

⁹ Cf. l'opinion individuelle du juge DE CASTRO dans l'Affaire des *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain)*, *CJ Rec.* 1971, spéc. p. 174.

¹⁰ Pour la défense de cette méthode, v. les quatre livraisons du cours de B. ANCEL, « Analyse critique de l'érosion du paradigme conflictualiste », Paris II, 2005-2006 à 2008-2009.

¹¹ Civ. 1^{re} 20 février 2007, *Rev. crit. DIP* 2007, p. 420.

En droit de la famille, le droit international privé français contient une variété de règles de conflit de lois différentes¹⁴, mais contentons-nous de rappeler la règle de conflit de base : aux termes de l'article 3, alinéa 3 du Code civil, « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant à l'étranger ». Cette règle a par la suite été « bilatéralisée » (c'est-à-dire qu'elle a été appliquée, au-delà de son sens littéral qui ne pose qu'une règle « unilatérale » définissant le champ d'application de la loi française, au statut des étrangers qui est lui aussi régi par la loi de leur nationalité¹⁵), mais nous nous concentrons sur la règle législative elle-même.

Il s'agit d'une règle prescriptive, inspirée de l'idée selon laquelle l'autorité de la loi est la première considération dans les relations privées internationales, qui impose l'application des restrictions découlant de la loi française aux projets parfois matrimoniaux, maintenant parentaux des couples français même agissant à l'étranger. Le fonctionnement de la règle est illustré par un arrêt de la Cour de cassation du 24 septembre 2002 qui confirme l'annulation d'un mariage polygamique célébré au Caire et valable au regard du droit international privé égyptien, d'une Française avec un Libanais qui s'était converti à l'islam. L'annulation a été prononcée non pas pour incompatibilité du mariage avec l'ordre public international français, mais au motif de la violation de l'article 147 du Code civil (empêchement de polygamie) par l'épouse française¹⁶. Peu importait que l'ordre public fût tolérant ou non à l'égard de la solution, divergeant de celle du droit français adoptée par la loi étrangère appliquée au Caire : l'application de la loi française s'imposait. A cette solution s'oppose la solution libérale, fondée sur la méthode de la reconnaissance, adoptée par l'article 9 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages¹⁷ ainsi que par un nombre significatif de systèmes nationaux de droit international privé¹⁸.

¹⁴ Depuis les années 1970, le droit international privé de la famille a été la scène de l'introduction, par voie législative, de règles de conflit innovantes, souvent inédites en dehors de la France (ce qui n'est pas nécessairement une approche idéale, si on s'oriente autour d'un idéal d'harmonie internationale des solutions, mais peut néanmoins se justifier dans des cas particuliers) : les réformes de la filiation (1972) ou du divorce (1975), ou encore l'introduction du « mariage pour tous » (2013) ont été accompagnées de règles de conflit originales.

¹⁵ Cour royale de Paris 13 juin 1814, *Basquet*, S., 1814, 2, 393, in B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e édition, Paris, Dalloz, 2006, n° 1.

¹⁶ Civ. 1^{re} 24 septembre 2002, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 271. V. également, avant la loi ouvrant le mariage aux personnes du même sexe, Rép. ministérielle du 9 mars 2006, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 440 : l'interdiction du mariage homosexuel résultant de la loi française s'impose aux Français, même dans les mariages qu'ils pourraient vouloir contracter à l'étranger.

¹⁷ « Le mariage qui a été valablement conclu selon le droit de l'Etat de célébration, ou qui devient ultérieurement valable selon ce droit, est considéré comme tel dans tout Etat contractant sous réserve des dispositions de ce chapitre » (art. 9, al. 1^{er}, l'art. 11 énumère les cas dans lesquels, exceptionnellement, la reconnaissance d'un mariage n'est pas obligatoire, et l'art. 14 réserve l'incompatibilité de la reconnaissance avec l'ordre public du for de la (non)-reconnaissance).

¹⁸ V., pour la reconnaissance aux Etats-Unis (et par les tribunaux d'Etats qui ne connaissent pas cette forme de mariage) de mariages homosexuels célébrés dans un autre Etat, généralement à l'occasion d'un bref déplacement et entre résidents de l'Etat de la reconnaissance, *Martinez v. County of Monroe*, 850 N.Y.S.2d 740 (A.D. 4 Dept., 2008) et autres décisions new-yorkaises, et dans le cadre

Autre exemple, tiré du droit des sociétés : en droit international privé français, les sociétés sont censées être régies par le droit de leur siège réel ; cette attitude, classiquement adoptée par le droit français et confirmée par l'article L. 210-3 du Code de commerce¹⁹, s'oppose à d'autres systèmes qui soumettent le fonctionnement des sociétés au droit de l'Etat où elles sont incorporées. Au regard du droit international privé français, une société incorporée au Delaware mais qui a son siège social réel en France est censée fonctionner conformément au droit français.

II. LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ FRANÇAIS ÉVOLUERA-T-IL SOUS L'INFLUENCE DE PRÉCÉDENTS INTERNATIONAUX ?

Et d'abord : quels sont ces précédents dans la jurisprudence internationale ? La jurisprudence internationale est en l'occurrence, plus exactement, la jurisprudence européenne : au cours des quinze dernières années, la CJUE et la Cour EDH ont rendu des arrêts qui constatent l'incompatibilité de certains aspects du système classique de droit international privé avec, dans le cas de la première de ces juridictions internationales, les libertés de circulation du droit européen et, dans le cas de la seconde, des droits de l'homme garantis par la CEDH.

Le premier arrêt qui s'insère dans ce mouvement vers la reconnaissance obligatoire de certaines situations constituées à l'étranger est un arrêt en matière de droit des sociétés, l'arrêt *Centros* de la Cour de justice des Communautés européennes. L'arrêt *Centros* a déduit de la liberté d'établissement des sociétés garantie par ce qui est actuellement l'article 54 du TFUE – selon lequel « les sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des Etats membres » et bénéficient donc des droits conférés à ceux-ci par l'article 49 du même traité – que rien n'empêche des Danois, souhaitant faire fonctionner une société exclusivement au Danemark, de l'incorporer en Angleterre en bénéficiant ainsi de l'absence de capital social minimal découlant de la loi anglaise²⁰. L'arrêt n'est pas intervenu par application d'un principe propre au droit international privé, mais il a eu pour effet indirect de révolutionner le droit international privé de ceux des Etats membres de l'Union qui, comme le Danemark (ou la France), rattachaient le fonctionnement des sociétés au siège social réel. Analysé en

d'une demande en divorce entre conjoints homosexuels au Maryland *Port v. Cowan*, 44 A.3d 970 (Md. 2012).

¹⁹ « Les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française. Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si son siège réel est situé en un autre lieu ».

²⁰ Arrêt du 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126. La solution de l'arrêt a ensuite été répétée et approfondie par la jurisprudence ultérieure, en particulier les arrêts *Überseering* du 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632 et *Inspire Air* du 30 septembre 2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512.

termes de droit international privé, cet arrêt est une décision qui rend obligatoire, pour des raisons de respect du droit supranational européen, l'emploi de la méthode de la reconnaissance : il n'a en effet pas été décidé que la règle de conflit danoise qui soumet les sociétés au droit de leur siège social réel est en elle-même contraire au traité ; il a été décidé que l'application de cette règle pour justifier le refus de la reconnaissance de sociétés incorporées en Angleterre en conformité avec le droit international privé *anglais* était contraire au droit de l'Union. Nuance : le résultat est une obligation de se conformer exactement, dans ce domaine, à la méthode de la reconnaissance et de distinguer entre la création d'une situation dans un Etat membre donné et le traitement des situations constituées à l'étranger. Ces dernières situations relèvent de la méthode de la reconnaissance qui fait primer le point de vue du droit international privé étranger. Pour le surplus, la règle de conflit nationale peut se maintenir pour la constitution d'une société au Danemark et obliger les fondateurs d'une société qu'ils veulent constituer en tant que société danoise de respecter l'obligation d'établir le siège social réel de la société au Danemark²¹.

De même, en matière de droit international privé de la famille, il est arrivé à la jurisprudence européenne de condamner l'application exclusive de la règle de conflit nationale lors de la reconnaissance (ou, en l'occurrence, de la non-reconnaissance) de situations constituées à l'étranger. La Cour de justice a fondé cette condamnation — intervenue, chaque fois, en matière de détermination du nom des personnes — sur la liberté de circulation des personnes et sur la citoyenneté européenne, en mettant l'accent sur l'autodétermination des personnes qui devaient pouvoir choisir librement entre les noms qui leur étaient attribués selon l'un ou l'autre système de droit international privé — ou plutôt, puisqu'il s'agissait d'enfants mineurs, pour lesquels leurs parents devaient pouvoir choisir librement entre les systèmes de droit international privé²². Sa jurisprudence souffre de la plausibilité seulement relative de l'obstacle à la libre circulation que représente, pour des enfants, le fait d'être connus dans différents pays européens sous l'un ou l'autre nom²³ ; mais elle s'explique par le fait que sans la référence à la libre circulation, la Cour de justice aurait dû constater que le droit de l'Union européenne n'était tout simplement pas concerné... Cette limitation n'existe pas devant la Cour EDH : le droit à la vie

privée et familiale peut y jouer en tant que tel, ce qui permet des solutions qui n'ont pas le défaut du manque de plausibilité de la problématique de base²⁴.

L'obligation au regard des droits de l'homme de reconnaître des situations familiales constituées à l'étranger, en dehors des prévisions des règles de conflit de l'Etat contractant de la reconnaissance, est parfaitement illustrée, dans la jurisprudence de cette juridiction, par l'affaire *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*²⁵. Mme Wagner, ressortissante luxembourgeoise, avait adopté pleinement un enfant au Pérou ; la reconnaissance de l'adoption lui fut refusée au Luxembourg au motif que la loi péruvienne appliquée par la juridiction ayant prononcé l'adoption n'était pas la loi applicable au regard du système luxembourgeois de conflits de lois : selon ce dernier système, la loi applicable aux conditions pour adopter est la loi nationale de l'adoptant ; or le droit matériel luxembourgeois ne permettrait pas l'adoption plénière aux célibataires. Sur recours devant la Cour européenne, Mme Wagner obtint la condamnation du Luxembourg pour avoir, sans justification suffisante, refusé de reconnaître une situation familiale acquise à l'étranger conformément au droit local péruvien et ainsi « pass[é] outre le statut juridique créé valablement à l'étranger »²⁶.

Il existe donc effectivement des précédents internationaux à l'adoption de la méthode de la reconnaissance, y compris d'ailleurs, dans la jurisprudence de la Cour EDH, sous forme de condamnations de la France²⁷. La jurisprudence française doit tenir compte, cela est certain, de cette jurisprudence... on retrouve ici l'« autorité de la chose interprétée » par le juge international²⁸. Mais qu'en est-il de sa transposition, *en-dehors du champ d'application des normes de droit international appliquées et interprétées par les juridictions internationales*, à titre de principe général du droit interne (ou, ici, de principe général du droit international privé « de droit commun » français) ?

Il n'est pas exclu qu'à terme, la jurisprudence française change d'orientation et accepte de reconnaître des situations créées extrajudiciairement à l'étranger sans exiger qu'elles aient été créées par application de la loi considérée comme applicable par les règles de conflit françaises. Après tout, elle a déjà accompli un pas très similaire en matière de reconnaissance des décisions judiciaires étrangères²⁹ ; d'autres systèmes nationaux appliquent la méthode de la reconnais-

²¹ La preuve allait, pour autant que de besoin, être livrée par un arrêt ultérieur, l'arrêt *Cartesio* du 16 décembre 2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723, qui décide que le droit européen ne s'oppose pas à une réglementation d'un Etat membre qui empêche une société constituée en vertu du droit national de cet Etat membre de transférer son siège dans un autre Etat membre tout en gardant sa qualité de société relevant du droit national de l'Etat membre selon la législation duquel elle a été constituée.

²² Arrêts *Garcia Avella* du 2 octobre 2003, C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539, et *Grunkin et Paul* du 14 octobre 2008, C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559.

²³ En revanche, l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* du 22 décembre 2010, C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806 a traité à une situation plus proche des buts de libre circulation dans le marché intérieur : il concerne en effet le changement de nom d'une adulte, adoptée en Allemagne et exerçant en Autriche la profession d'intermédiaire en transactions immobilières de prestige sous son nouveau nom « Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein » (l'arrêt admet cependant la justification de la non-reconnaissance de ce nom à travers l'ordre public autrichien).

²⁴ Ainsi une solution assez similaire à celle des arrêts *Garcia Avella* et *Grunkin et Paul* de la Cour de justice a été adoptée par l'arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Henry Kismann c. France* du 5 décembre 2013, req. n° 32265/10, mais cette fois-ci sur le fondement du droit à la vie familiale et privée dont fait partie un droit à l'identité. L'arrêt a l'avantage supplémentaire de l'universalité de la solution adoptée, qui n'est pas limitée aux ressortissants d'autres Etats européens (le requérant étant un ressortissant algérien).

²⁵ Arrêt du 28 juin 2007, req. n° 76240/01.

²⁶ Par. 133 de l'arrêt.

²⁷ V. l'arrêt *Henry Kismann c. France*, cité *supra*, note 24 ; *adde* les arrêts du 26 juin 2014, *Memesson c. France* et *Labassée c. France*, req. n° 65192/11 et 65041/11.

²⁸ Ainsi la Cour de cassation a accepté de tirer les conséquences des arrêts *Memesson* et *Labassée* (*supra*, note précédente) en infléchissant sa jurisprudence sur la non-reconnaissance des gestations pour autrui à l'étranger : Ass. plén. 3 juillet 2015, deux arrêts, n°s 14-21-323 et 15-50-002.

²⁹ *Supra*, note 11.

sance et, surtout, celle-ci bénéficie actuellement de l'intérêt et du soutien d'une partie influente de la doctrine française³⁰.

Mais d'une part il n'est pas certain que cette transposition se fasse un jour. Elle impliquerait, fondamentalement, que le droit international privé français décide de passer définitivement d'un système de règles de conflit fondé sur l'autorité de la loi à un système inspiré d'un très grand libéralisme — et ce en dehors du champ d'application des traités internationaux qui l'*obligent* à pratiquer dans une certaine mesure la méthode de la reconnaissance. Le changement, s'il intervient, aura donc été accompli « sans nécessité », comme ne manqueront pas de l'objecter les partisans du maintien du système traditionnel. Ainsi, la généralisation de la jurisprudence *Centros* de la Cour de justice en dehors de son champ d'application (c'est-à-dire en dehors de la reconnaissance obligatoire des sociétés constituées dans les autres Etats membres de l'Union) impliquerait la reconnaissance de sociétés constituées au Delaware, aux Îles Caïmans, etc., et qui auraient leur siège social en France. Il est incertain si ce pas sera franchi par le droit international privé français, du moins tant qu'il restera un système autonome, indépendant des règlements européens en matière de droit international privé.

D'autre part, si la méthode de la reconnaissance était adoptée à l'avenir en tant que principe vraiment général du droit international privé français, il est beaucoup plus vraisemblable qu'elle le sera par une jurisprudence française convaincue par les arguments de droit international privé de la doctrine favorable à cette méthode que par une véritable transposition des précédents internationaux que nous avons présentés. En effet, si la jurisprudence des deux cours européennes a pour point commun de conduire, dans des cas déterminés, à une obligation de reconnaître des situations constituées à l'étranger, ce qui lui fait défaut — du moins à notre avis — est une unité d'inspiration qui seule lui permettrait d'être étendue sans équivoque au droit français.

La jurisprudence de la Cour de justice est une jurisprudence dont on peut identifier le fondement ultime dans une espèce de projet néolibéral qu'elle poursuit³¹, sur un arrière-plan fait de liberté de circulation et de faveur à la concurrence, y compris à la concurrence des ordres juridiques. En revanche, en ce qui concerne la Cour EDH, sa jurisprudence paraît être fondée sur la protection de la confiance légitime des parties dans la stabilité de la situation acquise à l'étranger plutôt que sur leur droit de faire circuler librement un statut acquis dans le pays étranger de leur choix, à la différence de la jurisprudence de

la Cour de justice³². Elle ne se conforme pas au programme cherchant à affranchir les individus des pesanteurs de leur loi nationale, et ne devrait pas permettre des manœuvres agressives d'optimisation juridique, du type de celles menées par les fondateurs danois de *Centros Ltd.*, puis approuvées (et immunisées contre le reproche d'abus de droit) par la Cour de justice³³.

En somme, il nous paraît probable que si la méthode de la reconnaissance devait être adoptée en droit international privé français, ce ne serait pas par transposition de ces précédents internationaux, trop peu homogènes. Ce serait parce que la méthode est dans l'esprit du temps, comme l'auroit *entre autres* montré les précédents internationaux.

Voici donc un troisième sens, le sens très faible, du précédent juridictionnel international en droit national : le précédent international comme reflet de l'air du temps. Ce sens est un sens qui, sans être dépourvu de toute portée, n'a presque rien à voir avec les rapports de systèmes, car le précédent international n'a dans ce cas pas plus de pouvoir persuasif qu'un précédent étranger, ou une opinion doctrinale.

RÉSUMÉ

A côté de l'effet de précédent normatif que peuvent avoir, dans la jurisprudence nationale, des décisions de juridictions internationales (« autorité de chose interprétée »), ces mêmes décisions peuvent également être prises en considération par les tribunaux internes en dehors du champ d'application de la norme de droit international appliquée et interprétée par le juge international. Elles servent alors de support à un nouveau principe général du droit interne. C'est ce qui est étudié dans cette contribution à partir d'une étude de cas prospective, tirée du droit international privé. La conclusion de l'auteur est assez sceptique : il n'est pas certain que le droit international privé français évoluera dans le sens de l'adoption de la méthode de la reconnaissance, mais s'il le fait, ce ne sera vraisemblablement pas par transposition des précédents de la CJUE et de la Cour EDH, trop peu homogènes.

³⁰ V. en dernier lieu P. LAGARDE, « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *RCADJ* 2014, tome 371, p. 42 : « La méthode du conflit de lois a toute sa place au stade de la création des situations. Une fois celles-ci créées, la place doit être laissée à la méthode de la reconnaissance ». *Contra*, en dernier lieu, les critiques d'Y. LEQUETTE, « De la "proximité" au "fait accompli" », *Mélanges Pierre Mayer*, Paris, Lextenso, 2015, pp. 481 et s.

³¹ Ce mot n'étant pas pris dans une acception polémique, mais comme description neutre d'une école de pensée qui est, dans la conjoncture actuelle, influente sur le plan politique et susceptible d'influencer le système juridique : v. notre contribution, « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », *Mélanges Pierre Mayer*, Paris, Lextenso, 2015, pp. 377 et s.

³² Cf. P. KINSCH, « L'article 8 de la Convention et l'obligation de reconnaître les situations familiales constituées à l'étranger : à la recherche du fondement d'une solution jurisprudentielle », *Mélanges Dean Spielmann*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2015, pp. 273 et s.

³³ Arrêt précité du 9 mars 1999, affaire n° C-212/97.

ABSTRACT

Decisions of international courts can sometimes have, under national jurisprudence, a binding effect on national courts. They can also be simply taken into consideration by these courts in their decision making outside the scope of application of the norms of international law applied and construed by international tribunals. In the latter case they will be elements for the development of new general principles of national law. That is what is being studied in the present contribution, starting from a prospective case study drawn from private international law. The author's conclusion is rather sceptical: it is uncertain whether French private international law will ever evolve so as fully to adopt the "recognition method," but if it does so, that will in all probability not take the form of a transposition of the jurisprudence of the ECJ and of that of the ECtHR, for these lack unity of inspiration.